REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017>

ESTUDIOS

- 19 **Bauzá Martorell, Felio José:** *Big data* y *open data* en la administración turística: acceso y reutilización de información.
- 43 **Chacón Mata, Alfonso:** Criterios definidores y conceptuales del enfoque basado en derechos humanos: de la teoría a la práctica.
- 87 **Leiva López, Alejandro D.:** Regulación y uso de las redes de transporte y distribución de electricidad.
- 127 **Romeo Ruiz, Aritz:** Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública.
- 153 **Ruiz Vieytes, Eduardo J.:** La democracia directa como alternativa a la democracia representativa: algunas lecciones desde la experiencia suiza.
- 181 **Tajadura Tejada, Javier:** Las reformas del modelo de descentralización territorial de Francia: la necesaria simplificación del «milhojas territorial».
- 225 **Terradillos Ormaetxea, Edurne:** Ley y negociación colectiva en la determinación del tiempo de trabajo del personal que presta servicios esenciales de protección civil en la Comunidad Autónoma Vasca.
- 293 **Igartua Salaverría, Juan:** Actuaciones y argumentaciones umbrosas (A propósito de una STS del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo).

NOTAS

- 325 **De la Quintana Ibáñez, Ortzi:** Eusko lege-gileak Toki autonomiaren inguruan egindako apustua: Toki autonomia Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legean.
- 355 **García Lupiola, Asier:** Europako Ingurumen Zuzenbidearen oinarrien eta printzipioen eboluzioa eta egungo egoera: Tratatuak, Ekintza Programak eta Estrategiak.
- 383 **Padilla Ruiz, Pedro:** La buena administración como fundamento de actuación del empleado público.
- 403 **Rastrollo Suárez, Juan José:** La evaluación del desempeño en la normativa autonómica sobre función pública.
- 445 **Ruiz-Rico Ruiz, Catalina:** Semblante jurídico de la democracia deliberativa local y sus aspectos polémicos.

BIBLIOGRAFÍA

- 481 **López Álvarez, L.F.:** *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016, 212 páginas. (**Santiago Ripol Carulla**)

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA

DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.eus/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del

Oñati (Gipuzkoa)

MAIATZA
ABUZTUA

2017 MAYO
AGOSTO

108

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

ISSN: 0211-9560

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

Director: Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)
Secretaría: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)
Secretaría técnica: Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Vocales: Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU)
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación de Gipuzkoa)
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao)
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU)
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU)
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto)
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU)
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco)
Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU)
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra)
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto)
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU)
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra)
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao)

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria).
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
M.^a Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU).
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).
Iñigo BULLAIN LOPEZ (UPV/EHU).
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).
Eloísa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén).
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra).
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada).
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU).
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha).
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco Javier DíEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Luis M.^a DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).
Antonio EMBID IRUJO (Univ. de Zaragoza).
Eduardo ESPÍNTEPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU).
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz).
Juan Ramón FERNÁNDEZTORRES (Univ. Complutense de Madrid).
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona).
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide).
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid).
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU).
Ángel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU).

Ángel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra).
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UPV/EHU).
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU).
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba).
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).
Alberto LÓPEZ BASAGUREN (UPV/EHU).
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba).
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III).
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza).
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba).
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona).
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria).
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla).
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).
Antoni MILIÁN i MASSANA (Univ. Autònoma de Barcelona).
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla).
María Carmen NÚÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva).
Pablo PÉREZ TREMPES (Univ. Carlos III).
José Luis PIÑAR MAÑAS (Univ. CEU-San Pablo).
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León).
Martín M.^a RAZQUIN LIZARRAGA (Univ. Pública de Navarra).
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).
Fernando REY MARTÍNEZ (Univ. de Valladolid).
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca).
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada).
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto).
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).
René Javier SANTAMARÍA ARINAS (Univ. de La Rioja).
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña).
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autònoma de Madrid).
Javier TAJADURATEJADA (UPV/EHU).
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo).
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).
M.^a Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona).
Juan Ignacio UGARTEMENDIA EZEIZABARRENA (UPV/EHU).
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU).
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga).
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna).
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).

HERRI ARDURALARITZAKO ALDIZKARIAN KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

1. Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkariak Zuzenbideari buruzko azterlanak zabaldu nahi ditu, jatorrizkoak, betiere herri-administrazioa eta, oro har, aginte publikoak aztergai hartuta; dena den, ildo bereko beste arlo batzuk ere jorra litezke, interesgarri direlakoan, argitaratzeko modukotzat joz gero. Hartzaileak? Batez ere, unibertsitate-mundua eta herri-administrazioetan diharduten langileak.

2. Lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

- A) Tarte eta erdirekin idatzitako 40 orrialde baino luzeagoak ez izatea.
- B) Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionala azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. Datu horiek publiko egingo dira aldizkarian bertan.
- C) Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute. Letra «**lodia**» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «etzana» baino ez da erabiliko.
- D) Erreferentzia bibliografikoek era honetan, lehentasunez, bateratuta egon beharko dute:

— ABIZENAK, Izena, *Liburuaren izenburua*. Argitaletxea. Lekua, urtea, or. [Adibidea: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. IVAP. Oñati, 1988, 59.or.].

— ABIZENAK, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren Izenburua* zk., urtea, or. [Adibidea: AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», *RVAP* 73 (I) zk., 2005, 11. or.].

- E) Laburpen txiki edo *abstract* bat ere erantsi beharko zaio, 100 eta 150 hitz artekoa, eta, bertan, hiru edo bost «hitz gako» agertuko dira; laburpenak hizkuntza ofizial bietan eta ingelesez argitaratuko dira. Gutxienez, argitaratu beharreko lanaren hizkuntzan bidali beharko ditu egileak laburpena eta hitz gakoak. Aldizkariak egingo du itzulpena, egileak beste bertsio bietako bat ematen ez duenean.
- F) Hizkera sexista saihesteko [Europako kontseiluaren CM/Rec (2007)17 Gomendioa], IVAPek jarraibide batzuk argitaratu ditu

IVAPeko estilo-liburuan (Oñati, 2005, 166. or.), erabilgarriak izango direlakoan.

- G) Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektroniko bidez, aldizkariaren idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap.eus

3. Lanek jatorrizkoak izan beharko dute, eta, gutxienez, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Txosten horiek eta behar diren txosten osagarriak ikusita, Erredakzio-kontseiluak hartuko du lanak argitaratzeari buruzko azken erabakia; egileei jakinaraziko die, eta, egoki bada, beharrezko diren aldaketak egiteko eskatuko die. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Ardularitzako Euskal Erakundeari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikulua —euskarri informatikoak barne— erreproduzitzeko eskubideak. Halaber, IVAPek bere web orrian jarri ahal izango ditu Herri Ardularitzako Euskal Erakundearen Aldizkarian argitaratutako artikulua, kontsultarako.

4. Inprentako proben zuzenketa, egin behar izanez gero, probak jaso, eta, asko jota, 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa zabalak edo funtsezkoak egin bidalitako jatorrizkoaren gainean.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES EN LA REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La Revista Vasca de Administración Pública tiene por objeto la difusión de trabajos originales sobre el Derecho de la Administración Pública y de los poderes públicos en general, aunque también podrá hacerlo sobre materias afines cuando, por su interés, así se considere pertinente. Está dirigida, primordialmente, al mundo universitario y a personas que prestan sus servicios en las administraciones públicas.

2. Los trabajos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- A) Su extensión no deberá sobrepasar las cuarenta páginas a espacio y medio.
- B) Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico. Datos que se harán públicos en la propia Revista.
- C) Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan. El tipo de letra «**negrita**» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el texto, cuando proceda, sólo se utilizará la «*cursiva*».
- D) Las referencias bibliográficas estarán unificadas, preferentemente, de la siguiente manera:
  - APELLIDOS, Nombre, *Título del libro*. Editorial. Lugar, año, p. [Ejemplo: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. Ivap. Oñati, 1988, p. 59].
  - APELLIDOS, Nombre, «Título del artículo», en *Título de la Revista* n.º año, p. [Ejemplo: AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», en *RVAP* n.º 73 (I), 2005, p. 11].
- E) Deberá acompañarse de un breve resumen o abstract de entre 100 y 150 palabras y de tres a cinco «palabras-clave», que se publicarán en las dos lenguas oficiales del País Vasco y en inglés. La persona autora del trabajo deberá enviar el resumen y las palabras clave, al menos, en la misma lengua del trabajo a publicar. En el caso de no facilitarse alguna de las otras dos versiones, la propia Revista proveerá su traducción.

- F) Para un uso no sexista del lenguaje [Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2007)17], el IVAP ha publicado unas indicaciones, en su *Libro de estilo del IVAP* (Oñati, 2005, pp. 169 a 176), que pueden resultar de utilidad.
- G) Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap.eus.

3. Los trabajos, que deberán ser originales, serán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) del Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública por el sistema de doble anonimato. A la vista de tales informes y de los complementarios que se consideren precisos, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación, que se comunicará a los autores, requiriendo las modificaciones que se consideren necesarias en su caso. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos. Asimismo, el IVAP podrá incluir los trabajos publicados en la Revista Vasca de Administración Pública en su página web a efectos de consulta.

4. La corrección de las pruebas de imprenta, en su caso, deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales sobre el original enviado.

Sumario

N.º 108

Estudios

BAUZÁ MARTORELL, Felio José: <i>Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información</i>	19
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.01	
CHACÓN MATA, Alfonso: Criterios definidores y conceptuales del enfoque basado en derechos humanos: de la teoría a la práctica	43
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.02	
LEIVA LÓPEZ, Alejandro D.: Regulación y uso de las redes de transporte y distribución de electricidad.	87
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.03	
ROMEO RUIZ, Aritz: Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública . . .	127
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.04	
RUIZ VIEYTEZ, Eduardo J.: La democracia directa como alternativa a la democracia representativa: algunas lecciones desde la experiencia suiza . . .	153
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.05	
TAJADURA TEJADA, Javier: Las reformas del modelo de descentralización territorial de Francia: la necesaria simplificación del «milhojas territorial» . .	181
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.06	

- TERRADILLOS ORMAETXEA, Edurne:** Ley y negociación colectiva en la determinación del tiempo de trabajo del personal que presta servicios esenciales de protección civil en la Comunidad Autónoma Vasca 225
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.07>

Jurisprudencia

- DEL SAZ, Silvia:** La inútil prolongación de la agonía del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. (Comentario a las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero) 269
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.08>
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan:** Actuaciones y argumentaciones umbrosas (A propósito de una STS del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) 293
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.09>

Notas

- DE LA QUINTANA IBÁÑEZ, Ortzi:** Eusko legegileak Toki autonomiaren inguruan egindako apustua: Toki autonomia Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legean 325
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.10>
- GARCÍA LUPIOLA, Asier:** Europako Ingurumen Zuzenbidearen oinarrien eta printzipioen eboluzioa eta egungo egoera: Tratatuak, Ekintza Programak eta Estrategiak 355
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.11>
- PADILLA RUIZ, Pedro:** La buena administración como fundamento de actuación del empleado público 383
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.12>
- RASTROLLO SUÁREZ, Juan José:** La evaluación del desempeño en la normativa autonómica sobre función pública 403
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.13>
- RUIZ-RICO RUIZ, Catalina:** Semblante jurídico de la democracia deliberativa local y sus aspectos polémicos. 445
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.14>

Bibliografía

- LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F.:** *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*. Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016, 212 págs. (Santiago RIPOL CARULLA). 481
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.15>

Colaboran en este número

Felio José BAUZÁ MARTORELL. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de las Islas Baleares (fbauza@fbauzaabogados.es).

Alfonso CHACÓN MATA. Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica (achaconm@yahoo.com).

Alejandro D. LEIVA LÓPEZ. Facultad de Derecho. Universidad de Almería (alejandro.leiva@ual.es).

Aritz ROMEO RUIZ. Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Universidad Pública de Navarra (aritz.romeo@unavarra.es).

Eduardo J. RUIZ VIEYTEZ. Instituto de Derechos Humanos. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Universidad de Deusto (ejruiz@deusto.es).

Javier TAJADURA TEJADA. Catedrático (A) de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (javier.tajadura@ehu.eus).

Edurne TERRADILLOS ORMAETXEA. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (edurne.terrabillos@ehu.eus).

Silvia DEL SAZ. Catedrática de Derecho Administrativo de la UNED (sdelsaz@der.uned.es).

Juan IGARTUA SALAVERRÍA. Catedrático de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (juan.igartua@ehu.eus).

Ortzi DE LA QUINTANA IBÁÑEZ. Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Deusto (odelaquint@gmail.com).

Asier GARCÍA LUPIOLA. Profesor Agregado. Facultad de Economía y Empresa – Elcano. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (asier.garcialupiola@ehu.eus).

Pedro PADILLA RUIZ. Doctor en Derecho. Técnico de Administración General. (Ayto. de Manzanares – C. Real) (pedropadillar@gmail.com).

Juan José RASTROLLO SUÁREZ. Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Salamanca (rastrollo@usal.es).

Catalina RUIZ-RICO RUIZ. Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Jaén (crrico@ujaen.es).

Estudios

Big data y open data en la administración turística: acceso y reutilización de información*

Felio José Bauzá Martorell

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.01>

Sumario: I. La Administración turística ante la transformación digital del sector. I.1. La *nueva* Administración turística. I.2. Las plataformas colaborativas. I.3. La revolución de los datos turísticos.—II. Acceso a los datos turísticos. II.1. Acceso a los datos que obran en poder de la Administración turística. II.1.A. Información turística pública. II.1.B. Límites al derecho de acceso. II.2. Acceso por parte de la Administración turística a los datos que obran en la red. II.2.A. Datos facilitados por su titular. II.2.B. Datos facilitados por un tercero. II.2.C. Datos obtenidos por la Administración en el ejercicio de sus funciones. II.3. Seguridad y garantía de la privacidad.—III. Reutilización de datos turísticos. III.1. Régimen jurídico. III.2. Proyecto *Aporta*. III.3. Ciudades inteligentes y datos abiertos. —IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

I. La Administración turística ante la transformación digital del sector

I.1. La *nueva* Administración turística

En el contexto de una general transformación digital de la sociedad y la economía, que abarca todos los segmentos sociales y los sectores económicos (educación, salud, energía, transporte...) quizás sea el turismo aquel que ha experimentado una variación más intensa con ocasión de los medios técnicos.

La nueva dimensión de la contratación turística⁽¹⁾ —a distancia por un lado, y con la intervención de agentes mediadores (agencias de viajes en

---

* Artículo redactado en el marco del proyecto de investigación «Big data, cloud computing y otros nuevos retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes, en particular, su incidencia en el sector turístico» (DER2015-63595-R, Universidad de las Islas Baleares, MINECO y Fondos FEDER).

(1) Sobre contratos turísticos, *vid.* RAMALLO MIÑÁN, E. P.: *Manual básico del derecho turístico*. Tecnos. Madrid, 2013. Págs. 53 a 65.

línea – OTAs(2), centrales electrónicas de reservas turísticas) que operan desde cualquier Estado a través de plataformas digitales(3), por otro – ha supuesto una forma radicalmente distinta a la convencional en la relación jurídica entre los usuarios y los prestadores de servicios turísticos, al tiempo que invariablemente ha obligado a la Administración a modular y adaptar su intervención en el sector.

En este sentido hasta fechas recientes la Administración desplegaba su función de policía administrativa a través del control previo y la técnica autorizatoria (licencias sectoriales previas), y el control *a posteriori* mediante la inspección turística. En cambio la proliferación de la nueva forma de contratación turística, una vez sustituida la licencia previa por la declaración responsable(4), obliga a la Administración a hacer uso de los mismos medios técnicos con que operan los agentes turísticos y analizar si se respetan los derechos de los usuarios (principalmente su libertad de opinión en los comentarios vertidos en las redes sociales) o si por el contrario existen extralimitaciones (penalizaciones que puedan imponer los titulares de los medios técnicos ante opiniones negativas vertidas por usuarios, fraude en opiniones negativas falsas que persiguen desacreditar a competidores u obtener provecho propio en forma de descuentos o alojamientos gratuitos)(5).

1.2. Las plataformas colaborativas

Nadie duda que en estos tiempos la economía colaborativa goza de un auge sin precedentes, y que en ese contexto cobran importancia las plataformas que le sirven de soporte y a través de las cuales discurre gran cantidad de información.

Este nuevo modelo de negocio ha creado un sistema de mercado multilateral, en cuyo seno las nuevas tecnologías —a través de plataformas— han multiplicado exponencialmente las posibilidades de interacción entre

---

(2) Acrónimo del anglicismo *on line travel agencies*.

(3) BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Hacia una legislación básica en materia de turismo. A propósito de las centrales electrónicas de reservas turísticas», en *Diario La Ley*. 27 de mayo de 2014.

(4) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Derecho administrativo del turismo*. Séptima edición. Marcial Pons. Madrid, 2016. Págs. 102 a 105. *Vid.* también BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Incidencia de la Directiva de Servicios en la legislación turística. Estudio autonómico comparado». En JIMÉNEZ CABBALLERO, J. L. y DE FUENTES RUIZ, P. (Coords): *Turismo y desarrollo económico. Actas de las IV Jornadas de Investigación en Turismo*. Facultad de Turismo y Finanzas de la Universidad de Sevilla. 2011. Págs. 339 a 355.

(5) BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Replanteamiento de la intervención administrativa en materia de turismo ante las nuevas tecnologías», en *Actualidad Administrativa* núm. 3. Marzo 2016. Págs. 61 a 75.

grupos que tradicionalmente no tenían relación o lo hacían de manera ineficiente (6).

El éxito de las plataformas de economía colaborativa descansa en el elemento tecnológico, que incorpora motores de búsqueda, acopio y gestión de datos mediante la creación de comunidades de personas afines, sistemas de geolocalización... (7).

1.3. La revolución de los datos turísticos

Los medios técnicos y la contratación a distancia se traducen sistemáticamente en una proliferación y profusión de datos que circulan por la red sin que su control pueda ser por razones materiales exhaustivo.

En efecto a diario se transmiten por las redes sociales datos relativos a destinos, orígenes, preferencias (sol y playa, deportes, cultura, restauración...), capacidades de gasto, datos sobre comportamientos (turismo familiar, de ocio, de salas de fiestas...) que afectan a millones de usuarios. Pese a que tales datos tienen unos titulares, sin embargo son manejados por tantos interlocutores que se convierten en altamente vulnerables.

Se conoce con el anglicismo de *big data* el conjunto de datos cuyo tamaño supera la capacidad de búsqueda, captura, almacenamiento, gestión, análisis, transferencia, visualización, o protección legal de las herramientas convencionales (8).

En el sector del turismo esta revolución de los datos es particularmente intensa e importante. Intensa porque la estadística revela que más del 95% de los viajeros utilizan los recursos digitales en el transcurso de sus viajes, visitando una media de 19 páginas web en cada viaje (9); el canal móvil se ha convertido en un importante medio de venta en el sector, alcanzando el 12'5% de todas las reservas en línea (10). E importante porque en general la revolución digital tiene un impacto de 1'25 billones de

---

(6) MONTERO PASCUAL, J. J.: «La regulación de la economía colaborativa». En MONTERO PASCUAL, J. J. (Director): *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 29.

(7) ALFONSO SÁNCHEZ, R. y BURILLO SÁNCHEZ, F. J.: «La economía llamada colaborativa». En ALFONSO SÁNCHEZ, R. VALERO TORRIJOS, J. (Directores): *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. The Global Collection. Aranzadi Thomson Reuters. 2017. Pág. 29.

(8) AAVV.: *Big data. Retos y oportunidades para el turismo*. Instituto Valenciano de Tecnologías Turísticas. Valencia, 2015. Pág. 9.

(9) Fuente: The Boston Consulting Group. Citado en Fundación Orange. La transformación digital en el sector turístico.

(10) Fuente: UniMOOC. 9 tendencias tecnológicas que están transformando el turismo. 16 de junio de 2016.

euros en las principales economías mundiales(11), y en particular porque los datos en turismo tienen un valor estratégico de primer orden en tanto que permiten predecir comportamientos futuros y adelantarse con ofertas competitivas. Adicionalmente en el turismo más que en cualquier otro ámbito el flujo de datos puede ser nacional, pero también transfronterizo, extremo que complica sobre manera las relaciones jurídicas de contratación y de impugnación en sede judicial y —por lo que aquí interesa— de control administrativo(12).

La técnica de los macro datos combina el tratamiento de un mayor volumen de información, a una velocidad superior, de una variedad de datos y de fuentes distintas, alcanzando una mayor exactitud en el tratamiento de la información.

En efecto un análisis *inteligente* de los datos permite detectar comportamientos y tendencias, conocer al cliente y el desarrollo del producto, optimizar procesos, atraer y fidelizar clientes, y en definitiva tomar decisiones de manera proactiva y con celeridad. Todo ello en un sector que mueve 113.690 millones de euros anuales y que constituye el 10'9% del PIB(13).

A mayor abundamiento esta masificación de datos turísticos se inserta en un contexto de gobierno abierto y transparencia(14), de manera que el ordenamiento jurídico obliga a publicar la información *relevante* de que dispongan las Administraciones Públicas, haciendo posible la reutilización de los datos mediante el uso de estándares tecnológicos y de tratamientos masivos de información.

De ahí que en consecuencia resulte obligado analizar los macro datos y los datos abiertos en el sector turístico, y en particular el acceso a los datos turísticos que obran en poder de la Administración y la reutilización de los mismos(15).

(11) Fuente: Índice de densidad digital: guiando la transformación digital. Accenture. Citado en Fundación Orange. La transformación digital en el sector turístico.

(12) Sobre la transferencia internacional de datos, *vid.* ABERASTURI GORRIÑO, U.: «Movimiento internacional de datos. Especial referencia a la transferencia internacional de datos sanitarios», en *Revista de Administración Pública* núm. 186. Madrid, septiembre-diciembre 2011. Págs. 329 a 369. BUISÁN GARCÍA, N.: «Movimiento internacional de datos», en LESMES SERRANO, C. (Coord.): *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*. Lex Nova. Valladolid, 2008. Pág. 572. BARCELÓ, R. y PÉREZ ASINARI, M. V.: «Transferencia internacional de datos personales», en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Coord.): *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento de desarrollo de la LOPD*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 145.

(13) Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Cuenta satélite del Turismo de España. 2016.

(14) COTINO HUESO, L.: «El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades». En VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords): *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor, 2014. Págs. 37 a 71.

(15) Como ejemplo reciente, directamente vinculado al sector del turismo, la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET), ha puesto en funcionamiento en diciembre de 2016 el centro de descargas *AEMET Open Data* para la difusión y reutilización de sus datos meteorológicos y climatológicos, en

II. Acceso a los datos turísticos

Regulado con carácter básico (16) en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTABG), el acceso a la información pública se configura como un derecho de todas las personas (art. 12 LTABG), configurado al más alto nivel en el art. 105 CE y con el alcance y límites previstos en la propia LTABG y normativa complementaria, especialmente la LOPD (17).

En el seno de la Unión Europea el acceso a los datos públicos no puede tener un ámbito meramente estatal, de ahí que las instituciones comunitarias se esfuercen en aplicar políticas de armonización que superen una eventual fragmentación del mercado (18). Tal es el caso de la Directiva 2016/2102, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, que concibe la accesibilidad como un conjunto de principios y técnicas que se deben respetar a la hora de diseñar, construir, mantener y actualizar los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles para que sean más accesibles a los usuarios, en particular a las personas con discapacidad.

Desde el punto de vista subjetivo resulta indudable que la expresión de *todas las personas* es omnicomprendensiva y que en consecuencia afecta tanto a las personas públicas como a las privadas, de manera que —en lo que respecta a los datos turísticos— habrá que admitir la posibilidad de que particulares accedan a los datos obrantes en poder de la Administración turística para fines comerciales o no comerciales, como también la opción que asiste a la Administración turística de interceptar los datos de usuarios y prestadores de servicios turísticos que circulan en las redes sociales, siendo este un medio idóneo para desplegar la actividad inspectora y consiguientemente la potestad sancionadora.

---

aplicación de la Ley 37/2007 y de acuerdo con el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica. *AEMET Open Data* facilita la descarga de información procedente de gran cantidad de sensores y dispositivos inteligentes localizados a lo largo del territorio nacional, sobre los que permite a empresas, administraciones y ciudadanos aplicar «técnicas de procesamiento de datos masivos (big data) para detectar patrones de comportamiento ocultos».

(16) Disposición final octava de la LTABG.

(17) Respecto al título competencial no se olvide que el turismo en España es una materia de competencia autonómica y que en consecuencia resultará aplicable la normativa relativa a transparencia que haya sido aprobada por cada Comunidad autónoma. Sobre el reparto competencial en materia de acceso a la información pública, *vid.* PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2014. Págs. 50 a 71.

(18) GUICHOT REINA, E.: «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno». En GUICHOT REINA, E. (Coord.): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Tecnos. Madrid, 2014. Págs. 17 a 34.

II.1. Acceso a los datos que obran en poder de la Administración turística

La política de datos abiertos de los poderes públicos persigue una doble finalidad: el progreso en la transparencia de la Administración y el servir de medio para la reutilización de la información del sector público.

En este punto nos referimos al ejercicio por un particular u otra Administración del derecho de acceso y no tanto a la información publicada en calidad de datos abiertos. Así, debemos admitir la existencia de portales públicos de datos abiertos en la Administración General del Estado (*Iniciativa Aporta*), las Comunidades autónomas (proyecto *Open Data Euskadi*, *Datos Abiertos Gencat...*) y muchas Corporaciones locales, si bien persiguen la reutilización de la información del sector público, como veremos en el epígrafe correspondiente.

II.1.A. INFORMACIÓN TURÍSTICA PÚBLICA

En materia de acceso habrá que partir de qué datos pueden ser objeto de acceso y qué limitaciones operan en el mismo. En este sentido la LTABG ciñe el acceso a la información estrictamente pública, que define en el art. 13 como aquellos contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o su soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación⁽¹⁹⁾, y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

---

(19) Según el art. 2.1 LTABG el ámbito subjetivo de aplicación comprende:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local.
- b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social.
- c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.
- e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.
- f) La Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo.
- g) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100.

Este concepto legal de información pública conduce a que la Administración turística deba permitir el acceso a los ciudadanos de todos aquellos datos que obren en contenidos o documentos elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones, extremo de gran amplitud, que obliga a limitar con ocasión de otros bienes jurídicos más dignos de protección.

II.1.B. LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO

Sin perjuicio de la protección de datos (art. 15 LTABG), el art. 14 enumera los límites al derecho de acceso que —en lo que a información turística se refiere— son de interés la prevención, investigación y sanción de ilícitos administrativos (apartado e), así como las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control (apartado g).

Otra cosa es que la realidad, como veremos con mayor detenimiento, discurra por un camino que relativiza estos límites al derecho de acceso. Así, el *Informe Cannataci* del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas pone de relieve que a día de hoy las empresas con fines comerciales (con implantación transfronteriza) gestionan un mayor volumen de datos que los propios gobiernos(20) y que en consecuencia la captura de datos se convierte en un importantísimo activo empresarial para disponer de un mapa de comportamiento de los consumidores(21). Para el sector turístico esta información es clave para predecir tendencias y anticiparse a la demanda formulando ofertas, teniendo en cuenta que la planificación del consumo de servicios turísticos se realiza con una antelación al menos de un año.

-
- h) Las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones.
  - i) Las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo. Se incluyen los órganos de cooperación previstos en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que, por su peculiar naturaleza y por carecer de una estructura administrativa propia, le resulten aplicables las disposiciones de este título. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Ley serán llevadas a cabo por la Administración que ostente la Secretaría del órgano de cooperación.

(20) CANNATACI, J. A.: *Report of the Special Rapporteur on the right to privacy*. Human Rights Council. United Nations. 2016.

(21) Los medios de comunicación confirman la importancia que las empresas confieren a la gestión de datos: en su edición de 5 de agosto de 2016 la prensa española publica que Mercadona invierte 21 millones de euros en la construcción de un centro de datos en León; Telefónica inauguró en 2013 un centro de datos en el Parque Científico y Tecnológico de Alcalá de Henares, con 23 salas tecnológicas que ofrecen servicios de computación en la nube y de procesamiento masivo para empresas.

II.2. Acceso por parte de la Administración turística a los datos que obran en la red

Como venimos diciendo, los medios técnicos en el sector turístico por un lado han reducido la actividad de mediación por cuanto permiten relacionar directamente al usuario con el prestador de servicios turísticos, y, por otro, intensifican esta actividad de mediación, toda vez que hacen posible que portales de internet en cualquier lugar del mundo se conviertan en mediadores (22).

En cualquier caso, ya sea porque el prestador de servicios se anuncia en la red (el caso del propietario de viviendas turísticas vacacionales que ofrece un inmueble de su propiedad, a cambio de un precio, en un portal como *airbnb*), o porque un portal web intercepta el anuncio de un particular y lo incorpora a su catálogo de servicios, lo cierto y verdad es que millones de datos de usuarios y prestadores de servicios turísticos circulan por la red sin apenas control.

Siendo así que la realidad del sector turístico deriva hacia el mundo digital, la intervención administrativa no puede quedarse anclada en las visitas de inspección y el requerimiento de documentación, porque en ese caso no alcanza la plenitud de la relación jurídico-administrativa. El análisis de las redes se convierte en imprescindible para asegurar el cumplimiento de la normativa turística y el análisis de macro datos desde luego permite realizar comprobaciones masivas y automatizadas de ese cumplimiento o incumplimiento (fraude). En caso contrario nos encontramos con la paradoja de que la normativa aplicable no se exige a un buen número de obligados, porque sencillamente no existen para la Administración turística, porque no hay constancia de su intervención en el mercado como operadores turísticos, y el control sobre los mismos se da exclusivamente en caso de una eventual denuncia (23).

En este sentido la actividad inspectora de la Administración turística puede vincular datos obtenidos en la red con sus propias bases de datos y confirmar en un tiempo muy reducido si tiene constancia de que un particular comercializa su vivienda y en consecuencia puede o debe ser objeto de control administrativo, de que un establecimiento de alojamiento hotelero comercializa más plazas de las que tiene declaradas, o presta servicios inferiores a los que se encuentra obligado por ley.

---

(22) BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Transformaciones del derecho público del turismo con ocasión de las nuevas tecnologías». En MARTÍNEZ NADAL, A. (Coord.): *Turismo y nuevas tecnologías*. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 127 a 156.

(23) REBOLLO PUIG, M.: «La actividad inspectora». En DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (Coord.): *La función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo*. Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013. Págs. 55 a 116.

La pregunta obligada en este punto consiste en si la Administración turística puede aprehender tales datos, y la respuesta será distinta en función de si accede a tales datos directamente del particular o a través del mediador.

II.2.A. DATOS FACILITADOS POR SU TITULAR

La Administración turística hace uso de los medios técnicos —internet, *blogs*, foros...— para verificar, por ejemplo, que una vivienda turística vacacional se ha dado de alta en el registro correspondiente y en consecuencia cumple los requisitos legalmente exigidos (higiene y limpieza, cambio de sábanas y toallas, en su caso cobro y pago del impuesto de estancias turísticas, comunicación de datos a la Dirección General de la Policía...).

El acceso directo a tales datos publicados por su propio titular permite a la Administración sin ningún obstáculo desplegar su actividad inspectora y, en su caso, iniciar un procedimiento sancionador. El consentimiento del titular de tales datos puede calificarse de inequívoco en los términos del art. 6 LOPD, porque él mismo ha dado publicidad a tales datos de manera consciente y al objeto de entablar una relación comercial (y jurídica).

II.2.B. DATOS FACILITADOS POR UN TERCERO

Si la Administración turística encuentra circulando por las redes información y datos de un titular que han sido recabados y publicados por un tercero, resulta obligado plantearse si puede hacer uso de tales datos en su actividad inspectora o si por el contrario existe algún género de limitación.

Nuevamente en este punto debemos plantear dos hipótesis alternativas, que se distinguen en función de cómo el tercero ha accedido a tales datos.

En este sentido si los datos captados por el tercero (y en última instancia por la Administración) son los mismos datos que su titular ha hecho públicos en las redes, en ese caso habrá que colegir que este último los hizo, en su momento, públicos y que en consecuencia no puede escurrirse en que los haya difundido un tercero. Nos referimos a la información que un mediador turístico (*atrapalo*, *kayak*, *trivago*...) publicite en su página web y que ha incorporado de un anuncio particular realizado por el titular de los datos, o incluso la información obtenida y comercializada por una empresa info mediaria.

En ese caso de nuevo existe un consentimiento inequívoco del titular de los datos a su publicidad, de modo que nada obsta a que —una vez

despojados de reserva o privacidad por su propio titular— sean difundidos directamente por él o por un tercero, máxime cuando él mismo se beneficia de la difusión y publicidad que el tercero le dé a su anuncio. La información se difunde precisamente para que sea conocida por un número ilimitado de personas.

Por el contrario si el tercero difunde datos cuyo titular no ha renunciado a su privacidad, en ese caso la Administración sólo podría hacer acopio de los mismos si accediera a los mismos en ejercicio de sus funciones, por ejemplo, la actividad inspectora.

No puede dejar de advertirse con VALERO TORRIJOS que los macro datos en la Administración deben acompañarse de algún género de garantías, toda vez que los datos interceptados con este tratamiento masivo y automatizado tiene un origen totalmente ajeno a la intervención administrativa, de manera que debería procedimentalizarse esta captación de datos (24).

No obstante, no es menos cierto que la actividad inspectora no forma parte del procedimiento administrativo sancionador, tratándose exclusivamente de una actividad administrativa de comprobación, cuyas actas sirven de denuncia que en todo caso excita el procedimiento sancionador, pero que —al ser previo al inicio del mismo— no se integra en el expediente e incluso el denunciado no tiene derecho a conocer su contenido (25).

En efecto el art. 53.1.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, reconoce el derecho de los interesados a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado, y al acceso y a la obtención de copias de los documentos obrantes en el expediente. Sin embargo, insistimos, al no formar parte la actividad inspectora del procedimiento, el particular no puede conocer de qué manera la Administración turística hizo acopio de tales datos, si de forma lícita o ilícita.

II.2.C. DATOS OBTENIDOS POR LA ADMINISTRACIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

El art. 6 LOPD exime del consentimiento inequívoco del titular de aquellos datos que se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias.

---

(24) VALERO TORRIJOS, J.: «El big data en las Administraciones Públicas: el difícil equilibrio entre eficacia de la actividad administrativa y garantía de los derechos de los ciudadanos». En AAVV. *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 de junio de 2013. Pág. 133.

(25) Esta problemática se aborda in extenso en BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 40. Iustel. Octubre de 2015.

Esta habilitación legal resulta predicable por el mero hecho de que la Administración acceda a los datos en el ejercicio de cualquier función que tenga legalmente atribuida, independientemente de que los datos hayan sido puestos en circulación por su titular o por un tercero, autorizado o no. Por el mero hecho de que la Administración turística investigue el cumplimiento de la normativa turística en el ejercicio de su actividad inspectora, sólo por ello se encuentra autorizada para acceder a datos personales.

II.3. Seguridad y garantía de la privacidad

Tratándose de datos turísticos, cuyo acceso y reutilización tienen una importante implicación económica, la *ciberseguridad* deviene indispensable para la prevención de ataques de terceros(26). No olvidemos que en el contexto de los macro datos cualquier operador de datos puede tener relaciones con terceros países que carezcan del mismo nivel de protección de datos y en consecuencia someter la información a indudables amenazas.

A pesar de que hayamos adelantado la protección de la privacidad en el entorno digital, conviene tener presente que con carácter general el acceso a los datos constituye una cesión a efectos de la LOPD, generándose un inevitable conflicto entre la transparencia y la privacidad, sin que resulte claro en ocasiones situar la frontera entre una y otra(27).

Por otro lado la información y la contratación turísticas mediante medios técnicos dejan un rastro o huella digital del particular, que puede ser utilizado por terceros con fines comerciales o no comerciales.

A día de hoy el usuario de servicios turísticos va confeccionando una traza personalizada de sus preferencias y experiencias: visita páginas web, busca en redes las opiniones de otros usuarios, vierte las suyas propias, planifica su itinerario o viaje combinado, reserva y paga transportes, alojamiento, entradas a espectáculos de ocio... Los medios técnicos permiten apreciar una identidad digital del usuario en permanente construcción a medida que compra un billete de avión, pulsa un *me gusta* sobre determinados contenidos de *Facebook*, comparte una fotografía, visita una tienda *on line*...

---

(26) MASSENO, M. D.: «Personal data circulation from the EU to USA and now what for the American Tourism Industry with business in Europe?» Conferencia pronunciada en la *23rd International Tourism Safety Conference*. Las Vegas, Nevada, del 10 al 13 de abril de 2016.

(27) MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia». En VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.): *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015. Págs. 241 a 280.

Con carácter general los medios técnicos han elaborado una nueva clase de datos personales muy distintos a los convencionales: del análisis de conversaciones en redes sociales se extraen datos sobre pautas de consumo, solvencia económica, necesidades y preferencias; se instalan sensores en automóviles para conocer su ubicación y predecir una masificación; muchas ciudades disponen de tarjetas digitales de transporte que permiten optimizar las rutas haciendo uso de datos encriptados en la ciudad de Madrid o borrando los datos cada cuarenta y ocho horas en París.

La política de *cookies* es especialmente intensa en materia de turismo, de manera que la consulta reiterada de una oferta va encareciendo su precio; o los *beacons*, que hacen posible con base en el geo-posicionamiento una avalancha de información de establecimientos cercanos en los dispositivos móviles.

Con carácter inicial los datos obtenidos no tienen por qué asociarse a una persona concreta; sin embargo su tratamiento sí permite vincularlos y hasta identificar a su titular, de manera que deviene inexcusable la aplicación del régimen jurídico de protección de datos personales.

No obstante, los datos que pueden obtenerse a partir de esta huella digital no se hallan amparados por un consentimiento de su titular en los términos del art. 6 LOPD, de manera que su utilización por terceros integra el tipo infractor del art. 44.3.b y c LOPD en el sentido de tratar y ceder datos personales sin recabar el consentimiento de su titular, constituyendo una infracción grave (28).

A mayor abundamiento, y ya conectando el acceso con la reutilización, la información que inicialmente se ha generado en un determinado contexto puede ser utilizada para fines distintos a aquellos para los que los datos fueron recabados, con la participación de actores que pueden moverse por intereses crematísticos y no por el interés general.

En este punto se aprecia una divergencia entre el régimen jurídico —que se sigue dictando sobre la base del consentimiento— y la imparable realidad, que accede a los datos para darles un uso distinto, a veces comercializando la información obtenida con base en el derecho de acceso. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de octubre de 2016 (asunto C-582/2014), que califica como dato personal para el gestor del sitio web, la dirección de protocolo de Internet dinámica de un usuario, cuando dicho gestor (en el caso, público) dispone de medios legales que le permitan identificar al usuario gracias a la información suplementaria de que dispone el proveedor de acceso a Internet del usuario.

---

(28) FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALERO TORRIJOS, J.: «Las infracciones de las Administraciones Públicas». En TRONCOSO, A. (Dir.): *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor, 2010.

III. Reutilización de datos turísticos

La información de que disponen las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones (autorizaciones, control y fiscalización, seguimiento, estadísticas...) tiene un incalculable valor tanto para otros organismos públicos como para el sector privado. Estos datos públicos, combinados con otros datos públicos y privados, permiten crear y agregar valor, contribuyendo a prestar servicios públicos más eficaces y eficientes, al tiempo que contribuyen al crecimiento económico y la generación de riqueza y empleo (29).

En el caso concreto del turismo, la Administración genera gran cantidad de información de interés para el sector privado. La creación de redes de conocimiento y la gestión de esa información es un elemento clave para la competitividad del sector, al que le interesan no sólo datos estrictamente turísticos (alojamiento, oficinas de turismo, restauración...), sino también los relativos a la cultura y patrimonio, meteorología, compras, ocio, transporte, negocios, naturaleza, deportes... (30) y hasta —por qué no— políticas de simplificación administrativa (31).

III.1. Régimen jurídico

El Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprueban la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre de 2003, con el objeto de explotar el potencial de información del sector público y superar las barreras de un mercado europeo fragmentado estableciendo unos criterios homogéneos, asentados en condiciones equitativas, proporcionadas y no discriminatorias para el tratamiento de la información susceptible de ser reutilizada por personas físicas o jurídicas.

Con base en el art. 149.1.18 CE, las Cortes Generales en nuestro país aprueban la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público con carácter básico (disposición final primera), reformada por la Ley 18/2015, de 9 de julio.

(29) CERRILLO I MARTÍNEZ, A. «La información del sector público: del acceso a la reutilización». En CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (Coords.) *La reutilización de la información del sector público*. Comares. Granada, 2006. Pág. 3.

(30) GARCÍA SAURA, P. J.: «La reutilización de recursos de la información en el sector turístico. Acceso por parte del entramado empresarial a la información administrativa y su posterior reutilización comercial», en *Cuadernos de Turismo* núm. 34. 2014. Págs. 102 y 105.

(31) Por ejemplo, la sustitución de la técnica autorizatoria por la declaración responsable a partir de la incorporación de la Directiva de Servicios a los ordenamientos internos.

En el Estado la Ley 37/2007 es objeto de desarrollo por el Reglamento 1495/2011, de 24 de octubre, debiendo prestar atención a la Resolución de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas de 19 de febrero de 2013, por la que se aprueba la Norma Técnica de Interoperabilidad de reutilización de recursos de la información. En sede autonómica y a pesar del carácter básico de la Ley 37/2007, resulta obligado citar la Ley del País Vasco 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi(32), así como el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalitat Valenciana de 5 de diciembre de 2014, por el que se aprueba la Agenda Digital de la Comunitat Valenciana 2014-2020. En materia de datos abiertos, este Acuerdo dedica la línea A.15 al Open data turístico, mientras que en lo referente a reutilización, a diferencia de otros sectores (educación, salud), este Acuerdo no dedica una línea de actuación específica para el turismo, si bien lo configura como un elemento transversal en diferentes ejes dentro de la participación activa.

La definición legal de la reutilización consiste en el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública (art. 3.1). El régimen administrativo de la reutilización comprende los formatos disponibles para la reutilización, la prohibición de derechos exclusivos, la aplicación de tarifas, las condiciones de reutilización, las licencias, el procedimiento de solicitud y el régimen sancionador. Por último no puede dejar de mencionarse que España ha obtenido la mayor puntuación por el Portal Europeo de Datos en el segundo Informe de Evaluación del Nivel de Madurez del Ecosistema de Datos Abiertos (33).

III.2. Proyecto *Aporta*

Como hemos adelantado y conscientes de la necesidad de reutilizar la información pública en cualquier sector de actividad, las distintas Administraciones Públicas disponen de portales en los que publican datos abiertos al objeto de que esa información sea compartida.

En particular la Administración General del Estado dispone desde 2009 de la Iniciativa *Aporta*, gestionada por la entidad pública empresarial Red.es, que inserta —entre otras informaciones— un catálogo de datos de

(32) Destina su art. 59 a la apertura de datos y el art. 60 a la reutilización de la información pública, remitiendo a la legislación básica las condiciones de su realización.

(33) Portal de Administración Electrónica. Consulta: 25 de noviembre de 2016.

aquellas Administraciones que desean remitir determinada información por materias (34).

En el caso del turismo este catálogo alberga un total de 532 conjuntos de datos (35) clasificados por formato (csv, html, xls...), Administración publicadora (45 del Estado, 393 de Comunidades Autónomas y 94 de la Administración Local), y por materias (vacaciones, deporte, cultura, camping, turismo rural, albergues...).

La reutilización de datos con frecuencia da pie a la aparición de aplicaciones informáticas que combinan los datos existentes en redes digitales con determinadas necesidades. Un ejemplo es el mapa interactivo del diario *El País*, que se encuentra en (http://economia.elpais.com/economia/2016/10/10/actualidad/1476090683_656197.html) (36) y que permite conocer el gasto diario de un turista por Comunidades autónomas. Esta aplicación —conocida como *laboratorio de datos*— hace acopio de la Encuesta de Gasto Turístico publicada por el Instituto Nacional de Estadística y la combina con la información periodística. Adicionalmente, a partir de los datos de la encuesta del INE, este laboratorio de datos también analiza la procedencia de los turistas por Comunidades autónomas.

III.3. Ciudades inteligentes y datos abiertos

La ciudad inteligente, conocida con el anglicismo de *Smart city*, no es otra cosa que la aplicación de medios técnicos a la gestión de servicios públicos locales al objeto de lograr una mayor eficiencia en la utilización de medios, espacios e infraestructuras de titularidad municipal.

En este sentido forman parte de la ciudad inteligente los sensores en los vehículos de transporte público para conocer dónde se encuentran y predecir el tiempo que tardan en llegar a una parada; un lector de fugas en la red de agua potable para maximizar este recurso... En definitiva se trata de objetos y sensores interconectados de manera permanente y automatizada que suministran una información en tiempo real. Todos estos datos, interconectados a su vez unos con otros, combinando distintas fuentes, arrojan a su vez otra información adicional tanto de la ciudad como muy especialmente de los ciudadanos.

---

(34) El portal español de datos abiertos (datos.gob.es) es parejo del europeo (data.europa.eu); sin embargo, el catálogo de este último no contiene, a diferencia del primero, un grupo temático del turismo, debiendo buscar tal clase de datos entre los asuntos de «Vida económica» o de «Intercambios económicos y comerciales».

(35) Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2016.

(36) Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2016.

En este sentido los macro datos hacen posible una observación dinámica de la ciudad, de acuerdo con las teorías de urbanistas de los años setenta y ochenta del siglo xx(37), pero también de las preferencias comerciales de sus habitantes, información que posee un enorme interés para los operadores económicos.

Un problema que no puede pasar desapercibido consiste en la multitud de actores que intervienen en las proyecciones de la ciudad inteligente. En efecto, si nuestro análisis se centra en la intervención administrativa en materia de turismo ante el reto del *big data* y el *open data*, en las distintas políticas públicas vinculadas directa o indirectamente al turismo interviene no sólo la Administración junto al prestador y al usuario del servicio turístico, sino también los prestadores de servicios de la sociedad de la información, que hacen acopio de unos datos de unos particulares que —con arreglo a la LOPD— no pueden ceder a terceros so pena de incurrir en una infracción(38).

Desde la perspectiva jurídica las transmisiones de datos en el marco de las ciudades inteligentes plantea la problemática del consentimiento. En efecto la LOPD hace descansar las garantías de la transmisión de datos en el consentimiento del afectado, que debe ser inequívoco (art. 6 LOPD). El acceso a los datos —públicos y privados— del ciudadano en un entorno de agentes públicos y privados con fines comerciales o no comerciales, en el contexto del denominado internet de las cosas, con el volumen, variedad y celeridad en la gestión de los mismos, no puede ampararse en el consentimiento del afectado(39).

Es cierto que este consentimiento no será preciso cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias; sin embargo no es menos cierto que (1) en ocasiones son agentes privados los que acceden a tales datos; (2) que —a pesar de todas las cautelas de *anonimización* de los datos— a día de hoy existen fórmulas para *desanonimizar* los datos encriptados, referenciando comportamientos y actitudes a individuos perfectamente identificados; y (3) que la comunicación de datos a un tercero sí requiere el consentimiento a no ser que la misma se encuentre autorizada por una ley (art. 11 LOPD).

(37) BARTHES, R.: *Semiología y urbanismo*. 1970. LYNCH, K.: *La buena forma de la ciudad*. 1981. GIOVENALE, F.: *Come leggere la città*. 1977. FRIEDMAN, Y.: *Hacia una arquitectura científica*. Alianza editorial. Madrid, 1973.

(38) VALERO TORRIJOS, J. y ROBLES ALBERO, J. R.: «Open Smart cities: ¿de quién son los datos?», en AAVV.: *Regulating Smart cities. Actas del XI Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. UOC-Huygens Editorial. Barcelona, 2015. Pág. 17.

(39) FERNÁNDEZ BARBUDO, C.: «El papel de la Smart City en el concepto de privacidad», en AAVV.: *Regulating Smart cities. Actas del XI Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. UOC-Huygens Editorial. Barcelona, 2015. Pág. 98.

Por otro lado, distinto del tratamiento de datos (art. 6) y de la comunicación de los mismos (art. 11) es el acceso a los datos por cuenta de terceros, cuya realización debe estar regulada en un contrato que debe constar por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas (art. 12 LOPD).

Como puede apreciarse, la conclusión obligada es que el acceso y la reutilización de la información en el marco de la ciudad inteligente casa mal con un régimen jurídico centrado propiamente en los datos personales convencionales (la ideología, la religión o creencia, la salud...), para los que fue concebido la LOPD en 1999, y que la realidad de los hechos dista mucho de tener encaje en esa regulación.

A día de hoy el derecho positivo se viene construyendo sobre la base de la regulación comunitaria de los datos convencionales y de la técnica del consentimiento. No en vano el Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre Protección de Datos en su Dictamen 6/2013 recuerda que el acceso y la reutilización de datos personales que se hayan puesto a disposición del público siguen sujetos a la legislación sobre protección de datos. Por otro lado el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), sigue apostando por este planteamiento y sus innovaciones en materia de control de los datos se centran fundamentalmente en el derecho al olvido y el derecho a la portabilidad.

A nuestro entender el principio de Administración abierta debe ser repensado(40), valorando las indudables ventajas del acceso a los datos y su reutilización, pero siendo conscientes que resulta inviable someterlo al consentimiento del afectado. Conviene replantear radicalmente el modelo de transferencia de datos en un nuevo entorno, que es el propio de los macro datos.

Una fórmula de control administrativo al objeto de evitar abusos podría ser, en el contexto de la actividad de policía administrativa, recoger en una norma la obligación del operador de detener cualquier transmisión o utilización de datos en las que su titular manifieste su voluntad contraria, seguido de un tipo infractor con una sanción ejemplar.

---

(40) MASSENO, M. D.: «Da Proteção de dados em tempos de «Big Data». Que exigências para as Administrações Públicas?», conferencia pronunciada en el Congreso *Proteção e Segurança de Dados. Um imperativo para os Serviços Públicos*. Praia, 15 de diciembre de 2015.

IV. Conclusiones

El análisis de la realidad presente anuncia un nuevo paradigma de la relación jurídica en materia de turismo basado en la innovación tecnológica y la apertura de datos(41).

Las posibilidades de los macro datos y los datos abiertos dan lugar a una nueva categoría de datos muy distintos a los convencionales y para los que no pensaba el legislador a la hora de elaborar el régimen jurídico vigente de protección de datos.

Por razones obvias las ventajas de la innovación tecnológica en general y en materia de turismo en particular, no pueden eliminar las garantías de los titulares de los datos, aprehendidos para fines comerciales sin su consentimiento y al margen de principio de proporcionalidad. El usuario que consulta el precio de un alojamiento o un transporte turísticos no está consintiendo que este dato sea gestionado para ofertarse un precio cada vez superior en una consulta posterior desde un mismo terminal informático o dispositivo electrónico.

La conclusión obligada del análisis que precede es que los instrumentos normativos vigentes han quedado obsoletos y desde luego muy alejados de la realidad social que deben regular. Peor que eso, ya nacen obsoletos por cuanto resulta materialmente imposible residenciar los derechos del titular de datos en el consentimiento. Los macro datos irrumpen con tal fuerza arrolladora en la transmisión de información que carece de efectividad tratar de limitarla por el consentimiento inequívoco.

Urge diseñar un modelo integrador de gestión de datos, que tenga en cuenta la combinación e interconexión de datos de múltiples y variadas fuentes, pero muy especialmente la intervención de múltiples sujetos, y sin olvidar la imprescindible interoperabilidad (42).

En los últimos años el derecho administrativo apunta a la colaboración público-privada, como consecuencia del agotamiento de los recursos públicos para gestionar los asuntos considerados de interés general: la crisis del concepto de servicio público (que permite que sujetos privados puedan prestar servicios públicos) (43), el contrato de concesión de obra pública tipificado en 2003 al superar la fórmula de los contratos mixtos (que evita que la Administración deba de financiar la construcción de una

(41) VALERO TORRIJOS, J.: «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las Administraciones Públicas españolas en la última década (2004-2014)», en *IDP Revista de Internet, Derecho y Política* núm. 19. Octubre, 2014. Pág. 125.

(42) GAMERO CASADO, E.: «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», en *Revista de Administración Pública* núm. 179. Mayo-agosto 2009. Págs. 291 a 332.

(43) GARRIDO FALLA, F.: «El concepto de servicio público en derecho español», en *Revista de Administración Pública* núm. 135. Septiembre-diciembre 1994. Págs. 7 a 36.

obra pública)(44), las fórmulas de colaboración contractual público-privada a partir de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público(45), los mecanismos de autorregulación de determinados sectores como las denominaciones de origen(46)...

Siguiendo esta tendencia, deviene imprescindible en materia de marco datos y datos abiertos, adaptar el régimen jurídico de la protección de datos a una realidad que, independientemente de la vigencia de la LOPD, sigue su camino al margen de cualquier consideración legal. Esta adaptación pasa por involucrar al sector privado tanto en el modelo de gestión de los datos como en su control.

Este nuevo modelo de gestión de datos se convierte en un elemento estratégico por cuanto su importancia no se reduce exclusivamente a garantizar los derechos del titular de los datos (cualquier ciudadano), sino que la gestión del acceso influye en la reutilización, y viceversa, esta última hace posible el primero. *Big data* y *open data* forman así un itinerario de ida y vuelta sin fin.

V. Bibliografía

AAVV.: *Big data. Retos y oportunidades para el turismo*. Instituto Valenciano de Tecnologías Turísticas. Valencia, 2015.

ABERASTURI GORRIÑO, U.: «Movimiento internacional de datos. Especial referencia a la transferencia internacional de datos sanitarios», en *Revista de Administración Pública* núm. 186. Madrid, septiembre-diciembre 2011. Págs. 329 a 369.

ALFONSO SÁNCHEZ, R. y BURILLO SÁNCHEZ, F. J.: «La economía llamada colaborativa». En ALFONSO SÁNCHEZ, R. VALEROTORRIJOS, J. (Directores): *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. The Global Collection. Aranzadi Thomson Reuters. 2017.

BARCELÓ, R. y PÉREZ ASINARI, M. V.: «Transferencia internacional de datos personales», en MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Protección de Datos. Comentarios al Reglamento al Reglamento de desarrollo de la LOPD*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.

BARTHES, R.: *Semiología y urbanismo*. 1970.

(44) Vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*. Thomson – Civitas. Madrid, 2003.

(45) GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Contrato de colaboración público-privada», en *Revista de Administración Pública* núm. 170. Mayo-agosto 2006. Págs. 7 a 39.

(46) BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Jurisdicción y autorregulación. Los consejos reguladores de las denominaciones de origen», en SORIANO GARCÍA, J. E. (Dir.): *Por el Derecho y la Libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Vol. II. Iustel. Madrid, 2014. Págs. 1409 a 1438.

- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Replanteamiento de la intervención administrativa en materia de turismo ante las nuevas tecnologías», en *Actualidad Administrativa* núm. 3. Marzo 2016. Págs. 61 a 75.
- «Transformaciones del derecho público del turismo con ocasión de las nuevas tecnologías», en MARTÍNEZ NADAL, A. (Coord.): *Turismo y nuevas tecnologías*. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor, 2016. Págs. 127 a 156.
  - «Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 40. Iustel. Octubre de 2015.
  - «Jurisdicción y autorregulación. Los consejos reguladores de las denominaciones de origen», en SORIANO GARCÍA, J. E. (Dir.): *Por el Derecho y la Libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Vol. II. Iustel. Madrid, 2014. Págs. 1409 a 1438.
  - «Hacia una legislación básica en materia de turismo. A propósito de las centrales electrónicas de reservas turísticas», en *Diario La Ley*. 27 de mayo de 2014.
  - «Incidencia de la Directiva de Servicios en la legislación turística. Estudio autonómico comparado». En JIMÉNEZ CABALLERO, J. L. y DE FUENTES RUIZ, P. (Coords.): *Turismo y desarrollo económico. Actas de las IV Jornadas de Investigación en Turismo*. Facultad de Turismo y Finanzas de la Universidad de Sevilla. 2011. Págs. 339 a 355.
- BUISÁN GARCÍA, N.: «Movimiento internacional de datos», en LESMES SERRANO, C. (Coord.): *La Ley de Protección de Datos. Análisis y Comentario de su Jurisprudencia*. Lex Nova. Valladolid, 2008.
- CANNATA, J. A.: *Report of the Special Rapporteur on the right to privacy*. Human Rights Council. United Nations. 2016.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A.: «La información del sector público: del acceso a la reutilización», en CERRILLO I MARTÍNEZ, A. y GALÁN GALÁN, A. (Coords.): *La reutilización de la información del sector público*. Comares. Granada, 2006.
- COTINO HUESO, L.: «El derecho fundamental de acceso a la información, la transparencia de los poderes públicos y el Gobierno Abierto. Retos y oportunidades», en VALEROTORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.): *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor, 2014. Págs. 37 a 71.
- FERNÁNDEZ BARBUDO, C.: «El papel de la Smart City en el concepto de privacidad», en AAVV. *Regulating Smart cities. Actas del XI Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. UOC-Huygens Editorial. Barcelona, 2015. Págs. 93 a 112.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. y VALEROTORRIJOS, J.: «Las infracciones de las Administraciones Públicas», en TRONCOSO, A. (Dir.) *Comentarios a*

- la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*. Thomson Reuters – Aranzadi. Cizur Menor, 2010.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: *Derecho administrativo del turismo*. Séptima edición. Marcial Pons. Madrid, 2016.
- FRIEDMAN, Y.: *Hacia una arquitectura científica*. Alianza editorial. Madrid, 1973.
- GAMERO CASADO, E.: «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», en *Revista de Administración Pública* núm. 179. Mayo-agosto 2009. Págs. 291 a 332.
- GARCÍA SAURA, P. J.: «La reutilización de la información en el sector turístico. Acceso por parte del entramado empresarial a la información administrativa y su posterior reutilización comercial», en *Cuadernos de Turismo* núm. 34. 2014. Págs. 89 a 113.
- GARRIDO FALLA, F.: «El concepto de servicio público en derecho español», en *Revista de Administración Pública* núm. 135. Septiembre-diciembre 1994. Págs. 7 a 36.
- GIOVENALE, F.: *Come leggere la città*. 1977.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Contrato de colaboración público-privada», en *Revista de Administración Pública* núm. 170. Mayo-agosto 2006. Págs. 7 a 39.
- GUICHOT REINA, E.: «El sentido, el contexto y la tramitación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en GUICHOT REINA, E. (Coord.): *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Tecnos. Madrid, 2014. Págs. 17 a 34.
- LYNCH, K.: *La buena forma de la ciudad*. 1981.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», en VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (Coords.): *Régimen jurídico de la transparencia del sector público. Del derecho de acceso a la reutilización de la información*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor, 2015. Págs. 241 a 280.
- MASSENSO, M. D.: «Personal data circulation from the EU to USA and now what for the American Tourism Industry with business in Europe?», conferencia pronunciada en la 23rd International Tourism Safety Conference. Las Vegas, Nevada, del 10 al 13 de abril de 2016.
- «Da Proteção de dados em tempos de «Big Data». Que exigências para as Administrações Públicas?», Conferencia pronunciada en el Congreso *Proteção e Segurança de Dados. Um imperativo para os Serviços Públicos*. Praia, 15 de diciembre de 2015.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública*. Thomson – Civitas. Madrid, 2003.
- MONTERO PASCUAL, J. J.: La regulación de la economía colaborativa. En MONTERO PASCUAL, J. J. (Director) *La regulación de la economía cola-*

- borativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. *La Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.* Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor, 2014.
- RAMALLO MIÑÁN, E. P.: *Manual básico del derecho turístico.* Tecnos. Madrid, 2013.
- REBOLLO PUIG, M.: «La actividad inspectora», en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (Coord.): *La función inspectora. Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de profesores de Derecho Administrativo.* Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013. Págs. 55 a 116.
- VALERO TORRIJOS, J.: «De la digitalización a la innovación tecnológica: valoración jurídica del proceso de modernización de las Administraciones Públicas españolas en la última década (2004-2014)», en *IDP Revista de Internet, Derecho y Política* núm. 19. Octubre, 2014. Pág.
- «El big data en las Administraciones Públicas: el difícil equilibrio entre eficacia de la actividad administrativa y garantía de los derechos de los ciudadanos», en AAVV.: *Big data. Retos y oportunidades. Actas del IX Congreso Internacional Internet, Derecho y Política.* Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 25 y 26 de junio de 2013. Págs. 127 a 137.
- VALERO TORRIJOS, J. y ROBLES ALBERO, J. R.: «Open Smart cities: ¿de quién son los datos?», en AAVV.: *Regulating Smart cities. Actas del XI Congreso Internacional Internet, Derecho y Política.* UOC-Huygens Editorial. Barcelona, 2015. Págs. 15 a 27.

Trabajo recibido el 20 de febrero de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Turismoaren arloan, harreman juridikoaren paradigma berri baten aurrean gaude, zeina berrikuntza teknologikoan eta datuak irekitzean oinarritzen den. Makro-datuak eta datu irekiak izateko aukerak datu-kategoria berri bat ekarri dute, ohiko datuekin alderatuta ezberdina. Legegileak ez zuen datu horietan pentsatu datuak babesteko arloan indarrean dagoen araubide juridikoa egiteko orduan. Indarrean dauden tresna arautzaileak zaharkituta geratu dira, eta, zalanztarik gabe, erregulatu behar duten gizarte-errealitatetik oso urrun.

Artikulu honetan, indarrean dagoen araudia aztertuko da. Aldi berean, ordea, araudi hori aldatzeko modua iradokiko da, errealitate berrira egokitu dadin.

GAKO HITZAK: Makro-datuak. Datu irekiak. Sarbidea. Berrerabiltzea. Informazio publikoa. Turismo-administrazioa.

RESUMEN: Asistimos a un nuevo paradigma de la relación jurídica en materia de turismo basado en la innovación tecnológica y la apertura de datos. Las posibilidades de los macro datos y los datos abiertos dan lugar a una nueva categoría de datos muy distintos a los convencionales y para los que no pensaba el legislador a la hora de elaborar el régimen jurídico vigente de protección de datos. Los instrumentos normativos vigentes han quedado obsoletos y desde luego muy alejados de la realidad social que deben regular.

En este artículo se aborda un análisis de la normativa vigente, al tiempo que se sugiere su reforma y adaptación a la nueva realidad.

PALABRAS CLAVE: Macro datos. Datos abiertos. Acceso. Reutilización. Información pública. Administración turística.

ABSTRACT: A new paradigm for the legal relationship regarding tourism based in technological innovation and opening of data is noticed. The possibilities of macro data and open data give rise to a new data category which are very different from conventional data and that were not kept in mind by the legislator when elaborating the current legal regime for data protection. The normative tools in force have become obsolete and they are certainly rather far away from the social reality they are supposed to regulate.

KEYWORDS: Macro data. Open data. Access. Re-use. Public information. Tourism administration.

Criterios definidores y conceptuales del enfoque basado en derechos humanos: de la teoría a la práctica

Alfonso Chacón Mata

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.02>

Sumario: I. Introducción.—II. Antecedentes históricos del «Enfoque Basado en Derechos Humanos». II.1. Declaración de Derecho al Desarrollo (1986). II.2. La construcción paulatina del EBDH en las agencias de la ONU (1997-2009). II.3. Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000-2015). II.4. Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (2012).—III. ¿En qué consiste y qué variables comprende el «Enfoque Basado en Derechos Humanos»?—IV. El valor práctico/operativo del «Enfoque Basado en Derechos Humanos».—V. El «Enfoque Basado en Derechos Humanos» como política de cooperación al desarrollo o como política pública. V.1. El EBDH y la cooperación para el desarrollo: Hitos y necesidades. V.2. El EBDH y la formulación de la política pública basada en derechos humanos: Necesidad de acentuar lo social. V.3. Políticas públicas y su dimensionamiento a través del Estado.—VI. Algunos ejemplos aplicados del EBDH en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.—VII. Consideraciones finales.—VIII. Bibliografía utilizada.

I. Introducción

Para el caso de la Administración Pública y demás órganos del poder estatal en general, el enfoque basado en derechos humanos (EBDH en adelante), se torna fundamental en materia de formulación y ejecución de políticas públicas. Por esta razón hemos querido introducirnos a este enfoque en estas líneas, conscientes de su imperiosa necesidad y observancia desde los operadores de carácter público, en el marco de sus relaciones con los administrados.

Para empezar, diremos que el EBDH marca una tendencia de visualización y ejercicio efectivo de los derechos humanos aplicados. Tiene un fundamento inicial y quizás más de corte axiológico-pragmático, cimentado en que los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos establecen las bases para la libertad, la justicia y la paz en el mundo, muy

acorde con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y los instrumentos internacionales siguientes, protectores en materia de derechos humanos.

Desde nuestra perspectiva y de manera sumamente apriorística, el EBDH se decanta por la necesidad de encontrar prioritariamente un sustrato teórico, capaz de engarzarse con la juridicidad, sea como Teoría del Derecho, o sino bajo una doctrina aplicativa en el ámbito de la jurisdicción endógena o finalmente, como un resultado evolutivo y vinculante, que se gesta en el derecho internacional de los derechos humanos. En la práctica, pretende conformar un pórtico de defensa a la dignidad y promoción de los seres humanos, en sentido amplio y funcional (doctrinal-local e internacional).

Para contextualizar el denominado «Enfoque de derechos», conocido originalmente como «Rights based approach», se hace imperioso indicar que este término proviene de la literatura y de la práctica del desarrollo. Emergió hacia los inicios de los años noventa después de terminada la Guerra Fría y tomó mayor relevancia con la Cumbre de Copenhague sobre Desarrollo Social en 1995. Bajo la forma de «reivindicación de derechos», el enfoque de derechos ha venido siendo un discurso permanente en países latinoamericanos y en el África, donde se construyó una tendencia nacionalista y anticolonialista para ir definiendo los límites a la dominación y el abuso(1).

No obstante lo anteriormente expuesto, según una parte de los teóricos en este campo, se aduce que no es posible hablar de un solo enfoque basado en los derechos humanos. Una de sus características es que bajo esta misma denominación se han adoptado una multiplicidad de visiones y acciones con distintas implicaciones para la práctica del desarrollo. Cornwall y Nyamu-Musembi(2), proponen dividir los enfoques de derechos en cuatro categorías: un conjunto de principios normativos para orientar el desarrollo; un conjunto de instrumentos para aplicar en las intervenciones de desarrollo; un componente a ser integrado en los programas de desarrollo y, por último, la justificación que subyace a las intervenciones dirigidas a fortalecer instituciones y organizaciones de la sociedad civil, principalmente aquellas que representan y protegen los

(1) ALZA BARCO, Carlos: «Enfoque basado en derechos humanos: ¿Qué es y cómo se aplica a las políticas públicas», pág. 52, en BURGORGUE-LARSEN, Laurence, MAUÉS, Antonio y SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz coords.: *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Bogotá Colombia, 2014.

(2) CORNWALL, Andrea y NYAMU-MUSEMBI, Celestine: «Putting the Rights-based approach to development into perspective» en *Third World Quarterly*, 25, 8, pp. 1415-1437, 2004 y HÉLÈNE PIRON, Laure: «Rights-based Approaches and Bilateral Aid Agencies: More Than a Metaphor?» en *Developing Rights? en IDS Bulletin*, vol. 36, núm. 1, IDS, Sussex, enero 2005.

derechos de los sectores más excluidos. Cada una de estas aplicaciones del EBDH tiene sus limitaciones, y por lo tanto, es necesario pensar cada dimensión como complementaria y parcialmente coincidente, con sus ventajas y dificultades (3).

El enfoque basado en los derechos humanos se centra fundamentalmente en los grupos de población que son objeto de una mayor marginación, exclusión y discriminación. Este enfoque a menudo requiere un análisis de las normas de género, de las diferentes formas de discriminación y de los desequilibrios de poder a fin de garantizar que las intervenciones lleguen a los segmentos más marginados de la población. Por ello a lo largo de estas líneas, vamos a establecer algunos criterios esclarecedores del enfoque que nos ocupa, y con ello dilucidar los desfases entre los enunciados teóricos y lo que efectivamente debe plasmarse operativamente.

Ya hace diez años la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de entonces, Louise Arbour, externó que

«...aún sigue habiendo un abismo entre la teoría y la práctica; es indispensable velar por que los objetivos, las políticas y los procesos del desarrollo se canalicen de modo más directo y eficaz hacia las metas de derechos humanos. Por supuesto, hay muchas razones que explican la situación, entre ellas las persistentes carencias en materia de conocimientos y capacidades, y las dificultades que entraña traducir las normas de derechos humanos en directrices de programación concretas que puedan aplicarse en contextos políticos y circunstancias nacionales diversos» (4).

Precisamente ese abismo de los derechos humanos entre lo que estipula las fuentes doctrinales y hasta normativo-jurídicas, versus la realidad práctica, con respecto al EBDH; es lo que queremos sistematizar a lo largo de las siguientes líneas. Se debe seguir caminando en la senda, de hacer más estipulativas y operativas, las disposiciones de política pública basada en derechos humanos, con la intención de generar mejores márgenes de cultura política de servicio, e interés por las causas y necesidades colectivas.

---

(3) Cymant, Paola: «El EBDH en el ámbito internacional: Situación, debates y desafíos», pág. 46 en Instituto de Derechos Humanos de Catalunya (IDH): *Derechos humanos y desarrollo: El enfoque basado en derechos humanos en la cooperación al desarrollo*, Barcelona, octubre del 2014.

(4) Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2006, pág. 4.

II. Antecedentes históricos del «Enfoque Basado en Derechos Humanos»

En este recuento cronológico en el tiempo, hemos divisado al menos cuatro antecedentes que han coadyuvado dentro de la sociedad internacional a la promulgación del EBDH. Nos referimos concretamente a una serie de iniciativas dentro de la ONU, tendientes a consolidar la visión basada en derechos humanos. Es así como podemos hablar secuencialmente de la Declaración del Derecho al Desarrollo; lo que denominamos como una construcción paulatina del enfoque en el seno de la ONU y sus agencias especializadas; el impacto de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los «Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos», aprobados por el Consejo de Derechos Humanos. Finalmente, terminamos este breve recuento con la «Agenda para el Desarrollo Sostenible», que se impone como tarea común de la humanidad hasta el año 2030, con una serie de labores y metas conjuntas a realizar. Seguidamente vamos a hacer alusión somera a cada una de estas actividades y su aporte concreto al EBDH.

II.1. Declaración de Derecho al Desarrollo (1986)

Como un antecedente directo del EBDH, se ha establecido que la *Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo de 1986*, fue un hito inicial muy importante en este tema. El derecho al desarrollo, como concepto o categoría jurídica se desarrolla en la década del sesenta, a raíz de los cambios políticos, históricos y sociales, acaecidos con el surgimiento de los nuevos Estados, que nacían a la vida independiente después de sobrepasar el flagelo de la colonización y dominación principalmente europea. Se dice que la noción de *derecho del desarrollo* fue utilizada por primera vez por el profesor André Philip, durante un coloquio organizado en Niza-Francia sobre la adaptación de la Organización de las Naciones Unidas al mundo contemporáneo, y ese mismo año el profesor M. Virally fortaleció tal concepto en un artículo titulado «Hacia un Derecho Internacional del Desarrollo» (5).

---

(5) GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio: «Desarrollo Progresivo de los Principios y Normas del Derecho Internacional Relativos al Nuevo Orden Económico Internacional», en Organización de Estados Americanos (OEA): *Décimo Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 1983, pág. 152. Cfr: En contrapartida, para otro autor el «*derecho internacional del desarrollo*» se encuentra por primera vez en los escritos de W. Friedmann, quien hablaba de un *derecho internacional cooperativo* y más tarde utilizó el término *derecho internacional del desarrollo económico*; ver a ROLÓN LUNA, Jorge: «Dos Décadas Perdidas: Subdesarrollo y Derecho Internacional del Desarrollo», Base-Investigaciones Sociales, Asunción Paraguay, primera edición, 1994, pág. 70. Pueden verse algunas obras sobre este tema de Derecho al Desarrollo, entre las que reseñamos las siguientes: GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alon-

El derecho al desarrollo se sitúa en el universo mayor de los derechos humanos, caracterizado como derecho de pueblos y colectividades, en privilegio de la dimensión individual y social, en las relaciones que priorizan la dignidad humana. Está instrumentalizado para ese propósito, de naturaleza más proteccionista que promocional, en el contexto de la llamada «*agenda neodemocrática constitucional*», que respeta e incorpora dictámenes culturales locales y regionales, patrones ambientales transnacionales, solidaridad intergeneracional, entre otros principios, con base en la ampliación calificada de la participación popular (6).

La citada Declaración, en el artículo primero, define éste tipo de derecho de la siguiente manera: «el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual *todo ser humano y todos los pueblos* (cursiva nuestra), están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales y a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él».

Su aporte al EBDH se cifra en concebir la estrecha relación entre *desarrollo y derechos humanos*, siendo imposible desligar ambos conceptos. El desarrollo es el resultado último que persiguen los derechos humanos, y éstos últimos deben de ser visualizados de manera progresiva. Además, en concordancia con el artículo primero, implica la participación de individuos y sectores, en aras de conseguir el consabido desarrollo.

II.2. La construcción paulatina del EBDH en las agencias de la ONU (1997-2009)

A fines de los años noventa, las Naciones Unidas —con el Secretario General Kofi Annan y la Alta Comisionada para los Derechos Humanos Mary Robinson a la cabeza— el tema de los derechos humanos en el desarrollo, se constituye en prioritario para la estructura de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Dentro del programa de reforma de las Naciones Unidas puesto en marcha en 1997, el Secretario General de las

---

so; «Notas sobre el llamado Derecho Internacional del Desarrollo», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 6, set-dic de 1987; MONTALUISA VIVES, Rodrigo: «El Derecho al Desarrollo : principio regulador de las nuevas relaciones internacionales», en *Contextos Latinoamericanos : Para la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales*, Ginebra-Suiza ,N.º 1 Febrero 1997; M'BEYA Kéba: «Emergence of the right to development as a Human Right in the context of a New International Economic Order», *Meeting of Experts on Human Rights, Human Needs and the Establishment of a New International Economic Order*, París, UNESCO, 19-23 june 1978.

(6) ALENCAR MAYER FEITOSA, Maria Luiza: «Entre el derecho económico del desarrollo y el derecho humano al desarrollo: Reflexiones desde Brasil» en BURGORGUE-LARSEN, Laurence y otros, *op. cit.*, pág. 373.

Naciones Unidas instó a todas las entidades del sistema de las Naciones Unidas a incorporar sistemáticamente los derechos humanos en sus actividades y programas, como consecuencia de lo cual tuvo lugar un proceso interinstitucional de negociaciones.

Un hito en la consecución de este objetivo, fue la realización del «Taller para todos los Organismos de las Naciones Unidas sobre el Enfoque Basado en los Derechos Humanos en el contexto de la Reforma de las Naciones Unidas», celebrado del 3 al 5 de mayo de 2003. Este proceso tuvo como hito el «entendimiento común» alcanzado en 2003 por representantes de las distintas agencias, fondos y programas de Naciones Unidas. Se trata de un documento que se ha convertido en referencia básica para el enfoque de derechos humanos en el desarrollo. En base a las directrices asentadas en el «entendimiento común», la transversalización de los derechos humanos se llevó a cabo en Naciones Unidas a través del programa «interagencial Action» lanzado por Koffi Annan en 2002, al señalar que «la promoción y protección de los derechos humanos es un requisito fundamental para realizar la visión de un mundo justo y pacífico contenida en la Carta de Naciones Unidas».

El resultado de este proceso, fue la adopción de una *Declaración de Comprensión Colectiva* formulada por las Naciones Unidas, que ha aceptado el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. La declaración aporta un marco conceptual, analítico y metodológico apropiado para determinar, planear, concebir y supervisar actividades de desarrollo basadas en las normas internacionales de derechos humanos. En lo esencial, integra las normas y los principios de los derechos humanos internacionales en todo el proceso de la programación del desarrollo, comprendidos los planes, las estrategias y las políticas. Trata de suscitar una mayor conciencia entre los gobiernos y otras instituciones pertinentes de la obligación que tienen de cumplir, respetar y proteger los derechos humanos y de apoyar y habilitar a las personas y las comunidades para que reclamen sus derechos(7).

A partir de 2009 se ha buscado profundizar el proceso de transversalización de los derechos humanos, dado que ese año el Secretario General

---

(7) A manera de ejemplo, la citada Declaración enuncia que «La afirmación de un Concepto Común se refiere específicamente al enfoque basado en los derechos humanos aplicado a la cooperación y a los programas de desarrollo por los organismos de las Naciones Unidas. **Concepto común:** 1. Todos los programas de cooperación para el desarrollo, así como las correspondientes normas y asistencia, deberían promover la realización de los derechos humanos en la forma establecida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; 2. Las normas, estándares, y principios de derechos humanos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y derivados de la misma, así como de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, dirigen la cooperación y los programas de desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación; 3. La cooperación para el desarrollo contribuye al perfeccionamiento de la capacidad de los «titulares de obligaciones» de cumplir con sus obligaciones y/o a que los «titulares de derechos» reclamen sus derechos».

de la ONU de entonces, Ban Ki Moon, lanzó el *Mecanismo de Transversalización de Derechos Humanos* (HRM, en sus siglas en inglés) para fortalecer la coherencia y colaboración sobre el tema y el apoyo dado a los equipos de país. Un total de 19 agencias de Naciones Unidas participan de este mecanismo, que en la actualidad está liderado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

Pese a los esfuerzos para armonizar la incorporación de los derechos humanos en las distintas agencias, se han alcanzado diversos niveles en la adopción del enfoque. Según un estudio sobre el nivel de adopción del enfoque basado en los derechos, los «proyectos de derechos humanos» han sido los más aplicados, a menudo focalizándose en derechos políticos y civiles. Entre las distintas agencias de Naciones Unidas, destacan UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Niñez y la Infancia) y el PNUD, que han sido pioneras en la incorporación del EBDH y, por lo tanto, han actuado como líderes del proceso de transversalización junto con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos(8).

La prioridad de aplicar los principios de los derechos humanos fue la piedra angular de las iniciativas de reforma de las Naciones Unidas que comenzaron en 1997. El Fondo de Población de las Naciones Unidas, fue uno de los organismos que en 2003 adoptó el «Entendimiento común de las Naciones Unidas sobre un enfoque basado en los derechos humanos para la cooperación para el desarrollo», el cual clarifica la forma en que deben ponerse en práctica las normas y los principios de derechos humanos en la programación.

II.3. Declaración y Objetivos de Desarrollo del Milenio (2000-2015)

No podemos dejar de hacer este recuento histórico-político en el Sistema de Naciones Unidas, sin remontarnos a las implicaciones generadas por la denominada «Cumbre del Milenio» realizada el 8 de septiembre del año 2000, en la que 189 naciones participantes, establecieron y adoptaron ocho objetivos o comúnmente conocidos como los «Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)».

La *Declaración del Milenio de las Naciones Unidas*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 55/2, sitúa explícitamente tanto los compromisos en materia de derechos humanos

---

(8) CYMENT, Paola: Op.Cit., págs. 48-49. Cfr: De igual manera, puede verse el informe de la Unesco, que es bastante revelador, sobre el uso del EBDH en el campo de la educación, en Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: *Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos: Marco para hacer realidad el derecho a los niños a la educación y los derechos en la educación*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia/ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, versión en español, 2008.

como los objetivos de desarrollo en el centro de las prioridades internacionales para el nuevo milenio. Mientras que los Estados Miembros renovaron su compromiso respecto de la promoción y la protección de los derechos humanos, también acordaron ocho objetivos de desarrollo cuantificados y con plazos precisos.

Estos ocho postulados pragmáticos se constituyen sin duda alguna, en acciones directas de los Estados con un claro raigambre de EBDH y son los siguientes:

- Erradicar la pobreza extrema y el hambre,
- Garantizar la enseñanza primaria universal,
- Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer,
- Reducir la mortalidad infantil,
- Mejorar la salud materna,
- Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades,
- Preservar el medio ambiente,
- Establecer un acuerdo mundial a favor del desarrollo

Estos objetivos constituyen un plan sin precedentes en la lucha contra la pobreza en el mundo y se deben alcanzar antes del 31 de diciembre de 2015. La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) ha anunciado que, según sus previsiones, 38 países habrán cumplido sus objetivos de erradicación del hambre antes del plazo establecido para 2015. El porcentaje mundial de personas que viven en una pobreza extrema se ha reducido a la mitad 5 años antes de lo previsto.

Respecto al agua potable, el 89% de la población ha conseguido acceso en 2010, alcanzando el objetivo fijado con 5 años de antelación. Del mismo modo, la lucha contra el paludismo y la tuberculosis ha conocido grandes progresos, pero no es el caso de todos los ODM.

En contrapartida, algunos ODM no progresan o incluso retroceden, como sería el caso del acceso a la enseñanza primaria, especialmente para los niños más pobres, del acceso a terapias antirretrovirales o también de los avances en materia de saneamiento que, aunque son considerables, no son suficientes todavía para alcanzar los objetivos de 2015 (9).

En el *Informe Final* elaborado por la Secretaría General de la ONU, se establece que a pesar de los esfuerzos y logros obtenidos en los ODM, todavía millones de personas siguen desamparadas, en particular los más pobres y los desfavorecidos debido a su sexo, edad, discapacidad, etnia o ubicación geográfica. Se necesitarán esfuerzos específicamente dirigidos

---

(9) Datos tomados de <http://www.humanium.org/es/los-objetivos-de-desarrollo-del-milenio/> el día 23 de diciembre del 2016.

a alcanzar a aquellas personas más vulnerables. Se establecen áreas en las que no ha sido posible generar cambios significativos reales, tales como la desigualdad de género; la creciente y desigual brecha entre hogares ricos y pobres, así como zonas rurales y urbanas; cambio climático y degradación ambiental; los conflictos y el desplazamiento de refugiados; millones de personas en estado de pobreza y hambre, sin acceso a servicios básicos (10).

II.4. Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos (2012)

Para finalizar este recuento histórico, el debate entre la carencia o privación de necesidades básicas y la consecuente obligación de adoptar un EBDH, ha estado presente desde hace mucho tiempo en las Naciones Unidas. A manera de ilustración, La Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó el 24 de agosto 2006, el *Proyecto de Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos: los Derechos de los Pobres* (11). Para un autor, el preámbulo sugería un enfoque de derechos humanos, cuando en dos ocasiones afirma que la pobreza extrema «constituye una negación de los derechos humanos»; también se agrega en el Preámbulo que «en ciertas situaciones puede constituir una amenaza para el derecho a la vida» (12).

Posteriormente y bajo la dirección de la siguiente Relatora Especial, Sra. Magdalena Sepúlveda, y de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, se adopta por consenso en el Consejo de Derechos Humanos mediante Resolución 21/11, A/HRC/21/L.20 del 27 de septiembre de 2012, los denominados «Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos».

---

(10) Organización de Naciones Unidas (ONU): *Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe de 2015*, Nueva York, 2015, pág. 8.

(11) Organización de Naciones Unidas (ONU), Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos: *Proyecto de Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos: los Derechos de los Pobres*, A/HRC/2/2 A/. HRC/Sub.1/58/36 de 11 de septiembre de 2006.

(12) NIKKEN, Pedro: «Los presupuestos de los derechos humanos» pág. 231, en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, Edición especial en homenaje a Elizabeth Odio Benito, San José, Costa Rica, Enero-Junio 2014. Prosigue diciéndonos el autor que «El Proyecto de Principios Rectores aprobado en 2006 mantenía, pues, ambigüedades, seguramente impuestas por los límites de lo que los Estados estaban dispuestos a aceptar, pero tuvo gran mérito y marcó el inicio de una inflexión histórica. En primer lugar, fue un punto de partida para un enfoque de derechos humanos para el tema de la pobreza, sobre el cual aún no se habían alcanzado niveles aceptables de consenso. En segundo lugar, implicaba expresamente a los dos Pactos fundamentales de Naciones Unidas con los derechos de las personas que viven en extrema pobreza. En tercer lugar, abordaba de manera sistemática el tema de la discriminación y la estigmatización de quienes padecen la pobreza extrema», pág. 232.

Los Principios Rectores definen asimismo, los principios esenciales en un enfoque basado en los derechos humanos que deben proporcionar las bases para la elaboración y aplicación de todas las políticas públicas relacionadas con la reducción de la pobreza o que, afecten a las personas que viven en la pobreza. A manera de ejemplo, se enuncia que el respeto de la dignidad inherente de las personas que viven en la pobreza debe ser la base de todas las políticas públicas (párrafo 15), o que ninguna política, en ningún ámbito, debe agravar la pobreza o tener un efecto negativo desproporcionado en las personas que viven en ella (párrafo 17). Se puede discernir entonces, una correlación entre la necesidad de adoptar políticas públicas para combatir la pobreza, y su evidente razón operativa.

II.5. Agenda Para el Desarrollo Sostenible (2015)

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Río de Janeiro en Junio de 2012, fue el origen de la adopción de un nuevo cuerpo de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que permitan continuar con el impulso generado por los ODM dentro de un marco global de desarrollo, para más allá de 2015. Para crear una nueva agenda de desarrollo que tuviera como eje central a las personas, se procedió a realizar una consulta global de grandes proporciones e impacto.

La piedra angular del actual proceso mundial de renovación hacia la temática de desarrollo sostenible, se estableció en Río de Janeiro en junio de 2012, con la aprobación del documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, *«El futuro que queremos»*. En el documento se describían las enseñanzas extraídas de dos decenios de experiencia en materia de desarrollo y se presentaba una amplia evaluación de los progresos y las deficiencias en la aplicación de la agenda de este tipo de desarrollo. Finalmente, este documento es aprobado en la Asamblea General de la ONU (13), teniendo un impacto sumamente interesante, al conjugar las visiones de las organizaciones de la sociedad civil, científicos, académicos y representantes del sector privado de todo el mundo, quienes fueron protagonistas del proceso de elaboración del nuevo programa. El Secretario General de la ONU presentó una síntesis de los resultados de los procesos consultivos, no sin antes advertir la existencia de lo que denominó como «ambiciones compartidas para un futuro común», y que las describe de esta manera:

---

(13) Organización de Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio del 2012: *«El Futuro que queremos 66/288»*, Sexagésimo sexto período de sesiones, Tema 19 del programa, A/RES/66/288, Distr. General, 11 de septiembre de 2012.

«Todas estas contribuciones e hitos han dado lugar a un entendimiento común respecto de la necesidad de contar con una agenda universal. La humanidad enfrenta los mismos problemas mundiales, y los problemas de hoy trascienden las fronteras: aun en los países más ricos puede haber indigencia y exclusión. La universalidad implica que todos los países deberán cambiar, cada uno con su propio enfoque pero con un sentido del bien común mundial. La universalidad es el atributo esencial de los derechos humanos y la justicia intergeneracional. Nos obliga a pensar en las responsabilidades compartidas para un futuro común. Exige coherencia en materia de políticas. La universalidad representa una nueva asociación mundial para el desarrollo sostenible, de conformidad con el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas» (14).

En setiembre del 2015, la Asamblea General de la ONU aprueba la implementación de la «Agenda para el Desarrollo Sostenible 2030» y en ese sentido, los Estados miembros aprobaron una resolución en la que reconocen que el mayor desafío del mundo actual es la erradicación de la pobreza y afirman que sin lograrla no puede haber desarrollo sostenible. El proyecto de Declaración que fue recogido en la Asamblea, contenía una Agenda con 17 Objetivos y con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental (15). Vuelve a

---

(14) Organización de Naciones Unidas, Asamblea General: *El camino hacia la dignidad para 2030: acabar con la pobreza y transformar vidas protegiendo el planeta: Informe de síntesis del Secretario General sobre la agenda de desarrollo sostenible después de 2015*, Sexagésimo noveno período de sesiones Temas 13 a) y 115 del programa, A/69/700, español, original: inglés, 4 de diciembre de 2014, párrafo 48.

(15) Entre los objetivos que podemos señalar a manera de referencia, tenemos los siguientes: Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo; Objetivo 2. Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible; Objetivo 3. Garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades; Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos (...) Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos; (...) Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles (...) Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar los bosques de forma sostenible, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y poner freno a la pérdida de la diversidad biológica; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles; y Objetivo 17. Fortalecer los medios de ejecución y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible. Cfr: Puede consultarse al respecto el documento siguiente: Organización de Naciones Unidas, Asamblea General: *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*, Sexagésimo noveno período de sesiones /Temas 13 a) y 115 del programa Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas A/69/L.85, Español, Original: Inglés, 12 de agosto de 2015.

retomar los esfuerzos de la sociedad global dirigidos a la erradicación de la pobreza extrema, el combate a las desigualdades, el empoderamiento de la mujer y el acceso universal a la salud, la educación y el agua, entre otras metas.

Concluimos entonces que el aporte de cada uno de estos episodios secuenciados, han determinado la consolidación de la necesidad de utilizar un enfoque que privilegie los derechos humanos aplicados, a través de políticas públicas concretas que tienen asidero en el derecho internacional de los derechos humanos, y sobre todo; que requieren ser dirigidas a sectores vulnerables determinados y determinables. Vamos a adentrarnos aún más en la consistencia y significado de cada una de las variables que componen el EBDH.

III. ¿En qué consiste y qué variables comprende el «Enfoque Basado en Derechos Humanos»?

Un grupo de expertos de las Naciones Unidas, nos dice que el enfoque basado en los derechos humanos es un marco conceptual para el proceso de desarrollo humano que desde el punto de vista normativo, está basado en las normas internacionales de derechos humanos y desde el punto de vista ejecutivo, se encuentra orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos. Su propósito es analizar las desigualdades que se encuentran en el centro de los problemas de desarrollo, corrigiendo las prácticas discriminatorias y el injusto reparto del poder que obstaculizan el progreso en materia de desarrollo (16).

Los derechos humanos requieren de un abordaje conceptual, cuyo propósito sea en última instancia la vigencia de los mismos. De otra manera, no tendría razón pensar siquiera en la aplicabilidad de los derechos en cuestión, y es así como hemos hablado en otra oportunidad de los principios interpretativos en materia de derechos humanos, como un mecanismo de operacionalidad y ejecución. Tales postulados y lineamientos se constituyen en una guía que permite superar, aquellas dicotomías y contradicciones inherentes al quehacer interpretativo. A manera de ejemplo, los principios interpretativos de corte general, tales como el *principio pro homine*; *pro libertatis*; *principio de progresividad* y *principio de prohibición de la regresividad*, se constituyen en estándares hermenéuticos, que concretan la aplicación y vigencia de los derechos humanos (17).

---

(16) OANUDH, Op.Cit., pág. 22.

(17) Véanse al respecto a CHACÓN MATA, Alfonso: «Reflexiones en torno a algunos problemas semántico/interpretativos de los derechos humanos (¿es posible encontrar soluciones apelando a sus principios?)», *Revista Ius Doctrina*, Boletín de la Unidad de Informática Jurídica de Facultad de Dere-

Aun cuando no existe una receta universal para el EBD, si se han suscitado una gama de principios o postulados pragmáticos, necesarios de analizar. En ese sentido, los organismos de las Naciones Unidas han realizado un esfuerzo para delimitar dicho enfoque, acordando un conjunto de atributos fundamentales:

- 1) Cuando se formulen las políticas y los programas de desarrollo, el objetivo principal deberá ser la realización de los derechos humanos.
- 2) Un enfoque basado en los derechos humanos identifica a los ciudadanos y ciudadanas como titulares de éstos, el contenido de los derechos, y los correspondientes titulares de deberes y las obligaciones (Estado), procurando fortalecer las capacidades de los primeros para demandar su vigencia y de los segundos, para realizarlos o crear condiciones para su vigencia.
- 3) Los principios y las normas contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos deben orientar toda la labor de cooperación y programación del desarrollo en todos los sectores y en todas las fases del proceso de programación (18).

Para Alza Barco, el EBDH es un instrumento transformador de las prácticas del desarrollo que permite que las agencias, gobiernos, sociedad civil y organizaciones sociales modifiquen sus miradas y sus acciones. Así, las agencias de desarrollo destinan los recursos a áreas distintas a las hasta ahora dadas; los gobiernos revisan sus políticas públicas haciéndolas más participativas; la sociedad civil y las organizaciones sociales se apropian de los derechos, reclaman el cumplimiento de las obligaciones estatales y asumen también una labor proactiva en la solución de los problemas (19).

Como una consideración al margen, podemos acotar que este entramado de exigencias mutuas, implica necesaria y obligatoriamente, que la sociedad civil cuente con garantías reales para el ejercicio del derecho a ser tomados en cuenta, dentro de las políticas a seguir. De lo contrario, estaríamos negando y hasta vaciando en la práctica, lo que Luigi Ferrajoli ha externado acertadamente, en relación a que se consideran como verdaderos derechos fundamentales, los que tienen verdaderas garantías para exigir su realización. En ese sentido, para el jurista italiano, los derechos humanos de la misma manera que los demás dere-

---

cho, Universidad de Costa Rica, octubre 2010 y CHACÓN MATA, Alfonso: «Apuntes de hermenéutica interpretativa en materia de derechos humanos», *Revista Judicial*, N.º 118, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, San José, enero 2016.

(18) Naciones Unidas, OACDH, Op.Cit., pág. 24.

(19) ALZA BARCO, Carlos: *Op.Cit.*, pág. 57.

chos, comportan en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Prosigue el autor en mención diciéndonos entonces, que «*Convengo en llamar garantías primarias a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y garantías secundarias a las obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias*» (20).

Acorde con la anterior inquietud, el futuro del EBDH no depende únicamente del acierto en el modo de ser incorporado en la práctica a los instrumentos de desarrollo de las sociedades sino, sobre todo, de la evolución política que éstas vayan a experimentar en el futuro. En otras palabras, un Estado Social de Derecho sería esencial para asegurarse una serie de políticas y acciones destinadas a los ciudadanos, a través de la gestión y efectividad de la política pública basada en derechos humanos, y según como veremos adelante en este mismo trabajo (21).

No obstante lo anterior, el EBDH contiene un conjunto de potencialidades en términos de desarrollo que es necesario poner de relieve y que, en ningún caso, deben ser ignoradas o dejar reducidas a dimensiones meramente formales. En primer lugar, dicho enfoque es el que mejor se articula con el concepto de desarrollo humano que se propugna desde Naciones Unidas, como el tipo de desarrollo que debe orientar los procesos de transformación y cambio. El EBDH contribuye a situar a las personas en el centro de las intervenciones, no sólo como destinatarios de las mismas, sino como ciudadanos activos, es decir, como protagonistas que deben tomar decisiones y a la par reivindicar, defender y dotar de contenido sus derechos (22).

Otra manera de analizar los derechos desde el EBDH, es exigiendo el *Derecho a la Oportunidad de las colectividades*, en el contexto de una realidad cada vez más interrelacionada con el mundo; lo que por otra parte, obliga a la identificación de los agentes tanto nacionales como internacionales que tienen responsabilidades compartidas en el estancamiento y retroceso de los derechos humanos. El *Derecho a la Oportunidad* se convierte también en aspecto clave para medir el Derecho al Bienestar Material y el Desarrollo Espiritual en Libertad, Dignidad y Seguridad Económica de los Individuos. El *Derecho a la Oportunidad* es lo que sustenta la equidad. En sociedades nacionales el

(20) FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías: La ley del más Débil*, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta S.A., 1999, pág 43.

(21) Véase supra punto 5.2.

(22) GÓMEZ GALÁN, Miguel; PAVÓN PISTICELLO, Daniel y SAÍNZ OLLERO, Héctor: *La aplicación del enfoque basado en derechos humanos a los programas y proyectos de desarrollo*, Fundación Cideal, Madrid, 2013, pág. 4.

Estado es responsable de velar por la equidad, tomando como parámetro el Derecho a la Oportunidad que deben tener los diferentes sectores sociales (23).

Por su parte, un autor como Fernández Aller, plantea dentro de la dinámica axiológica funcional expuesta, la existencia de una serie de principios de derechos humanos que deben integrar todas las políticas y acciones del EBDH, siendo con los que pretenderíamos quedarnos para efectos de esta exposición. Estos principios son los siguientes:

- **Principio de Universalidad e inalienabilidad:** Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (Art. 1 Declaración universal). De esta forma, los derechos pertenecen a cualquier ser humano, se refieren a todos, con independencia de cualquier otra consideración. Además, los derechos son inalienables, lo cual quiere decir que no se puede renunciar a ellos, ni transmitirlos a un tercero.
- **Principio de Indivisibilidad:** Todos los derechos humanos tienen el mismo status. No cabe la posibilidad de dividirlos en categorías que prioricen unos sobre otros, ya que todos son igualmente importantes.
- **Principio de Interdependencia e interrelación:** Los derechos son interdependientes. La realización de un derecho en muchas ocasiones depende de la realización paralela de otros derechos. Es necesaria una visión global.
- **Principio de Igualdad y no discriminación:** La igualdad y no discriminación figuran entre los elementos fundamentales de la legislación internacional sobre los derechos humanos. Están enumerados y explicados en numerosos instrumentos internacionales.
- **Participación e inclusión:** El principio de participación juega un papel fundamental en todas aquellas intervenciones basadas en derechos, para lograr las siguientes actividades y resultados: a) Construir capacidades de las organizaciones de la sociedad civil para poder relacionarse con los sujetos de deberes; b) Incrementar la transparencia de políticas y procesos; c) Crear nuevos canales y mecanismos para la participación de grupos vulnerables; d) Edu-

---

(23) Comisión de Derechos Humanos de Centroamérica (CODEHUCA): «*Los derechos económicos, sociales y culturales en la Centroamérica de inicios del siglo XXI*», primera edición, San José Costa Rica, CODEHUCA, 2002, pág. 80. Con respecto a la ciudadanía y el derecho a la oportunidad, el mismo texto aduce lo siguiente: «Este enfoque de Derechos Humanos, es necesario también el papel de la ciudadanía para exigir el Derecho a la Oportunidad como complemento de los DESC, ya que es parte de la filosofía del Desarrollo Humano promovido por Naciones Unidas. Por eso, exigir al Estado el Derecho a la Oportunidad en momentos en que las políticas estatales en Centroamérica se orientan enfáticamente a las preocupaciones que demanda la globalización económica», pág. 81.

cación ciudadana y sensibilización sobre derechos humanos; e) Campañas en los medios de comunicación y empoderamiento; y f) Establecimiento de alianzas entre las organizaciones de la sociedad civil.

- **Responsabilidad, rendición de cuentas y papel de la ley:** Existe un consenso creciente sobre el carácter central de la responsabilidad en las estrategias de desarrollo y de reducción de la pobreza y en la necesidad de ampliar su alcance (24).

A los anteriores seis principios, podemos expandirnos en su caracterización acotando lo siguiente:

- Los principios de universalidad; indivisibilidad e interdependencia, son lo que podríamos llamar como *principios base*. Su afán consistiría en señalarnos que los derechos humanos tienen un imperativo de accesibilidad a todos los seres humanos, que no deben privilegiarse el disfrute y tutela de algunos derechos humanos en detrimento de otros y sobre todo, que existe una conexidad entre los diferentes derechos que conforman este catálogo.
- Los principios de igualdad y participación, los denominaríamos como *principios funcionales/operativos* y su lógica atiende a visualizarlos como objetivamente necesarios, para instrumentalizar la vigencia y disfrute de los derechos humanos. Es decir, la necesidad de no discriminar y en contrapartida, tender redes participativas, implica realzar y darle importancia a los seres humanos, como destinatarios absolutos de tales derechos. Sin pensar en que los derechos son para la gente y se llevan a cabo para el beneficio de la gente, no es factible hablar de una política con enfoque de derechos humanos.
- Y finalmente, el principio de rendición de cuentas no es otra cosa más que la *cristalización* de todos los intentos posibles, para supervisar a posteriori la eficiencia de las políticas destinadas a solventar los derechos humanos de los seres humanos. Las pautas operativas directrices gubernamentales sobre derechos humanos, deben ser evaluadas sistemáticamente y de manera concienzuda.

Podemos colegir entonces a título de corolario de esta discusión, que el enfoque en estudio parte de una articulación si se quiere compleja, de actores e instituciones tanto públicas como privadas, bajo diferentes roles operativos. Distinguimos al menos cuatro fases bastante

---

(24) FERNÁNDEZ ALLER, Carlos: *Marco teórico para La incorporación del enfoque basado en derechos*, Editorial La Catarata, Madrid, 2008.

delineadas a nuestro juicio y es así, como se puede hablar inicialmente o en una primera fase, de *entidades proveedoras* de recursos económicos sean endógenos —a través del Estado—, o exógenos —a través de agencias de cooperación—; en una segunda fase están las *instancias de diseño y alcance de las políticas públicas de derechos humanos*, cuya misión es estratégica para la fase siguiente, todo ello que se deben traducir los criterios de inclusión y participación de manera efectiva y transparente. En la tercera fase podríamos definir a quienes les corresponde la *ejecución de las mismas políticas*. Finalmente, tenemos las *instancias de fiscalización de lo actuado*, con la misión de analizar la congruencia de todo lo actuado en la ejecución de las políticas públicas.

IV. El valor práctico/operativo del «Enfoque Basado en Derechos Humanos»

Empezamos destacando que se han visualizado en la doctrina como elementos básicos del EBDH, tres niveles de determinación factibles. Uno compuesto por la *Delimitación del derecho* y que se basa en la identificación y los elementos del contenido del derecho; el segundo nivel se refiere a las *Obligaciones del Estado* consistentes en cuatro: a) Obligaciones de respetar; b) Obligaciones de proteger; c) Obligaciones de garantizar y d) Obligaciones de promover. Finalmente, se encuentran los denominados *Principios transversales*, que igualmente responden a las diferentes variables: a) Principio de igualdad y no discriminación; b) Principio de progresividad y no regresividad; c) Principio de participación ciudadana en la toma de decisiones y d) Principio de transparencia y rendición de cuentas(25).

De nuestra parte, quisiéramos abonar a esta propuesta, algunas ideas aclaratorias con respecto a lo dicho. En primer lugar, si hablamos de «delimitar el derecho», nos sugiere referirnos a la dimensión normativa del mismo, y todo lo que concierne a tener claro cuál es el derecho infringido o lesionado, así como las provisiones jurídicas que subyacen para especificar, caracterizar y proteger dicho derecho. A manera de ejemplo, si se requieren gestar políticas públicas con un enfoque de derechos humanos para el sector de la niñez, lo acertado es contar con las fuentes normativas en las que se tutele a este colectivo —legislación nacional e internacional en materia de derechos humanos—, con la finalidad de conocer hasta donde llega la protección. Solo así sabremos si la

---

(25) ALZA BARCO, Carlos: *Op. cit.*, pág. 58.

misma es efectiva o garantizadora de los derechos fundamentales, y en ese sentido, volviendo a la concepción de las garantías en un Estado de Derecho para la protección de derechos humanos por parte de Ferrajoli (26), éste autor ha denominado como la mutación del positivismo jurídico clásico sujeto al principio de legalidad por un estado constitucionalista, constituye el nuevo paradigma del derecho. En esta última condición, se gesta un modelo nuevo, al ensanchar el haz de posibilidades de garantizar los derechos de los justiciables y en los que sería de recepción interna, las convenciones o tratados internacionales de derechos humanos (27).

Quizás un aspecto que se hace imperioso destacar a todo lo anteriormente debatido, radica en el análisis que debe hacerse a través de la subsidiariedad del derecho internacional de los derechos humanos, en relación con el sistema jurídico doméstico. Es decir, se trata de escudriñar hasta donde llega la posibilidad de aplicación del derecho internacional como normativa exógena, y sus posibilidades de complementar el orden legal interno; por lo que hablamos que entre ambos sistemas jurídicos, existe una relación subsidiaria entendida como el hecho consistente en que la protección internacional de los derechos humanos es el efecto inmediato de la jurisdiccionalidad que podríamos denominar como «hacia afuera» (28).

Con respecto al EBDH es imperioso destacar que el mismo encierra una ineludible necesidad de especificar, que entendemos fáctica y funcionalmente por este enfoque. Es así que encontramos un valor práctico y necesario, que se plasma en fines, valores a proteger y medios para conseguir los anteriores acometidos. El valor práctico de un enfoque basado en los derechos humanos reside entonces en lo siguiente, que pasamos a exponer:

---

(26) Véase supra nota 18 de este trabajo.

(27) FERRAJOLI, Luigi: *Op.Cit.*, págs. 65-66.

(28) CHACÓN MATA, Alfonso: «Breve «Breve Reseña del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México D.F., Vol. IX, 2009, pág. 466.

Fines	Valores a proteger y conseguir	Medios
1. <i>¿Los derechos de quién se tutelan en el EBDH?</i>	—El enfoque basado en los derechos humanos se centra en la realización de los derechos de las poblaciones excluidas y marginadas, y de aquellas cuyos derechos corren el riesgo de ser infringidos —La universalidad significa que todas las personas tienen derechos humanos, No significa que todos los problemas de todas las personas deban ser abordados de una vez	Deben fijarse prioridades ante la limitación de recursos para hacerle frente a tales requerimientos, entendiendo que un país no puede avanzar de forma sostenida sin reconocer los principios de derechos humanos (especialmente la universalidad) como principios básicos de gobernanza.
2. <i>Un planteamiento holístico del EBDH</i>	Un programa orientado por el enfoque basado en los derechos humanos adopta una visión holística del entorno, teniendo en cuenta la familia, la comunidad, la sociedad civil y las autoridades locales y nacionales. —Un enfoque basado en los derechos humanos suprime los sesgos sectoriales y facilita una respuesta integrada a problemas de desarrollo que tienen múltiples dimensiones	Tiene presente el marco social, político y legal que determina la relación entre esas instituciones y las exigencias, los deberes y las responsabilidades resultantes. —Respuesta integral a los problemas de desarrollo.
3. <i>Instrumentos internacionales y EBDH.</i>	—Los resultados específicos, el nivel de prestación de servicios y la conducta se derivan de los instrumentos universales de derechos humanos, los convenios y otros objetivos, metas, normas o reglamentos internacionalmente acordados. —El enfoque basado en los derechos humanos ayuda a los países a traducir esas metas y normas en resultados nacionales alcanzables en un plazo determinado	—Instar a los Estados a que suscriban y ratifiquen los instrumentos internacionales de derechos humanos —Establecer control de convencionalidad a lo interno, para que el ordenamiento jurídico pueda hacer valer estas disposiciones exógenas en su fuero endógeno.

Fines	Valores a proteger y conseguir	Medios
4. <i>Proceso participativo en el EBDH.</i>	— El enfoque basado en los derechos humanos pretende tanto ayudar en la formulación participativa del necesario marco político y legislativo como velar por que los procesos participativos y democráticos sean institucionalizados a nivel local y nacional (inclusive aumentando la capacidad de las familias, las comunidades y la sociedad civil para participar constructivamente en los foros pertinentes). — Debe reflejar el consenso entre las personas cuyos derechos son infringidos y las personas que tienen el deber de actuar al respecto.	— Las responsabilidades en el logro de esos resultados o niveles se determinan mediante procesos participativos (elaboración de políticas, planificación nacional)
5. <i>Transparencia y rendición de cuentas desde el EBDH.</i>	— El enfoque contribuye a que el proceso de formulación de políticas sea más transparente y da a la población y las comunidades capacidad de acción para que los que tienen el deber de actuar rindan cuentas al respecto, asegurando que existan vías de reparación efectivas en caso de violación de derechos.	— El enfoque en cuestión ayuda a formular políticas, leyes, reglamentos y presupuestos que determinan claramente qué derechos humanos particulares hay que abordar (qué debe hacerse y en qué grado, quién es responsable) y vela por que se disponga de las capacidades necesarias (o de recursos para conseguir las capacidades que faltan).
6. <i>Vigilancia en el EBDH.</i>	— Un enfoque del desarrollo basado en los derechos humanos apoya la vigilancia de los compromisos del Estado	— A través de la ayuda de las recomendaciones de los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos, y — Mediante evaluaciones públicas e independientes de la actuación del Estado.

Fines	Valores a proteger y conseguir	Medios
7. Resultados sostenidos con la aplicación del EBDH.	Un enfoque basado en los derechos humanos lleva a resultados mejores y sostenidos en los esfuerzos de desarrollo y hace que las inversiones den mayores beneficios	—Aumentando la capacidad de los principales agentes para emprender el diálogo, cumplir sus propias responsabilidades y hacer que el Estado rinda cuentas; —Fortaleciendo la cohesión social mediante la búsqueda del consenso con procesos participativos y canalizando la asistencia a los excluidos y más marginados; —Codificando el consenso social y político sobre la rendición de cuentas en materia de resultados en leyes, políticas y programas acordes con los convenios internacionales; —Anclando los derechos humanos en un marco de leyes e instituciones; —Institucionalizando los procesos democráticos, y —Fortaleciendo las capacidades de las personas y las instituciones para cumplir sus obligaciones, expresadas en leyes, políticas y programas locales, nacionales e internacionales.

Fuente: OACDH, págs. 16-18 y elaboración propia (2016).

De nuestra parte y de todos los modelos o marcos doctrinales citados en estas líneas, nos quedamos con el anterior cuadro sinóptico, por varias razones:

- (i) El EBDH es un enfoque con valor agregado, dentro de la jurisdiccionalidad en sentido amplio y por supuesto, para la ejecución de políticas públicas. En ese sentido, se puede apreciar muy atinadamente que la clasificación propuesta se centra en adherir valor a las cadenas de formulación y ejecución de las decisiones políticas

- en materia de derechos humanos, y por esta razón, se hace imperioso analizar la dimensión axiológica para cada uno de los pasos o fines que se describen;
- (ii) Al establecer los medios posibles o más pertinentes para los siete fines previstos, se está enfatizando en pautas pragmáticas y necesarias, para hacer ejecutivo el consabido enfoque. Se busca pasar de la teoría a la praxis sin mayor preámbulo;
  - (iii) El EFBDH debe necesariamente asumir una visión holística de los derechos a aplicar y sobre todo, hacia los sujetos destinatarios. Se toma en cuenta los sectores y grupos especiales o vulnerables; buscando que las políticas sean inclusivas hacia ellos mismos (*fin segundo*), tratando de constituirse en un reflejo amplio de los tratados internacionales que protegen los derechos humanos (*fin tercero*);
  - (iv) Asimismo, el proceso participativo en la planificación y cobertura de los derechos (*fin cuarto*), supone no solo una mejor identificación y focalización de las vías políticas para atender los derechos humanos, sino que además asume en contrapartida, que los poderes públicos deben estar abiertos a examinarse continuamente, rindiendo cuentas claras y efectivas en los diferentes niveles de ejecución: recursos financieros, logísticos, materiales y humanos inclusive (*fin quinto*);
  - (v) Finalmente, la vigilancia y control de los compromisos asumidos por el Estado en materia de política pública con EBDH (*fin sexto*), supone la fiscalización en doble senda: una la que puedan asumir los órganos rectores e interpretativos en materia de los respectivos tratados internacionales de derechos humanos contraídos, y la segunda posibilidad, a través de las instancias estatales y ciudadanas existentes o constituidas al efecto. El resultado último de todo este proceso de engranaje de disposiciones internacionales, con las capacidades estatales y de la propia ciudadanía, no es otro más que darle un efecto realimentativo al sistema político, al dotarlo de asertividad, escucha y ejecutividad en las decisiones de derechos humanos, que favorecen a los seres humanos en su conjunto (*fin sétimo*).

V. El «Enfoque Basado en Derechos Humanos» como política de cooperación al desarrollo o como política pública

En este punto nos vamos a centrar en la determinación del factor político del enfoque en estudio. Es así como nos hemos decantado, en entenderlo asociado indisolublemente como la cooperación surgida de manera

exógena a las propias competencias y posibilidades de los países receptores; o como una capacidad propia o interna, que nace y se consolida en la formulación de políticas públicas. En ambas disyuntivas vamos a discurrir en las siguientes líneas, externando de antemano, que nos decantamos por la segunda opción según lo que nos serviremos profundizar y fundamentar.

V.1. El EBDH y la cooperación para el desarrollo: Hitos y necesidades

El mundo globalizado, interconectado/interdependiente y transnacionalizado que nos corresponde vivir actualmente, requiere de marcos más amplios de cooperación y de gobernanza global mediante un multilateralismo eficaz con capacidades y legitimidad para movilizar la acción colectiva y asegurar una provisión adecuada de bienes públicos globales y/o regionales. En este marco vigente, el desarrollo con enfoque basado en derechos humanos (EBDH) busca transformar las relaciones de poder que existen, corrigiendo las desigualdades, las prácticas discriminatorias y el injusto reparto de poder, por ser éstos los principales problemas que obstaculizan el desarrollo.

Lo anteriormente expuesto, implica importantes cambios en aspectos políticos y estratégicos, relacionales, de organización interna y de las intervenciones. Dicho por Paloma García y Carmen Borje: «El EBDH nos propone una nueva mirada al desarrollo, nos propone que nos pongamos las gafas de los valores, principios y normas de los derechos humanos para mirar la realidad social, políticas, económica, cultural, las relaciones entre las personas, nuestra forma de actuar en la vida pública y en la vida privada, el mundo en el que vivimos» (29).

Cada vez son más las agencias de desarrollo que se comprometen a integrar el enfoque basado en derechos humanos en la práctica. Destacan en este sentido, el DFID, la SIDA, la COSUDE, la Agencia Alemana, la agencia australiana. El único país que introduce el enfoque en su legislación es Canadá, sin embargo adolece de deficiencias importantes a la hora de su implementación en la práctica. Parece interesante notar que la ley establece todos los estándares que deben guiar el trabajo en derechos humanos, basada no solo en los *principales* tratados internacionales de derechos humanos, sino también en cualquier otra normativa de la que Canadá sea parte.

---

(29) GARCÍA VALVERDE, Paloma: y BORJA SEGADE, Carmen: «El EBDH: Una nueva mirada al desarrollo y a los derechos humanos», pág. 13 en Instituto de Derechos Humanos de Catalunya (IDH): *Derechos humanos y desarrollo: El enfoque basado en derechos humanos en la cooperación al desarrollo*, Barcelona, octubre del 2014.

Los principios de derechos humanos son un elemento clave de las políticas de cooperación analizadas, concretamente la equidad y no discriminación, participación y empoderamiento, responsabilización y estado de derecho, e indivisibilidad y universalidad. También destacan por la apuesta por el fortalecimiento de capacidades, y por poner en el centro de la política las poblaciones más vulnerables y empobrecidas, así como por el diálogo político para el respeto y promoción de los derechos humanos(30). La cooperación al desarrollo es sumamente valiosa para alcanzar objetivos estratégicos como Estado-Nación y por supuesto, puede tener un perfil propicio de EBDH, más sin embargo no nos asegura el éxito de las políticas domésticas ni la sustentabilidad de las mismas.

En síntesis, se incorpora una nueva visión en la cooperación internacional al desarrollo, al promover la realización de los derechos humanos y fortalecer las capacidades de los titulares de derechos, para poder hacer efectivos éstos así como las capacidades de los titulares de obligaciones, para poder cumplir las mismas. La incorporación de este enfoque en los proyectos de cooperación al desarrollo supone un cambio de orientación no solo en las acciones sino en el propio análisis del problema, la identificación de proyectos y en la metodología y desarrollo de los mismos.

Desde este enfoque orientado a la cooperación, las acciones deseadas y esperadas serían aquellas que se dirigen a la promoción y protección de los derechos humanos, y deben estar en cualquier caso orientadas por los principios básicos que definen los derechos humanos, esto es: a) Universalidad; b) No discriminación e igualdad; c) Participación; d) Interdependencia de derechos y e) Responsabilidad.

Ahora bien, el reto de una nueva arquitectura de cooperación internacional y de cooperación al desarrollo que responda a una «Agenda Transformadora», implica la construcción de un nuevo paradigma del concepto de desarrollo. Sin embargo, los obstáculos para este imperativo son cuantiosos y en ese sentido, un *Foro de Organizaciones No Gubernamentales para el Desarrollo*, ha reafirmado como concepto de desarrollo, no solo aquel que pone su acento en las personas, sino que es entendido como

«Un proceso multidimensional que busca ampliar sus capacidades y oportunidades en un marco de derechos; y lo hace dentro de los límites de sostenibilidad del planeta. Un proceso que tiene como fin último garantizar los derechos humanos e incrementar su grado de libertad e igualdad, abordando las causas de discriminación desde la raíz; y que ge-

---

(30) Red en Derechos-Aecid: *El enfoque basado en derechos humanos y las políticas de cooperación internacional*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2011, pág. 73.

nera las condiciones para que las personas puedan desplegar su máximo potencial, y lo hagan dentro de un marco social justo, cooperativo y solidario que entienda la necesidad de interactuar de forma sostenible con el medio ambiente» (31).

De igual manera, se han externado como metas o imperativos deseables de cooperación enfocada en derechos humanos, las siguientes: I) Debe partir de la defensa de lo público; II) Responder de manera efectiva a los tres desafíos globales que la Agenda Post-2015 ha identificado como prioritarios, que lo son también en lo doméstico: pobreza, desigualdades, y sostenibilidad, y lo haga enfrentando sus causas estructurales; III) Coloque en el centro del conjunto de la agenda política la garantía de los Derechos Humanos teniendo en cuenta su carácter integral, universal, indivisible e interdependiente; así como el fortalecimiento de la democracia para que sea más inclusiva, rinda cuentas y haga más partícipe a la ciudadanía en la toma de decisiones, en su seguimiento y en su control, y IV) Preste atención específica a la desigualdad que afecta a las mujeres y lo haga desde una garantía estricta de sus derechos (32).

En el fondo, lo que se pretende es llevar a cabo toda una política pública de carácter cooperativa, construida y compartida con el conjunto de actores implicados, sean nacionales y/o foráneos. Desde nuestra perspectiva, estamos hablando ni más ni menos, de la elaboración de «macropolítica» que debe tejerse desde abajo y hacia arriba. En ese sentido, estimamos que por el sesgo ideológico y verticalizado de la cooperación internacional para el desarrollo, existe mucho mayor margen de manobra en el plano interno de los Estados-Nación y su carácter articulador con otras fuerzas e intereses, con la finalidad de elaborar una mejor política pública en diseño y resultados. Vamos a centrarnos en el punto siguiente, a reseñar y entender el papel del aparato estatal en todo este proceso.

V.2. El EBDH y la formulación de la política pública basada en derechos humanos: Necesidad de acentuar lo social

Conviene realizar una precisión inicial antes de adentrarnos en esta temática, suscrita por Lahera, para quien la política y las políticas públicas

---

(31) RUIZ-JIMÉNEZ AGUILAR, Mercedes: «Nuevos objetivos para el Desarrollo. La Agenda Post 2015 y el nuevo marco de la cooperación internacional para el desarrollo». Documento mimeografiado-ponencia en *Foro «La Política de Cooperación que queremos a partir del 2015, Navarra-España, setiembre 2015*, pág. 3.

(32) RUIZ-JIMÉNEZ AGUILAR, Mercedes: *Op. cit.*, pág. 4.

son entidades diferentes, pero que se influyen de manera recíproca. Ambas se buscan en la opacidad del sistema político. Tanto la política como las políticas públicas tienen que ver con el poder social. Pero mientras la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos. El idioma inglés recoge con claridad esta distinción entre *politics* y *policies* (33).

En consecuencia con lo expuesto, las políticas públicas son un factor común de la política, de las decisiones del gobierno y de la oposición. Así, la política puede ser analizada como la búsqueda de establecer políticas públicas sobre determinados temas, o de influir en ellas. A su vez, parte fundamental del quehacer del gobierno se refiere al diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas.

Para fundamentar y explicar que se entiende por «políticas públicas de derechos humanos», vamos a valernos prioritariamente del interesante aporte de Vásquez y Deplace (34). Ambos autores, aducen que el estudio y formulación de políticas públicas (PP) es una disciplina relativamente reciente, e inició con el conocido texto de Harold D. Lasswell: «*La orientación hacia las políticas*» publicado en 1951. La fecha es importante para entender el objetivo de las políticas públicas, puesto que ya ha terminado la Segunda Guerra Mundial se ha consolidado el bloque socialista en la mitad de Europa y en 1950 tuvo lugar el primer conflicto bélico que dio inicio a la Guerra Fría: la Guerra de Corea. Más allá de la disputa ideológica en la cual se crea la disciplina de las referidas políticas, el elemento a destacar es el objetivo final, es decir; darle racionalidad a las acciones gubernamentales. Este es el principal objetivo del análisis de la política pública, por lo que cualquiera podría preguntarse: ¿por qué tendría que preocuparme por la racionalidad de la acción gubernamental? La respuesta en ese momento era política: las democracias capitalistas deben superar los métodos de producción del socialismo. La respuesta hoy pasa por otros lugares: la acción estatal debe estar guiada en torno al bienestar público, se trata de una acción pública que se realiza con recursos que también son públicos, por lo que tanto los objetivos como los mecanismos o procedimientos a través de los cuales se concrete la acción gubernamental, deben lograr obtener el mayor bienestar posible de la forma más eficiente. De esta forma, la política pública tiene por objetivo encarar y resolver un

---

(33) LAHERA P., Eugenio: *Política y políticas públicas*, Comisión Económica para América Latina», División de Desarrollo Social, Serie 95, políticas sociales, Santiago de Chile 2004, pág. 7.

(34) VÁSQUEZ, D. y DEPLACE D.: «Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción», en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos* N.º14, Red Universitaria de Derechos Humanos, Sao Pablo-Brasil, 2004.

problema público de forma racional a través de un proceso de acciones gubernamentales (35).

En torno a la evolución de las políticas públicas, debe acotarse que la década de los noventa se presentaba promisorio a partir de un triunvirato: el capitalismo-neoliberal, el gobierno representativo y los derechos humanos. En este proceso los derechos humanos tomaron una doble posibilidad discursiva: se siguen presentando como un discurso de protesta frente a los gobiernos pero, además, debido al triunvirato triunfante, los gobiernos difícilmente se oponen de forma público-discursiva a ellos, por el contrario, en muchas ocasiones presentan sus plataformas en términos de derechos, por lo que la nueva pregunta es ¿cómo los hacemos efectivos desde el propio gobierno? En este ambiente de fin de la historia se celebró en Viena la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos entre el 14 y el 25 de junio de 1993. La Declaración de la Conferencia, entre otros alcances dispuso que «Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos» (36).

A *grosso modo* podemos acotar que las PP son políticas de corte social, encausadas a un amplio sector de las comunidades nacionales que requieren las acciones derivadas de prestaciones estatales. Algunos se preguntan entonces, ¿Cuál es la importancia o la utilidad social de las políticas sociales?...y en ese sentido, un estudio de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), nos hace saber que la política social no es el resultado de entusiastas planteamientos voluntaristas. Por el contrario, es la expresión fundamental de los propósitos de la sociedad y de las posibilidades económicas para alcanzarlos, que obviamente son realidades inseparables (37).

Se conoce como política social a la concepción de planes y programas de desarrollo social, así como la aplicación de medidas por el Estado que contribuyen a lograr condiciones favorables para el bienestar de la población. En otros términos, la política social abarca toda la acción del Estado,

---

(35) VÁSQUEZ, D. y DEPLACE, D.: *Op. cit.*, págs. 35-36.

(36) Organización de las Naciones Unidas (ONU): *Conferencia Mundial de Derechos Humanos: Declaración y Programa de Acción de Viena*, 14 al 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, español, 12 de julio de 1993, párrafo primero, pág. 4.

(37) BIELSCHOWSKY, Ricardo (compilador): *Sesenta años de la CEPAL: textos seleccionados del decenio 1998-2008*, 1.ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, pág. 72. Continúa el estudio indicándonos con respecto a los temas o postulados que deben inspirar a las políticas sociales, que se debe valorar «el acceso progresivo a la protección social en determinado período, la definición de los contenidos de la protección universal o selectiva, la relación con los recursos disponibles y la organización institucional (reglas y entidades), deben figurar en la agenda política, con el fin de alcanzar los consensos necesarios en torno de lo que es deseable, necesario y posible», pág. 73.

encaminada a aliviar y mejorar la situación y condiciones económicas, jurídicas y sociales de la comunidad (38).

Un autor como Vito, considera a la política social, como aquella por medio de la cual el Estado, organismos públicos y sindicales tiende a asegurar la paz social y a tutelar la condición económica, social y moral de los trabajadores. (39) Para Menéndez Pidal, «Al tratar de la importancia económico-social del Derecho social se han hecho algunas referencias necesarias a la política social, actividad creadora y análisis crítico del Derecho social vigente, que no puede perderse en una actuación negativa dentro de una estéril lucha de clases, sino constructiva en una formación del hombre social, y de la sociedad humana ordenada al bien común, no bastando tampoco la mera actuación liberal de defensa de la vida corporal y moral de los trabajadores, ni de adoptar una serie de medidas para la mejora de aquéllos (jornada, salario, etc.) ni de seguridad social y económica (pleno empleo, política monetaria). Superada la idea de lucha de clases, la política social ampara tanto a empresarios como a obreros, aunque no olvide la adecuada protección de los últimos» (40).

Las políticas sociales han sido entendidas en cierto modo en estrecha relación con las necesidades de la población en condición de pobreza. Esta es una comprensión minimalista de la política social que resulta sin embargo bastante frecuente en la visión de gobiernos y organismos de cooperación internacional (41). Si analizamos el impacto de las políticas, éstas se juzgan no por su capacidad a corto plazo de mitigar condiciones como la pobreza, sino por su capacidad de proporcionar a los individuos medios duraderos que les permitan evitar la dependencia social y económica (42).

Las políticas en estudio, también se pueden entender cabalmente y en concreto, como instrumentos propicios para: a) Justificar necesidades

(38) CHAZAL PALOMO, José Antonio: *Fundamentos de Derecho Laboral y Social*, Bolivia, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, primera edición, enero 1995, pág. 32.

(39) VITO, (F): «L'Economia a servizio dell'uomo», citado por MENÉNDEZ PIDAL, Juan: *Derecho Social Español*, Volumen I, Madrid, Juan Bosch editores S.A., 1972, pág. 38.

(40) MENÉNDEZ PIDAL, José Luis: *Op. cit.*, pág. 37. El mismo autor aduce que «La trascendencia que las medidas de política económica o de política social puedan tener en el campo de la economía o en el campo de lo social, son contrastadas constantemente por la realidad de la vida. Así, una medida de economía política puede traer como consecuencia una alteración del poder adquisitivo del salario. También puede tener repercusión en la economía determinadas medidas de la legislación laboral», pág. 25.

(41) SOJO OBANDO, Carlos: *La Modernización sin Estado: Reflexiones en torno al desarrollo, la pobreza y la exclusión social en América Latina*, San José, Costa Rica, Primera Edición, FLACSO, 2008, pág. 47.

(42) ROBERTS, Brian (editor): *Ciudadanía y política social*, San José, Flacso, primera edición, 1998, pág. 21.

distributivas derivadas de fallas de mercado; b) Desarrollar capital humano, lo cual es una visión instrumental de la política social que la entiende como un mecanismo de soporte, de apoyo a la producción y no como un instrumento de fortalecimiento de gestión de derechos humanos sustantivos; c) Satisfacer intereses políticos por medio del clientelismo (43).

Una estrecha relación entre política social y política económica, es visualizada por Antonio Chozas Bermúdez, cuando aduce que

«...ha sido y es tan estrecha que la crisis económica se ha traducido inmediatamente en una crisis paralela de los servicios sociales y de la acción protectora del estado en el plano social. Los importantes y bien conocidos logros de la política social de las dos últimas décadas (mejora y sistematización de la protección social en favor de los más débiles, atenuación de las desigualdades más espectaculares, una cierta redistribución de la renta y un claro incremento de los servicios sociales y del consumo social en general), que había producido un consenso generalizado, aunque no exento de tensiones, en torno al papel social del Estado y a la difusión de un determinado bienestar, han quedado en entredicho desde el momento en que se han reducido la acumulación y el crecimiento, que hacían posible una importante corriente de transferencias sin grandes trastornos» (44).

En síntesis, y según lo han sostenido estudiosos en la materia como Krijuit y Sojo; la política social integra el Estado nacional, a la vez que esta última entidad no se encuentra ajena a los vaivenes económicos de centros de poder exógenos. Han externado ambos autores, que en el escenario de la globalización, una buena parte de los factores que limitan la integración social dentro de los Estados, se genera en el exterior de los Estados mismos. Los flujos económicos no son controlables desde el Estado, como queda de manifiesto tanto con los capitales como con las personas. Las decisiones económicas, a menudo referidas al control de los indicadores macroeconómicos, se diseñan, al menos para los países en desarrollo, en las riberas del Potomac. Y no hay mucho que los gobiernos aislados puedan hacer para corregir el curso de los acontecimientos. Por

---

(43) SOJO, Carlos: *Op.Cit.*, pág. 47.

(44) CHOZAS BERMÚDEZ, Antonio: «La Crisis Económica y Las Reformas de estructuras en la Seguridad Social», pág. 137, en Instituto Europeo de Seguridad Social (IESS): *La Seguridad Social y La Crisis Económica*, Anuario IESS 1980-1981-Parte II, Madrid, Agisa, 1984.

ello, un desarrollo óptimo de la política social, orientado a mejorar su capacidad de incidencia, tiene que ver con su desenvolvimiento en espacios socioterritoriales distintos, desde lo nacional hacia lo local. Y a la inversa(45).

Se ha analizado también por parte de algunos autores, que la política social es el resultado de una relación simbiótica entre el *Estado y los sectores populares*. Dentro de un espectro teórico, se busca explicar las demandas —inputs— establecidas al sistema, y las respuestas surgidas al interior del mismo —outputs(46)—, como la explicación de las políticas sociales.

V.3. Políticas públicas y su dimensionamiento a través del Estado

El debate contemporáneo de las PP, pasa necesariamente por el cuestionamiento del Estado como prestatario y ejecutor de las mismas. El dis-

(45) KRUIJT, Dirk y SOJO, Carlos: «Globalización, Integración Social, Estado y Ciudadanía», págs. 26-27 en CARDONA, Rokaël, KRUIJT, Dirk, OUDE ENGBREMERINK, Gerard, PÉREZ Mariam y SOJO Carlos: *Ciudadanía en Precario*, San José, Costa Rica. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, 2000.

(46) El enfoque sistémico es una postura que busca explicar las relaciones sociales e inclusive las internacionales, a partir de la premisa de que las mismas solo pueden ser explicadas y analizadas como un todo íntegro, en forma de espectro sistemático, que tiene sus *respuestas*, según el grado de *peticiones* que se puedan introducir al mismo. Sobre su origen tenemos a continuación, la explicación que al respecto elabora Roberto MEZA: «El funcionalismo, tal como lo entendemos desde nuestra perspectiva no supone un enfrentamiento con el behaviorismo; sino que lo consideramos desde orientaciones distintas. Puede decirse para no romper el uso metafórico que «los behavioristas parten de la observación metódica del comportamiento de los órganos, mientras que los funcionalistas se esforzarán en analizar el sistema de relaciones que se establecen entre los órganos (...) concentrarán su atención sobre el sistema nervioso o sanguíneo que asegura las relaciones entre los diferentes órganos». Tomado de MEZA, Roberto: *Teoría y Práctica de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1974, págs. 95-96. Cfr: Otro autor aduce que el enfoque sistémico/funcionalista se explica de la siguiente manera: «La identificación de las funciones no basta, pues, para caracterizar un sistema: este último descansa básicamente sobre una red de relaciones, o de interacciones, entre las diferentes funciones y entre los actores que las ejercen. (...) Sin embargo esta concepción de las cosas tiene el inconveniente de ser demasiado abstracta y, en consecuencia, poco operativa. Razón por la que David EASTON ha construido, para el análisis de los sistemas políticos, un modelo basado en la distinción del sistema y de su medio. (...) «El «sistema» constituido por un conjunto determinado de relaciones está en comunicación con su entorno por el mecanismo de los inputs y de los outputs. Los inputs están constituidos por el conjunto de peticiones y de apoyos que se dirigen al sistema, considerado como un todo. En el interior del sistema, las peticiones y los apoyos son «convertidos» por la reacción combinada de todos los elementos constitutivos del sistema y provocan finalmente, por parte de la autoridad reguladora, una reacción global que expresa la manera según la cual el sistema trata de adaptarse a las incitaciones y a las presiones procedentes del entorno. Esta reacción global (output) constituye la respuesta del sistema, pero esboza al mismo tiempo un nuevo circuito de reacción (feed-back), que contribuye a su vez, a modificar el entorno del sistema». MERLE, Marcel: *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Alianza editorial, nueva y actualizada, 1991, pp125-126.

curso sobre el rol exorbitante del Estado data desde el Antiguo Régimen, siendo en la época una constante de la reflexión política, a la cual críticos tan opuestos como Tocqueville y Marx prestaron acentos igualmente elocuentes. Ahora bien, incluso aceptando la validez de esas críticas al rol administrativo y político del Estado, su rol social era entonces insignificante. Castel nos dice al respecto lo siguiente:

«Se puede evaluar en un 0,3 por ciento la parte del producto nacional afectada a los gastos sociales bajo el Segundo Imperio. Lo que debería sorprender es más bien la ausencia o el carácter muy tardío del rol «providencial» del Estado. Y sobre todo en Francia. Hasta ya bien entrado el siglo xx, la protección asumida por el Estado en Francia siguió siendo infinitamente inferior no sólo a la brindada en Gran Bretaña y Alemania, sino también a la de los países escandinavos, Austria, los Países Bajos, e incluso Rumania» (47).

Las ideas del economista inglés John Maynard Keynes y lo que se conoce como «*El Keynesianismo*», no fue solamente una corriente renovadora de la teoría económica clásica sino que aportó muy en especial, la justificación doctrinal del estado intervencionista. El modelo final que quedaría a partir de 1945 y se consolidaría en el decenio de 1950, llegando a su plenitud en el de 1960, fue el del Estado providencia, que se ocupa de los más desfavorecidos, garantizando su poder adquisitivo, asegurándoles frente a las incertidumbres y cuidándose de que tanto ellos como su descendencia tengan igualdad de oportunidades; fue también el del Estado intervencionista, que regula el mercado por los más diversos motivos: evitación de la crisis, legislación antimonopolista, controles de precios, política de salarios, inversiones, ampliación de la base fiscal, etc. (48).

Es así como el Estado de bienestar encuentra su soporte teórico en el paradigma Keynesiano y la ideología socialdemócrata, que sirven para justificar la intervención estatal más allá de su espacio tradicional, para incursionar —en aras del bienestar común, según se dice— en actividades consideradas tradicionalmente del sector privado. Algunos de los postulados de este tipo de Estado serán los siguientes según Adela Cortina: 1. Intervención del Estado en los mecanismos del mercado para proteger a determinados grupos de un mercado dejado a sus reglas; 2. Polí-

---

(47) CASTEL, Robert: *Las Metamorfosis de la Cuestión Social: Una crónica del salariado*, Colección Paidós Estado y Sociedad, Buenos Aires, Paidós, primera edición 2004, pág. 283.

(48) *Ibíd.*

tica de pleno empleo, imprescindible porque los ingresos de los ciudadanos se perciben a través del trabajo productivo o de la aportación de capital; 3. Institucionalización de sistemas de protección para cubrir necesidades que difícilmente pueden satisfacer salarios normales; 4. Institucionalización de ayudas para los que no pueden estar en el mercado de trabajo (49).

En el contexto del Estado de bienestar cuando el Estado intervino en la economía, trató con ello de corregir los fallos del mercado y potenciar el crecimiento y desarrollo, asumiendo en algunos casos el papel de empresario, de forma monopólica, puesto que se consideraba que ciertos servicios públicos esenciales no podían dejarse al mercado, sino que por su importancia y carácter estratégico debía asumirlos el propio Estado. Posteriormente, el Estado de bienestar cede ante las políticas de apertura de mercados, libre competencia y privatización, con lo que existe una suerte de reformulación del mismo aparato estatal. Se inicia la función del Estado Regulador, en materia de competencia y la prestación de servicios públicos (50).

Ahora bien, teniendo claro este rol de Estado intervencionista-benefactor, entenderíamos que las PP se pueden connotar como el ámbito privilegiado de realización del «pacto» entre Estado y sociedad. Un nuevo papel del Estado, en el sentido de hacerlo más ágil y organizador. Las consabidas políticas, tienen incidencia directa con el acceso de las personas a bienes y servicios; consisten, precisamente, de reglas y acciones que tienen como objetivo resolver y dar respuestas a la multiplicidad de necesidades, intereses y preferencias de grupos y personas que integran una sociedad. Esto es lo que generalmente se conoce como «agregar demandas», de forma tal que al final, las soluciones encontradas permitan que personas y grupos coexistan a pesar de sus diferencias. Aunque de igual manera, a esta tendencia estatal de adicionar demandas de los ciudadanos en general, se le ha conocido desde décadas atrás, como «Neoconservadurismo». Esta doctrina se ha erguido como un pensamiento desarrollado en medios académicos y políticos de Estados Unidos de América y que se expande a casi todo el Tercer Mundo. En síntesis, el *neoconservadurismo* vislumbra la causa de la crisis económica por la que atraviesan los países occidentales, debido a dos factores: el Estado y las demandas populares (51). Sencillamente, los acólitos de esta doctrina

---

(49) CORTINA, Adela, citada por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally: *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 2007, pág. 46.

(50) HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally: *Op.Cit.*, pág. 324.

(51) SOTO, Willy: «Crisis económica y comunicación ideológica: el papel del medio difusor en la articulación de la clase dominante costarricense», pág. 81 en *Revista de Ciencias Sociales*, N.º 30, San José, U.C.R. 1985.

enuncian que entre los anteriores elementos existe una estrecha relación; el aparato estatal se ha expandido debido a la atomización de las demandas populares: ante cada petición, el Estado crea una nueva institución lo cual provoca un aumento en los gastos fiscales que se traduce en absorción de recursos crediticios, emisión inorgánica, inflación, etc. (52). El anterior evento fáctico, provoca que en el ámbito político se suscite una «ingobernabilidad» y una «crisis de autoridad».

En todo caso e independiente del sesgo político/ideológico que puedan tener las PP, retomando a un autor como Lahera, nos dice que una política pública de excelencia corresponde a «aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados» (53). Sin embargo el desfase prevaleciente entre lo que establece el rango de protección de las provisiones en materia de derechos humanos y lo que ocurre en la realidad al momento de formular PP, es sumamente evidente. El conjunto institucional dispuesto proveniente del aparato político, está desfasado con el entramado normativo, y no existe una simetría entre ambas esferas.

Estamos ni más ni menos la contradicción fáctica entre cultura de legalidad y las garantías en un Estado de Derecho. La legitimidad y la legitimación son requisitos medulares de la cultura de la legalidad, tanto desde una perspectiva jurídica, como desde el ángulo de la política. En la primera perspectiva se han destacado tres dimensiones de carácter formal, moral y social. En la segunda perspectiva ponemos el acento en dos exigencias, la del fortalecimiento de la democracia y la de examinar el funcionamiento de las democracias a fin de evaluar su calidad con base en ciertos parámetros o estándares (54).

---

(52) *Ibíd.*

(53) LAHERA P, Eugenio: *Op. cit.*, pág. 8. Continúa el autor acotándonos lo siguiente: «¿Qué ideas son ganadoras en la discusión social? Es indudable que algunas personas y corporaciones tienen mayor capacidad de incluir, jerarquizar y excluir temas en la discusión social. Así, la agenda pública se constituye como un juego de poder en donde se construyen legitimidades e ilegitimidades y el ordenamiento de unos valores a otros, aunque sea de manera implícita. Que los intereses particulares compitan y confluyan en la formación de las políticas públicas es de la esencia de la democracia. Pero, como en todo juego, debe haber reglas comunes para quienes participan. Y el lobby, la corrupción y la falta de transparencia en el financiamiento de la política son reglas de la desigualdad» (pág. 13).

(54) WENCES, Isabel y SAUCA, José María: «Cultura de la legalidad: proyecto y movimiento», pág. 18 en WENCES, I., CONDE, R. y BONILLA, A. (editores) *Cultura de la legalidad en Iberoamérica: desafíos y experiencias*, primera edición, San José Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2014.

Para concluir esta disertación, el EBD permite superar el enfoque asistencial de la ayuda internacional y la focalización en la infraestructura y la provisión de bienes y servicios, características típicas de un enfoque basado en necesidades(55), de manera que la persona deja de ser un mero beneficiario de los programas, proyectos y políticas públicas, para ser un titular de derechos(56). Precisamente allí radica el quid del asunto, en el sentido que los seres humanos, poseen derechos humanos connaturales a su existencia y pleno desarrollo, y este tipo de enfoque propuesto; pretende reiterar esta condición fáctica a través de la adopción de políticas que fortalezcan la citada visión. Así las cosas, independientemente de la necesidad invocada para ser satisfecha, el EBDH tiene una actitud proactiva y ex-ante a las determinadas circunstancias, por más graves que sean.

(55) Un autor como ALZA BARCO, dirime desde su perspectiva las diferencias entre el enfoque basado en necesidades y el enfoque basado en derechos humanos, de la siguiente manera: «En otras palabras, el EBD permite superar el enfoque asistencial de la ayuda internacional y la focalización en la infraestructura y la provisión de bienes y servicios, características típicas de un enfoque basado en necesidades, de manera que la persona humana deja de ser un mero beneficiario de los programas, proyectos y políticas públicas para ser un titular de derechos», *Op. cit.*, pág. 56. Un enfoque basado en las necesidades produce una visión cuyo objetivo es resolver problemas específicos que requieren atención, para poblaciones vulnerables o especiales. Ahora bien, una posibilidad teórica y funcional de explicar cómo podrían vincularse, derechos, economía y capacidades personales fundadas en la libertad para satisfacer necesidades, nos la ofrece el economista indio y Premio Nobel de Economía (1999), AMARTYA SEN y su denominado «enfoque de capacidades». El autor propone entonces el enfoque de capacidades, basado en lo que denominó como «funciones», que no es otra cosa más que las diversas cosas que una persona puede valorar ser o hacer: comer bien y no padecer enfermedades; ser capaz de participar en la vida en comunidad etc. Con respecto a la «capacidad» de una persona, se refiere a las diversas combinaciones de funciones que puede conseguir: «Por tanto, la capacidad es un tipo de libertad: la libertad fundamental para conseguir combinaciones de funciones (o en términos menos formales, la libertad para lograr diferentes estilos de vida). Por ejemplo, una persona rica que ayune puede conseguir los mismos resultados funcionales en lo que se refiere a comer o nutrirse que una persona desfavorecida que se vea obligada a pasar hambre, pero la primera tiene un «conjunto de capacidades» diferente al de la segunda (la primera puede decidir comer bien y estar bien nutrida, la segunda no.)», (pág. 100). Por tanto, para descifrar el mayor o menor uso de las funciones y capacidades en los seres humanos, básicamente para el autor en mención se tiene la siguiente distinción: mientras que la «combinación de funciones» de una persona, refleja sus logros reales; el enfoque o conjunto de capacidades, representa la libertad para lograrlos: las distintas combinaciones de funciones entre las que puede elegir una persona. Por consiguiente, el «conjunto de capacidades» estaría formado por los distintos vectores de funciones que puede elegir. Este modelo de capacidades, SEN lo ha aplicado en la práctica y es así como se ha abocado al estudio de la explicación y abordaje del fenómeno de la pobreza. Concibió el denominado *enfoque de la pobreza basado en las capacidades*, el cuál descansa sobre los postulados siguientes: 1) La pobreza puede identificarse de forma razonable con la privación de capacidades; el enfoque contra la atención en las privaciones que son intrínsecamente importantes (a diferencia de la renta baja, que solo es instrumentalmente importante); 2) Hay otros factores que influyen en la privación de capacidades —y, por lo tanto, en la pobreza real— además de la falta de renta (la renta no es el único instrumento que genera capacidades), y 3) La relación instrumental entre la falta de renta y la falta de capacidades varía de unas comunidades a otras e incluso de unas familias a otras de unos individuos a otro (la influencia de la renta en las capacidades es contingente y condicional). SEN, Amartya: *Desarrollo y Libertad*, Madrid, Editorial Planeta, tercera edición, 2001.

(56) ALZA BARCO, Carlos: *Op. cit.*, pág. 56.

VI. Algunos ejemplos aplicados del EBDH en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

En la etapa final de este trabajo, hemos considerado la necesidad de ilustrar aunque sea someramente en los anales de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, algunos ejemplos decretados por la Corte Interamericana, en los que conmina a los Estados infractores a adoptar política pública con EBDH, como forma de resarcimiento o reparación.

Precisamente en este último sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su numeral 63, párrafo primero(57), la base normativa para decretar las reparaciones necesarias en los casos de violaciones de derechos humanos. Las reparaciones como bien lo ha expuesto el exjuez de la Corte, Antônio Augusto Cançado Trindade, no se limitan a las pecuniarias y abarcan otra gama de posibilidades (no pecuniarias y obligaciones de hacer). Por la anterior razón, la construcción jurisprudencial elaborada por este órgano jurisdiccional regional a lo largo de años, ha contemplado distintas formas de reparación: *restitutio in integrum*, compensación por daño material e inmaterial, satisfacción, rehabilitación de las víctimas, garantía de no repetición de hechos lesivos(58).

A grosso modo, determinamos a lo largo de este trabajo que el EBDH se centra primordialmente en la realización de los derechos de las poblaciones excluidas y marginadas, y de aquellas cuyos derechos corren el riesgo de ser infringidos. Es así como la Corte Interamericana en diferentes veredictos, ha determinado obligaciones de hacer por parte de los Estados infractores, que se traducen en medidas de reparación de políticas públicas con un claro EBDH. Podemos citar el *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*, fallado en sentencia del 10 de septiembre de 1993, en el que se ordenó al Estado a la creación de dos fideicomisos para asegurar la educación de los hijos de poblaciones vulnerables que quedaron sin padres por la muerte de éstos, y la reapertura de la escuela de Gujaba, además de la puesta en operación de un dispensario médico en el lugar(59). En

---

(57) «Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada», *Convención Americana de Derechos Humanos*, Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, San José Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, artículo 63(1).

(58) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado: «Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones» en *Revista Vox Juris UMP* N.º 21, Perú, 2011, págs.. 55-56.

(59) Véanse Considerandos XV a XIX de la sentencia en mención, en Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.

este sentido, se propugna la adopción de un enfoque que mitigue las posibilidades de perpetuar y acentuar la vulnerabilidad y discriminación de este tipo de personas, que ven reducidas sus posibilidades de estudiar y acceder a mejores condiciones de vida.

De igual manera, en el *Caso Bullacio Vs Argentina*, relativo a la detención de un joven menor de edad por la policía y su posterior muerte a manos de ésta; se dispuso entre otras cosas la adopción de medidas legislativas para que no se generara una repetición de los hechos. Con estas medidas, la Corte intenta establecer lineamientos de respeto, adecuación y seguimiento de los Estados con respecto a los parámetros de convencionalidad, siendo que en esta situación en especial se invoca el artículo segundo de la Convención —concerniente a adoptar medidas en el derecho interno congruentes con el instrumento internacional—, y se exhorta a que el gobierno argentino establezca legislación para tratar las garantías procesales de detención de los jóvenes. Se pretende conminar a adoptar medidas concretas para un sector vulnerable, a la vez que el EBDH se visualiza igualmente en políticas de transparencia y actuación de los poderes públicos con el establecimiento de reglas claras procesales, cuando se va a detener a un menor de edad.

Otros ejemplos en los que el EBDH se ha manifestado en las políticas públicas exigidas al Estado infractor como medida de reparación, las encontramos en los casos de poblaciones indígenas que ha conocido la jurisprudencia interamericana. A partir del «Caso Comunidad Mayagna» (*Awatitgní Vs Nicaragua*), se producen importantes precedentes reparatorios y para este caso en concreto, el conflicto comienza cuando el Estado otorgó una concesión por treinta años para el manejo y aprovechamiento forestal de 62 mil hectáreas aproximadamente a la empresa privada, sin que la Comunidad hubiese sido consultada al respecto, según lo dispone inclusive el Convenio N.º 169 de poblaciones indígenas gestado al alero de la Organización Internacional del Trabajo. La Comunidad solicitó a diversos organismos administrativos y judiciales, no avanzar con el otorgamiento de la concesión, paralelamente que solicitaban delimitar su territorio. No obstante, ninguna de las peticiones fue atendida y en este caso, se invocaron como derechos violentados, las garantías de atención y petición de gestiones administrativas, así como el derecho a la propiedad privada. El gobierno de Nicaragua es condenado, y se dispone que deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la citada comunidad ancestral. Uno

de los puntos altos de esta sentencia, se basa en que se reconoce a los indígenas, el derecho a vivir libremente en sus propios territorios, así como la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería ser suficiente para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro (60). La sentencia establece además, la obligación de tomar en cuenta los usos y costumbres indígenas en la posesión de la tierra, por lo que resulta evidente que se abre un foco de participación y consulta con los involucrados, que igualmente es una manifestación clara del EBDH.

Podríamos detenernos en múltiples precedentes como los anteriores y que han sido gestados en el seno de la Corte Interamericana, sin embargo consideramos que con esta pequeña muestra queda de manifiesto, el papel preponderante que se le asigna a las reparaciones basadas en adopción de políticas públicas u obligaciones de hacer por parte de los Estados, desde un enfoque de derechos humanos.

VII. Consideraciones finales

Al finalizar el presente ensayo, se pueden abstraer las siguientes conclusiones pertinentes al término en estudio y que pasamos a resumir:

- 1.º El EBDH es una noción evolutiva y responde a la necesidad de deslindar la teoría de la práctica, haciendo esta última más efectiva en la prestación y justiciabilidad de los derechos humanos. El recuento histórico de definición del enfoque en estudio, desde nuestra perspectiva presenta una serie de episodios concretos —Declaración de Derecho al Desarrollo; construcción paulatina del enfoque al seno de la ONU; los Objetivos de Desarrollo del Milenio; los «Principios rectores sobre pobreza extrema» y la nueva Agenda de Desarrollo Sostenible vigente hasta el año 2030—, sin embargo quedan otros eventos que aunque no fueron nombrados en este trabajo, igualmente merecen ser reconocidos por su aporte a la causa, como por ejemplo la Cumbre Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 y las Conferencias Mundiales (IV Conferencia Mundial de la Mujer en Beijín en 1985; Cumbre sobre la Tierra en

---

(60) Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

- Río de Janeiro en 1992; Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague de 1995, entre otras).
- 2.º El EBDH es un constructo en proceso metodológico y aplicativo, y puede ser visualizado y entendido, desde múltiples aristas. A lo largo de esta exposición, pudimos encontrar vetas de análisis desde la promoción del desarrollo humano y la protección de la dignidad propia, como aspectos esenciales del enfoque mismo. Asimismo, los expertos de la ONU han reflexionado en torno a la necesidad de entronizar los tratados internacionales de derechos humanos y sus principios, como una panacea que materialice el enfoque, en el ámbito doméstico. Otra visión pasa por considerar que su vigencia, requiere de la interacción con la ciudadanía y en consecuencia, el diálogo entre Estado y grupos sociales, debe tener el suficiente marco de garantías que permita en todo caso, exigir administrativa y judicialmente a los poderes públicos por acción indebido o inclusive por la sola inacción.
  - 3.º De igual manera, el EBDH ha sido concebido como el «Derecho a las Oportunidades», las cuáles deben de ser irradiadas a la población en general, sin ningún tipo de distingo. Asimismo, ha sido necesario generar una serie de pautas o principios para guiar que se entiende por este tipo de enfoque, y es así como se han realizado aportes tales como el de universalidad; indivisibilidad; igualdad y no discriminación; participación e inclusión; responsabilidad y rendición de cuentas, entre otros.
  - 4.º En el punto IV tratamos de dilucidar el valor práctico/operativo del EBDH y hacer una relación entre fines/valores y medios. Es en última instancia con el enfoque que nos quedamos para los efectos de adherencia, a la vez que invocamos las razones para ello en el mismo trabajo. Por otra parte, en el punto V se quiso incursionar en la dimensión política del EBDH, a través de la cooperación internacional y la adopción de políticas públicas. Sin duda alguna, la necesidad de generar políticas con un enfoque de derechos humanos, se plasma de mejor manera en las PP, siendo el mecanismo más efectivo para alcanzar resultados concretos, deseables y más rápidos.
  - 5.º Ahora bien, el Estado como prestatario de la política pública con EBDH, ha sido puesto en duda por los sectores de mercantilización o desregularización de los bienes y servicios, inclusive que actualmente son públicos o que otrora, lo fueron. La crisis del Estado benefactor, se extiende a una supuesta imposibilidad de prestar servicios públicos que beneficien a las colectividades, sin embargo este predicado está altamente ideologizado. Las PP que atiendan a los grupos marginales deben venir de la acción estatal, como referente

ejecutivo de las prestaciones que involucren las aspiraciones de tales sectores. Es una práctica de carácter irrenunciable, que no puede ser asumida por otra instancia.

- 6.º Finalmente, la jurisprudencia de la Corte IDH se ha decantado por realizar en sus veredictos, disposiciones de retribución y reparación con un claro raigambre desde el EBDH. Insta a los Estados sancionados a adoptar políticas, precisamente ante insuficiencias o ausencia de éstas desde la perspectiva de los derechos humanos. Esperamos que la Corte siga en esta senda, que trasciende por mucho lo consignado en un fallo determinado; es la ruta por construir aspiraciones y satisfacción de necesidades a través del EBDH.

VIII. Bibliografía utilizada

a. Libros y revistas utilizadas

- ALZA BARCO, Carlos: «Enfoque basado en derechos humanos: ¿Qué es y cómo se aplican a las políticas públicas?», en BURGORGUE-LARSEN, Laurence, MAUÉS, Antonio y SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz (coords.): *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Bogotá Colombia, 2014.
- BIELSCHOWSKY, Ricardo (compilador): *Sesenta años de la CEPAL: textos seleccionados del decenio 1998-2008*, 1.ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, MAUÉS, Antonio y SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz (coords.): *Manual de Derechos Humanos y Políticas Públicas*, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, Bogotá Colombia, 2014.
- CARDONA, Rokaël, KRUIT, Dirk, OUDE ENGBREMERINK, Gerard, PÉREZ, (Mariam) y SOJO Carlos: *Ciudadanía en Precario*, San José, Costa Rica. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, 2000.
- CASTEL, Robert: *Las Metamorfosis de la Cuestión Social: Una crónica del salariado*, Colección Paidós Estado y Sociedad, Buenos Aires, Paidós, primera edición 2004.
- Comisión de Derechos Humanos de Centroamérica (CODEHUCA): *Los derechos económicos, sociales y culturales en la Centroamérica de inicios del siglo XXI*, primera edición, San José Costa Rica, CODEHUCA, 2002.
- CORNWALL, Andrea y NYAMU-MUSEMBI, Celestine: «Putting the Rights-based approach to development into perspective» en *Third World Quarterly*. 2004.
- CORTINA, Adela, citada por HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally: *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 2007.

- CYMENT, Paola: «El EBDH en el ámbito internacional: Situación, debates y desafíos», en Instituto de Derechos Humanos de Catalunya (IDH): *Derechos humanos y desarrollo: El enfoque basado en derechos humanos en la cooperación al desarrollo*, Barcelona, octubre del 2014.
- CHACÓN MATA, Alfonso: «Breve Reseña del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México D.F., Vol. IX, 2009.
- CHACÓN MATA, Alfonso: «Reflexiones en torno a algunos problemas semántico/interpretativos de los derechos humanos (¿es posible encontrar soluciones apelando a sus principios?)», *Revista Ius Doctrina*, Boletín de la Unidad de Informática Jurídica de Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, octubre 2010.
- CHACÓN MATA, Alfonso: «Apuntes de hermenéutica interpretativa en materia de derechos humanos», *Revista Judicial*, N.º 118, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, San José, enero 2016.
- CHAZAL PALOMO, José Antonio: *Fundamentos de Derecho Laboral y Social*, Bolivia, Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra, primera edición, enero 1995.
- CHOZAS BERMÚDEZ, Antonio: «La Crisis Económica y Las Reformas de estructuras en la Seguridad Social», en Instituto Europeo de Seguridad Social (IESS): *La Seguridad Social y La Crisis Económica*, Anuario IESS 1980-1981-Parte II, Madrid, Agisa, 1984.
- FERNÁNDEZ ALLER, Carlos: *Marco teórico para La incorporación del enfoque basado en derechos*, Editorial La Catarata, Madrid, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid España, colección estructuras y procesos: serie derechos, séptima edición 2010.
- GARCÍA VALVERDE, Paloma y BORJA SEGADE, Carmen: «El EBDH: Una nueva mirada al desarrollo y a los derechos humanos», en Instituto de Derechos Humanos de Catalunya (IDH): *Derechos humanos y desarrollo: El enfoque basado en derechos humanos en la cooperación al desarrollo*, Barcelona, octubre del 2014.
- GÓMEZ GALÁN, Miguel; PAVÓN PISTICELLO, Daniel y SAÍNZ OLLERO, Héctor: *La aplicación del enfoque basado en derechos humanos a los programas y proyectos de desarrollo*, Fundación Cideal, Madrid, 2013.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso: «Notas sobre el llamado Derecho Internacional del Desarrollo», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 6, set-dic de 1987.
- GONZÁLEZ GÁLVEZ, Sergio: «Desarrollo Progresivo de los Principios y Normas del Derecho Internacional Relativos al Nuevo Orden Económico Internacional», en Organización de Estados Americanos (OEA): *Décimo Curso de Derecho Internacional, Comité Jurídico Interame-*

- ricano, Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 1983.
- HÉLÈNE PIRON, Laure: «Rights-based Approaches and Bilateral Aid Agencies: More Than a Metaphor?» en *Developing Rights?* en IDS Bulletin, vol. 36, núm. 1, IDS, Sussex, enero 2005.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magally: *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público*, Editorial Universidad de Costa Rica, San José, 2007.
- Instituto de Derechos Humanos de Catalunya (IDH): *Derechos humanos y desarrollo: El enfoque basado en derechos humanos en la cooperación al desarrollo*, Barcelona, octubre del 2014.
- Instituto Europeo de Seguridad Social (IESS): *La Seguridad Social y La Crisis Económica*» Anuario IESS 1980-1981-Parte II, Madrid, Agisa, 1984.
- KRUJIT, Dirk y SOJO, Carlos: «Globalización, Integración Social, Estado y Ciudadanía», en CARDONA, Rokaël, KRUJIT, Dirk, OUDE ENGBRERINK, Gerard, PÉREZ, (Mariam) y SOJO Carlos: *Ciudadanía en Precario*, San José, Costa Rica. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, 2000.
- LAHERA P., Eugenio: *Política y políticas públicas*, Comisión Económica para América Latina», División de Desarrollo Social, Serie 95, políticas sociales, Santiago de Chile 2004.
- M'BEYA, Kéba: «Emergence of the right to development as a Human Right in the context of a New International Economic Order», *Meeting of Experts on Human Rights, Human Needs and the Establishment of a New International Economic Order*, París, UNESCO, 19-23 June 1978.
- MENÉNDEZ PIDAL, Juan: *Derecho Social Español*, Volumen I, Madrid, Juan Bosch editores S.A., 1972.
- MERLE, Marcel: *Sociología de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Alianza editorial, nueva y actualizada, 1991.
- MEZA, Roberto: *Teoría y Práctica de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 1974.
- MONTALUISA VIVES, Rodrigo: «El Derecho al Desarrollo: principio regulador de las nuevas relaciones internacionales», en *Contextos Latinoamericanos: Para la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales*, Ginebra – Suiza, N.º 1 Febrero 1997.
- NIKKEN, Pedro: «Los presupuestos de los derechos humanos» en *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, Edición especial en homenaje a Elizabeth Odio Benito, San José, Costa Rica, Enero-Junio 2014.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Conferencia Mundial de Derechos Humanos: *Declaración y Programa de Acción de Viena*, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, español, 12 de julio de 1993, párrafo primero.

- Organización de Naciones Unidas (ONU), Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos,: *Proyecto de Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos: los Derechos de los Pobres*, A/HRC/2/2 A/. HRC/Sub.1/58/36 de 11 de septiembre de 2006.
- Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2006.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: *Un enfoque de la educación basado en los derechos humanos: Marco para hacer realidad el derecho a los niños a la educación y los derechos en la educación*, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia/ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, versión en español, 2008.
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General: *Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio del 2012: El Futuro que queremos 66/288*», Sexagésimo sexto período de sesiones, Tema 19 del programa, A/RES/66/288, Distr. General, 11 de septiembre de 2012.
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General: *El camino hacia la dignidad para 2030: acabar con la pobreza y transformar vidas protegiendo el planeta: Informe de síntesis del Secretario General sobre la agenda de desarrollo sostenible después de 2015*, Sexagésimo noveno período de sesiones Temas 13 a) y 115 del programa, A/69/700, español, original: inglés, 4 de diciembre de 2014.
- Organización de Naciones Unidas (ONU): *Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe de 2015*, Nueva York, 2015.
- Organización de Naciones Unidas, Asamblea General: *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*, Sexagésimo noveno período de sesiones /Temas 13 a) y 115 del programa Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas A/69/L.85, Español, Original: inglés, 12 de agosto de 2015.
- Red en Derechos-Aecid: *El enfoque basado en derechos humanos y las políticas de cooperación internacional*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2011.
- ROBERTS, Brian (editor): *Ciudadanía y política social*, San José, Flacso, primera edición, 1998.
- ROLÓN LUNA, Jorge: *Dos Décadas Pérdidas: Subdesarrollo y Derecho Internacional del Desarrollo*, Base-Investigaciones Sociales, Asunción Paraguay, primera edición, 1994

RUIZ- JIMÉNEZ-AGUILAR, Mercedes: «Nuevos objetivos para el Desarrollo. La Agenda Post 2015 y el nuevo marco de la cooperación internacional para el desarrollo». Documento mimeografiado-ponencia en *Foro La Política de Cooperación que queremos a partir del 2015*, Navarra-España, setiembre 2015.

SEN, Amartya: *Desarrollo y Libertad*, Madrid, Editorial Planeta, tercera edición, 2001.

SOJO OBANDO, Carlos: *La Modernización sin Estado: Reflexiones en torno al desarrollo, la pobreza y la exclusión social en América Latina*, San José, Costa Rica, Primera Edición, FLACSO, 2008.

SOTO, Willy: «Crisis económica y comunicación ideológica: el papel del medio difusor en la articulación de la clase dominante costarricense» en *Revista de Ciencias Sociales*, N.º 30, San José, U.C.R. 1985.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado: «Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones» en *Revista Vox Juris UMP* N.º 21, Perú, 2011.

VÁSQUEZ, D. y DEPLACE, D.: «Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción», en *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos* N.º 14, Red Universitaria de Derechos Humanos, Sao Pablo-Brasil, 2004.

b. Red Mundial Internet

<http://www.humanium.org/es/los-objetivos-de-desarrollo-del-milenio/> el día 23 de diciembre del 2016.

c. Normativa y Jurisprudencia utilizada

Convención Americana de Derechos Humanos, Conferencia Especializada Interamericana en Derechos Humanos, San José Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969.

Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Trabajo recibido el 5 de febrero de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: «Giza Eskubideetan Oinarritutako Ikuspegiaren» irismena azaltzeko asmoa dauka artikulu honek, zer-nolako aldagaiak eta kontzeptuak biltzen dituen ulertze aldera. Horren bilakaeraz eta indarraldiaz arituko gara, bai eta horren modalitate aplikatua nola nabarmentzen den azalduko ere. Horretarako, Nazio Batuen Erakundearen esparruan garatu diren ekarpenak eta gaiaren inguruko doktrina aditua erabiliko ditugu. Administrazio Publikoan duen indarra ezin ukatuzkoa da; izan ere, estatuak eta horri atxikitako erakundeek oso kontuan eduki behar dute politika publikoak norbanakoen eta komunitateen beharrei arreta ematen ari zaien jakiteko balio duela ikuspegi horrek, edota politika publiko horiek kontu emanez gardentasun publikoa eratzen ari diren nahiz edozelako diskriminazioa saihesten ari diren jakiteko balio duela.

Azkenik, ikuspegi horrek Giza Eskubideen Gorte Interamerikarraren jurisprudentzia-aurrekari batzuetan duen indarraldia eta eragina aztertuko dira.

GAKO HITZAK: Giza eskubideetan oinarritutako ikuspegia. Politika publikoak. Nazio Batuen Erakundea. Giza duintasuna. Gizarte-politika.

RESUMEN: El presente artículo tiene la intención de exponer los alcances del «Enfoque Basado en Derechos Humanos», con la finalidad de entender que variables y conceptos involucra. Haremos un recuento de su evolución, vigencia y cómo se evidencia su modalidad aplicada, a través de diferentes aportes desarrollados en el marco de la Organización de Naciones Unidas, así como de la doctrina estudiosa del tema. Su vigencia en la Administración Pública es de primer orden, puesto que el Estado y sus entidades adscritas, deben tener muy en cuenta que el enfoque citado, sirve para conocer si las políticas públicas, están atendiendo necesidades de individuos y comunidades concretas; generando transparencia pública a través de rendición de cuentas, así como evitando cualquier tipo de discriminación.

Finalmente, se analizará su vigencia e impacto en algunos antecedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: Enfoque basado en derechos humanos. Políticas públicas. Organización de Naciones Unidas. Dignidad humana. Política social.

ABSTRACT: This article intends to expose the scope of the «Human Rights Based Approach», in order to understand what variables and concepts it involves. We will recount its evolution, validity and how its applied modality is evidenced, through different contributions developed within the framework of the United Nations, as well as the doctrine studios of the subject. Its validity in the Public Administration is of the first order, since the State and its affiliated entities must take into account that the aforementioned approach serves to know if public policies are addressing the needs of specific individuals and communities; Generating public transparency through accountability, as well as avoiding any type of discrimination.

Finally, its validity and impact will be analyzed in some jurisprudential antecedents of the Inter-American Court of Human Rights.

KEYWORDS: Focus on human rights. Public policies. United Nations. Human dignity. Social policy.

Regulación y uso de las redes de transporte y distribución de electricidad*

Alejandro D. Leiva López

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.03>

Sumario: I. Introducción.—II. La regulación de las redes. II.1. Las redes y el proceso de liberalización del mercado eléctrico. II.1.1. Importancia de la actividad de red en el sector eléctrico. II.1.2. La red eléctrica en el proceso de liberalización. II.2. Separación vertical de actividades. II.3. Los gestores de redes de transporte y distribución. II.4. El proceso de certificación de los gestores de red. II.4.1. Certificación y designación del TSO. II.4.2. Designación del DSO.—III. El uso de las redes. El acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad. III.1. Nociones generales sobre el Derecho de Acceso. III.1.1. Concepto y fundamento teórico. III.1.2. El derecho de acceso frente al carácter monopolista de las redes. III.1.3. Distinción entre acceso y conexión desde la perspectiva de la resolución de conflictos. III.2. Régimen jurídico del acceso y conexión a las redes de transporte y distribución. III.2.1. Competencia. III.2.2. Causas de denegación. III.2.3. Aspectos procedimentales. III.2.3.1. Solicitud de acceso. III.2.3.2. Solicitud de conexión. III.3. Resolución de conflictos de acceso. III.3.1. Competencia. III.3.2. Naturaleza jurídica. III.3.3. Procedimiento. III.3.4. Casuística de conflictos.—IV. Conclusiones finales.—V. Bibliografía.

I. Introducción

El hombre, desde su existencia, necesita la energía para sobrevivir, siendo imprescindible, para llegar a ella, que se materialice un largo proceso de transporte⁽¹⁾ de ésta desde su centro de producción hasta el lugar donde va a ser consumida.

---

* Estudio elaborado en el marco de la Red Temática «Nuevos retos en Europa en materia de servicios de interés general (en especial la energía, las telecomunicaciones, la educación, la sanidad y los servicios sociales)». Concedido por Resolución de la Comisión de Investigación de la Universidad de Málaga de 28 de abril de 2016. Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Málaga.

(1) Aunque veremos que la legislación española también utiliza en ocasiones el término «transmisión». A mayor abundamiento vid. GUAYO CASTIELLA, Íñigo Del: en *Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation* (Third Edition). Oxford University Press. United Kingdom, 2016, pp. 1014-1018.

Este proceso es diseñado por la normativa sectorial energética y por disposiciones de rango comunitario. Así, la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos (en adelante, LH) regula el transporte de gas a través de tuberías (gasoductos), sitas en la superficie terrestre o en el fondo de océanos, o, en casos especiales (cuando se encuentra a alta presión o en estado líquido), por medio de buques, barcazas o camiones; asimismo, la LH define el régimen jurídico del transporte de petróleo a través de tuberías (oleoductos) y buques-tanque. Por su parte, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE)(2) define el régimen jurídico de la transmisión de electricidad a través de las redes de transporte y distribución.

El presente estudio tiene por objeto el análisis de la regulación de las redes de electricidad en el marco del proceso de liberalización del mercado eléctrico, así como del régimen legal de uso de ésta por parte de los distintos operadores que actúan en el mercado, esto es, de las condiciones de acceso a este recurso esencial que, como veremos, es la red eléctrica.

Aunque resulta ineludible referenciar cuestiones de carácter técnico, el planteamiento ofrecido en este trabajo presenta un contenido estrictamente jurídico, tratando de dar un enfoque normativo reciente en la materia. Los aspectos de carácter tecnológico serán enunciados sin la profundidad con que habrían sido tratados en un estudio de naturaleza ingenieril.

La primera parte, relativa a la regulación de la red, se refiere al papel protagonista que ésta juega en un mercado eléctrico liberalizado, es decir, su consideración de monopolio natural y el régimen de separación que, en consecuencia, se ha configurado. Destacadamente, analizamos el papel que juegan los propietarios y gestores de las redes de transporte y distribución, para lo que resulta esencial abordar algunas de sus funciones.

Seguidamente tratamos el origen liberalizador y el marco legal del uso de las redes, dicho en otras palabras, del derecho de acceso a la red de transporte y distribución de electricidad como contrapeso al carácter monopolista que la caracteriza.

Para ello, resulta indispensable diferenciar entre acceso y conexión a las redes de transporte y distribución, así como sistematizar los procesos de tramitación de solicitudes. La LSE exige dar uniformidad al acceso y conexión a través de la configuración de un nuevo sistema basado en permisos de acceso y conexión, aunque veremos que éste no será puesto en práctica en tanto el Gobierno no defina reglamentariamente los criterios técnicos óptimos a tal efecto. Hasta llegado ese momento, la tramitación de solicitudes atenderá el tenor literal de la Ley 54/1997, de 27 de no-

---

(2) *BOE* núm. 310 de 27 de diciembre.

viembre, del Sector Eléctrico (3) y de su normativa reglamentaria (principalmente el Real Decreto 1955/2000 (4)).

En este punto nos ocupamos, principalmente, de examinar los procedimientos de solicitud de acceso y su eventual denegación, para lo que resulta interesante abordar la casuística de conflictos de acceso, especialmente con ocasión del notable aumento de solicitudes de acceso de generación renovable adscrita al régimen de subvenciones (5), resueltos por la autoridad reguladora nacional, esto es, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC). Ello ofrece un carácter más práctico al trabajo y permite observar el conflicto de intereses suscitado entre el carácter liberalizador inherente al derecho de acceso (para hacer frente al carácter monopolista de la red) y las garantías de seguridad necesarias en la gestión del sistema eléctrico, y específicamente en la operación de las redes, impulsadas por las distintas reformas normativas acaecidas en los últimos años.

II. La regulación de las redes

II.1. Las redes y el proceso de liberalización del mercado eléctrico

II.1.1. IMPORTANCIA DE LAS ACTIVIDADES DE RED EN EL SECTOR ELÉCTRICO

La electricidad aparece como un elemento esencial en nuestras vidas, hasta el punto de convertirse en un producto irremplazable en nuestros hogares, fábricas u oficinas en el entorno de desarrollo económico y social que acontece en nuestros días. El suministro de electricidad da acceso a numerosos servicios que deben prestarse cada día, de manera que cualquier disfunción que afecte a las garantías de seguridad y calidad de suministro puede ocasionar graves consecuencias. En este sentido, podemos afirmar, a grandes rasgos, que el suministro eléctrico constituye un servicio de interés económico general (6). Aunque, como vemos INFRA, las actividades que integran el suministro eléctrico (generación, transporte, distribución y comercialización) presentan diferente naturaleza jurídica.

---

(3) BOE núm. 285, de 28 de noviembre.

(4) Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2000).

(5) Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (BOE núm. 126, de 26 de mayo).

(6) PAREJO ALFONSO, Luciano: «Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad». *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, 2015, pp. 30-35.

El sistema eléctrico está compuesto de tres elementos fundamentales. En primer lugar, las centrales o instalaciones de producción en las que se genera la electricidad. A continuación, este producto debe ser transportado hasta las áreas de consumo a través de las redes de transporte en alta tensión y, por último, las redes de distribución en baja tensión se encargarán de hacer llegar la electricidad al lugar donde se demande, es decir, al consumidor final(7).

Además, cabe significar que la electricidad no puede ser almacenada en grandes cantidades. No es viable desde el punto de vista técnico que las plantas de producción eléctrica o los consumidores almacenen su producto en depósitos a los que recurrir cuando la necesiten(8); como sí sucede, por ejemplo, con el almacenamiento de petróleo. Por este motivo, la electricidad tiene que generarse en el mismo momento que se demande, es decir, cuando existan necesidades reales de consumo(9).

Todo ello acentúa la importancia de configurar con buena técnica jurídica una red mallada que garantice, en condiciones de calidad y seguridad de suministro, el transporte de electricidad desde los centros de producción a las zonas de consumo.

II.1.2. LA RED ELÉCTRICA EN EL PROCESO DE LIBERALIZACIÓN

Desde el inicio de los procesos de liberalización en el año 96, un amplio sector doctrinal sostuvo que algunas actividades de suministro eléc-

---

(7) Esta infraestructura de transporte está dotada de centros de transformación —denominados subestaciones— que se encargan de elevar o reducir la tensión cuando la electricidad sale del centro de producción o se aproxima a la zona de consumo, respectivamente. Nos encontramos, así, una infraestructura que debe ser diseñada o planificada con capacidad suficiente para soportar toda la energía que se produce.

(8) Sin embargo, destacan los innovadores sistemas de almacenamiento de electricidad en pequeñas cantidades y que son de reciente implantación. Se trata de baterías utilizadas, principalmente, en hogares, de manera que estos puedan adquirir del mercado cuando la tarifa es reducida y, gracias al almacenamiento, recurrir a ella en las horas en que resulta más caro adquirirla; pero, sobre todo, este avance tecnológico en materia de almacenamiento de electricidad a través de baterías va a incentivar el autoconsumo eléctrico, esto es, que el usuario eléctrico se convierta en productor de su propia energía y pueda gestionarla a través de baterías. *Vid.* CHEVALIER, Mark: «¿Revolucionará Tesla la energía?: El fabricante estadounidense de coches eléctricos de alta gama se diversifica con la fabricación de baterías de uso doméstico», en *Alternativas económicas* núm. 28 (septiembre), 2015, pp. 24-25.

(9) Siendo los gestores de estas redes quienes tienen encomendada la labor de garantizar la sostenibilidad del sistema eléctrico, procurando que exista una precisa armonía entre las previsiones de demanda energética y la actividad de las plantas de producción diaria que, consecuentemente, garantice que no existe una producción mayor a las necesidades energéticas demandadas. Labor que se complica aún más, si cabe, cuando participan centros de producción renovable que emplean tecnologías de generación intermitente y, por tanto, difícil de prever (como por ejemplo la producción solar o eólica). En definitiva, son retos que deben afrontar los gestores de red.

trico debían continuar quedando reguladas. En este contexto, las actividades de producción y comercialización se van a abrir a la libre competencia, mientras que las actividades de red van a estar reguladas por tener naturaleza monopolística y no soportar la competencia entre operadores(10).

El transporte y distribución de electricidad a través de la red presenta particularidades que la diferencian del resto de actividades liberalizadas, esto es, producción y comercialización.

La actividad de red constituye un monopolio natural(11) y, por ello, se hace patente la necesidad de implementar mecanismos jurídicos que garanticen el acceso o uso de ésta por los distintos operadores en condiciones de igualdad. Esta afirmación encuentra su fundamento en dos principios. De un lado, el *principio de transparencia*, postulando que cualquier agente reconocido en el mercado tendrá derecho de acceso libre a la red en condiciones objetivas y no discriminatorias. Y, de otro, el *principio de neutralidad*, que defiende fijar un precio regulado por el uso de la red, la denominada tarifa regulada, en base a criterios de neutralidad y objetividad(12).

En definitiva, la red se configura actualmente como una actividad regulada y, por tanto, publicada, pero, a diferencia de lo que ocurría hasta el inicio del proceso liberalizador en el sector, se suprimen los derechos de exclusiva que ostentaban los titulares de la red y que obstaculizaban el libre acceso de los distintos operadores a las infraestructuras de transporte y distribución de electricidad.

La óptima liberalización de las actividades de producción y comercialización necesita de un marco jurídico de Acceso de Terceros a la Red (en adelante, ATR) transparente y no discriminatorio, de manera que cualquier productor, comercializador o consumidor final pueda hacer uso de ésta para el transporte de la electricidad que genera, comercializa o con-

---

(10) Careciendo de sentido que existan varias redes en una misma zona operadas por distintas empresas, ya que éstas ni deben competir entre sí duplicando sus infraestructuras, por devenir ineficiente desde el punto de vista económico, ni pueden suponer una quiebra a la sostenibilidad económica del sistema ocasionando un aumento injustificado de los costes fijos que debe soportar el consumidor final. Vid. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: *Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo*. Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2016, pp. 459-462.

(11) El carácter monopolista del transporte y distribución de electricidad es un hecho que ya reconocía la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en su Exposición de Motivos: «El transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no almacenable —como la energía eléctrica— varía en períodos relativamente cortos de tiempo».

(12) SUÁREZ SARO, Joaquín: «El acceso de terceros a las redes de gas y electricidad», en *Derecho de la energía* / coord. por Miriam SANTOS RECH y Fernando CAMEO BEL, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2006, pp. 577-604.

sume, respectivamente. Así, el ATR es la autorización para poder trasladar la electricidad, propiedad de unos agentes, por las redes cuya titularidad pertenece a otros agentes.

II.2. Separación vertical de actividades

En este contexto de liberalización del mercado eléctrico, corresponde ahora abordar la separación de actividades como un principio rector que vertebra el proceso de creación de un mercado eléctrico competitivo, entendido como la base sobre la que se sustenta este nuevo paradigma de actividades en libre competencia (producción y comercialización) y actividades reguladas (transporte y distribución) sin derechos de exclusiva, doctrinalmente conocido como Regulación para la competencia (13).

La separación de actividades es un principio que persigue garantizar la independencia del gestor de la red de transporte y distribución respecto del resto de actividades que se desarrollan en libre competencia, de manera que no existan intereses comunes entre estos operadores. Aunque veremos que el grado de separación en la gestión de la red de distribución será menor que el exigible al gestor de la red de transporte.

La vigente Directiva 2009/72/CE sobre mercado interior de electricidad (14) introduce novedades con respecto al régimen de separación de actividades reguladas, permitiendo a los Estados, dependiendo del caso particular de cada uno, optar por alguno de los tres modelos de separación siguientes.

- Modelo TSO (*Transmission System Operator*). Las actividades de operación del sistema y transporte de electricidad se desarrollan por un agente único, y éstas no podrán pertenecer a empresas verticalmente integradas. El operador del sistema, salvo excepciones, será también el propietario y gestor de la red de transporte. La Directiva impone como requisito para poder acogerse a este modelo que el Estado Miembro, antes de una fecha determinada, ya tuviese un modelo de integración vertical de suministro eléctrico. Éste es el modelo al que decide acogerse el estado español, siendo certificada como TSO, esto es, como gestor de la red de transporte (identifi-

---

(13) Vid. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 25-150. Cuestión también tratada por LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «Los servicios energéticos: organización y garantía de la competencia», en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* Núm. 20, 2004, pp.11-48.

(14) Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DOUE núm. 211, de 14 de agosto).

- cado por las siglas GRT), la empresa Red Eléctrica de España (en adelante, REE)(15). Al proceso de certificación de REE, por su importancia, le dedicamos un capítulo específico del presente trabajo.
- Modelo ISO (*Independent System Operator*). Un operador del sistema independiente asumirá la operación y coordinación técnica del sistema eléctrico. En este modelo, operador del sistema no es en ningún caso el propietario y gestor de las instalaciones de transporte, de manera que éstas podrán pertenecer a empresas del sector verticalmente integradas o, incluso, a otro tipo de agentes (fondos de inversión, operadores con alto grado de especialización, etc.).
  - Modelo ITO (*Independent Transmission Operator*). Existe un agente, el operador del sistema, que también es propietario y gestor de la red de transporte y que, además, podrá estar integrado verticalmente; aunque, en este caso, es necesario que quede garantizada una separación funcional entre el propietario y gestor de la red de transporte y el operador del sistema. Aparece como una alternativa al modelo ISO y para atender las pretensiones de algunos países de no perder la integración vertical de sus empresas y, a su vez, el control de la titularidad y gestión de la red de transporte, así como de la operación del sistema (16).

En este orden de cosas, vemos cómo la Unión Europea caminó hacia un nuevo marco de desarrollo de la actividad de suministro eléctrico basada en la separación de actividades, logrando que la normativa española de transposición definiese, para la constitución del modelo TSO, la separación jurídica, contable y funcional de la actividad de transporte respecto de las actividades liberalizadas que se desarrollan en régimen de competencia (producción y comercialización)(17).

De un lado, la separación jurídica garantiza que las actividades serán desarrolladas por personas jurídicas distintas y la separación contable o patrimonial que se imputen los costes de forma separada. Con ello se persigue, sobre todo, evitar subvenciones cruzadas que pudieran perturbar la imputación de costes entre ambos tipos de actividades, evitando

---

(15) La cual presenta un 80 % del accionario público, a través de la empresa estatal SEPI, y un 20 % de accionariado privado.

(16) VILLAFRUELA ARRANZ, Luis: «La separación de las actividades de transporte y operación en la regulación comunitaria y española. Hacia el modelo TSO», en *Energía: Ingeniería energética y medioambiental* núm. 218, 2009, pp.10-18.

(17) Y así quedó reflejado en el contenido de los artículos 14 y 20 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Actualmente, el principio de separación de actividades aparece regulado en el artículo 9 de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y, su transposición, en el artículo 12 de la Ley 24/2013, de del Sector Eléctrico, así como en la normativa sectorial de desarrollo.

una incidencia negativa en el régimen de libre competencia propio de las actividades liberalizadas y la desvirtualización de los mecanismos retributivos de las actividades reguladas; para lo que la realización de auditorías cumple un papel fundamental (18).

Por otro lado, la separación funcional garantiza una gestión independiente de los activos de red (gestión de la red) respecto del resto de operadores verticalmente integrados en el sector. La finalidad con que opera esta separación es la siguiente:

- Que las actividades reguladas presenten independencia absoluta en su gestión, incluyendo recursos técnicos, económicos y humanos suficientes, frente al resto del grupo.
- Que los gestores de red no participen activamente en la configuración de un grupo que esté ligado a la gestión diaria de una actividad liberalizada.
- Que la información clasificada relativa a actividades reguladas esté amparada en la absoluta confidencialidad.

Este régimen de separación de separación jurídica, contable y funcional aconseja ser adoptado en las relaciones generación-transporte, comercialización-transporte y distribución-transporte. Mientras que para las relaciones generación-distribución y distribución-comercialización, un amplio sector doctrinal defiende que bastaría con garantizar una separación jurídica y funcional o de gestión, y no tanto contable (19). Y, por descontento, es unánime la posición acerca de la no necesidad de separación, en grado alguno, entre generación-comercialización, ya que son actividades desarrolladas en libre competencia (20).

(18) Vid. GUAYO CASTIELLA, Íñigo Del: «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del Gas Natural», en *Cuadernos de energía* núm. 28 (Ejemplar dedicado a: Separata del número 28), 2010, pp. 14-16. A propósito de la necesidad de auditar la información contable de las empresas que actúan en el sector del gas. Cuestión extrapolable al campo de la electricidad.

(19) TORRES LÓPEZ, María Asunción: «La separación de actividades y el régimen de las actividades reguladas», en *Noticias de la Unión Europea* Núm. 284, 2008 (Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad), pp. 105-115.

(20) Cosa distinta es que las actividades liberalizadas, producción y comercialización, presenten un nivel de concentración horizontal que pudiera atentar contra las normas de libre competencia. En este punto es determinante que exista un adecuado marco regulativo para la formación de un modelo con libre acceso de todos los operadores al mercado y, consecuentemente, de una estructura mínimamente competitiva donde los agentes se enfrenten entre sí haciendo que el mercado funcione. Para ello, en la actividad de generación, es necesario adoptar medidas estructurales dirigidas a mitigar el poder dominante de determinados agentes estableciendo cuotas de máximos en el mercado al por mayor de generación, promoviendo, así, la libre competencia. En relación estas propuestas, y especialmente a la necesidad de control de fusiones empresariales en el sector eléctrico, Véase, ARRIAGA PÉREZ, Ignacio: en *Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, 2005 y ARRIAGA PÉREZ, Ignacio: «La regulación del sector eléctrico en España: realidad y futuro», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos* núm. 3548, 2013, pp. 81-84.

Por último, cabe significar que los grupos empresariales integrados verticalmente, cuando sea necesario, deberán configurar un código de separación de actividades en el que se definan las medidas ejecutadas por la compañía en cumplimiento de las obligaciones de separación definidas por la ley. Este código incluirá las obligaciones concretas que deben soportar sus empleados y su cumplimiento será supervisado por el órgano competente, actuando investido de absoluta independencia y teniendo acceso a toda la información del grupo. Asimismo, las compañías eléctricas deberán presentar todos los años un informe, con vencimiento el 31 de marzo de cada año, al Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (en adelante, MINETAD) y a la CNMC y que será publicado en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE). Éste se referirá a las medidas que el grupo hubiera adoptado para cumplir con las obligaciones de separación y contendrá, específicamente, una diferenciación precisa de las sociedades que componen el grupo incluyendo en la denominación social la referencia de la actividad regulada, medidas de carácter organizativo que contribuyan a la creación de una estructura de poder dotada de independencia, medidas de divulgación del código de separación (por ejemplo, a través de la página web corporativa del grupo empresarial), así como aquellas medidas dirigidas a impedir que las sociedades que integran el grupo logren beneficios ilegítimos en actividades de libre competencia como consecuencia del desarrollo fraudulento de actividades en régimen de monopolio natural o reguladas (21).

Adicionalmente, como garantía de supervisión adecuada del régimen de separación de actividades de los grupos empresariales, la CNMC tendrá asignada la función de *«supervisar y, en su caso, certificar, la separación de actividades de (...) generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con el objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades»* (22).

II.3. Los gestores de redes de transporte y distribución

Nuestra legislación contempla un sistema de transporte y distribución de electricidad gestionado por titular o propietario de la red de transporte y, con excepciones, por el titular o propietario de la red de distribución, respectivamente.

---

(21) Para llegar a estas reflexiones nos ha resultado muy útil el estudio del Código de separación de actividades de las sociedades del Grupo Iberdrola España con actividades reguladas (10/12/2014).

(22) Artículo 7.3 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE núm. 134, de 5 de junio.

En relación al transporte, como introdujo la Disposición Adicional tercera de la Ley 17/2007, por la que se modificó la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico (23), el gestor de la red de transporte, que además será operador del sistema, es la empresa REE, la cual fue certificada y designada como gestor de red independiente o TSO.

Atendiendo al nivel de voltaje de la red, podemos distinguir entre red de transporte primario y secundario. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 34.2 LSE, REE actúa como Transportista Único desarrollando esta actividad en régimen de exclusividad, esto es, propietario único de la red de transporte primario y secundario que gestiona. Sin embargo, como dispone el párrafo segundo del citado artículo y para promover mejoras en la gestión de la red de distribución, «[...] se habilita al Ministerio de Industria, Energía y Turismo para autorizar expresa e individualmente, previa consulta a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Comunidad Autónoma en la que radique la instalación, que determinadas instalaciones de transporte secundario, por sus características y funciones, sean titularidad del distribuidor de la zona que se determine. En estos casos, los distribuidores deberán asumir las obligaciones del transportista único relativas a la construcción, maniobra y mantenimiento de tales instalaciones de transporte». Por lo que REE, con carácter general, será titular y gestor de la red de transporte primario y secundario, salvo aquellos supuestos en los que el titular y gestor de la red de transporte secundario sea una empresa distribuidora de la zona.

Para este supuesto del párrafo segundo del artículo 34.2 LSE, cabe preguntarse si la distribuidora titular y gestora de la red de transporte secundario se puede identificar jurídicamente como transportista (24). Si contestamos afirmativamente, parece necesaria una separación vertical de la empresa distribuidora (que pasa a convertirse en transportista) respecto al resto de actividades, al igual que sucede con REE, y, por tanto, aconseja someterse a un proceso de certificación como gestor de la red de transporte secundario (TSO). Por descontado, en estos casos, el operador del sistema, independientemente de quién sea el TSO, será siempre REE, y ejercerá sus funciones de coordinación sobre los gestores de red de transporte.

---

(23) Por exigencias de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

(24) En los términos definidos en el artículo 6.1.d) LSE, esto es, como «[...] aquella sociedad mercantil que tiene la función de transportar energía eléctrica, así como construir, mantener y maniobrar las instalaciones de transporte y todas aquellas funciones que se recogen en el artículo 36».

Estas funciones presentan numerosas especificidades, aunque, *grosso modo*, se pueden resumir en las siguientes (25):

- Como *Operador del Sistema* (OS), cumple con la función principal de coordinación de los sistemas de producción y transporte, garantizando la continuidad y seguridad de suministro.
- Como *Gestor de la Red de Transporte*, tiene atribuida la función de desarrollo y ampliación de la red de transporte, garantizando que se materializan las previsiones incluidas en la planificación vinculante de la red de transporte.
- Como *Transportista Único*, debe construir y explotar las redes de transporte para dar cumplimiento, también, a lo dispuesto en la planificación vinculante de la red de transporte. El artículo 34.2 LSE dispone que REE es la empresa que ostenta el monopolio legal de la red en alta tensión y quien, en régimen de exclusividad, actúa como transportista único (26).

Descritas, a rasgos generales, las funciones de REE, cabe significar que, como algunos autores han defendido (27), no parece razonable que éstas se sometan al criterio de un mismo operador, en el caso español a REE, porque al operador del sistema le compete una actividad de coordinación, control y planificación que van a incidir y condicionar notablemente la actividad del propietario y gestor de la red de transporte (que, como hemos observado, podrá ser empresa distinta a REE); lo que sugiere una separación patrimonial entre ellos.

De otro lado, la red de distribución de electricidad será gestionada por el distribuidor de la zona designado a tal efecto. El titular o propietario de la red de distribución será el encargado de gestionarla en calidad

---

(25) A mayor abundamiento, las funciones de REE como Transportista Único aparecen definidas en el artículo 36 LSE y 7 del Real Decreto 1955/2000, mientras que las atribuidas como gestor de la red de transporte y operador del sistema aparecen contenidas en el artículo 6 del Real Decreto 1955/2000; y que son reflejo del catálogo general de funciones definido en la Directiva 2009/72/CE.

(26) Aunque cabe significar que, hasta la entrada en vigor de la Ley 17/2007, cualquier agente que participase en el sistema podía ser titular/propietario de activos de red de distribución, así como también de transporte. De manera que aquellos agentes que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 17/2007, como así señalaba su Disposición Transitoria novena, fuesen titulares de activos de transporte tuvieron que traspasar todas las instalaciones a REE en un plazo transitorio de tres años y tras haber acordado un precio ambas partes.

(27) NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María: «Separación de actividades en el sector eléctrico», en *Serie Política de la Competencia* Núm. 26 (Documento de trabajo), CEU Ediciones, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2008, p.17. El autor defiende que es compatible un eficaz funcionamiento de la red de transporte con la imposición de una separación patrimonial para el holding que gestiona dos actividades institucionales, esto es, operación del sistema y gestión de la red de transporte, y otra actividad de carácter operativo, como es la que desempeña el transportista único. Entiende que no pueden coexistir en un mismo holding empresarial el controlador y el controlado.

de *Distribution System Operator* (en adelante, DSO), esto es, de gestor de la red de distribución (al que se atribuyen las siglas GRD). Aunque ello, como dispone el apartado segundo del artículo 39 Real Decreto 1955/2000, «[...] sin perjuicio de que puedan alcanzarse acuerdos entre empresas distribuidoras para la designación de un único gestor de la red de distribución para varias zonas eléctricas de distribución [...]». Por lo que, como regla general, el gestor de la red de distribución será siempre el propietario de ésta, salvo aquellos casos en que las distribuidoras convengan designar un gestor único que será, a su vez, propietario de la red de su zona y que actuará, además, como gestor de redes de distribución sitas en otras zonas y, por tanto, propiedad de otros distribuidores. Vemos, así, que, a diferencia de lo que ocurre en transporte, no existirá un operador del sistema de distribución de electricidad.

El DSO, al igual que el TSO, tendrá atribuidas funciones, de un lado, como propietario y, de otro, como gestor de la red de distribución de su zona (28). Éstas podrán resumirse en las siguientes:

- Como *Gestor de la Red de Distribución*, cumple con la función de coordinar las actuaciones de maniobra y mantenimiento en su zona de distribución, así como mantener y desarrollar, en condiciones económicamente aceptables, una red de distribución segura, fiable y eficaz en su zona. Asimismo, se encarga del desarrollo y ampliación de la red de distribución, y de las interconexiones con otras redes, en cumplimiento de las previsiones definidas en planes de inversión aprobados por la Administración General del Estado. Incluso, en su labor como gestor, debe velar por el cumplimiento de la normativa medioambiental y por la implementación de mecanismos de eficiencia energética.
- Como *Titular de la Red de Distribución*, esto es, como distribuidor de la zona (29), tendrá atribuida la función de construcción, operación y mantenimiento de la red de distribución, de la que es propietario, en cumplimiento de las disposiciones contenidas en los planes de inversión aprobados por la Administración General del Estado.

Siguiendo la reflexión defendida en materia de redes de transporte, tampoco parece admisible que las funciones del distribuidor como gestor

(28) Las funciones como propietario de la red de distribución aparecen definidas en el artículo 40 (apartados 1 y 3) LSE, así como en el artículo 41 (apartado 1 y 2) Real Decreto 1955/2000; mientras que las atribuidas como gestor de la red de distribución (DSO) se localizan en el artículo 40 Real Decreto 1955/2000; todas ellas basadas en un marco general de funciones definido por la Directiva 2009/72/CE.

(29) Actualmente, existen más de 300 distribuidores de electricidad locales. Los más importantes se localizan en alguno de los cinco grandes grupos energéticos españoles: Iberdrola, Endesa, Gas Natural Fenosa, EDP y Viesgo.

y como titular de la red de distribución queden a disposición de un mismo operador, ya que de lo contrario el supuesto del artículo 39.2 Real Decreto 1955/2000 podría ocasionar agravios entre empresas distribuidoras. El gestor de la red de distribución tiene atribuidas funciones de coordinación, mantenimiento, desarrollo y ampliación de la red que van a condicionar en gran medida la labor del distribuidor como propietario de ésta, por lo que gestión y propiedad de la red de distribución de electricidad aconsejan someterse a separación patrimonial.

II.4. El proceso de certificación de los gestores de red

II.4.1. CERTIFICACIÓN Y DESIGNACIÓN DEL TSO

La garantía principal de separación vertical de actividades reguladas y liberalizadas, en este modelo de separación TSO al que decide acogerse el Estado español, es la designación de un gestor de red independiente, para lo que será necesaria la previa certificación a cargo de la autoridad reguladora nacional (CNMC). Aunque, como hemos visto, la legislación no prevé un procedimiento de certificación y designación de distribuidores que actúen como gestores de redes de transporte secundario (si bien es cierto que el número de casos es muy reducido).

El artículo 10 de la Directiva 2009/72/CE dispone que las empresas titulares de una red de transporte que hubieran sido certificadas por la autoridad reguladora nacional del Estado en cuestión, por cumplir con las exigencias de separación del artículo 9(30), serán designadas como gestores de la red de transporte por el Estado Miembro donde opere esta empresa. Así, de un

---

(30) Referidas a las necesidades de independencia en el control, nombramiento de miembros del órgano de administración, derechos de voto e, incluso, participación en su capital social del TSO respecto de las empresas dedicadas a la producción y comercialización. El apartado primero del artículo 9 dispone que «Los Estados miembros garantizarán que, a partir del 3 de marzo de 2012: a) toda empresa propietaria de una red de transporte actúe como gestor de la red de transporte; b) la misma persona o personas no tengan derecho a: bi) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en un gestor de la red de transporte o en una red de transporte, o bii) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte y a ejercer control, de manera directa o indirecta o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro; c) la misma persona o personas no tengan derecho a nombrar a los miembros del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, de un gestor de la red de transporte o una red de transporte, y, directa o indirectamente, ejercer control o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, y d) ninguna persona tenga derecho a ser miembro del consejo de supervisión o del de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, a la vez de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro y de un gestor de la red de transporte o una red de transporte».

lado, la concesión o denegación de la certificación corresponde a la autoridad reguladora nacional, la CNMC, mientras que, de otro, la designación de la empresa como TSO compete al Gobierno (en el caso español, al momento de producirse tal designación, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo), debiendo notificarse ésta a la Comisión para su ulterior publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (en adelante, DOUE).

El procedimiento de certificación seguirá el cauce definido en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 10 de la Directiva 2009/72/CE, así como en el artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad(31). Cada una de sus fases se expone a continuación.

- Certificación provisional. El 4 de noviembre de 2011 tiene lugar la entrada en el registro de la autoridad reguladora española, la extinta Comisión Nacional de Energía (en adelante, CNE), un escrito de REE solicitando la certificación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de separación al objeto de ser designada como gestor de la red de transporte de electricidad. Tras algunos requerimientos de la CNE a REE(32), el Consejo de la CNE decide aprobar la Resolución provisional sobre certificación(33) en fecha 28 de marzo de 2012; la cual, como así lo exige la Directiva de mercado interior de electricidad, fue notificada el mismo día a la Comisión(34).
- Dictamen de la Comisión. La Comisión disponía de dos meses para examinar la decisión de certificación provisional y emitir dictamen a

(31) DOUE núm. 211, de 14 de agosto de 2009.

(32) El Consejo de la CNE requirió a REE, en fecha 9 de febrero de 2012, la cumplimentación del Modelo de Certificación recogido en el documento «*Commission Staff Working Paper on certification of Transmission System Operators of networks for electricity and natural gas in the European Union*», así como varias justificaciones acerca del cumplimiento de requisitos de separación en relación a sus accionistas significativos y miembros del Consejo de Administración con derecho de voto y su posible pertenencia al Consejo de Administración o cualquier otro órgano que represente a una empresa con intereses en actividades de producción y/o comercialización.

(33) Aunque esta resolución provisional estimatoria quedará condicionada a que REE resuelva, en el plazo de dos meses, la incompatibilidad de uno de sus miembros, por ser, a su vez, miembro del consejo de Abengoa Solar S.A.; por incurrir en una vulneración de las exigencias de separación contenidas en el artículo 9.1.d) de la Directiva 2009/72/CE.

(34) Unos días después, fue publicado el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (BOE núm. 78, de 31 de marzo), el cual introdujo un artículo 34 bis a la Ley 54/1997 que llevó por rúbrica «Designación y certificación del gestor de red de transporte». Esta novedad legislativa no supuso ninguna alteración de los trámites a seguir para la adopción de la resolución de certificación que, en base a la Directiva 2009/72/CE, había respetado la CNE, por lo que, en fecha 16 de abril de 2012, la autoridad reguladora comunicó a la Comisión que no era necesario realizar ninguna modificación en la certificación provisional.

la CNE acerca de la compatibilidad de esa certificación provisional con los postulados sobre separación de actividades definidos en la Directiva. El 24 de mayo de 2012, la Comisión Europea emitió su dictamen acerca de la certificación provisional⁽³⁵⁾, y se pronuncia sobre las siguientes cuestiones:

- Posible incidencia de la participación del accionista principal de REE en actividad de producción. El accionista principal de Red Eléctrica Corporación es la empresa pública «Sociedad Estatal de Participaciones Industriales» (SEPI), la cual posee una sociedad —Hunosa, S.A.— que presenta como actividad principal la extracción y explotación de carbón y que controla también una central térmica de 50 MW en la Pereda (Asturias). Sin embargo, la Comisión decide informar favorablemente sobre esta cuestión esgrimiendo que, por tratarse de actividades que se desarrollan en el marco de un régimen regulado, el «régimen especial», y presentar un volumen muy pequeño con una producción de aproximadamente el 0'1375 % de la generación eléctrica total del país, ello no ejerce ningún tipo de influencia sobre las actividades de transporte desarrolladas por REE en condiciones discriminatorias ni podrá revertir positivamente en su participación en las actividades de generación de Hunosa S.A.
- Sobre la composición del Consejo de REE, el hecho de que uno de sus miembros forme parte del Consejo de Abengoa vulnera la normativa sobre separación. La Comisión queda a la espera de que se resuelva esta incompatibilidad en el plazo de dos meses; cuestión que resolvió REE en fecha 4 de junio de 2012.

—Certificación definitiva. Obtenido el pronunciamiento favorable de la Comisión, la autoridad reguladora deberá emitir en el plazo de dos meses una decisión firme, de carácter definitivo, sobre la certificación del gestor de la red de transporte. En su caso, a la resolución de certificación definitiva deberá acompañarse el informe de la Comisión, para su inmediata publicación en el BOE. Con el informe favorable de la Comisión, y tras analizar nueva información remitida por REE, la CNE emite una resolución de certificación definitiva en fecha 19 de julio de 2012⁽³⁶⁾.

---

(35) Dictamen de la Comisión de 24 de mayo de 2012 con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 714/2009 y al artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/72/CE —España— Certificación de Red Eléctrica de España, S.A.U. (electricidad). *DOUE* núm. 200, de 21 de agosto de 2012.

(36) Resolución de 19 de julio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, sobre la solicitud de certificación de Red Eléctrica de España, SAU, como gestor de la red de transporte de electricidad. *BOE* núm. 200, de 21 de agosto de 2012.

—Control del mantenimiento de requisitos de separación por parte de REE. Tras la publicación, en fecha 27 de diciembre, de 2013 de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, el Secretario de Estado de Energía solicita a la CNMC, en escrito de fecha 4 febrero de 2014, que informe acerca del mantenimiento del cumplimiento de los requisitos de separación que ya certificó en resolución definitiva de 19 de julio de 2012. CNMC, a través de su Director de Energía, solicita a REE toda la información que obrase en su poder acerca de cualquier alteración que hubiera acontecido desde la certificación definitiva. REE, tras comunicar ciertas cuestiones relativas al cambio de miembros del Consejo de Administración, a la composición accionarial y a acciones que ostentan dos de sus consejeros en empresas de generación y comercialización, concluye que las novedades legislativas y regulatorias acaecidas desde la Resolución de certificación definitiva, por la entrada en vigor de la LSE, no afectan al cumplimiento de los requisitos de separación vertical de actividades. Finalmente, CNMC, tras supervisar determinadas cuestiones, principalmente de carácter accionarial, emite, en fecha 18 de junio de 2014, un informe favorable al mantenimiento de requisitos de separación por parte de la empresa REE (37), como ya reflejó la resolución de certificación definitiva de la CNE en fecha 19 de julio de 2012.

Por último, y por exigencias de lo dispuesto en el artículo 34 bis del Real Decreto Ley 13/2012, una vez que REE ha sido certificada como gestor de la red de transporte por la autoridad reguladora nacional, corresponde ahora al gobierno llevar a cabo la designación. El Ministro de Industria, Energía y Turismo dictó la Orden IET/2209/2014, de 20 de noviembre, por la que se autoriza y designa a Red Eléctrica de España, S.A.U. como gestor de la red de transporte de energía eléctrica (38), de conformidad con el modelo de separación patrimonial «*Ownership Unbundled TSO*»; el cual, para dar cumplimiento al artículo 31.1 LSE, fue notificado a la Comisión Europea a efectos de su publicación en el DOUE.

---

(37) Informe de la CNMC (Sala de Supervisión Regulatoria) de 18 de junio de 2014 solicitado por la Secretaría de Estado de Energía acerca del mantenimiento, por parte de Red Eléctrica de España, S.A.U., de los requisitos de separación de actividades establecidos en el artículo 30.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Expediente: INF/DE/0006/14.

(38) BOE núm. 287, de 27 de noviembre de 2014.

II.4.2. DESIGNACIÓN DEL DSO

De partida hay que decir que no existe un procedimiento de certificación del DSO, sino unos requisitos definidos reglamentariamente que debe cumplir el distribuidor de la zona propietario de la red, que también será gestor de ésta, para constituirse como tal. Sin perjuicio, como hemos visto SUPRA, de la posibilidad de designación de un mismo gestor que opere en varias zonas de distribución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.2 Real Decreto 1955/2000.

No obstante, aunque no exista un proceso de certificación que dé rigor a las garantías de separación vertical en distribución, el artículo 26 de la Directiva 2009/72/CE prevé que deba existir un grado de separación de actividades entre los gestores de la red de distribución y el resto de actividades verticalmente integradas que no estén relacionadas con la distribución. En este sentido, como ya vimos, en distribución basta con que haya un grado de separación jurídica y funcional «[...] en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones [...]», y no tanto contable, «[...] estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución de la empresa integrada verticalmente».

En este orden de cosas, los requisitos que deben cumplir los distribuidores para desarrollar la actividad aparecen definidos en artículo 37 del Real Decreto 1955/2000, y son los siguientes:

- Certificación otorgada por la Administración que acredite la capacidad legal, técnica y económica del distribuidor. La competencia corresponde a la Administración General del Estado, y específicamente a la Dirección General de Política Energética y Minas, cuando la actividad de distribución se desarrolle en todo el territorio nacional o en más de una Comunidad Autónoma. Mientras que de desarrollarse exclusivamente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, la certificación correrá a cargo del órgano competente de la Administración Autonómica que se trate. El interesado en obtener la certificación deberá aportar los siguientes documentos:
- Escritura de constitución de la sociedad que acredite cumplir las necesarias condiciones legales, acreditando la forma de sociedad mercantil de nacionalidad española o de otro estado miembro con establecimiento permanente en España (también es posible constituir una cooperativa de consumidores y usuarios), y económicas, demostrando tener capacidad económica suficiente con un inmovilizado material mínimo de 300.000 euros financiado, al menos en un 50 %, mediante recursos propios. Además, estas sociedades no podrán desarrollar de forma directa actividades de

generación o comercialización, salvo que exista un grado de separación funcional; de manera que es la Administración competente la que debe «certificar» que los gestores de red de distribución cumplan con las exigencias de separación de actividades previstas por la norma comunitaria.

- Certificación de la inscripción de la Sociedad en el Registro de Actividades Industriales que corresponda.
  - Acreditación de la capacidad técnica de la sociedad. La distribuidora tendrá que demostrar que, por un lado, cuenta con 25 MVA de transformación o 50 km de líneas o 1.000 clientes en instalaciones sin solución de continuidad eléctrica y, por otro, que cuenta con capacidad suficiente para realizar la lectura y facturación de los clientes.
- Concesión de la autorización administrativa de las instalaciones de distribución por parte de la Administración competente (39).
- Aprobación del Ministerio de Economía de la retribución que le corresponda para el ejercicio de su actividad en función de las instalaciones que tenga autorizadas en cada momento.
- Estar inscrito en el *Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados* dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (actualmente, Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital). Aunque, como dispone el artículo 39.4 LSE, las Comunidades Autónomas con competencia en la materia podrán crear y gestionar registros territoriales.

III. El uso de las redes. El acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad

III.1. Nociones generales sobre el derecho de acceso

III.1.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO TEÓRICO

De forma genérica, el «Acceso de Terceros a la Red», más conocido en su versión abreviada como «ATR» (en inglés, «*TPA Proceses*» o «*Third Party Access*») es entendido como el proceso de conexión y acceso a las redes de transporte y distribución por parte de los generadores, comer-

---

(39) El artículo 39 LSE regula el procedimiento de autorización administrativa previo a la puesta en marcha de las instalaciones, para la modificación y traspaso de éstas y, también, necesario para el cierre definitivo de las instalaciones de distribución. El precepto remite al régimen de autorizaciones definido en el artículo 53 LSE, el cual se refiere a: i) Autorización administrativa previa; ii) Autorización administrativa de construcción; iii) Autorización de explotación.

cializadores, consumidores directos de gran tamaño y, también, distribuidores(40). Consideramos importante hacer esta aclaración conceptual, ya que en adelante nos referiremos a ambos procesos de forma separada.

Destacadamente, sobre la posibilidad de acceso de los distribuidores, parte de la doctrina entiende el ATR como un derecho de tránsito de la energía, o, en otras palabras, un derecho de uso de redes ajenas, pero en ningún caso puede suponer un derecho de conexión para la instalación de nuevas redes de distribución en favor de otros distribuidores distintos de los propios de la zona, ya que, de lo contrario, se produciría una duplicación de las redes de distribución en las respectivas zonas que vulneraría el sistema de red única y monopolio natural definido por la LSE(41).

Asimismo, como veremos INFRA, la legislación eléctrica, y especialmente la normativa reglamentaria, delimita con precisión la distinción entre el derecho a estar conectado a un punto específico de la red de transporte y distribución existente, o incluida en los planes de inversión aprobados por el gobierno, otorgado en cada caso por el titular de la red de transporte o distribución y, de otro lado, el derecho a tener acceso o uso de la red en las condiciones legales establecidas otorgado en cada caso por el gestor de la red de transporte o distribución(42).

El derecho de acceso encuentra su fundamento teórico en la denominada doctrina anglosajona de los recursos esenciales(43) (en inglés, *Essential Facilities*), la cual dispone que el operador que controle un recurso esencial debe permitir su uso por parte de otros operadores, ya que se trata de un recurso clave para la oferta de bienes o servicios en un mercado determinado, esto es, en un sector de la economía estratégico como el eléctrico. A su vez, esta doctrina proviene del derecho «antitrust» («*Antitrust law*»), que tiene su origen en la Ley Federal antimonopolios de 1890, conocida como Ley Sherman. Este genuino derecho norteameri-

---

(40) En detalle, el Real Decreto 1955/2000 dispone que, de un lado, las solicitudes de acceso y conexión a la red de transporte provienen de productores, autoprodutores, distribuidores, comercializadores, agentes externos, consumidores directos o cualificados y aquellos sujetos no nacionales autorizados que puedan realizar tránsitos de electricidad entre grandes redes (artículo 52.1), y, de otro, las solicitudes de acceso y conexión a la red de distribución de productores, autoprodutores, distribuidores, comercializadores, agentes externos y consumidores cualificados (artículo 60.1).

(41) Tal duplicación de redes de distribución afectaría de forma directa a la empresa distribuidora de la zona, la cual, junto al deber de soportar las obligaciones de servicio público universal en cuanto a extensión de red a zonas no rentables, no podría atender a aquellas zonas más tentadoras a las que acuden otros distribuidores atraídos por su rentabilidad. Además, las nuevas instalaciones distribuidoras provocarían un aumento del coste del servicio vía tarifa. Véase STS 5196/2007, de 29 de junio. pp.8-10.

(42) Sin embargo, en el sector de los hidrocarburos (petróleo y gas) no parece tan clara esta distinción legal entre conexión y acceso a sus redes. *Vid.* los artículos 70 y 73 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

(43) DE LA CRUZ FERRER, Juan y ÓNEGA CARRIÓN, Nuria: «Artículo 38», en *Comentarios a las Leyes Energéticas, Tomo I, Ley del Sector Eléctrico*, Aranzadi Navarra, 2006, pp.609-615.

cano está presente en la tradición jurídica y política de mayor arraigo del federalismo económico (44).

Destaca la célebre frase de su inspirador, el senador Sherman, para declarar el valor jurídico, constitucional y federal de la regulación económica:

«si no toleramos un rey absoluto en el poder político, no deberíamos tolerar un rey absoluto de la producción, transporte y venta de lo que necesitamos para vivir; si no nos sometemos a un emperador, no nos deberíamos someter a un autócrata del comercio, con poder para impedir la competencia y fijar los precios de cualquier producto».

En este sentido, concebimos la red eléctrica como un recurso esencial cuyos titulares explotan en régimen de monopolio natural (45), ya que, de lo contrario, existiría una duplicidad de las redes que resultaría ineficiente desde el punto de vista económico por tratarse de actividades que producen beneficios a escala, esto es, una reducción del coste de prestación del servicio a medida que hay aumento de demanda (46).

Por último, hay que significar que los principios de monopolio natural y de red única no exigen que solo pueda operar una empresa transportista o distribuidora en todo el territorio nacional. De un lado, en transporte, y aunque en la práctica existe una única empresa transportista (REE), cabe la posibilidad de que existan otras empresas titulares de redes de transporte secundario. Y, de otro, existen varias distribuidoras que desarrollan la actividad de distribución en su zona en régimen de monopolio. No habrá una duplicidad de redes de distribución o transporte recorriendo en paralelo y desempeñando la misma función por el territorio nacional.

III.1.2. EL DERECHO DE ACCESO FRENTE AL CARÁCTER MONOPOLISTA DE LAS REDES

El derecho de acceso es un mecanismo liberalizador que supone el contrapunto al régimen de monopolio natural que caracteriza a las redes. Con arreglo a ello, la empresa que controla la red, entendida ésta como un recurso o activo empresarial esencial, debe dar acceso a quien lo soli-

(44) DJELIC, Marie-Laure: «Does Europe mean americanization? The case of competition», en *Competition and Change*, vol. 6 (3), 2002, pp. 246-249.

(45) Así se reconoció por primera vez en el plano normativo por medio del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo (artículo vigésimo primero) por el que se modificó el artículo 1.2.b) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, disponiendo que la regulación pretende: «La racionalización, eficiencia y optimización de aquellas (actividades destinadas al suministro), atendiendo a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste».

(46) ESTOA PÉREZ, Abel: *Derecho de la regulación económica* / Santiago Muñoz Machado (dir.), Volumen 3, Tomo 1, Editorial Iustel, 2010 (Sector energético), p.633.

cite y cumpla una serie de requisitos, ya que sin éste devendría imposible la oferta de bienes o de servicios en un mercado como el eléctrico. El derecho de acceso, para generación y consumo, permite a los operadores hacer uso de las redes titularidad de un tercero, contribuyendo así a la formación de un mercado eléctrico competitivo (47). La autoridad reguladora nacional (CNMC), en sus numerosas resoluciones de conflictos de acceso, define el ATR como la pieza angular de la liberalización del mercado eléctrico, ya que la apertura de éste queda condicionada a que las redes estén disponibles para todos los sujetos.

Así, vemos que aunque el régimen de establecimiento de las redes de transporte y distribución no esté abierto a la libre competencia, sí se va a reconocer el derecho de los operadores del sistema eléctrico al uso de las redes de otros que, como dispone el artículo 39.2 LSE, ya no son titulares de derechos de exclusiva («*La autorización, que no concederá derechos exclusivos de uso [...]»*).

Por tanto, el acceso a las redes de transporte y distribución consiste en el derecho del solicitante a transitar su energía por las redes titularidad de otro. Ello favorece de modo especial a los productores y a los comercializadores, quienes podrán verter o coger de la red la energía que, respectivamente, venden o compran, actuando en un marco de libre competencia. Aunque también podrán ejercitar este derecho aquellos operadores que gestionan sus propias redes para conectarlas a las de otro, recibiendo así la energía que transportan o distribuyen a comercializadores o consumidores.

III.1.3. DISTINCIÓN ENTRE ACCESO Y CONEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La LSE define el derecho de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de electricidad en su artículo 33 y crea un modelo basado en la concesión de permisos a tal efecto. Este sistema entrará en vigor cuando el ejecutivo apruebe por vía reglamentaria el desarrollo necesario para el otorgamiento de los citados permisos de acceso y conexión; hasta que ello suceda seguirá vigente la tramitación de solicitudes de acceso en los términos previstos en la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, así como en su normativa reglamentaria.

El derecho de acceso se configura como el derecho de uso de la red de transporte o distribución en unas condiciones legal o reglamentariamente determinadas. Si la petición de acceso resulta favorable, el solicitante ob-

---

(47) GIPPINI FOURNIER, Eric: «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral de contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* núm.205, Enero/Febrero 2000, p.77.

tendrá el permiso de acceso, es decir, aquel que se otorga para el uso de la red a la que conecta su instalación. Veremos que el acceso tiene que ver con la formación de un mercado eléctrico competitivo, por lo que es una materia atribuida al Estado (48).

El derecho de conexión a un punto de la red de transporte o distribución es el derecho que tiene un sujeto a acoplarse eléctricamente a un punto concreto de la red de transporte, existente o planificada, o de distribución, existente o incluida en los planes de inversión aprobados por la AGE, en unas condiciones determinadas y definidas reglamentariamente. Si la petición de conexión es estimada, el peticionario obtendrá el permiso de conexión, es decir, aquel que se otorga para poder conectar una instalación de producción o consumo de electricidad a un punto concreto de la red de transporte o distribución. Aquí la conexión está relacionada con la seguridad de las instalaciones y por ello es de competencia autonómica, salvo excepciones. El permiso de conexión definirá las condiciones técnicas, económicas, de seguridad y puesta en marcha de las instalaciones que sea preciso construir, ampliar y reformar en la red de transporte y distribución para realizar la conexión.

Además, cabe significar que, como dispone el artículo 53 de la citada norma, la autorización administrativa de instalaciones de generación no podrá ser otorgada si su titular no ha obtenido previamente los permisos de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución correspondientes. Por lo que esta última fase relativa a la construcción y mantenimiento de las instalaciones solo tendrá lugar si se cumplen los parámetros que le preceden sobre conexión y acceso.

Por tanto, de esta distinción entre acceso y conexión procede la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. La resolución de conflictos a la red de transporte y distribución se atribuye siempre al Estado, esto es, la autoridad reguladora nacional, la CNMC. Mientras que la resolución de conflictos de conexión a la red de transporte y distribución compete a la CNMC o al órgano competente de la comunidad autónoma (previo informe de la CNMC) dependiendo de si nos encontramos con instalaciones de transporte y distribución cuya autorización sea de competencia estatal o autonómica (49) Sobre estas cuestiones

---

(48) Vid. PAJUELO IGLESIAS, Braulio: «Transporte de energía eléctrica», en *Derecho de la Regulación Económica* / dir. Santiago Muñoz Machado, Marina Serrano González y Mariano Bacigalupo Sagge, Vol. 3, Tomo 1, Iustel, 2009, p. 575.

(49) Ello es consecuencia de la influencia decisiva que tienen los conflictos de acceso en relación con la ordenación del sector, con el mercado eléctrico y con las condiciones de competencia en el mismo, cuestión que trasciende los límites territoriales de una Comunidad Autónoma y afecta a la integridad del sistema. Por otro lado, los conflictos de conexión serán independientes por encargarse de supervisar las condiciones técnicas de seguridad, calidad y salubridad de la instalación. Véase la STS de 8 de octubre de 2008.

competenciales en materia de resolución de conflictos nos remitimos al capítulo correspondiente del presente trabajo.

III.2. Régimen jurídico del acceso y conexión a las redes de transporte y distribución

El marco jurídico del acceso a las redes de electricidad proviene del derecho comunitario. La Directiva 2009/72/CE dispone que los Estados deben garantizar un modelo de acceso de terceros a las redes de transporte y distribución de electricidad fundado en tarifas públicas definidas atendiendo a criterios de objetividad y no discriminación entre usuarios de la red. Solo siendo posible la denegación por falta de capacidad motivada.

El derecho nacional, como ya se ha adelantado, define un sistema basado en la concesión de permisos de acceso y conexión (artículo 33 LSE), pero, en tanto no haya desarrollo reglamentario, sigue vigente el régimen previsto en los artículos 38 y 42 de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico(50), así como las disposiciones contenidas en el Real Decreto 1955/2000, el anexo XV del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos(51), el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia(52) y el Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica(53).

III.2.1. COMPETENCIA

El acceso, como disponen los artículos 53.1 y 62.1 Real Decreto 1955/2000, es otorgado por el operador del sistema y gestor de la red de transporte (REE u otras distribuidoras titulares y gestoras de la red de

---

(50) Como establecen la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, en sus disposiciones transitorias séptima, señalando que «No obstante lo establecido en la disposición derogatoria única 1.a, lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 38 y en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 42 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, se mantendrá vigente hasta que el artículo 33 de esta ley sea de aplicación», y undécima, disponiendo que «Lo dispuesto en el artículo 33 será de aplicación una vez que entre en vigor el real decreto por el que se aprueben los criterios para la concesión de los permisos de acceso y conexión tal como se prevé en dicho artículo».

(51) *BOE* núm. 140, de 10 de junio.

(52) *BOE* núm. 295, de 8 de diciembre

(53) *BOE* núm. 31, de 30 de diciembre.

transporte secundario) cuando el punto de conexión esté en la red de transporte o por el gestor de la red de distribución cuando el punto de conexión a la red esté en la red de distribución. En este sentido, el gestor de la red de transporte (TSO) será siempre REE, salvo aquellos casos en que una distribuidora pueda ser gestora de la red de transporte secundario. Por otro lado, el gestor de la red de distribución (DSO) normalmente coincidirá con el titular de la red de distribución de la zona, aunque cabe la posibilidad, como dispone el artículo 39.2 Real Decreto 1955/2000, de que gestione la red de una zona que sea titularidad de otra empresa distinta.

La conexión, según lo dispuesto en los artículos 57.1 y 66.1 Real Decreto 1955/2000 será otorgado por la empresa transportista o distribuidora titular de la red en que se encuentre el punto de conexión para el que se solicita ese permiso. El transportista será la empresa REE o, caso de ser red de transporte secundario, podrá ser una empresa distinta. Mientras que el distribuidor, generalmente localizado en alguno de los cinco grandes grupos energéticos, será la empresa titular de las instalaciones de distribución de la zona, la cual coincidirá con la figura del gestor de la red de distribución, salvo que el gestor fuese distinto por darse el caso del artículo 39.2 citado en el párrafo anterior.

Por tanto, vemos cómo el nuevo régimen de permisos aprobado en el artículo 33 LSE, aunque todavía no vigente, mantendrá esta atribución reglamentaria de competencias a los gestores, para el acceso, y a los titulares de redes, para la conexión.

III.2.2. CAUSAS DE DENEGACIÓN

Según lo dispuesto en el artículo 33.2 LSE, las solicitudes de obtención del permiso de acceso solo se podrán denegar de forma motivada ante la falta de «[...] cumplimiento de los criterios técnicos de seguridad, regularidad, calidad del suministro y de sostenibilidad y eficiencia económica(54) del sistema eléctrico establecidos reglamentariamente por el Gobierno [...]». Cabe observar que estas causas de denegación de acceso no son distintas a la denegación por falta de capacidad, como se viene aplicando hasta ahora, sino que permiten precisamente determinar si existe o no capacidad suficiente de acceso. Para la evaluación de esta ca-

---

(54) Resulta controvertido que se valoren criterios de sostenibilidad y eficiencia económica, que no presentan carácter técnico. *Vid.* Informe de la CNE 16/2013 sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico, disponiendo que, en cualquier caso, corresponde al gobierno aplicar el criterio de sostenibilidad y eficiencia económica del sistema eléctrico en la inscripción de instalaciones en los registros que otorgan el derecho a una retribución regulada y no en el momento de otorgamiento del permiso de acceso.

pacidad, el gestor de la red de transporte o distribución deberá atender lo dispuesto en el artículo 33.2 LSE (55).

Por otro lado, como dispone el artículo 33.4 LSE, el permiso de conexión solo podrá ser denegado de forma motivada «[...] por imposibilidad técnica, por cuestiones de seguridad de las personas, por no existir instalación de red donde se solicita el punto de conexión y no estar contemplada la instalación en la planificación vigente de la red de transporte o en los planes de inversión de las empresas distribuidoras aprobados por la AGE, o por falta de espacio físico (56) adecuado para ubicar las instalaciones necesarias [...]».

De nuevo, los requisitos para el acceso y conexión a la red de transporte y distribución mantienen lo ya aplicado hasta ahora por el Real Decreto 1955/2000 (57).

III.2.3. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

El Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico de 2013 contemplaba inicialmente la necesidad secuencial de que la conexión fuese previa al acceso. Sin embargo, tras las propuestas enviadas por la CNMC (58), el artículo 33 refleja un análisis global y una respuesta única en relación a las solicitudes de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución.

En tanto no se produzca desarrollo reglamentario, el régimen aplicable en relación al procedimiento de tramitación de solicitudes de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución atenderá el tenor literal del Real Decreto 1955/2000. El procedimiento de solicitud de acceso aparece regulado en los artículos 53 (transporte) y 62 (distribución), mientras que el relativo a conexión lo localizamos en los artículos 57 (transporte) y 66 (distribución). Además, y específicamente para el

---

(55) «[...] En la evaluación de la capacidad de acceso se deberán considerar además del propio nudo al que se conecta la instalación, todos los nudos con influencia en el nudo donde se conecta la instalación, teniendo en cuenta las instalaciones de producción de energía eléctrica y consumo existentes y las ya comprometidas en dichos nudos. Del mismo modo, en la referida evaluación la red a considerar será la red de transporte existente o planificada con carácter vinculante o la red de distribución existente o incluida en los planes de inversión aprobados por la Administración General del Estado en unas condiciones determinadas».

(56) La CNE propuso, en su Informe 16/2013, que, de mantenerse el permiso de conexión (aspecto también criticado) se suprimiese esta exigencia de espacio suficiente. Aunque el legislador no atendió las sugerencias.

(57) Requisitos contenidos en los artículos 53.6 y 62.6 para el acceso a la red de transporte y distribución, y, para la conexión a la red de transporte y distribución, en los artículos 57.2 y 66.2.

(58) Informe 16/2013, pp. 77 y ss.

acceso de generación renovable, habrá que atender a lo dispuesto en el Real Decreto 413/2014 y Real Decreto 1699/2011, así como a los aspectos técnicos definidos en procedimientos de operación.

III.2.3.1. *Solicitud de acceso*

III.2.3.1.1. Criterios generales definidos en el RD 1955/2000

La solicitud debe contener toda la información necesaria para que el gestor de la red a la que se quiere acceder pueda estudiar la existencia de capacidad de acceso. Previamente a la formalización de la solicitud, y para el caso particular de productores, se deben prestar las garantías económicas a que se refieren los artículos 59 bis (para transporte) y 66 bis (para distribución) (59). Quedando eximidos de prestar tal garantía aquellos productores titulares de instalaciones de potencia igual o inferior a 10 KW y autoprodutores acogidos a la modalidad de autoconsumo instantáneo (que no vierten energía excedentaria a la red) según lo dispuesto en el Real Decreto 900/2015 (60).

Entregada la solicitud, el gestor de la red de transporte o distribución informará al solicitante de las posibles anomalías o errores que existan para que las subsane en el plazo de un mes o diez días, respectivamente.

El gestor de la red tendrá que emitir un informe en el plazo de dos meses (transporte) o quince días (distribución) acerca de la existencia de capacidad suficiente de la red en base a los parámetros definidos en los artículos 55 y 64 del reglamento 1955/2000, que, principalmente, se refieren al cumplimiento de criterios de seguridad, regularidad y calidad de suministro en un horizonte temporal correspondiente al último plan o programa de desarrollo aprobado (para transporte) y en el cumplimiento de los criterios de seguridad y funcionamiento de las redes de distribución (para distribución). Caso de no emitir este estudio, no podrá aceptarse la denegación de acceso. En este orden de cosas, el gestor de la red deberá emitir su informe atendiendo a los siguientes criterios:

---

(59) Cuestión que planteó ciertos problemas para el acceso de producción renovable en régimen especial. A mayor abundamiento véase BECKMANN, Jochen Y GRAUER RODOY, Assaf: «Comentario de urgencia sobre la problemática del aval en el régimen especial de producción eléctrica fotovoltaica (RD 661/2007)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 749, 2008, pp. 11-16.

(60) Real Decreto 900/2015, de 9 de octubre, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo. *BOE* núm. 243, de 10 de octubre

- En el acceso para consumo, el operador del sistema y gestor de la red de transporte o, en su caso, el gestor de la red de distribución de la zona establecerá la capacidad de acceso en un punto de red de transporte como la carga adicional máxima que puede conectarse en dicho punto, con la garantía de suministro establecida (para transporte) o sin que se produzcan sobrecargas ni la tensión quede fuera de los límites reglamentarios (para distribución).
- En el acceso para generación, el operador del sistema y gestor de la red de transporte o, en su caso, el gestor de la red de distribución de la zona definirá la capacidad de acceso en un punto de la red como la producción total simultánea máxima que puede verse en dicho punto con la red en condiciones de disponibilidad total y el consumo previsto para el horizonte de estudio, en las siguientes condiciones:
  - En condiciones de disponibilidad total de red, cumplimiento con los criterios de seguridad y funcionamiento del sistema fijados para esta situación.
  - En condiciones de indisponibilidad establecidas en los procedimientos de operación del sistema (para transporte) o en los procedimientos de operación de las redes de distribución (para distribución), cumpliendo con los requisitos de tensión establecidos en estos, sin sobrecargas que no pudieran ser atendidas por medio de mecanismos automáticos de teledisparo o minoración de carga de grupos generadores.
  - En cumplimiento de las condiciones de seguridad (para distribución) o de las condiciones de regularidad, seguridad y calidad (para transporte) referidas al comportamiento dinámico aceptable del sistema en los regímenes transitorios.

La denegación de acceso, como hemos visto SUPRA, debe estar motivada y contendrá propuestas alternativas de acceso en otro punto de conexión o de realización, si fuera posible, de los refuerzos necesarios en la red para eliminar la restricción de acceso.

III.2.3.1.2. Criterios complementarios para el acceso de producción renovable a red de distribución

Además, para las solicitudes de acceso a las redes de distribución provenientes de generación renovable, también se atenderá a lo dispuesto en el anexo XV del Real Decreto 413/2014 prevé mecanismos adicionales para evaluar la capacidad de acceso que hagan frente a los

problemas de operación de las redes que surgen como consecuencia de la entrada de este tipo de producción no gestionable (61). Se observa cómo la regulación ha tratado de evitar que la entrada masiva de generación renovable pudiera comprometer la seguridad de la red y, especialmente, la de transporte. Asimismo, para la evaluación de la capacidad de la red, se estará a lo dispuesto en el Real Decreto 1699/2011 y en los procedimientos de operación que contienen los pormenores técnicos.

Para la evaluación de la capacidad de acceso de producción renovable a la red de distribución, al igual que lo dispuesto en el Real Decreto 1955/2000 para el resto de tecnologías de generación, el gestor de la red de distribución de la zona establecerá la capacidad de acceso en un punto de la red como la producción simultánea total máxima que puede inyectarse en dicho punto con la red en las condiciones de disponibilidad, ya mencionadas, para el acceso de cualquier tecnología de producción. Además, destacadamente, existirán unos criterios complementarios que serán de aplicación solo para el acceso de esta modalidad de producción renovable:

- Criterio del 50 % de la capacidad térmica de diseño de la línea. El apartado 2.1.º del anexo XV del Real Decreto 413/2014 dispone que «[...] la potencia total de la instalación, o conjunto de instalaciones, conectadas a la línea no superará el 50 por ciento de la capacidad de la línea en el punto de conexión, definida como la capacidad térmica de diseño de la línea en dicho punto». Se trata de que el 50 % de capacidad de la línea a la que accede el renovable permaneciese en todo momento sin ocupar, favoreciendo así la seguridad en la operación de la red (62).
- Criterio de la contingencia simple N-1. Este mecanismo se incluyó en el apartado 4.3.2. del Procedimiento de Operación «Criterios de funcionamiento y seguridad para la operación del sistema eléctrico». En este caso, el gestor podrá denegar el acceso de renovable

---

(61) Entendida esta generación no gestionable, según lo dispuesto en el anexo XV del Real Decreto 413/2014, como «[...] aquella 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».

(62) En la práctica, este criterio ocasionó que los gestores de red de distribución denegasen multitud de solicitudes de acceso renovable. Sin embargo, la CNMC, en su labor de resolución de conflictos, ha venido realizando una interpretación más favorable al derecho de acceso al disponer que lo que debe comprobar el gestor es que la instalación de producción renovable por sí sola, es decir, sin tener en cuenta otras instalaciones conectadas a esa línea no superase el límite del 50 % de la capacidad de diseño de esa línea.

cuando, como consecuencia de ello, no pueda soportar la nueva demanda sin sobrecargas cuando existieran fallos simples (63).

- Criterio del 1/20 de la potencia de cortocircuito. El apartado 9 del anexo XV del reglamento citado dispone que «Para la generación no gestionable, la capacidad de generación de una instalación o conjunto de instalaciones que compartan punto de conexión a la red no excederá de 1/20 de la potencia de cortocircuito de la red en dicho punto».

III.2.3.1.3. Acceso a la red de distribución con influencia en la red de transporte

En ocasiones, el acceso de productores (sobre todo renovables) y consumidores a la red de distribución puede afectar a la red de transporte. En estos casos, y para garantizar la seguridad en la operación de la red de transporte, el gestor de la red de distribución remitirá las solicitudes de acceso al operador del sistema y gestor de la red de transporte (REE) para su aceptación.

Como dispone el artículo 63 del Real Decreto 1955/2000, «[...] la afección se entenderá significativa cuando concurra alguna de las siguientes condiciones: a) generadores o agrupaciones de estos con potencia instalada mayor de 50 MW; b) generadores y consumidores cuya potencia instalada solicitada sea mayor del 5 % y 10 % de la potencia de cortocircuito del nudo de conexión de la red de distribución a la red de transporte en situación de demanda horaria punta y valle, respectivamente».

Sin embargo, la generación renovable se somete a unas reglas específicas más rigurosas. Esta afección a la red de transporte la localizamos en el apartado 5 del anexo XV del Real Decreto 413/2014 y establece, en esencia, que deben someterse a aceptabilidad del operador del sistema (REE) aquellas solicitudes de acceso renovable a la red de distribución de más de 10 MW de potencia, para lo que deberá tenerse en cuenta a los generadores existentes o previstos con potencia instalada mayor de 1 MW y con afección mayoritaria sobre un mismo nudo de la red de transporte.

---

(63) Sin embargo, la CNMC señaló que este criterio solo se aplicaba en el acceso a la red de transporte, no existiendo procedimientos de operación relativos al acceso de renovable a la red de distribución. Por ello, la CNMC decidió hacer una interpretación a favor del derecho de acceso y dispuso que el gestor de la red de distribución solo podrá denegar el acceso a producción renovable cuando no pueda soportar la nueva demanda sin sobrecargas cuando no existiese fallo simple.

III.2.3.2. *Solicitud de conexión*

Una vez obtenido el informe favorable que contiene el estudio de capacidad suficiente de acceso a la red por parte de los gestores, el agente peticionario solicitará un punto de conexión, para lo que deberá presentar, en el plazo de 6 meses, el proyecto básico de la instalación y su programa de ejecución a la empresa propietaria de la red de transporte o distribución.

Presentado el proyecto básico, la empresa transportista o distribuidora tendrá que elaborar, en el plazo de un mes, el «Informe sobre el cumplimiento de las condiciones técnicas para la conexión» (ICCTC). Éste se pondrá en conocimiento del solicitante de conexión y se remitirá asimismo al operador del sistema.

El solicitante y el operador del sistema recibirán el ICCTC acerca de las condiciones de conexión (subestaciones, transformadores, líneas de evacuación en generación, etc.), el cual dará traslado de alguna de las circunstancias siguientes: i) que el transportista o distribuidor da el visto bueno a las correspondientes instalaciones de extensión o conexión incluidas en el proyecto básico; ii) que existe discrepancia por parte del transportista o distribuidor acerca del proyecto básico inicial presentado. Debiendo el propietario de la red argumentar, de conformidad con las condiciones técnicas del suministro solicitado o de la generación a evacuar, si tiene cabida alguna alternativa o diferentes instalaciones de extensión o conexión; iii) Para la conexión a red de distribución, como dispone el artículo 66.2 del Real Decreto 1955/2000, si la empresa distribuidora considera que la instalación puede afectar a la red de transporte o a la operación del sistema (en los términos ya vistos del artículo 63), dará traslado de ello, junto al programa de ejecución, al operador del sistema.

El operador del sistema y gestor de la red de transporte, recibido el informe del transportista o distribuidor, deberá examinar si existe alguna restricción derivada de esta nueva información contenida en el ICCTC y autorizará de forma definitiva la conexión por medio del denominado «Informe de verificación de las condiciones técnicas para la conexión» (IVCTC). El plazo de que dispone para la elaboración de este informe es de un mes o, caso de pronunciarse acerca de la influencia de las instalaciones del solicitante de acceso a la red de distribución sobre la red de transporte, de dos meses.

Destacadamente, según lo dispuesto en los artículos 57.3 y 66.3 del real decreto citado, los procesos de solicitud de acceso y conexión se podrán llevar a cabo de forma simultánea, aunque, en todo caso, la previa concesión de acceso será requisito necesario e imprescindible para la concesión del permiso de conexión.

III.3. Resolución de conflictos de acceso

III.3.1. COMPETENCIA

El artículo 33.3 LSE se refiere a los conflictos de acceso como aquellas controversias que pudieran plantearse en relación con el permiso de acceso a las redes de transporte y distribución, así como con la denegación del mismo, concedido por el gestor de la red de transporte y el gestor de la red de distribución, respectivamente. La CNMC resolverá, a petición de cualquiera de las partes afectadas, los conflictos de acceso a la red de transporte y distribución (64).

Por su parte, como señala el apartado cinco del citado, los conflictos de conexión se refieren a aspectos controvertidos en relación al otorgamiento o denegación del permiso de conexión a las redes de transporte y distribución, concedido por el transportista y distribuidor, respectivamente. A efectos competenciales, habrá que atender dos supuestos: i) Si las discrepancias acontecen en torno al otorgamiento o denegación del permiso de conexión a las instalaciones de transporte o distribución cuya autorización sea de competencia estatal, serán resueltas por la CNMC; ii) Si la conflictividad acontece en torno a los permisos de conexión de instalaciones de transporte o distribución cuya autorización compete a una autonomía, se resolverán por el órgano competente de la Comunidad Autónoma y, como novedad introducida por el artículo 33 LSE, previo informe de la CNMC. El informe (que tendrá validez cuando el ejecutivo lleve a cabo el desarrollo reglamentario exigido por la disposición transitoria undécima de la LSE) pretende dar mayor uniformidad al acceso y conexión a las redes y tendrá carácter vinculante en relación con las condiciones económicas y temporales relativas a los calendarios de ejecución de las instalaciones de los titulares de redes recogidas en la planificación de la red de transporte y en los planes de inversión de las empresas distribuidoras aprobados por la AGE.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre la constitucionalidad del informe previo por medio de la Sentencia 32/2016, de 18 de febrero, en atención de un recurso interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en el que alegaba que el informe previo vinculante desplazaba una competencia ejecutiva de la autonomía catalana. La sentencia concluyó que este mecanismo de los informes vinculantes es admitido como una técnica de acomodación o integración de dos competencias concurrentes, estatal y autonómica,

---

(64) Artículo 12.1.b) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio). Y la misma competencia viene atribuida en los artículos 38 (transporte) y 42 (distribución) de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico.

que deben armonizar, disponiendo que «el carácter vinculante del informe no es sino la consecuencia de ese mismo carácter vinculante atribuido a la planificación eléctrica de la red de transporte [...] por su parte, el informe vinculante sobre los planes de inversión de las empresas distribuidoras aprobados por la Administración General del Estado responde a competencias estatales tanto de autorización de instalaciones de distribución [...] como en relación con el régimen económico del sector, pues la aprobación del plan determina el reconocimiento del derecho a retribución con cargo al régimen económico del sector, segmento específico y diferenciado dentro de la propia materia régimen energético, cuyo establecimiento, dada su trascendencia, corresponde al Estado».

III.3.2. NATURALEZA JURÍDICA

El procedimiento de resolución de conflictos encomendado a la autoridad reguladora nacional es un supuesto de heterotutela administrativa o composición de intereses entre particulares por parte de la Administración.

Los intereses en juego en un conflicto de esta naturaleza son de carácter público. Ello implica, de un lado, que su resolución es irrenunciable para la CNMC y, de otro, que las partes interesadas no podrán voluntariamente optar por un procedimiento de resolución de carácter privado, esto es, un arbitraje(65). Sin embargo, hay un sector doctrinal que defiende que el procedimiento de resolución de conflictos tiene naturaleza arbitral o cuasi-arbitral, así como otros autores mantienen que se trata de un procedimiento administrativo especial o un procedimiento de impugnación que sustituye el mecanismo de los recursos administrativos(66).

---

(65) Tampoco el arbitraje encomendado a la CNMC y previsto en el artículo 5.1.b) de la Ley 3/2013 de creación. Esta función arbitral despliega su funcionalidad, para otras cuestiones, en algunas circulares dictadas por la autoridad reguladora, como por ejemplo, aunque prevista para el sector del gas, la «Resolución por la que se aprueba el procedimiento de habilitación y baja de usuarios con cartera de balance en el punto virtual de balance y el contrato marco», de 1 de marzo de 2016 (INF/DE/149/15), la cual dispone que «[...] las partes podrán someter a arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia las diferencias que puedan surgir entre las partes en cuanto a la ejecución, interpretación o extinción del presente contrato, incluyendo a sus anexos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje».

(66) ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núms. 39-40, 2012, pp. 140-142.

III.3.3. PROCEDIMIENTO

La CNMC tendrá atribuida la competencia para resolver conflictos de acceso a la red de transporte y distribución y, en particular, a la Sala de Supervisión Regulatoria según lo dispuesto en el artículo 21.2.b) de la Ley 3/2013, previo informe de la Sala de Competencia (67) de conformidad con el artículo 14.2.i) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Como dispone el artículo 36 de su ley de creación, la decisión adoptada por la Sala de Supervisión agotará la vía administrativa, aunque no tiene cabida interponer recurso potestativo de reposición contra la resolución, por lo que solo quedará la opción de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

El plazo improrrogable para interponer conflicto ante la CNMC contra la denegación de acceso será de un mes (68). La regla aplicada para el cómputo del plazo será la prevista en el artículo 30.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA) (69). El citado precepto se refiere a la regla de *fecha a fecha*, esto es, que el vencimiento del plazo para interponer el escrito de inicio de conflicto (70) se producirá el día del mes siguiente que tenga el mismo ordinal que el día en que se produjo la decisión expresa o tácita (71).

Tras recibir el escrito de iniciación, la CNMC debe dar traslado de éste a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.4 LPA, comunicando a la parte contra la cual se formula el conflicto la posibilidad de alegar y aportar cuanta documentación estime oportuna en el plazo de 10 días hábiles.

---

(67) Y ello debido a que el acceso implica al mercado energético y, por tanto, afecta a cuestiones de carácter competencial que requiere de unidad de criterio de la CNMC, que actúa en calidad de regulador energético y, a su vez, de autoridad de competencia.

(68) *Vid.* el artículo 12.1, in fine, de la Ley 3/2013, el cual dispone que «Las reclamaciones deberán presentarse en el plazo de un mes desde que se produzca el hecho o la decisión correspondiente».

(69) BOE núm. 236 de 2 de octubre

(70) Cuyo contenido deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 66 LPA.

(71) Artículo 30.4 LPA, citado, que incluye como novedad un segundo párrafo para dar cumplimiento a la regla de *fecha a fecha* defendida hasta el momento por el Tribunal Supremo: «[...] El plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes». Asimismo, como dispone el apartado 5 del citado precepto, «Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente»; entendiéndose como días inhábiles los sábados, domingos y festivos.

Finalizada la instrucción, la CNMC, para garantizar la participación del interesado en el procedimiento de resolución de conflicto, concederá un trámite de audiencia en los términos previstos en el artículo 82 LPA.

Por último, la CNMC dispondrá de un plazo para resolver el conflicto y notificar de dos meses, prorrogables por otros dos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 33.3 LSE y por exigencias comunitarias de la Directiva 2009/72/CE de mercado interior de electricidad. Sin embargo, el artículo 12.2 de la Ley 3/2013 (72) dispone un plazo para resolver y notificar de tres meses. Cuestión que suscita cierta polémica. En cualquier caso, como establece la disposición adicional tercera LSE, si la autoridad reguladora permanece en la absoluta pasividad y no resuelve, el solicitante deberá entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

III.3.4. CASUÍSTICA DE CONFLICTOS

En materia de resolución de conflictos destaca el cuantioso número de resoluciones de conflictos dictadas por la CNMC en momentos de entrada masiva de instalaciones de producción renovable, sobre todo fotovoltaica (entre los años 2007 y 2008), como consecuencia de la creación, por medio del ya citado Real Decreto 661/2007, de un régimen de primas para fomentar este tipo de tecnologías.

En años posteriores, y hasta aproximadamente 2012, este régimen de subvenciones fue disminuyendo progresivamente y ello dio lugar a una mayor instalación de producción eólica, desplazando así a la fotovoltaica por ser más competitiva. Por esta razón, y por la mayor potencia que implican los parques de generación eólica, los casos más comunes de conflictos planteados a la CNMC fueron de acceso a la red de distribución con influencia en la red de transporte.

A partir del año 2012, la disminución de instalaciones de producción renovable era cada vez mayor y, por consiguiente, el número de conflictos planteados a la CNMC se veía notablemente reducido, salvo aquellos que perduraban referidos al acceso de generación eólica.

La CNMC, en las decisiones adoptadas los últimos años, ha despachado conflictos de intereses entre los aspectos liberalizadores inherentes al derecho de acceso y los intereses relativos a la gestión del sistema eléctrico, garantía de la seguridad de las redes eléctricas y motivos de ahorro de costes. Las reformas regulatorias en materia de acceso hasta la fecha han hecho prevalecer estos motivos de seguridad de la red frente a

---

(72) Cuya última modificación es operada por medio de la disposición final primera de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (BOE núm. 234, de 30 de septiembre).

los derechos de acceso, lo que ha cristalizado en gran número de denegaciones de acceso por parte de los gestores. En consecuencia, la CNMC, como puede observarse en muchas de sus resoluciones, ha optado por inclinar sus decisiones a favor del derecho de acceso (73).

IV. Conclusiones finales

Primera. El derecho de acceso aparece como contrapunto al régimen de monopolio natural que caracteriza a la actividad de red en el sector eléctrico, por considerarse un recurso esencial. El Acceso de Terceros a la Red garantiza la óptima liberalización de las actividades de producción y comercialización, garantizando que cualquier agente del sistema eléctrico haga uso de las redes, y está fundado en los principios de transparencia y no discriminación.

Segunda. El régimen de separación de actividades jurídica, contable y funcional aconseja ser adoptado en las relaciones generación-transporte, comercialización-transporte y distribución-transporte. Para lo que se materializó un proceso de certificación y designación del gestor de la red de transporte (REE) conducente a garantizar que este grado de separación se cumpla. Sin embargo, no se regula la certificación y designación de distribuidores que actúen en calidad de gestores de la red de transporte secundario.

Para las relaciones generación-distribución y distribución-comercialización bastaría con garantizar una separación jurídica y funcional o de gestión, pero no tanto una separación contable o patrimonial entre el gestor de la red de distribución y el resto de empresas integradas verticalmente (artículo 26 Directiva 2009/72/CE). En este caso, no existe un proceso de certificación como tal, sin perjuicio de que deban cumplirse determinados requisitos de separación que deben ser revisados por la Administración competente. Quizá la normativa comunitaria debiera regular, en futuros paquetes energéticos, un proceso de certificación del DSO que dé mayor rigor a los requisitos de separación vertical de actividades.

En lo referido a la relación generación-comercialización, ambas son actividades de libre competencia que no necesitan someterse a separación vertical en grado alguno.

---

(73) Esta cuestión ha sido tratada en profundidad por ESTOA PÉREZ, Abel: «Acceso a redes de energía eléctrica, resolución de conflictos y evolución normativa en la materia», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 43, 2016, pp. 25-32.

Tercera. A la vista de las funciones que tiene atribuidas el Operador del Sistema, no parece razonable que éstas se sometan al criterio de un mismo operador (REE) porque al operador del sistema le compete una actividad de coordinación, control y planificación que incide y puede llegar a condicionar notablemente la actividad del titular y gestor de la red de transporte. Ello sugiere cierto grado de separación patrimonial o contable entre el operador del sistema y el propietario y gestor de la red de transporte. Asimismo, entendemos que este grado de separación también aconseja ser implementado entre distribuidores y gestores de la red de distribución.

Cuarta. La certificación de los gestores de red representa una garantía de existencia de separación vertical entre las actividades reguladas y las que se desarrollan en régimen de libre competencia. La certificación del gestor de la red de transporte (REE) corresponde a la autoridad reguladora nacional, la CNMC, mientras que, como hemos destacado, no se establece un proceso de certificación y designación de distribuidoras que se encarguen de la gestión de redes de transporte secundario. Aunque hay que significar que éstas no representan un porcentaje significativo en la red de transporte de electricidad, ello no exime de la necesaria garantía de separación respecto al resto de actividades.

Asimismo, no existirá una certificación del gestor de la red de distribución como tal. Sin embargo, sí existen una serie de requisitos, incluyendo el de separación jurídica y funcional de actividades, que debe cumplir todo distribuidor para constituirse como tal y que deben ser comprobados por la Administración competente en cada caso; por lo que podemos entender que la Administración estaría certificando que efectivamente no se vulnera la normativa comunitaria sobre separación vertical de actividades.

Tanto la gestión de las redes como el libre acceso a éstas (ATR) debe fundarse en los principios de transparencia, objetividad y no discriminación.

Quinta. El artículo 33 LSE define un nuevo sistema de permisos de acceso y conexión a la red de transporte y distribución. Asimismo, otorga carácter preceptivo vinculante, con el respaldo del Tribunal Constitucional, al informe previo de la CNMC en la resolución de conflictos de conexión de competencia autonómica. En tanto el Gobierno no desarrolle reglamentariamente el régimen de tramitación de solicitudes en este nuevo contexto, seguirá vigente lo dispuesto en la Ley 54/1997 y su normativa de desarrollo en los términos ya analizados en el presente trabajo.

Sexta. La resolución de conflictos de acceso presenta naturaleza jurídico-pública, por lo que no debe entenderse que la CNMC actúe investida

de facultades arbitrales. Sobre el plazo de resolución, la Ley 3/2013 (modificada en 2015) señala el de tres meses, mientras que la Ley del Sector Eléctrico 24/2013 (por exigencias comunitarias) dispone que será de dos meses prorrogables a otros dos. Se trata de una cuestión que el legislador debiera resolver.

Séptima. La autoridad reguladora nacional (CNMC), en su función atribuida de resolución de conflictos, hace interpretaciones favorables al derecho de acceso a la red. Sin embargo, las reformas legislativas de los últimos años se han inclinado por proteger los intereses relativos a seguridad de la red.

V. Bibliografía

ARRIAGA PÉREZ, Ignacio: Libro *Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*, 2005.

ARRIAGA PÉREZ, Ignacio: «La regulación del sector eléctrico en España: realidad y futuro», en *Revista de Obras Públicas: Órgano profesional de los ingenieros de caminos, canales y puertos* núm. 3548, 2013, pp. 81-84.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 25-150.

BECKMANN, Jochen y GRAUER RODOY, Assaf: «Comentario de urgencia sobre la problemática del aval en el régimen especial de producción eléctrica fotovoltaica (RD 661/2007)», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 749, 2008, pp. 11-16.

CHEVALIER, Mark: «¿Revolucionará Tesla la energía?: El fabricante estadounidense de coches eléctricos de alta gama se diversifica con la fabricación de baterías de uso doméstico», en *Alternativas económicas* núm. 28 (septiembre), 2015, pp. 24-25.

DE LA CRUZ FERRER, Juan y ÓNEGA CARRIÓN, Nuria: «Artículo 38», en *Comentarios a las Leyes Energéticas, Tomo I, Ley del Sector Eléctrico*, Aranzadi Navarra, 2006, pp. 609-615.

Dictamen de la Comisión de 24 de mayo de 2012 con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 714/2009 y al artículo 10, apartado 6, de la Directiva 2009/72/CE —España— Certificación de Red Eléctrica de España, S.A.U. (electricidad). DOUE núm. 200, de 21 de agosto de 2012.

DJELIC, Marie-Laure: «Does Europe mean americanization? The case of competition», en *Competition and Change*, vol. 6 (3), 2002, pp. 246-249.

- ESCARTÍN ESCUDÉ, Víctor: «El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núms. 39-40, 2012, pp. 140-142.
- ESTOA PÉREZ, Abel: «Acceso a redes de energía eléctrica, resolución de conflictos y evolución normativa en la materia», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 43, 2016, pp. 25-32.
- ESTOA PÉREZ, Abel: «El acceso a las redes de transporte y distribución», en *Derecho de la regulación económica* (Sector energético) / Santiago Muñoz Machado (dir.), Volumen 3, Tomo 1, Editorial Iustel, 2010, p. 633.
- GONZÁLEZ RÍOS, Isabel: *Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo*. Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 2016, pp. 459-462.
- GUAYO CASTIELLA, Íñigo Del: *Energy Law in Europe. National, EU and International Regulation* (Third Edition). Oxford University Press. United Kingdom, 2016, pp. 1014-1018.
- GUAYO CASTIELLA, Íñigo Del: «Separación de actividades, competencia y garantía del suministro, en el sector del Gas Natural», en *Cuadernos de energía* núm. 28 (Ejemplar dedicado a: Separata del número 28), 2010, pp. 14-16.
- GIPPINI FOURNIER, Eric: «Essential facilities y aplicación del artículo 82 CE a la negativa unilateral de contratar. Algunas consideraciones tras la sentencia Bronner», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* núm.205, Enero/Febrero 2000, p. 77.
- Informe de la CNMC (Sala de Supervisión Regulatoria) de 18 de junio de 2014 solicitado por la Secretaría de Estado de Energía acerca del mantenimiento, por parte de Red Eléctrica de España, S.A.U., de los requisitos de separación de actividades establecidos en el artículo 30.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Expediente: INF/DE/0006/14.
- Informe de la CNE 16/2013 sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico, disponiendo que, en cualquier caso, corresponde al gobierno aplicar el criterio de sostenibilidad y eficiencia económica del sistema eléctrico en la inscripción de instalaciones en los registros que otorgan el derecho a una retribución regulada y no en el momento de otorgamiento del permiso de acceso.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar: «Los servicios energéticos: organización y garantía de la competencia», en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red* Núm. 20, 2004, pp. 11-48.
- NEBREDÁ PÉREZ, Joaquín María: «Separación de actividades en el sector eléctrico», en *Serie Política de la Competencia* Núm. 26 (Documento de

- trabajo), CEU Ediciones, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU, 2008, p. 17.
- PAJUELO IGLESIAS, Braulio: «Transporte de energía eléctrica», en *Derecho de la Regulación Económica* (Sector energético) / Santiago Muñoz Machado (dir.), Volumen 3, Tomo 1, Editorial Iustel, 2010, p. 575.
- PAREJO ALFONSO, Luciano: «Cambio regulatorio, sector eléctrico y estado de necesidad». En *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, 2015, pp. 30-35.
- Resolución de 19 de julio de 2012, de la Comisión Nacional de Energía, sobre la solicitud de certificación de Red Eléctrica de España, SAU, como gestor de la red de transporte de electricidad. *BOE* núm. 200, de 21 de agosto de 2012.
- SUÁREZ SARO, Joaquín: «El acceso de terceros a las redes de gas y electricidad», en *Derecho de la energía* / coord. por Miriam Santos Rech y Fernando Cameo Bel, La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2006, pp. 577-604.
- TORRES LÓPEZ, María Asunción: «La separación de actividades y el régimen de las actividades reguladas», en *Noticias de la Unión Europea* Núm. 284, 2008 (Ejemplar dedicado a: El mercado interior de la electricidad), pp. 105-115.
- VILLAFRUELA ARRANZ, Luis: «La separación de las actividades de transporte y operación en la regulación comunitaria y española. Hacia el modelo TSO», en *Energía: Ingeniería energética y medioambiental* núm. 218, 2009, pp. 10-18.

Trabajo recibido el 18 de enero de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Garraio-sarearen eta elektrizitate-horniduraren erregulazio juridikoa garrantzi handiko gaia da jardueren banaketa bertikalaren printzipioan inspiratutako merkatu elektriko liberalizatuaren sorreran. Sarearen izaera monopolistak, ezinbesteko baliabidea izanik, erabiltzaileak sare horretara iristeko eta konektatzeko legezko arau batzuk mugatzea ekarri du, objektibotasun-, gardentasun- eta diskriminaziorik ezaren irizpideetan oinarrituta. Ikerketa honek, alde batetik, hirugarrenak sarera sartzeko oinarria jorratuko du, eta, ondorioz, sare-kudeatzaile independenteak eratzeko beharra. Bestetik, sarbide-arloan indarrean dagoen araubide juridikoa jorratuko da hemen, gobernua sareetara iristeko eta konektatzeko baimen-sistema berria arauz garatzen ez duen artean (Sektore Elektrikoari buruzko Legean iragarrita dago erregulazio hori). Era berean, azken urteotan sarbidearen esparruan agertu diren gatazka nagusiak aipatuko dira.

GAKO HITZAK: Merkatu elektrikoaren liberalizazioa. Jardueren banaketa. Energia elektrikoaren sarea. Hirugarrenak sarean sartzea.

RESUMEN: La regulación jurídica de la red de transporte y distribución de electricidad es un tema trascendental en la creación de un mercado eléctrico liberalizado inspirado en el principio de separación vertical de actividades. El carácter monopolista de la red, por tratarse de un recurso esencial, ha conducido a la delimitación de unas reglas legales de acceso y conexión a ésta por parte de los usuarios, en base a criterios de objetividad, transparencia y no discriminación. El presente estudio aborda, de un lado, el fundamento de este acceso de terceros a la red y, en consecuencia, la necesaria configuración de unos gestores de red independientes y, de otro, el régimen jurídico vigente en materia de acceso en tanto el gobierno no desarrolle reglamentariamente el nuevo sistema de permisos de acceso y conexión a las redes, ya anunciado en la Ley del Sector Eléctrico. Asimismo, se hace mención de los principales conflictos de acceso acaecidos en los últimos años.

PALABRAS CLAVE: Liberalización del mercado eléctrico. Separación de actividades. Redes de energía eléctrica. Acceso de Terceros a la Red.

ABSTRACT: The legal regulation of the electricity transport and distribution network is a transcendental subject in the creation of a Deregulated Electricity Market inspired by unbundling. The monopolistic structure of the network, as an essential resource, has defined rules of access and connection to the network by the users, based on criteria of objectivity, transparency and non-discrimination. In the present study, on the one hand, we discussed the legal basis of third-party access to the network and, consequently, the necessary configuration of the independent network managers, and, on the other hand, the current legal system with regard to access, whilst the government does not develop the new system of access and connection permits to the networks, already announced by the Electrical Sector Law. Additionally, there is specific mention of the main access conflicts what has happened in recent years.

KEYWORDS: Liberalization of the electricity market. Unbundling. Electricity networks. Third-party Access.

Las cláusulas sociales en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público y el nuevo paradigma de la contratación pública

Aritz Romeo Ruiz

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.04>

Sumario: I. Las cláusulas sociales como instrumento para el desarrollo de la estrategia EUROPA 2020.—II. La jurisprudencia del TJUE, de *BEENTJES* a *REGIOPOST*, un camino entre la contratación social y la libre competencia. II.1. La STJCE, de 20 de septiembre de 1988, *Gebroederes Beentjes* (As. C 31/87). II.2. La STJCE, de 26 de septiembre de 2000, *Comisión c. República Francesa* (As. C 225/98). II.3. La STJCE, de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab* (As. C 513/99). II.4. La STJCE, de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG.*, (As. C 448/01). II.5. La STJCE, de 3 de septiembre de 2008, *Rüffert*, (As. C 346/06). II.6. La STJCE, de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost*, (As. C 115/14).—III. la codificación de la doctrina del TJCE en las Directivas Europeas. III.1. La Directiva 2004/18/CE, pionera en la articulación de criterios sociales. III.2. Las cláusulas sociales en las Directivas de 2014.—IV. la aplicación práctica de criterios sociales a través de la doctrina de los tribunales administrativos de contratos públicos.—V. los criterios sociales en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía.

I. Las cláusulas sociales como instrumento para el desarrollo de la estrategia EUROPA 2020

La contratación pública ha adquirido una enorme relevancia en la economía, situándose en torno al 18'5% del PIB nacional español⁽¹⁾, en línea con los denominados países desarrollados, en los cuales alcanza el 15%, y con la propia Unión Europea, donde la contratación pública alcanzó los 1.770 miles de millones de euros en 2012⁽²⁾.

(1) CNMC, *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Madrid, 2015, pág. 3. Ese mismo dato es referido por el Observatorio para la Contratación Pública, <http://www.obcp.es/>, según datos de 2013.

(2) COMISIÓN EUROPEA, *Public Procurement Indicators 2012*. Bruselas, 2014, pág. 6.

Dado su peso específico en el contexto económico europeo, la contratación pública ha de avanzar hacia una mayor transparencia y eficiencia, y debe procurar el beneficio, en primer lugar de los ciudadanos, pero también de los poderes públicos y de las empresas(3). Para ello, es vital que los procedimientos de contratación se desarrollen según los principios de transparencia, eficiencia e integridad, con el fin de salvaguardar la calidad en la prestación de servicios públicos y servir al interés público, tal y como ha recomendado la OCDE (4).

La garantía del interés público y el beneficio de los ciudadanos en la gestión de la contratación pública han de tener en cuenta la perspectiva social, como elemento necesario para lograr el triple objetivo de crecimiento sostenible, inteligente e integrador que la Comisión Europea ha marcado en su Comunicación *Europa 2020*(5).

Para lograr tales fines, la contratación pública es un instrumento adecuado a través del cual se debe contribuir a la puesta en marcha de políticas sociales, ambientales, de innovación, y de promoción de las PYMES, sin vulnerar los principios de la contratación pública(6), de manera que, además de servir a la ejecución de obras o a la prestación de servicios públicos, incida en las políticas sociales y ambientales(7). Todo ello se compele, además, de las recomendaciones del Libro Verde sobre la Contratación Pública en la Unión Europea(8), en el cual el CESE aboga a favor de que la contratación pública tenga en cuenta las prioridades europeas, especialmente en materia social(9).

(3) CNMC, *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*. Cit., pág. 4.

(4) OCDE, *Corruption in public procurement*, 2016, pág. 4.

(5) COMISIÓN EUROPEA, *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. Bruselas, 2010.

(6) MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, *Avanzando en la Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación*. Observatorio de la Contratación Pública, 2011 (documento electrónico).

(7) MARCHAL ESCALONA, Nuria, «Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿son contrarias al derecho comunitario?», en *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3, 2016, pág. 12-26, pág. 13.

(8) COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde sobre Contratación Pública en la Unión Europea*. Bruselas, 1996, pág. 33 y 43-44.

(9) CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Dictamen de 29 de mayo de 1997, sobre el Libro Verde sobre Contratación Pública en la Unión Europea*. Bruselas, 1997. También la Comisión Europea ha ahondado en la conveniencia de incorporar criterios sociales, para avanzar hacia la contratación pública responsable, entendiendo por tal la compra pública verde, innovadora y social, a través de COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación interpretativa de la Comisión, sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos*. Bruselas, 2001. También en COMISIÓN EUROPEA, *Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas*. Bruselas, 2010. En este sentido se han manifestado GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 113, 2011, págs. 64-69, pág. 64 y MEDINA ARNAIZ, Teresa: «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad (I)», en *Actualidad Administrativa*, núm. 113, 2013.

Con todo, se perfila la posibilidad de incorporar criterios sociales en los contratos del sector público, aunque fijando como límites que los mismos queden claramente reflejados en el anuncio de licitación, en pos del principio de transparencia, y que no resulten discriminatorios para los posibles licitadores de los Estados, en base a los principios de igualdad y no discriminación y libre concurrencia. Asimismo, se establece que los criterios sociales habrán de estar directamente relacionados con el objeto del contrato (10).

La voluntad de las instituciones europeas por utilizar la contratación pública como un instrumento a través del cual desarrollar políticas públicas de integración social y de desarrollo ambientalmente sostenible y responsable, encuentra su fundamento último en el artículo 9 del TFUE, que establece que «En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana». Todo lo cual se encuentra indefectiblemente unido a un principio básico de la Unión como lo es el principio de solidaridad (11).

En definitiva, la contratación pública debe ser concebida como un instrumento de los poderes públicos para el cumplimiento de sus fines o de desarrollo políticas públicas, debiendo permitir la consecución de objetivos sociales, ambientales o de investigación (12) y orientarse a la consecución de objetivos sociales y ambientales» (13).

Así, los principios que rigen la contratación pública (igualdad de oportunidades y accesibilidad universal, igualdad de trato y no discrimina-

---

(10) RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo: «Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el R.D. Leg. 3/2011», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 119, mayo de 2012, págs. 30-51.

(11) GIMENO FELIÚ, José María: «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias», en *Observatorio de la Contratación Pública*, 2016 (documento electrónico).

(12) GIMENO FELIÚ, José María: «Las nuevas Directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente de compra pública», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, pág. 3. En sentido similar AYMERICH CANO, Carlos, y FERREIRA FERNANDEZ, Antonio Javier: «El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la Contratación Pública. En particular las cláusulas sociales como criterio de adjudicación de los contratos», en PERNÁS GARCÍA, Juan José, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime (coords.), JINETA LOBO, Ernesto, (Dir.), *El Derecho Administrativo en perspectiva: en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil*. RAP editores, Buenos Aires, 2014, tomo II, pág. 33-52, pág. 34.

(13) GIMENO FELIÚ, José María: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Civitas, Madrid, 2006, pág. 47. En sentido similar se ha manifestado el mismo autor en *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Thomson Aranzadi – Ministerio de Economía y Competitividad – Universidad de Zaragoza, Cizur Menor (Navarra), 2014, pág. 39 y ss.

ción, proporcionalidad, confianza legítima, publicidad y transparencia y confidencialidad), han de verse complementados por la búsqueda de fines sociales y ambientales que los poderes públicos podrán tener en cuenta a la hora de desarrollar los procedimientos de contratación pública. Dicha conjunción resulta, además de posible, «racional, eficaz, sinérgica e incluso rentable» (14).

II. La jurisprudencia del TJUE, de *BEENTJES* a *REGIOPOST*, un camino entre la contratación social y la libre competencia

La introducción de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública está condicionada al impacto del derecho europeo, tanto por la jurisprudencia del TJUE como por las directivas de contratación pública que, en buena medida, han codificado la jurisprudencia comunitaria y que son el marco jurídico fundamental del que emana el derecho de contratos públicos de los Estados miembros (15).

II.1. La STJCE, de 20 de septiembre de 1988, *Gebroederes Beentjes* (As. C 31/87)

La sentencia *Beentjes* (16), fue pionera en la jurisprudencia europea en cuanto a la admisión de la incorporación de criterios sociales.

El TJCE admitió la inclusión de cláusulas con contenido social, pero siempre condicionándolo a que la misma no vulnere la igualdad de licitadores y la libre competencia entre empresas de los diferentes Estados miembros, y siempre que se respete el principio de publicidad (17). De

(14) LESMES ZABALEGUI, Santiago: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», en *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 53-86, pág. 66. Similar opinión han mostrado MELERO ALONSO, Eduardo y ESPÍN SÁEZ, Maravillas: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, documento electrónico.

(15) Sobre las cláusulas sociales y ambientales en el marco europeo, *vid.* CARANTA, Roberto y TRY-BUS, Martin (Eds.): *The Law of Green and Social Procurement in Europe (European Procurement Law)*. DJOF Publishing, Copenhagen, 2010.

(16) En *Beentjes* el Tribunal analizó la exclusión de un licitador en un contrato de obras por entender que carecía de capacidad para contratar personas que se encontraran en situación de desempleo de larga duración.

(17) GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», *cit.*, p. 66. En similar sentido MEDINA JURADO, Purificación: «Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas», en *Revista CEMCI*, núm. 7, 2010, pág. 13

este modo, tras la sentencia se aprecia una visión de prevención ante la incorporación de cláusulas de contenido social, que quedan supeditadas a respetar las normas de la competencia (18).

II.2. La STJCE, de 26 de septiembre de 2000, *Comisión c. República Francesa* (As. C 225/98)

La sentencia *Comisión c. Francia* (19) admitió la incorporación, como criterio de adjudicación de un contrato, de consideraciones relacionadas con la lucha contra el desempleo, reafirmando los condicionantes establecidos por la sentencia *Beentjes*. Como puede apreciarse, el Tribunal de Justicia prevé tales requisitos desde la perspectiva de procurar garantizar la libre competencia, a la cual se supedita la introducción de cláusulas con contenido social (20).

II.3. La STJCE, de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab* (As. C 513/99)

En la sentencia *Concordia Bus* (21), el Tribunal determinó que es compatible con el Derecho comunitario que a la hora de adjudicar a un licitador un contrato teniendo en cuenta la oferta más ventajosa, la entidad adjudicadora también considere criterios relacionados con la protección del medio ambiente, siempre y cuando los mismos estén relacionados con el objeto del contrato, no atribuyan a dicha entidad una libertad incondicional de elección, además de los ya establecidos por las sentencias *Comisión c. Francia*, y *Beentjes*.

---

(18) GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente: «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública» en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, págs. 13-42, pág. 24.

(19) En la Sentencia *Comisión c. Francia*, el Tribunal de Justicia analizaba un recurso de la Comisión Europea frente a la inclusión expresa, como criterio de adjudicación en determinados anuncios de licitación, de medidas en relación con el empleo, encaminadas a la lucha contra el desempleo.

(20) GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente: «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública», *cit.*, pág. 24.

(21) El litigio versaba sobre la inclusión en anuncio de licitación criterios como el precio global para la explotación, la calidad de los autobuses y la gestión por parte del empresario en materia de calidad y medio ambiente, como elementos para valorar la oferta más favorable desde el punto de vista económico global. Al respecto, Tribunal de Justicia consideró que, en la valoración de una oferta, pueden tenerse en cuenta criterios no exclusivamente económicos, tal y como señala BALLINA DÍAZ, Diana: «Las cláusulas sociales en la contratación pública», en *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, 2011, págs. 296-302, pág. 300.

II.4. La STJCE, de 4 de diciembre de 2003, *EVN AG.*, (As. C 448/01) (22)

La sentencia *EVN*, recopiló doctrina fijada en *Beentjes* y en *Concordia Bus*(23) y exige, para la validez de una cláusula de contenido social o ambiental, en este caso como criterio de adjudicación, los mismos requisitos contenidos en las anteriores sentencias.

II.5. La STJCE, de 3 de septiembre de 2008, *Rüffert*, (As. C 346/06)

La sentencia *Rüffert*(24) el Tribunal consideró que la protección que la Directiva 97/71 da a los trabajadores, es una protección de máximos, e interpretó que una medida de protección de las condiciones laborales de los trabajadores que operan en una obra pública podría vulnerar la prohibición de imponer restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el destinatario de la prestación, tal y como recoge el artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea .

Sin embargo, sí considera la sentencia *Rüffert* que, en virtud del artículo 3.1 de la Directiva 96/71, «deben garantizarse a los trabajadores desplazados, en relación con las prestaciones de servicios transnacionales en el sector de la construcción, las condiciones de trabajo y de empleo relativas a las materias a que se refieren las letras a) a g) de dicha disposición, entre las que figuran, en la letra c), las cuantías de salario mínimo». No obstante, la sentencia limita dichas condiciones de empleo a aquellas que estén fijadas mediante «disposiciones legales, reglamenta-

(22) La sentencia *EVN* abordó un litigio en torno a un contrato que se licitó mediante procedimiento abierto para el suministro de electricidad. Se pretendía la celebración de un contrato marco, del que emanaban distintos contratos de aplicación, que tenían por objeto el suministro de electricidad a los servicios de la Administración federal en el Land austriaco de Carintia. El criterio de adjudicación fijado se refería a la oferta económicamente más ventajosa, que se establecería usando como criterio la incidencia de las prestaciones en el medio ambiente. El proveedor estaba obligado a comprometerse a suministrar electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables, en la medida que técnicamente resultara posible, y a no suministrar, en ningún caso, electricidad generada a través de fisión nuclear.

(23) GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente: «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública», *cit.*, pág. 25.

(24) La sentencia *Rüffert* analiza si es compatible con el Derecho comunitario la norma del Land de Baja Sajonia, de establecer como condición de ejecución de un contrato de obra pública que la empresa adjudicataria abone a los trabajadores el salario mínimo establecido en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que se ejecutan las obras. Al tratarse de una situación con intereses que afectan a más de un Estado miembro, el litigio se resuelve con aplicación de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

rias o administrativas, y/o mediante convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general».

La doctrina Rüffert, en cierto modo alteró la tendencia favorable a incluir consideraciones de tipo social en los pliegos de contratación. Doctrina que ha sido superada por la Directiva 2004/18/CE(25).

II.6. La STJCE, de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost*, (As. C 115/14)

La sentencia *RegioPost*(26) se aparta de la doctrina *Rüffert*, determinando que es compatible con el Derecho comunitario la exclusión de un licitador y de sus subcontratistas que «se nieguen a comprometerse, mediante una declaración escrita que deberá presentarse junto con la oferta, a pagar al personal que llevará a cabo las prestaciones objeto del contrato público considerado un salario mínimo fijado por la normativa» (27).

De este modo, la normativa que obliga a los adjudicatarios de un contrato público y a las empresas subcontratadas por aquéllos a remunerar al personal que va a ejecutar la prestación objeto del contrato, un salario mínimo establecido, es compatible con el Derecho comunitario, y estaría plenamente justificada, por lo que no entraría en colisión con el principio de libre prestación de servicio. Puede afirmarse que la sentencia *RegioPost* supone un importante paso adelante, apartándose la arriesgada doctrina jurisprudencial que se estableció *Rüffert*. Aunque no podemos obviar el desequilibrio existente entre la libertad de prestación de servicios y la libertad de circulación, por un lado, y los derechos de los trabajadores por el otro(28). Lo anterior deja en evidencia que apremia la creación de un marco básico europeo de protección social.

---

(25) La Directiva 2004/18 CE establece, en su artículo 34, que «las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo, se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al Derecho comunitario». Además, determinó que la protección de la Directiva 97/71 para situaciones transfronterizas es una protección «de mínimos», *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia de TJUE», *cit.*, pág. 70.

(26) En la sentencia *RegioPost* el Tribunal de Justicia una licitación mediante procedimiento abierto, dividida en dos lotes, que inició el ayuntamiento de Landau (Renania-Palatinado), para contratar los servicios postales de municipio. Además, preveía la celebración de un contrato marco de servicios postales con una duración de dos años. Sobre la STJCE *RegioPost*, *vid.*, MARCHAL ESCALONA, Nuria: «Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿son contrarias al Derecho comunitario?», en *Bitácora Millenium DIPr. Derecho Internacional Privado*, núm. 3, 2016, pág. 12-26.

(27) Un análisis de la sentencia *RegioPost* puede encontrarse en MORCILLO MORENO, Juana: «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía al *dumping* social intracomunitario», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, págs. 180-209.

(28) MARCHAL ESCALONA, Nuria: «Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿son contrarias al Derecho comunitario?», *cit.*, pág. 26.

Un mínimo análisis del camino recorrido por la doctrina jurisprudencial europea, nos muestra de manera nítida la paulatina asunción de la introducción de criterios sociales y ambientales en la contratación pública, marcada por una clara dialéctica entre el principio de la libre competencia y la contratación socialmente responsable. Tensión en la cual, la balanza siempre bascula a favor de la libre competencia, que opera como principal condicionamiento y límite a la introducción de criterios sociales(29), aunque sin impedir la posibilidad de incorporar consideraciones de tipo social en los procedimientos de contratación.

III. La codificación de la doctrina del TJCE en las Directivas Europeas

III.1. La Directiva 2004/18/CE, pionera en la articulación de criterios sociales

La Directiva 2004/18/CE, pionera en la regulación de las cláusulas sociales en la contratación pública(30), positivizó la doctrina jurisprudencial e incorporó por vez primera la posibilidad de incorporación de criterios de carácter social, fundamentalmente en la fase de ejecución de los contratos públicos.

La Directiva supeditó la inclusión de criterios sociales y ambientales en la contratación pública al cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A saber, que exista vinculación con el objeto del contrato, que no otorguen al poder adjudicador un poder ilimitado de elección, que consten expresamente mencionados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones del contrato, y que respeten los principios fundamentales del Derecho Europeo, especialmente, los principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios, igualdad y no discriminación, proporcionalidad, y transparencia(31).

Con todo, la Directiva 2004/18/CE, que contiene mayores avances en cuanto a criterios ambientales que cuando se trata de criterios socia-

---

(29) GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente: «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública», *cit.*, págs. 13-42.

(30) VILLALBA PÉREZ, Francisca: «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 74, 2009, pág. 74. En similar sentido MEDINA JURADO, Purificación: «Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas», *cit.*, pág. 14. También PÉREZ ALCÁNTARA, A.J.: «Los principios de la contratación pública y la Ley de Contratos del Sector Público», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 21, 2008, pág. 3517.

(31) MEDINA JURADO, Purificación: «Las cláusulas sociales en la contratación: retos y perspectivas», *cit.*, pág. 14.

les (32), centra las posibilidades de incorporar cláusulas con contenido social en dos direcciones principales: las reservas a centros especiales de empleo, y su consideración como condiciones de ejecución de los contratos, al tiempo que hace hincapié en la necesidad de garantizar el cumplimiento por parte de los licitadores de las obligaciones en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, y las disposiciones de protección y condiciones de trabajo.

III.2. Las cláusulas sociales en las Directivas de 2014 (33)

La revisión de las directivas de 2004, efectuada a través de la directiva de cuarta generación, se caracteriza fundamentalmente por procurar la simplificación y la eficiencia (34), huyendo de normas «excesivamente rígidas e invasivas» (35).

En este sentido, la Directiva 2014/24/UE que se enmarca en la Estrategia *Europa 2020*, continúa la línea de concebir la contratación pública como un instrumento para contribuir al logro de una mayor sostenibilidad ambiental y social. Por consiguiente, contiene avances en materia de contratación socialmente responsable, al tiempo que pone a disposición de los Estados, dentro del marco de la ejecución de los contratos públi-

(32) Sobre la incorporación de criterios ambientales en la contratación pública en la etapa previa a la vigente Directiva 2014/24/UE, *vid.*, PERNAS GARCÍA, Juan José: *Contratación pública verde*. La Ley Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid, 2011). También GIMENO FELIÚ, José María: *La contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006. KUNZIL, P.: «Green procurement under the new regime», en NIELSE, R., TREUMER, S.: *The new EU procurement directives*. DJ F Publishing, Copenhagen, 2005. LEFÈVRE, P.: «Les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics européens», en *Journal des Tribunaux. Droit européen*, núm. 7, 2000.

(33) Sobre el nuevo paquete de Directivas en materia de contratación pública, *vid.*, GIMENO FELIÚ, José María: *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta de liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014. También MORENO MOLINA, José Antonio: «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en GIMENO FELIÚ, José María, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, (Coords.), *et. al.: Observatorio de los Contratos Públicos, 2012*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, págs. 97-113.

(34) GIMENO FELIÚ, José María: «Novedades del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La transposición de las Directivas de contratación pública en España», ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública, celebrado en Cuenca los días 21 y 22 de enero de 2016, organizado por el Observatorio de Contratación Pública y la Universidad de Castilla La Mancha.

(35) BENACCHIO, G.A.: «Verso le Direttive di quarta generazione», en BENACCHIO, G.A., y COZZIO, M.: *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*. Egea, Milano, 2012, págs. 3-28, pág. 8.

cos, de instrumentos jurídicos llamados a garantizar el cumplimiento de los preceptos legales y convencionales que establecen compromisos en materia social y ambiental.

Destaca la incorporación, en el artículo 18.2 de la directiva, es decir, a continuación de proclamar los principios fundamentales de la contratación pública, de un mandato a los Estados miembros para que tomen las medidas pertinentes a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones sociales, ambientales y laborales por parte de los operadores económicos.

Además, la directiva prevé la inclusión de criterios sociales en diferentes estadios de la contratación como lo son la definición del objeto del contrato, las causas de exclusión de contratistas, en la regulación de los criterios de adjudicación, así como en las condiciones de ejecución de los contratos (36). De este modo, se prevé la posibilidad de incorporar criterios sociales y ambientales en cuatro fases del proceso de contratación: como requisitos de calificación social y ambiental del contratista previos a la admisión al proceso de licitación; como especificaciones técnicas de los contratos; como criterios de adjudicación de los contratos; y, finalmente, como condiciones de ejecución del contrato (37).

La introducción, para el cálculo de la oferta económicamente más ventajosa del coste del ciclo de vida, supone una novedad importante de esta directiva (38), que opera como uno de los elementos a través de los cuales pueden incorporarse criterios sociales y ambientales.

Además de favorecer la introducción a los criterios sociales, la directiva muestra, posiblemente en mayor medida, una clara tendencia de impulso de la compra pública verde a través de los denominados criterios ambientales (39). Debe resaltarse también el refuerzo de los principios de

---

(36) MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación», *cit.*

(37) Siguiendo la síntesis realizada en GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente: «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública», *cit.*, págs. 35-42. También MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Avanzando en Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación», *cit.*

(38) Sobre la valoración de ofertas, *vid.*, DOMENECH PASCUAL, Gabriel: «La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 30, 2012.

(39) SARASÍBAR IRIARTE, Miren: «La contratación pública se tiñe de verde», en GIMENO FELIÚ, José María, GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, MOLINA MORENO, José Antonio, *et. al.*: *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico especial 2015. Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Universidad de Zaragoza – Ministerio de Economía y Competitividad, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 317-328, pág. 319.

transparencia, libre concurrencia e igualdad de los licitadores a través de instrumentos específicos(40).

En definitiva, destaca el significativo avance que la directiva 24/2014/UE ha supuesto para la incorporación de criterios sociales y ambientales, en consonancia con los objetivos buscados en *Europa 2020*, si bien el principio de la libre competencia sigue operando como un límite a la incorporación de criterios sociales y ambientales, cuando perfectamente podrían incorporarse los valores de innovación, y responsabilidad social y ambiental como criterios que dirigieran la libre competencia entre los operadores económicos hacia la consecución de los objetivos de *Europa 2020*.

IV. La aplicación práctica de criterios sociales a través de la doctrina de los tribunales administrativos de contratos públicos

La aplicación práctica de criterios sociales y ambientales ha sido analizada a través de diversas resoluciones y recomendaciones tanto de los distintos Tribunales Administrativos de Contratos Públicos, como de las Juntas Consultivas, tanto estatal como autonómicas, que, junto con algunos OCEX se han pronunciado al respecto, recomendando, en ocasión, la inclusión de este tipo de criterios en los pliegos de condiciones(41).

Entre todas ellas resulta destacable el Informe 16/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón(42), que enmarca la posibilidad de incorporar criterios sociales como condi-

---

(40) ALONSO GARCÍA, María Consuelo: «Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde», en GIMENO FELIÚ, José María, GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, MOLINA MORENO, José Antonio, *et. al.: Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico especial 2015. Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso de la Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Universidad de Zaragoza – Ministerio de Economía y Competitividad, Thomson Reuters-Aranza-di, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 279-289, pág. 288.

(41) Además de los mencionados en el presente trabajo, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ recopila algunos pronunciamiento como: IJCCAE 14/2013; IJCCA de Aragón 1/2015, de 17 de marzo; IJCCA de Cataluña 18/2014, de 17 de diciembre; RTACRC 56/2015, de 20 de enero; RTACRC 891/2014, de 5 de diciembre; STSJ del País Vasco 617/2014, de 30 de diciembre de 2014, rec. 630/2014 (que valida la citada Norma Foral 4/2013 de Gipuzkoa), Informe de 24 de octubre de 2014 del Consejo de Contas de Galicia Contratación Administrativa 2010-2011), Informes del Tribunal de Cuentas n.º 1085, de 26 de marzo de 2015 y n.º 1022, de 30 de enero de 2014), RTACR 891/2015, sin embargo, por razones de espacio, únicamente me referiré a algunos de ellos, por exceder una análisis más exhaustivo, del objeto de este artículo. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: «Avanzando en contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación», *cit*.

(42) El Informe responde a una consulta del Vicealcalde y Consejero de Presidencia de Ayuntamiento de Zaragoza en relación con la aprobación, por el Pleno de la corporación, de una moción en la que se instaba al Gobierno de la Ciudad a incorporar, como como condición de ejecución del contrato, la obligación del contratista de no minorar las condiciones laborales durante el tiempo de prestación del contrato, con la correspondiente penalidad por incumplimiento.

ciones de ejecución de los contratos dentro del amparo del artículo 118 TRLCSP, que establece la necesidad de cumplir con dos límites: que dicha condición no resulte directa ni indirectamente discriminatoria, y que el contenido de la misma se contenga en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones del contrato. Cuestión que encuentra más amplio acomodo bajo la protección de la Directiva 2014/24/UE, que, no obstante, incide en los mismos límites señalados.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 72/2016, de 14 de julio de 2016, se refirió a la incorporación de condiciones sociales, siendo reseñable el Fundamento de Derecho cuarto de dicho Acuerdo, que, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (43), y siguiendo reconoce la posibilidad de incorporar criterios sociales como marco del diseño de un contrato en tanto que política pública, aunque siempre que guarde vinculación directa o indirecta con el objeto del contrato, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TJUE.

Así, y en cuanto a dicha relación, la misma no puede resultar «forzada», ni interferir indebidamente en la propia política empresarial de los licitadores. Debe ponerse en valor, no obstante, el reconocimiento que el Acuerdo contiene, en el sentido de que la contratación pública puede diseñarse al servicio de intereses sociales, aunque, en todo momento, dejando claros los límites de la no distorsión de la competencia, de no introducir controles indebidos «en la legítima gestión de intereses empresariales». Así, tal y como señala el TACPA, la función regulatoria del contrato de los pliegos no puede resultar sobrepasada proyectando efectos sobre la organización empresarial de los licitadores. Todo lo cual se recoge en STS 1156/2016, de 18 de mayo, que prescribe que mediante un contrato público no puede variarse la legislación laboral.

No obstante lo anterior, no se considera que vulnere tales consideraciones la introducción de cláusulas que contengan la obligación de subrogación de trabajadores, siempre que la misma se derive de un deber legal o convencional, de acuerdo con lo preceptuado por la propia directiva 2014/24/UE, y sentando que el coste derivado de la subrogación debe considerarse a la hora de calcular el valor estimado del contrato.

Tampoco puede reputarse contrario a Derecho exigir a la empresa adjudicataria que mantenga un determinado nivel retributivo a sus trabajadores, ya que, de acuerdo con el artículo 67 de la directiva de 2014, las características sociales forman parte de los criterios de calidad, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de valorar la mejor relación calidad-precio, siempre de acuerdo con la doctrina de la sentencia *RegioPost*. Además,

---

(43) Resolución 16/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

ha de tenerse en cuenta que la oferta forma parte del pliego de condiciones, y constituye la *lex contractus*, además de traer a colación el principio general de *pacta sunt servanda*. Quien oferta unas condiciones, debe mantenerla durante el tiempo de duración del contrato.

No obstante, como recuerda el Informe 1/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, dichos criterios deben especificarse «con la suficiente precisión y exactitud» en los pliegos, de acuerdo con el principio de transparencia, y para permitir a los licitadores la evaluación de los costes del contrato.

Por otro lado, la Resolución n.º 210/2016, de 18 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Contratos Públicos, asevera que la introducción de criterios sociales debe condicionarse a dos parámetros: que guarde relación directa con el objeto del contrato, y que no resulten discriminatorios. En este sentido, entronca con la jurisprudencia comunitaria establecida desde *Beentjes*, así como con el texto de la Directiva 2014/24/UE, y con el propio articulado del TRLCSP, si bien obvia la resolución los requisitos de cumplir con el principio de transparencia, a través de su mención expresa en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, y, en general con los principios del derecho europeo, especialmente con el principio de libre competencia.

No debemos obviar que, tal y como ha señalado la Resolución 44/2007, de 1 de marzo, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, a la hora de determinar el objeto del contrato, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que no se trate de una prestación claramente diferenciable, que, como tal, pueda ser objeto de una licitación por separado, y, en segundo lugar, que la finalidad social que quiere fomentarse pueda realizarse sobre la propia prestación principal. Así, las cláusulas sociales que quieran incorporarse al objeto del contrato, han de poder ser realizadas por el adjudicatario a través de la materia a suministrarse o de la prestación concreta a realizar, dado que se trata de un elemento que debe poder relacionarse intrínsecamente con la prestación principal.

Además, la misma resolución advierte de la necesidad de que la cláusula social en cuestión, sea objetivable desde un punto de vista económico, y, en este sentido, quede claramente determinada, ya que los costes derivados de la misma deben ser tenidos en cuenta a la hora de cuantificar económicamente la oferta.

La doctrina de los organismos administrativos de control de la contratación pública sigue la línea general marcada, en primera instancia, por la jurisprudencia europea, positivizada en las directivas y transpuesta en, en un primer momento en el TRLCSP de 2007 y posteriormente en el Proyecto de LCSP de 2016. Así, no sólo reconocen la posibilidad de incorporar distintos criterios sociales en las diferentes fases del proceso de contratación, sino que lo encuentran deseable, en el marco del diseño, a

través de la contratación pública, de políticas para la incorporación al mercado laboral de colectivos con difícil empleabilidad, el fomento de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la lucha contra el desempleo, o el mantenimiento de unas condiciones laborales dignas para el personal al servicio de las empresas adjudicatarias. Sin embargo, la prioridad la sigue estableciendo, fundamentalmente, el principio de la libre competencia, que continúa presentándose como incompatible con el impulso a una contratación pública responsable desde el punto de vista social, ambiental y de la innovación. Y, llegados a este punto, lo anterior sugiere una reflexión: ¿acaso no es posible conjugar ambos valores y avanzar hacia una competencia libre entre licitadores que, precisamente, pugne por presentar la mejor oferta también desde una perspectiva social, ambiental e innovadora, coadyuvando, no sólo al cumplimiento de los objetivos de *Europa 2020*, sino a la mejora de la sociedad en general?

V. Los criterios sociales en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público

El proyecto de Ley de Contratos del Sector público tiene como principal objeto actualizar el régimen de contratos del sector público a través de la transposición, por otro lado tardía, de las directivas de cuarta generación.

La tramitación del proyecto se planteó en primera instancia de una manera inusitadamente acelerada, sin apenas plazo de enmiendas para los grupos parlamentarios. El efecto de ello ha sido la ampliación del plazo de enmiendas por 10 veces, la última finalizada el 2 de marzo de 2017.

Dicho apresuramiento bien podría estar motivado por prisas repentinas de última hora, o más probablemente, por una excesiva concepción tecnocrática del régimen de contratos públicos que parece no considerar la importancia del Parlamento para solucionar los actuales retos de la contratación pública, que son, esencialmente, problemas de naturaleza política (44).

---

(44) Martín RAZQUÍN LIZARRAGA ha señalado que «Con todo, estimo que lo más relevante se encuentra en que los problemas que acucian a la contratación pública son de naturaleza política (no técnica o por lo menos no eminentemente técnica) y deben por tanto adoptarse criterios políticos que luego se plasmarán en los correspondientes preceptos legales. Apunto aquí algunos aspectos: El imperio de los principios generales: integridad, igualdad, transparencia y competencia. Alcance del ámbito subjetivo de la Ley y su aplicación —por qué y en qué medida total o parcial— a todo el sector público. La simplificación de los procedimientos de contratación. El fomento de la innovación, como motor económico. Las vías de recurso para asegurar el cumplimiento de la legalidad en materia de contratos públicos. La procedencia o no de mantener de forma tan rígida la *summa divisio* entre contratos superiores e inferiores al umbral comunitario. La adecuación de los procedimientos a los pequeños y medianos municipios. La electrificación de la contratación pública.

En cualquier caso, y a la espera de las enmiendas que puedan plantear los grupos parlamentarios, procede analizar el tratamiento que el proyecto de ley da a las consideraciones sociales.

De la Exposición de Motivos podría derivarse un interés de los redactores del proyecto por cumplir con los objetivos de la Estrategia *Europa 2020* (expositivo I).

Asimismo, se señalan como objetivos del proyecto lograr una mayor transparencia, una mejor relación calidad-precio a través de la introducción de nuevas consideraciones, como son la prioridad que debe darse a la calidad, así como a cuestiones ambientales, sociales y de innovación (expositivo II).

Más precisamente, en lo que hace a los criterios sociales y ambientales, la exposición de motivos asevera que la Ley pretende fomentar el uso de la contratación pública como instrumento para implementar políticas en materia ambiental, social, de innovación, de promoción de las PYMES y de defensa de la competencia. Incluso va más allá, afirmando que tales elementos constituyen los «verdaderos objetivos del proyecto» (expositivo III).

La cuestión es ¿responde el articulado a las pretensiones fijadas en la exposición de motivos?, es decir, ¿realmente son las consideraciones sociales, ambientales y de innovación los verdaderos objetivos buscados por el proyecto?

Así, contrasta el objeto y finalidad de la Ley establecido en el artículo 1 con los fines aseverados en la exposición de motivos. A pesar de lo señalado en ésta, el artículo 1 no sólo omite toda referencia a los objetivos de *Europa 2020* sino que obvia toda referencia a la búsqueda, a través de la contratación pública, de objetivos sociales, ambientales y de innovación, consideraciones que bien podrían haberse incluido, siquiera genéricamente, a la hora de enunciar los objetivos y fines del proyecto de ley (45).

Además, la Ley no puede convertirse en un simple papel que lo aguanta todo, sino que tiene que ajustarse a la realidad en orden a garantizar su cumplimiento».

Vid. RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «El proyecto de ley de contratos del sector público. Una tramitación parlamentaria acelerada», en *Observatorio de Contratos del Sector Público*, www.obcp.es, diciembre de 2016, documento electrónico.

(45) Manuel Gómez Ruiz propone en su tesis doctoral, una redacción alternativa a la marcada por el Anteproyecto, con la siguiente literalidad: «La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria, control del gasto, integración de consideraciones ecosociales y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa». Vid. GÓMEZ RUIZ, Manuel: *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. Universidad de Cádiz. Tesis Doctoral dirigida por D.ª María Zambonino Púlito, leída el 19/01/2016, pág. 411.

Sí debe reconocerse un cierto avance en la materia con respecto al TRLCSP (46), que los introduce en diferentes fases de la contratación como son la prohibición de contratar a las empresas que hubieran incumplido las obligaciones legales o convencionales en materia laboral, fiscal o ambiental, los criterios de adjudicación del contrato (art. 145), el cálculo del ciclo de vida (art. 146), como condición especial de ejecución del contrato (art. 200). Sin olvidar la extensión a empresas de inserción de la regulación que contiene de las reservas a centros especiales de empleo, o de reserva de ejecución en el marco de programas de empleo protegido (d.a. 4.^a).

En cuanto a las prohibiciones de contratar, el artículo 71 del proyecto apenas contiene diferencias con respecto al artículo 60 TRLCSP, de manera que éstas siguen fijándose para quienes hayan sido condenados por sentencia firme por fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o delitos contra los trabajadores. También continúa en similares términos la prohibición de contratar para las empresas que hubieran sido sancionadas por infracción grave en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de personas con discapacidad, o de extranjería, o por infracción muy grave en materia ambiental. Del mismo modo, sigue fijada la prohibición para las empresas que se hallen al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, y aquellas con más de 50 trabajadores que no cumplan el requisito de que al menos el 2% de sus empleados sean personas con discapacidad (47).

Tampoco se aprecian modificaciones, en cuanto a la incorporación de indicadores de la gestión medioambiental como elemento para valorar la solvencia técnica en los contratos de obra y en los contratos de servicios, ya que los artículos 88 y 90 del proyecto contienen la misma dicción literal que los artículos 76 y 78 del vigente TRLCSP.

Sí contiene un avance en cuanto a la incorporación de consideraciones sociales el artículo 145 PLCSP, que regula los criterios de adjudicación del contrato.

Criterios de adjudicación que, tal y como establece la jurisprudencia del TJUE, deberán tener vinculación con el objeto del contrato, estar de-

---

(46) VALCELILLO GÁMEZ, María Rosa y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Juan Jesús: «La responsabilidad social pública como elemento de política de empleo», en *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 87, 2016, pág. 1-28.

(47) Sobre las prohibiciones de contratar en la jurisprudencia europea, *vid.* MEDINA ARNAIZ, Teresa: «La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en GIMENO FELIÚ, José María, GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, MORENO MOLINA, José Antonio, *et. al.*: *Las nuevas directivas de contratación pública (X Congreso de la AEPDA)*. Thomson Reuters Aranzadi – Universidad de Zaragoza, pág. 383-394.

bida y objetivamente fijados en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, respetar los principios de la contratación pública (igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad), no otorgar un poder de decisión ilimitado al órgano de contratación, y deberán garantizar que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva.

Se establecen dos tipos de criterios de adjudicación: los relacionados con los costes, incluida la relación coste-eficacia, y el cálculo del coste del ciclo de vida, para cuyo cálculo, el artículo 146 permite observar las externalidades de los costes ambientales (48).

Y, por otro lado, los criterios cualitativos, orientados a identificar la oferta que suponga la mayor relación calidad-precio. En estos segundos, y, en concreto, en lo que hace a la valoración de la calidad, se prevé contemplar las características sociales, ambientales e innovadoras. Esta formulación parece ir más allá del artículo 150 del TRLCSP.

Además, el mismo artículo 145.9 prevé la inclusión de criterios sociales como cláusulas de desempate, priorizando a aquellas empresas que tengan un número de trabajadores con discapacidad superior al 2%, entre otras cuestiones (49).

No obstante, y si bien hay que reconocer que el artículo 145 avanza en cuanto a la incorporación de cláusulas sociales, no puede negarse que, en parte, «se queda corto», teniendo en cuenta que el Programa Nacional de Reformas de 2014, proponía que la adjudicación recayera siempre en la «oferta económica y social más ventajosa», o que bien podría haber establecido que los criterios sociales de desempate fueran de contenido obligatorio y no meramente potestativo, como señala el artículo 145.9 (50).

Además, el PLCSP prevé la incorporación de criterios sociales como condiciones especiales de ejecución de los contratos, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no resulten discriminatorias, sean compatibles con el derecho europeo, y queden debidamente indicadas en el anuncio de licitación y en el pliego del contrato.

---

(48) GIMENO FELIÚ, José María: «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», en *REDA*, n.º 182, enero-marzo 2017, págs. 181-221, pág. 214.

(49) El artículo 145.9 PLCSP establece una serie de prioridades en caso de desempate que se concreta en el número de trabajadores con discapacidad, que se trate de empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, en el caso de contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial, que se trate de entidades sin ánimo de lucro cuya actividad guarde relación directa con el objeto del contrato, que se trate de organizaciones de Comercio Justo, y aquellas empresas que hayan ofertado medidas de carácter social y laboral que favorezcan la igualdad entre ambos sexos.

(50) VALLECILLO GÁMEZ, María Rosa, y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Juan Jesús: «La responsabilidad social pública como elemento de política de empleo», *cít.*, pág. 20.

Entre las mismas, se contempla un listado, que constituye un *numerus apertus* de posibles condiciones especiales de ejecución de tipo social.

No obstante, se trata de una opción que el legislador deja en manos de los órganos de contratación, excluyendo cualquier posibilidad de obligatoriedad al respecto

En cualquier caso, una vez establecidas, sí se prevé la posibilidad de establecer penalidades motivadas por el incumplimiento por parte del adjudicatario de dichas condiciones especiales de ejecución.

Finalmente, la disposición adicional cuarta regula la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007.

Así pues, la introducción de criterios de carácter social está prevista en distintos momentos del proceso de contratación, destacando la posibilidad de incorporarlas entre los criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución.

No obstante, el PLCSP, si bien introduce algunas novedades, no contiene los avances que podría haber introducido a la luz del cambio de paradigma que supone la cuarta generación de directivas, que avanza, de acuerdo con la estrategia *Europa 2020*, hacia lo que J.M. GIMENO ha denominado «perspectiva instrumental» de la contratación, por la cual la contratación pública debe articularse como un medio para lograr un crecimiento inteligente basado en consideraciones sociales, ambientales y de innovación. Para ello, la incorporación de criterios sociales en las diferentes fases de la contratación es necesaria, ya que la misma debe servir para lograr el cumplimiento de tales objetivos sociales, ambientales y de investigación(51).

Pues bien, aun reconociendo ciertos avances en éste campo, no podemos obviar que la norma de transposición no despliega todas las posibilidades que abre la Directiva 24/2014, y continúa con la misma visión de la contratación pública del anterior TRLCSP. De esta manera, no contiene el necesario impulso a la sostenibilidad ambiental, social y de innovación que el estrecho campo de la cuarta generación de directivas y la jurisprudencia comunitarias le hubiera permitido, de manera que cuestiones trascendentales como la igualdad salarial, los planes de formación o la estabilidad en el empleo, no encuentran todo el impulso que debieran(52).

---

(51) GIMENO FELIÚ, José María: «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *cit.* págs. 183 y 184.

(52) GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente, «Nueva Ley de Contratos. Aspectos para modificar», en su blog www.globalpoliticsandlaw.com, documento electrónico.

VI. Conclusiones

Teniendo en cuenta el peso que ha adquirido la contratación pública en toda la Unión Europea, y con base en la estrategia *Europa 2020*, la contratación pública, a partir de la cuarta generación de Directivas Europeas, debe avanzar hacia un nuevo paradigma que la resitúa en términos instrumentales, como un medio para conseguir objetivos ambientales, sociales y de innovación.

En este sentido, los principios clásicos de la contratación pública, (igualdad de oportunidades, igualdad de trato y no discriminación, proporcionalidad, confianza legítima, confidencialidad y transparencia) han de completarse con la búsqueda de fines sociales, ambientales y de innovación. Además de lograr la obtención de bienes y servicios a través de un procedimiento garantista basado en la libre competencia, los procedimientos de contratación deben velar, por lograr un mejor nivel de empleo, unas condiciones laborales dignas, una mayor integración social y un crecimiento económico ambientalmente sostenible. Cuestiones éstas que también han de considerarse a la hora de ponderar el interés público en la contratación administrativa.

Probablemente ello requiera avanzar hacia una nueva concepción del principio de la libre competencia que integre los elementos sociales, ambientales y de innovación como valores para lograr una competitividad sostenible y racional entre los operadores económicos, que permitan un crecimiento integrador. Es decir, no se trata de optar por quien garantice el mejor servicio a cambio del mejor precio, sino por quien garantice el mejor servicio a cambio del mejor precio dejando la menor huella ambiental, garantizando unas condiciones de empleo dignas, integrando a personas en situación de difícil empleabilidad, integrando en el mercado laboral a personas con discapacidad, reduciendo las desigualdades entre sexos, o fomentando la innovación en las empresas. Que la empresa más competitiva sea la que más integre socialmente, la que más respete el medio ambiente y la que aporte mayor innovación tecnológica, y no la que sea capaz de lograr el mejor balance coste-beneficio sin tener en cuenta consideraciones sociales, ambientales y de innovación.

Y para ello hay campo abierto tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la cuarta generación de Directivas Europeas.

No obstante, no se trata de un campo ilimitado, ya que, como recuerda toda la jurisprudencia europea, desde *Beentjes* hasta *RegioPost*, la inclusión de criterios sociales está condicionada a que los mismos guarden relación con el objeto del contrato, deberán publicitarse y concretarse en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, no podrán otorgar un poder ilimitado de elección al poder adjudicador y deberán so-

meterse a los principios básicos del Derecho de la UE, y muy especialmente al principio de libre concurrencia y no discriminación.

Condicionamientos, todos ellos, que van dirigidos a garantizar la libre concurrencia entre empresas licitadoras, y, que, por tanto, condicionan la incorporación de cláusulas sociales y ambientales a la garantía de los principios de la competencia.

Y es que no podemos obviar la existencia de una dialéctica constante entre la inclusión de dichos criterios y los principios de la competencia.

De esta manera, si bien la incorporación de criterios sociales y ambientales en los procedimientos de licitación se encuentra fundamentada sobre la base del TFUE y ha sido objeto de invocación por parte de relevantes instrumentos de *soft law* impulsados por la Comisión, lo cierto es que, a la hora de valorar su incorporación práctica, el TJUE siempre la ha supeditado a la no afección de la libre competencia entre licitadores.

Lo anterior se ha visto reflejado en la Directiva 2014/24/UE, que aunque sin desprenderse de la doctrina clásica, en cuanto a la primacía que adquiere el principio de libre competencia sobre la perspectiva social de la contratación pública, ha dado un importante paso adelante en la materia.

No en vano, además de ratificar los condicionamientos establecidos en la doctrina jurisprudencial y positivizados en la anterior generación de directivas, promueve las reservas de contratos para talleres de empleo protegido, permite la valoración de criterios sociales y ambientales para la calificación del contratista, regula la inclusión de consideraciones sociales y ambientales entre las especificaciones técnicas del contrato, contiene la posibilidad de establecer cláusulas de esta misma naturaleza como criterios de adjudicación y, asimismo, regula la posibilidad de que el poder adjudicador tenga en cuenta cláusulas sociales y ambientales entre los criterios de ejecución del contrato.

En particular destaca la inclusión en el artículo 18.2, a continuación de la proclamación de los principios de la contratación pública, de un llamamiento a los Estados miembros para tomar las medidas necesarias a fin de garantizar el cumplimiento por parte de los operadores económicos de las obligaciones de tipo social medioambiental y laboral, unido a la consideración del incumplimiento de dichas obligaciones entre las causas de exclusión, supone un avance significativo en la materia.

Todo ello ha tenido su reflejo en la práctica contractual, tal y como se desprende de los reiterados acuerdos, informes y resoluciones de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y de los OCEX en general, que no sólo señalan de la posibilidad de incorporar criterios sociales en la contratación pública, sino que, en ocasiones, incluso señalan la conveniencia de su incorporación.

Y en esta situación se presenta ante las Cortes Generales, no sin un más que significativo retraso, el PLCSP que transpone la Directiva 24/2014 al ordenamiento jurídico interno. El texto contiene la posibilidad de tener en cuenta consideraciones sociales en diversas fases de la contratación, entre las que hay que destacar el artículo 145, que prevé la inclusión de consideraciones sociales entre los criterios de adjudicación, el artículo 200, sobre condiciones especiales de ejecución, y la reserva de contratos a CEEs contenida en la disposición adicional cuarta.

No puede negarse un importante avance en la materia con respecto al TRLCSP. Pero tampoco puede obviarse una cierta decepción, en el sentido que no se aprovecha el campo de acción que, sobre la materia, permite la Directiva 24/2014 y el nuevo paradigma que comprende, de entender la contratación pública como un medio para conseguir un crecimiento sostenible e integración desde la perspectiva social, ambiental y de innovación. Parece claro que el articulado no responde a las expectativas de la Exposición de Motivos.

En este sentido, llama la atención cómo el texto del PLCSP se queda por detrás, incluso, del Programa Nacional de Reformas de 2014.

Y en el fondo de todo, queda en el aire la siguiente pregunta: ¿asumirá el legislador interno el nuevo paradigma europeo en la Contratación Pública?

La resolución del trámite de enmiendas y el resultado final de la futura Ley nos lo dirá.

VII. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, María Consuelo: «Las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE en la contratación pública verde», en GIMENO FELIÚ, José María, GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, MOLINA MORENO, José Antonio, *et. al.: Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico especial 2015. Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso de la Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Universidad de Zaragoza – Ministerio de Economía y Competitividad, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 279-289.
- AYMERICH CANO, Carlos, y FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier: «El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la Contratación Pública. En particular las cláusulas sociales como criterio de adjudicación de los contratos», en PERNÁS GARCÍA, Juan José, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime (coords.), JINESTA LOBO, Ernesto, (Dir.): *El Derecho Administrativo en perspectiva: en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil*. RAP editores, Buenos Aires, 2014, tomo II, pág. 33-52.

- BALLINA DÍAZ, Diana: «Las cláusulas sociales en la contratación pública», en *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3, 2011, pág. 296-302.
- BENACCHIO, G.A.: «Verso le Direttive di quarta generazione», en BENACCHIO, G.A., y COZZIO, M.: *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*. Egea, Milano, 2012, pág. 3-28.
- CARANTA, Roberto y TRYBUS, Martin (Eds.): *The Law of Green and Social Procurement in Europe (European Procurement Law)*. DJOF Publishing, Copenhagen, 2010.
- DOMENECH PASCUAL, Gabriel: «La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos», en *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 30, 2012.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Cláusulas sociales, contratación pública y jurisprudencia del TJUE», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 113, 2011, pág. 64-69.
- GIMENO FELIÚ, José María: *La contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- GIMENO FELIÚ, José María: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*. Civitas, Madrid, 2006.
- GIMENO FELIÚ, José María: «Las nuevas Directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente de compra pública», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013.
- GIMENO FELIÚ, José María: *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*. Thomson Aranzadi – Ministerio de Economía y Competitividad – Universidad de Zaragoza, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GIMENO FELIÚ, José María: «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias», en *Observatorio de la Contratación Pública*, 2016 (documento electrónico).
- GIMENO FELIÚ, José María: «Novedades del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La transposición de las Directivas de contratación pública en España», ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública, celebrado en Cuenca los días 21 y 22 de enero de 2016, organizado por el Observatorio de Contratación Pública y la Universidad de Castilla La Mancha.
- GIMENO FELIÚ, José María: «Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», en *REDA*, n.º 182, enero-marzo 2017, págs. 181-221, pág. 214.

- GÓMEZ RUIZ, Manuel: *Aspectos sociales y medioambientales en la contratación pública*. Universidad de Cádiz. Tesis Doctoral dirigida por D.^a María Zambonino Púlito, leída el 19/01/2016.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente: «Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de Contratación Pública» en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015, págs. 13-42.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José Vicente: «Nueva Ley de Contratos. Aspectos para modificar», en su blog www.globalpoliticsandlaw.com, documento electrónico.
- KUNZIL, P.: «Green procurement under the new regime», en NIELSE, R., TREUMER, S.: *The new EU procurement directives*. DJ F Publishing, Copenhagen, 2005.
- LEFÈVRE, P.: «Les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics européens», en *Journal des Tribunaux. Droit européen*, núm. 7, 2000.
- LESMES ZABALEGUI, Santiago: «Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral», en *Lan Harremanak*, núm. 13, 2005, pág. 53-86.
- MARCHAL ESCALONA, Nuria: «Las cláusulas sociales en los contratos públicos: ¿son contrarias al Derecho comunitario?», en *Bitácora Millenium DIPr. Derecho Internacional Privado*, núm. 3, 2016, pág. 12-26.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel: *Avanzando en la Contratación socialmente responsable: de la recomendación a la obligación*. Observatorio de la Contratación Pública, 2011 (documento electrónico).
- MEDINA ARNAIZ, Teresa: «Más allá del precio: las compras públicas con criterios de responsabilidad (I)», en *Actualidad Administrativa*, núm. 113, 2013.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa: «La aplicación de las prohibiciones de contratar según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en GIMENO FELIÚ, José María, GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, MORENO MOLINA, José Antonio, *et. al.*: *Las nuevas directivas de contratación pública (X Congreso de la AEPDA)*. Thomson Reuters Aranzadi – Universidad de Zaragoza, págs. 383-394.
- MEDINA JURADO, Purificación: «Las cláusulas sociales en la contratación pública: retos y perspectivas», en *Revista CEMCI*, núm. 7, 2010.
- MELERO ALONSO, Eduardo Y ESPÍN SÁEZ, Maravillas: «El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal», en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999, documento electrónico.
- MORCILLO MORENO, Juana: «Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía al *dumping* social intracomunitario», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, 2016, pág. 180-209.

- MORENO MOLINA, José Antonio: «La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos», en GIMENO FELIÚ, José María, BERNAL BLAY, Miguel Ángel, (Coords.), *et. al.: Observatorio de los Contratos Públicos, 2012*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- PÉREZ ALCÁNTARA, A.J.: «Los principios de la contratación pública y la Ley de Contratos del Sector Público», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 21, 2008.
- PERNAS GARCÍA, Juan José: *Contratación pública verde*. La Ley Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid, 2011).
- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, Alfredo: «Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el R.D. Leg. 3/2011», en *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 119, mayo de 2012, págs. 30-51.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, págs. 97-113.
- RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «El proyecto de ley de contratos del sector público. Una tramitación parlamentaria acelerada», en *Observatorio de Contratos del Sector Público*, www.obcp.es, diciembre de 2016, documento electrónico.
- SARASÍBAR IRIARTE, Miren: «La contratación pública se tiñe de verde», en GIMENO FELIÚ, José María, GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, MOLINA MORENO, José Antonio, *et. al.: Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico especial 2015. Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*. Universidad de Zaragoza – Ministerio de Economía y Competitividad, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 317-328.
- VALCELILLO GÁMEZ, María Rosa y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Juan Jesús: «La responsabilidad social pública como elemento de política de empleo», en *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 87, 2016, pág. 1-28.
- VILLALBA PÉREZ, Francisca: «La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 74, 2009.

Trabajo recibido el 28 de marzo de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENEA: *Europa 2020* estrategiak balioetsi duenez, kontratazio publikoa tresna egokia da sozialki integratzailea, berdea eta berrikuntza-sustatzailea izango den hazkundea lortzeari begira. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentzia-doktrinak klausula sozialak sartzea onartu du, baina kontratazio publikoaren printzipioak (funtsean, lehia askea) ez mugatzeko baldintzapean. Horrela, bada, 2004ko zuzentarauak jurisprudentzia-doktrina positibizatu zuten. Zuzentarauen laugarren belaunaldiak, berriz, paradigma-aldaketa ekarri du. Horren bidez, kontratazio publikoa erabiltzen da gizarteratzeko politikak, ingurumen-politikak eta berrikuntza-politikak sustatzeko bitarteko apropos gisara. Sektore Publikoko Kontratuak buruzko Legearen proiektuaren bidez ari da jorratzen 2014/24 Zuzentarauaren transposizioa. Klausula sozialen arloan, kontratazio publikoaren paradigma berriari erantzuten al dio proiektuak? Kontu horixe jorratu nahi da lan honen bidez.

GAKO HITZAK: Kontratazio publikoa. Klausula sozialak. Kontratazio ardurasua. Sektore publikoa. Erosketa publiko berritzailea.

RESUMEN: La Estrategia *Europa 2020* ha considerado que la contratación pública es un instrumento adecuado para lograr un crecimiento socialmente integrador, verde y que fomente la innovación. La incorporación de cláusulas sociales ha sido aceptada por la doctrina jurisprudencial del TJUE, aunque condicionada a no limitar los principios de la contratación pública, fundamentalmente la libre competencia. Así, las directivas de 2004 positivizaron la doctrina jurisprudencial. La cuarta generación de directivas, por su parte, ha introducido un cambio de paradigma que instrumentaliza la contratación pública como medio idóneo para el fomento de políticas de integración social, ambiental y de innovación. La transposición de la Directiva 2014/24 se está abordando mediante el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. ¿Responde el proyecto al nuevo paradigma de la contratación pública en materia de cláusulas sociales? Esa es la cuestión que pretende abordarse a través del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Contratación Pública. Cláusulas Sociales. Contratación Responsable. Sector Público. Compra Pública Innovadora.

ABSTRACT: The *Europa 2020* strategy found public procurement to be an adequate tool for achieving a socially and green integrative growth and that promotes innovation. The incorporation of social clauses has been accepted by the case law doctrine of the EUCJ, although subjected to not to curtail public procurement principles, mainly free competition. Thus, 2004 Directives positivize the case law doctrine. The fourth generation of Directives, in turn, has introduced a paradigm shift that uses the public procurement as an ideal way to promote social integration, environment and innovation policies. The transposition of the directive 2014/24 is being carried out by means of the Bill on Public Contracts. Does this bill answer to the new paradigm in public procurement as far as social clauses are concerned? That is the issue we try to deal with in this work.

KEYWORDS: Public procurement. Social clauses. Responsible sourcing. Public Sector. Innovative Public Purchase.

La democracia directa como alternativa a la democracia representativa: algunas lecciones desde la experiencia suiza

Eduardo J. Ruiz Vieytez

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.05>

Sumario: I. Introducción.—II. La democracia directa como alternativa: el referéndum. II.1. La democracia directa frente a la crisis de la democracia representativa. II.2. La reactivación del debate en el contexto español.—III. Mecanismos de democracia directa en el sistema político suizo.—IV. Los ámbitos problemáticos. IV.1. La participación. IV.2. El populismo. IV.3. Las contradicciones normativas. IV.4. La cultura política suiza.—V. Conclusión.—VI. Referencias.

I. Introducción

El objetivo de este artículo es valorar una mayor utilización de los mecanismos de democracia directa, y en particular el referéndum, a partir de la experiencia política suiza. En los últimos tiempos varios sectores sociales y políticos han propuesto un mayor y más efectivo uso del referéndum como mecanismo de participación popular y de regeneración democrática en España. Por este motivo, las experiencias acumuladas en otros modelos pueden resultar de gran utilidad a la hora de debatir serenamente sobre esta cuestión. La hipótesis principal es que la utilización frecuente del referéndum en un modelo como el suizo no está exenta de dificultades y problemas políticos y jurídicos.

Para ello, contextualizaremos en primer lugar las demandas actuales de mayor utilización del referéndum como mecanismo de democracia directa, para después centrarnos en el análisis del funcionamiento de esta figura en el sistema político suizo. En este punto, identificaremos cuatro posibles ámbitos problemáticos a partir de la experiencia del país helvético, antes de extraer de dicho análisis unas conclusiones que respondan al objetivo inicialmente planteado.

II. La democracia directa como alternativa: el referéndum

II.1. La democracia directa frente a la crisis de la democracia representativa

Existe en la actualidad un consenso amplio sobre la idea de que el modelo de la democracia representativa está experimentando un periodo de crisis(1). En particular, la mayor crítica que se realiza a dicho modelo es la insuficiente participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones. Existe en consecuencia en las sociedades avanzadas una demanda general de mayor participación(2) o de innovación democrática.

Con el concepto de innovación democrática nos referimos a diferentes mecanismos o arreglos a través de los cuales los ciudadanos pueden involucrarse en mecanismos decisionales distintos de los habituales en la representación tradicional(3). Dentro de esta categoría se engloban a su vez conceptos diferentes, no totalmente excluyentes entre sí, como los de la democracia deliberativa, la democracia participativa y la democracia directa. La democracia deliberativa incluye otros procedimientos diferentes al referendo en los que la deliberación por parte de los ciudadanos se convierte en la base de la legitimidad de las decisiones tomadas. La democracia participativa se distingue en parte por el hecho de que, más allá del procedimiento, importa que la toma de las decisiones se realice a través de la regla de la mayoría. Así, la democracia participativa se refiere a las formas de participación que incluyen directamente a los ciudadanos en los procedimientos representativos institucionales. Por ello, la democracia participativa comparte una parte de su identidad con la democracia directa, y en particular en el caso del mecanismo del referéndum que aquí nos interesa.

De este modo, un sistema democrático es calificado como representativo cuando la participación del pueblo se limita fundamentalmente a la elección periódica de sus representantes; y directo cuando el pueblo también tiene la competencia de sancionar o derogar, por vía de referéndum, actos de instituciones públicas o la posibilidad de desarrollar un proceso que conduzca a la producción de actos con validez jurídico-

---

(1) TRETTEL, Martina: «The Politics of Deliberative Democracy. A Comparative Survey of the «Law in Action» of Citizen Participation», en *Revista de Derecho Político*, núm. 94, 2015, pág. 87.

(2) RAMÍREZ NARDIZ, Alfredo: «Más participación igual a mejor democracia? Acerca de la crítica a la democracia participativa», en *Revista de Derecho Político*, núm. 94, 2015, pág. 188.

(3) SMITH, Graham: *Democratic innovations. Designing institution for citizen participation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pág. 2.

política. Ahora bien, la mera existencia de instituciones como el referéndum o la iniciativa popular no califican un sistema como democracia directa. El criterio decisivo de la distinción reposa en la relación e independencia entre el ejercicio de competencias del pueblo y la voluntad de los otros órganos del Estado, sobre todo el Gobierno y el Parlamento. Para que una democracia pueda llamarse directa, el momento o las cuestiones sobre las que el pueblo puede pronunciarse de manera vinculante no dependen más que de la voluntad del mismo o de un criterio objetivo sobre el que los otros órganos del Estado no pueden intervenir (4).

Sobre la dicotomía tradicional entre democracia representativa y democracia directa hay todo tipo de opiniones. Así, aumentar los mecanismos participativos en la democracia representativa es para algunos una buena opción de profundización en la democracia, mientras para otros resulta una complicación inconveniente (5). Siguiendo a Marenghi y Alcántara (6), si entendemos la democracia representativa como un mero remedio de la imposibilidad práctica de implantar una democracia directa; si reafirmamos que son los ciudadanos los titulares del poder de decisión y los representados meros transmisores de su voluntad; y si consideramos que los ciudadanos tienen la capacidad para adoptar las decisiones que mejor se adapten a sus preferencias e intereses, resulta lógico pensar que los mecanismos de democracia directa, y en particular el referéndum, deberían ser contemplados y utilizados en la forma más amplia posible. Si, por el contrario, estimamos que la democracia es sólo un mecanismo procedimental para la elección de los representantes; que estos representantes están por norma general mejor preparados e informados que sus representados para las funciones políticas; y que es difícil garantizar la independencia de la opinión pública en las sociedades actuales, concluiremos que resulta más prudente la toma de decisiones a través de instituciones previamente elegidas y que la democracia directa puede conducir a resultados menos deseados. A pesar de la atracción que las democracias participativa o directa conllevan en primera instancia, no es menos cierto que plantean una decisión previa o fundacional (constitucional) que no siempre está o ha estado igualmente abierta (7).

---

(4) TORNAY, Bénédicte : *La démocratie directe saisie par le juge. L’empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, Schulthess, Ginebra, 2008, pág. 7.

(5) RAMÍREZ NARDIZ, Alfredo: *op. cit.*, pág. 187.

(6) MARENGHI, Patricia y ALCÁNTARA, Manuel: «Los mecanismos de la democracia directa», en *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, 2007, pág. 21.

(7) SARTORI, Giovanni: *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México DF, 2007, pág. 124.

II.2. La reactivación del debate en el contexto español

Al igual que en otros países europeos, en España, la crisis económica vivida a partir del año 2007 sirvió de catalizador a la crisis de la democracia representativa y a un movimiento social de rechazo del sistema jurídico-político emanado de la Constitución de 1978(8). La expresión social más mediática de este rechazo se concretó en el llamado movimiento del 15M, a partir de las acampadas ocurridas desde mayo de 2011. Desde el punto de vista político y electoral, el fenómeno eclosionó en las elecciones europeas de 2014 con el éxito de candidaturas novedosas como las de Podemos, Primavera de los Pueblos o Ciudadanos. Este éxito se confirmó en las elecciones autonómicas y locales de mayo de 2015, tras las que estas formaciones accedieron a numerosos parlamentos autonómicos, al tiempo que plataformas o coaliciones políticas plurales que incluían importantes sectores de la izquierda (hasta entonces) no institucional conquistaban la alcaldía de ciudades tan simbólicas como Madrid, Barcelona, Valencia, Zaragoza, Cádiz, Pamplona, Santiago o Coruña. El cuestionamiento del sistema «tradicional» se confirmaría en las elecciones generales de 2015 y 2016 a través, sobre todo, de las candidaturas de Podemos (y sus coaliciones territoriales) y de Ciudadanos, con la consiguiente quiebra del bipartidismo tradicional.

Varias de estas formaciones y movimientos denuncian el sistema jurídico-político generado por la Constitución de 1978 como carente de fórmulas para la participación política directa de los ciudadanos en los asuntos públicos. Además de aspectos de índole social y económica, se critican fundamentalmente las cuestiones relativas al sistema electoral y la escasez de los mecanismos de democracia directa(9). El concepto de democracia directa se convierte así en una de las ideas más aludidas en no pocas tertulias y debates políticos. Las reivindicaciones de las formaciones emergentes pasan generalmente por el incremento sustancial de los mecanismos de democracia directa como complemento al menos del régimen de democracia representativa propio de una sociedad desarrollada como la española.

Dentro de los mecanismos de democracia directa, el referéndum emerge como el más atractivo de ellos a los ojos de muchos sectores sociales y políticos(10). Otras formas de democracia directa, como las

(8) VÍRGALA FORURIA, Eduardo: «Crisis de la representación y democracia directa en España», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 29, 2013, págs. 11-13.

(9) PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «Causas jurídico-constitucionales de la desafección ciudadana hacia el sistema representativo», en TUR AUSINA, Rosario (dir.), SANJUAN, Francisco Javier y CALABIUG, María Amparo (coords.): *Problemas actuales del Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada, 2015, pág. 152.

(10) El Tribunal Constitucional distingue en su STC 103/2008, de 11 de septiembre de 2008, entre los instrumentos de democracia directa (referendos, iniciativa legislativa popular y concejo abierto) que

asambleas populares, resultan de muy difícil realización en espacios superiores al ámbito local. Del mismo modo, la iniciativa legislativa popular se considera una opción débil de participación si no conduce a una decisión vinculante de los ciudadanos. Es por ello que las diversas formas de referendo se convierten en el objeto de reivindicación y de debate. El hecho de que la Constitución española actual sea poco propicia a los mecanismos de democracia directa (11), especialmente el referéndum, sin duda potencia esta aspiración. Al mismo tiempo, los debates en torno al llamado «derecho a decidir», inicialmente centrados en la subjetividad política soberana de las nacionalidades, se han extendido a otra suerte de temas en la misma corriente de opinión, lo que ayuda nuevamente a ensalzar el valor del referéndum como elemento taumatúrgico de un posible sistema político renovado (12).

Si bien el referéndum no es el único mecanismo de democracia directa que incorporan los sistemas políticos de nuestro entorno, es cierto que se trata del más visible y del que puede tener mayores efectos en la transformación del sistema político. Un uso más frecuente del referéndum, sobre un elenco más amplio de materias, a iniciativa no exclusivamente de las instituciones, y con carácter vinculante, daría respuesta a una parte del discurso de renovación o de crítica al modelo vigente. En la siguiente reforma constitucional una regulación del referéndum en este sentido sería el elemento principal que pudiera acomodar las visiones que hoy se presentan como alternativas. Por todo ello, es relevante conocer la experiencia de países que utilizan con profusión este mecanismo de participación popular y sopesar los pros y contras del mismo en aquellas experiencias (13). Entre éstas destaca la del sistema suizo (14).

---

encuentran su base jurídica en el artículo 23 de la Constitución, y los instrumentos de participación (consultas populares, presupuestos participativos o jurados), que emanan de los artículos 9.2 y 48 del texto constitucional.

(11) VÍRGALA FORURIA, Eduardo: *op. cit.*, págs. 17-18.

(12) Considérese como ejemplo de este fenómeno la aparición de páginas electrónicas con este objeto como www.porlademocraciadirecta.org, www.democraciarealya.es, o www.referendumya.es.

(13) TIERNEY, Stephen: *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford Constitutional Theory, Oxford, 2012.

(14) Según Trettel, en el ámbito anglosajón se tiende a implementar y testar experiencias ad hoc de democracia participativa, mientras que en el continente se procura regular instituciones y procedimientos de participación sin haberlos aplicado antes: TRETTEL, Martina, *op. cit.*, pág. 108. Requejo realiza una crítica de diversos tipos de referendos introducidos en Francia e Italia: REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma: «Ciudadanos menores de edad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, pp. 201-227. También los países de América Latina incorporan en sus ordenamientos constitucionales varios mecanismos de democracia directa: ZOVATTO, Daniel: «Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina: Un balance comparativo: 1978-2007», en *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, 2007, págs. 1-51; GÓMEZ CAMPOS, Steffan: «Mecanismos de democracia directa en América Latina: Una revisión comparada», en *Revista de Derecho Electoral*, núm. 10, 2010, págs. 1-36.

III. Mecanismos de democracia directa en el sistema político suizo

La democracia directa moderna no se encuentra en el origen de la Confederación Helvética pero caracteriza su sistema político actual por comparación a los de su entorno. El suizo es un modelo constitucional que en realidad combina de forma equilibrada los mecanismos de democracia representativa y de democracia directa (15). Es por ello que son varios los autores que prefieren definir el sistema suizo como democracia «semidirecta» (16), o «democracia de referéndum» (17). En cambio, la consideración del modelo suizo como «democracia representativa en la que se introducen instrumentos de democracia directa» (18) parece menos exacta en la medida en que dicha calificación sería válida para la práctica totalidad de los modelos de democracia representativa y no explicita la singularidad constitucional helvética.

La importancia del papel otorgado al pueblo suizo resulta manifiesta ya en el artículo primero de la Constitución (19) y desde el momento en que el mismo texto declara, en su artículo 148.1, a la Asamblea Federal como autoridad suprema de la Confederación, pero «sujeta a los derechos del Pueblo y de los Cantones». La misma Constitución establece unas condiciones mínimas de democracia que los Cantones deben respetar en sus respectivas Constituciones (art 51). Éstas deben ser aprobadas en todo caso por el pueblo del Cantón respectivo y deben poder ser revisadas si la mayoría de su cuerpo electoral así lo solicita.

Los mecanismos de democracia directa, tan característicos del sistema suizo, son, por un lado, la asamblea popular o *Landsgemeinde* y, por otro lado, el referéndum en sus diversas modalidades y procedimientos (20). La institución más peculiar de Suiza en términos de democracia directa es, sin duda, la *Landsgemeinde*, pero ésta opera ya solamente en dos cantones (Glaris y Appenzell Rodas interiores), después de haber sido progresivamente abolida en muchos más durante

(15) GONIN, Luc, *Droit constitutionnel suisse. Fondements, institutions et défis*, Schulthess, Ginebra, 2015, pág. 55.

(16) GRISEL, Etienne : *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*. 3.ª ed., Staempfli editions, Berna, 2004, pág. 57.

(17) FLEINER, Thomas; MISIC, Alexander y TÖPPERWIEN, Nicole: *Constitutional Law in Switzerland*. 2.ª ed., Wolters Kluwer, La Haya, 2012, págs. 32-34.

(18) SÁENZ ROYO, Eva: «La regulación y la práctica del referéndum en suiza. Un análisis desde las críticas a la institución del referéndum», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 171, 2016, pág. 74.

(19) SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: «El pueblo de la Confederación Suiza: su significado constitucional y composición», en *Revista de Derecho Político*, núm. 95, 2016, págs. 14-15.

(20) SOTO BARRIENTOS, Francisco: «Democracy as a form of state: Analysis of direct democracy' mechanisms regulated by the Swiss constitution», en *Estudios Constitucionales*, núm. 10-1, 2012, págs. 373-402.

los siglos XIX y XX. La *Landsgemeinde* es la reunión de todos los electores de un Cantón y su máximo órgano legislativo. Elige a los miembros de su consejo ejecutivo, aprueba leyes o enmiendas constitucionales, fija impuestos y toma otras decisiones, en función de la evolución política de cada Cantón. En el pasado ejercía también poderes judiciales. Los cantones que se han guiado por este tipo de democracia directa han sido los de predominancia rural, escasamente urbanizados y poblados, y ubicados en el interior del arco alpino septentrional, la zona precisamente originaria de la Confederación. Los principales motivos que han llevado a su progresiva desaparición tienen que ver con razones pragmáticas y logísticas, además de por la complejización social progresiva y por la preferencia del voto secreto frente al público.

Por su parte, el referéndum es un acto decisorio que ejerce el cuerpo electoral. En Suiza, el concepto revela un significado más amplio que la propia votación, pues engloba también el procedimiento que conduce a la misma, por ejemplo, mediante la recogida de firmas. En la época de la antigua Confederación, sin embargo, se denominaba referéndum a la ratificación de las decisiones de la Dieta confederal por las instituciones cantonales. El referéndum actualmente se puede producir a todos los niveles institucionales, esto es, federal, cantonal y municipal. En el plano federal y cantonal pueden someterse a referéndum iniciativas populares o decisiones parlamentarias, pero en el ámbito local pueden también referendarse decisiones de corte ejecutivo.

El referéndum constitucional, adoptado por influencia del modelo francés (Constituciones de 1793 y 1795), se aplicó por vez primera en 1802, con la votación sobre la segunda Constitución helvética. No se recuperaría esta práctica a nivel federal hasta la constitución de 1848, si bien desde las décadas anteriores numerosos cantones fueron introduciendo diversos tipos de referendos en sus sistemas internos. Las comunas más importantes de Suiza empezarían a introducir el referéndum local a finales del siglo XIX.

A partir de 1848, las revisiones parciales o totales de la Constitución federal son obligatoriamente sometidas a un referéndum. Tras las reformas de 1874, las leyes federales y algunas decisiones federales pueden ser sometidas a un referéndum facultativo. El ámbito original del referéndum fue expandido progresivamente en el siglo XX al regular el referendo popular frente a los tratados internacionales concluidos para una duración indeterminada y no denunciabiles (1921), las decisiones federales urgentes (1949), la adhesión a organizaciones de seguridad colectiva o supranacional (1977) y los tratados internacionales cuya aplicación exige la adopción de leyes federales (2003). Igualmente, la fundación del Cantón del Jura precisó de un referéndum al suponer un cambio en la Constitu-

ción federal(21). La Constitución de 1999, en su artículo 53, establece un referéndum para toda modificación del número o del estatuto de los cantones, pero ha eliminado la necesidad del refrendo popular para las modificaciones del territorio de los cantones (tras los casos de Laufonnais en 1993 y Vellerat en 1996, derivados igualmente de la creación del Cantón del Jura).

En resumen, podemos distinguir tres tipos de procedimientos conducentes a la celebración de un referéndum federal en el sistema constitucional suizo actual:

- a) Iniciativa popular: La iniciativa popular permite a los ciudadanos suizos proponer enmiendas constitucionales, sea mediante la introducción de nuevas disposiciones o por medio de la modificación o derogación de las disposiciones existentes. Para que una iniciativa sea sometida al veredicto de las urnas, sus promotores deben reunir 100.000 firmas de ciudadanos con derecho a voto y presentarlas a la Cancillería Federal en un plazo de 18 meses (art. 139). Esta posibilidad fue establecida en 1874. Para su aprobación, es necesario que se pronuncie a favor de la misma tanto la mayoría de la población federal como una mayoría de los 26 cantones y semicantones.
- b) Referéndum obligatorio (art. 140.1): Cualquier supuesto de modificación de la Constitución Federal por el Parlamento debe ser sometido al voto popular y aprobado por mayoría de los votantes y de los cantones. Lo mismo ocurre con la adhesión a organizaciones de seguridad colectiva o a organizaciones supranacionales, así como para la adopción de leyes declaradas urgentes cuya validez supere un año de duración.
- c) Referéndum opcional o facultativo (art. 141): Los suizos también tienen la posibilidad de impugnar cualquier ley aprobada o modificada por el Parlamento. Para ello, deben presentar 50.000 firmas de ciudadanos con derecho a voto ante la Cancillería Federal dentro de los 100 días posteriores a la publicación de la ley impugnada. De igual manera puede convocarse un referéndum facultativo respecto a los tratados internacionales concluidos para una duración indeterminada y no denunciabiles, las decisiones federales previstas en el ordenamiento, la adhesión a organizaciones de seguridad colectiva o supranacional y los tratados internacionales cuya aplicación exija la adopción de leyes federales.

---

(21) RUIZ VIEYTEZ, Eduardo, «¿Derecho a decidir en clave interna? el conflicto del Jura y el referéndum de 2013», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 20, 2014, págs. 96-131.

Desde 1848, se han celebrado en el conjunto de Suiza más de 600 votaciones a través de alguno de estos mecanismos de democracia directa. En cuanto a sus resultados, considerando las tres posibilidades conjuntamente, existe un relativo equilibrio entre las aprobadas y las rechazadas.

IV. Los ámbitos problemáticos

La amplia utilización del referéndum en el sistema suizo asegura, desde luego, una mayor participación popular en los procesos de toma de decisión y seguramente una mayor conciencia cívica de sus habitantes. Sin embargo, la experiencia suiza muestra otros elementos de preocupación que es necesario analizar. Podemos sistematizar esta problemática en torno a cuatro tipos de elementos o factores diferentes: la participación, el populismo, las contradicciones normativas y la cultura política.

IV.1. La participación

A pesar de que la mayoría de los ciudadanos suizos se muestran orgullosos de la democracia directa y señalan su relevancia para el porvenir de su país(22), un primer problema que plantea la proliferación de referendos y convocatorias electorales es la baja participación que éstos registran como media. Con carácter general, la tasa de participación en los referendos federales ha caído desde los tiempos de la Segunda Guerra Mundial, de un 60% a un 40% de media, estando en la actualidad claramente por debajo de la mitad del censo electoral, una cifra que se antoja escasa en función de la cantidad e importancia de algunas de las decisiones que se adoptan a través de este mecanismo.

Las razones que explican tan baja participación pueden ser objeto de debate e interpretación, destacando como una de las más sencillas el progresivo agotamiento de los ciudadanos ante la proliferación de convocatorias(23), aunque hay también quien insiste en una suerte de especialización y abstención selectiva de los ciudadanos, que no se sienten competentes ante todo tipo de cuestiones en una sociedad mucho más compleja que la de antaño(24). Desde esta perspectiva, la baja participa-

---

(22) KRIESI, Hanspeter y TRECHSEL, Alexander: *The Politics of Switzerland. Continuity and change in a consensus democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pág. 66.

(23) RAMÍREZ NARDIZ, Alfredo: *op. cit.*, pág. 209.

(24) KRIESI, Hanspeter. (dir.): *Citoyenneté et démocratie directe. Compétence, participation et décision des citoyens et citoyennes suisses*, Editions seismo, Zurich, 1993, pág. 278.

ción no sería el resultado de una merma del interés político por participar en la toma de decisiones, sino una muestra de madurez del electorado suizo que selecciona los asuntos sobre los que puede emitir una opinión más formada o interesada. En esta clave podría ser relevante considerar el hecho de que si la media de participación puede parecer baja, no necesariamente lo es el porcentaje de ciudadanos que sí participa cada año en al menos alguna convocatoria de referendo, lo que mitigaría este supuesto problema.

En todo caso, una baja participación media, motivada por unas u otras razones, supone un problema político a la hora de legitimar decisiones muy relevantes para el país. La experiencia suiza muestra que el electorado de cualquier país puede resentirse si es convocado a pronunciarse demasiado frecuentemente, lo que se ha considerado como un «precio a pagar» por la democracia directa(25), si bien ello podría conducir a este modelo a convertirse en lo que algunos llaman un espacio sin ciudadanos(26).

IV.2. El populismo

Un sistema de democracia semidirecta como el suizo también corre el riesgo de adoptar determinadas decisiones importantes sin la dosis adecuada de prudencia o reposo(27). No en vano, determinados discursos populistas pueden disponer en este sistema de un caldo de cultivo favorable que pudiera llevar, incluso, a la adopción popular de iniciativas que vayan claramente en contra de los derechos fundamentales de determinadas personas o colectivos, en nombre de la regla de la mayoría y de la soberanía popular(28). De hecho, la democracia directa parece tener efectos negativos sobre los derechos de las minorías que son consideradas «externas» desde el punto de vista de la mayoría, aunque se trate precisamente de los grupos que necesitan en mayor medida de apoyo del Estado frente a la intolerancia(29).

(25) SÁENZ ROYO, Eva: *op. cit.*, pág. 82.

(26) CABEZA, Laura y GOMEZ FORTES, Braulio: «Referéndums sin ciudadanos. El caso del referendo para la reforma del Estatuto de Autonomía andaluz», en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 130, 2010, pág. 37.

(27) GONIN, Luc: *op. cit.*, pág. 171.

(28) MALINVERNI, Giorgio: «Démocratie directe et droits de l'homme», en GOOD, Andrea y PLATIDOPIS, Bettina (eds.): *Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht*, Stämpfli, Berna, 2013, págs. 453-454.

(29) CHRISTMANN, Anna y DANACI, Deniz: «Direct Democracy and Minority Rights. Direct and Indirect Effects on Religious Minorities in Switzerland», en *Politics and Religion*, núm. 5-1, 2012, pág. 155; TIERNEY, Stephen: *op. cit.*, pág. 23.

Al menos cuatro iniciativas populares aprobadas por el pueblo suizo en los últimos años sirven para ilustrar esta alarma:

- a) El 8 de febrero de 2004 los suizos votaron a favor de la iniciativa popular sobre el «internamiento de por vida de los delincuentes sexuales o violentos juzgados muy peligrosos y no reinsertables» (art. 123a de la Constitución)
- b) El 29 de noviembre de 2009 el pueblo suizo y los cantones aprobaron por referéndum incorporar a la Constitución la prohibición absoluta de construcción de nuevos minaretes (art. 72.3).
- c) El 28 de noviembre de 2010 se aprobó en referéndum la iniciativa popular «por el reenvío de los extranjeros criminales» (art. 121.3 a 121.6)
- d) El 9 de febrero de 2014 se aprobaba la iniciativa popular «contra la inmigración masiva», que a su vez contradice acuerdos establecidos con la UE y aprobados en referéndum en el año 2000 (art. 121.a y 197.9)

El resultado de cualquiera de estos referendos, que contradice las directrices emanadas de la mayoría de las fuerzas políticas suizas, así como de sus instituciones federales, puede ser catalogado como un triunfo de posiciones populistas, normalmente impulsadas desde el Partido Popular Suizo (SVP por sus siglas en alemán; su nombre en francés es Unión Democrática de Centro, UDC) y el mucho más minoritario Unión Democrática Federal (EDU-UDF). En particular, el referéndum sobre la prohibición de los minaretes de 2009 fue instigado por ambas fuerzas aprovechando un clima de alarma en algunos sectores sociales ante el aumento del número de mezquitas en el país. Sus promotores justificaban la propuesta sobre la consideración de que los minaretes constituyen símbolos de una reivindicación islámica de poder político-religioso que cuestiona el ordenamiento jurídico de Suiza(30). El grupo promotor estaba compuesto por 16 ciudadanos suizos, de los que 14 eran miembros del SVP. Desde una clave política, el resultado del referéndum no debe explicarse desde la cuestión concreta de la construcción de determinados elementos arquitectónicos de uso religioso, sino por un contexto de recelo a una extensión de determinadas formas de

---

(30) Como contextualización, recordemos que en Suiza habitan más de 1,5 millones de personas de origen extranjero, lo que representa alrededor de un 22% de su población total, porcentaje superior al de los países que la rodean: GARÇON, François: *Le modèle Suisse*. 2.^a ed., éditions Perrin, París, 2011, pág. 189. Las estimaciones sobre la población musulmana en Suiza nos llevan a cifras entre 300.000 (FUND, John: «Swiss Stunner», en *The American Spectator*, febrero 2010, pág. 60) y 400.000 personas (HIRTER, Hans (dir.): *Année politique Suisse 2009*, Institut de science politique à la université de Berne, Berna, 2010, pág. 13).

Islam(31). En efecto, los minaretes denotan la presencia de las comunidades musulmanas, alteran el *skyline* tradicional de las sociedades europeas, y atraen el temor de determinados sectores a un cambio social demasiado profundo, que algunas formaciones políticas capitalizaron a través de esta iniciativa. Según algunos autores, con su decisión, los suizos criticaban una cierta corrección política ante la radicalización religiosa(32). Otros señalan que el debate de fondo no es otro que la integración o exclusión de determinadas minorías(33). En la misma línea, se alude al miedo al cambio(34) o a un supuesto proceso de «islamización» de la sociedad suiza(35).

Solo un año más tarde, la aprobación popular de la iniciativa para la repatriación de criminales extranjeros reforzaba estos mismos temores, además de las contradicciones entre el respeto a los derechos humanos y el Derecho constitucional suizo. El referéndum de 2014 contra la inmigración masiva insistía en los mismos planteamientos de recelo frente a los extraños y de populismo, limitando cuotas para determinadas categorías de inmigrantes y restringiendo las posibilidades de reagrupación familiar, acceso a servicios sociales y al derecho de asilo. Esta última votación trajo como consecuencia medidas de respuesta de la UE, como la exclusión de Suiza de los programas Erasmus y Horizonte 2020.

En varios de estos referendos los sondeos políticos previos anunciaban un triunfo de las posiciones institucionales defendidas por la mayoría de partidos. Sin embargo, el resultado final tras la campaña electoral se acercó más a los deseos del SVP y de las posiciones que podemos identificar como populistas. En realidad, si analizamos el conjunto de las iniciativas populares sometidas a referéndum en los últimos 150 años, podemos comprobar que el porcentaje de las que han sido aprobadas por el pueblo es muy reducido, puesto que la tendencia dominante en la sociedad suiza parece ser la de conservar el *statu quo* y rechazar las propuestas de modificación(36). Esto no obstante, a pesar de que las iniciativas populares no sean aprobadas, pueden ejercer una considerable influencia

(31) GIANNI, Matteo: «Una visión de Europa occidental: reflexiones sobre la integración de los musulmanes en sociedades secularizadas», en RUIZ VIEYTEZ, Eduardo y URRUTIA, Gorka (eds.): *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Alberdania, San Sebastián, 2010, pág. 99.

(32) FUND, John: *op. cit.*, pág. 60.

(33) LANGER, Lorenz: «Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 43-4, 2010, pág. 868.

(34) PROIETTO, Natasha: «Mountains and minarets», en *History Today*, núm. 60-4, 2010, pág. 6.

(35) PETERS, Anne: «El referéndum suizo sobre la prohibición de minaretes», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pág. 431; GIANNI, Matteo: *op. cit.*, pág. 98.

(36) KRIESI, Hanspeter y TRECHSEL, Alexander: *op. cit.*, pag. 57; PROIETTO, Natasha, *op. cit.*, pág. 6.

en la agenda política helvética (37). De hecho, las iniciativas populares sirven para incluir en la agenda peticiones que, a juicio de los promotores, apenas reciben atención en la política partidaria o institucional, y su aprobación popular es cada vez mayor. Desde la Segunda Guerra Mundial, la cifra anual de iniciativas se ha triplicado y la cuota de aprobación ha subido del 0 al 20%, lo que numéricamente al menos es un cambio considerable que aparentemente refleja la pérdida de confianza en la política tradicional.

Un problema que plantea este creciente número de iniciativas populares y la tendencia creciente del pueblo a aprobarlas es que una mayor frecuencia de este tipo de votaciones produce una tensión política no siempre positiva ni cohesionadora para la sociedad. El problema estructural del cortoplacismo en la democracia representativa adquiere aquí una dimensión mayor por cuanto las urnas dirimen en ocasiones temas de calado moral o político sin permitir la distancia temporal mínima entre los diversos tipos de convocatorias (38). Un segundo problema, según Freiburghaus, es que todo hace indicar que las iniciativas populares se utilizan cada vez más para resaltar el perfil político de los partidos, subrayando la polémica concreta de cada caso y no tanto los aspectos más profundos o a largo plazo de cada tema. Ello provoca que haya una mayor dosis de emocionalidad en la toma de las decisiones y menor atención a las consecuencias futuras de las mismas (39).

Una buena parte de esta evolución populista relativamente reciente de las iniciativas populares responde a la transformación de uno de los cuatro partidos tradicionales del sistema político helvético. Los antecedentes del SVP hay que buscarlos en el Partido de los Agricultores, Comerciantes e independientes (BGB), fundado en 1936. El partido se alineó desde el principio en el llamado «bloque burgués» como un partido de corte conservador que aspiraba a representar los intereses de los pequeños agricultores y comerciantes frente a los grandes negocios y el capital. Tras la Segunda Guerra Mundial, el BGB contribuyó, junto a los Partidos Socialista, Radical y Democristiano, a la consolidación del sistema suizo de consenso político, crecimiento económico y acuerdos sociales. Tras una fusión con el Partido Democrático de Glaris y de Grisonas, el partido cam-

---

(37) MOECKLI, Daniel: «Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights», en *Human Rights Law Review*, núm. 11-4, 2011, pág. 777.

(38) Es por ello que algunos autores proponen establecer un plazo de 5 años antes de celebrar un referéndum en los casos en que éste tenga relación con acontecimientos trágicos, a fin de evitar que el debate se mediatice y se enfrién las emociones: GONIN, Luc: *op. cit.*, págs. 168-169. Un problema adicional será el de definir tales casos a priori.

(39) FREIBURGHHAUS, Dieter: «Soberanía popular o participación ciudadana», en *Swissinfo.ch*. 2015. Disponible en www.swissinfo.ch/democraciadirecta/punto-de-vista_soberan%C3%ADa-popular-o-participaci%C3%B3n-ciudadana/41144642

bió de nombre en 1971 para adoptar el actual (SVP-UDC). Esta fusión orientó el partido hacia el centro y lo abrió a posiciones social-liberales, con un apoyo medio sostenido algo superior al 10% del electorado.

Un cambio importante en la evolución del SVP ocurrió en 1977 con la llegada de Christoph Blocher al liderazgo del partido en Zurich. Este hecho marca un cambio de la organización y en las estrategias del SVP, que fue acompañado de cierto éxito electoral. Este mismo éxito se notará de modo progresivo a nivel federal en la medida en que el partido adopte agendas centradas en los temas de más calado populista como la inmigración o las diversidades no tradicionales de Suiza. Todo ello conduce al SVP a situarse como la fuerza más votada en las elecciones federales en los últimos diez años y a aumentar su cuota de voto hasta consolidarse por encima del 20%. Al mismo tiempo, ejerce una considerable influencia en la agenda política, en ocasiones a través de las iniciativas populares que ya hemos visto, y con las que puede sortear su carácter minoritario en las instituciones federales. Hay que reconocer el éxito organizativo y dinamizador del SVP en este sentido, sobre todo a partir del siglo XXI (40).

Esta tendencia reciente impulsada por el éxito de una formación política que ha abandonado el consenso tradicional de la posguerra, ha conducido en definitiva a la adopción de iniciativas populistas que son vulneradoras de los derechos humanos (41), que tienen un impacto negativo sobre determinada suerte de minorías (42) o que incluso algunos califican como absolutistas (43). Voluntaria o involuntariamente esta dinámica puede conducir a un debilitamiento de las instituciones bajo el dogma de que la mayoría siempre tiene la razón, lo que podría conducir en la práctica a un sistema dirigista o autoritario (44).

IV.3. Las contradicciones normativas

Las dificultades que plantea el sistema suizo de democracia semidirecta no solo presentan naturaleza política, sino que también se extienden a aspectos jurídicos. El principal problema es la posibilidad de que el pueblo ratifique por vía de referéndum normas que entren en contradicción con normas internacionales, lo que sucederá con carácter gene-

(40) MOECKLI, Daniel: *op. cit.*, pág. 780.

(41) MALINVERNI, Giorgio: *op. cit.*, págs. 453-454.

(42) CHRISTMANN, Anna y DANACI, Deniz: *op. cit.*, pág. 155.

(43) SUMMERMATTER, Stefania: «¿Y si el pueblo no siempre tuviera razón?», en *Swissinfo.ch*, 2014, Disponible en www.swissinfo.ch/democraciadirecta/democracia-directa_-_y-si-el-pueblo-no-siempre-tuviera-raz%C3%B3n-/38599802

(44) SUMMERMATTER, Stefania: *op. cit.*

ral cuando la iniciativa adoptada vulnere cualquier tratado internacional del que Suiza sea parte. Por el contrario, la aprobación de nuevas normas constitucionales que vayan en contra de otras disposiciones del mismo rango podría entenderse solucionada por el principio favorable a la ley posterior. Nótese en este sentido que en el Derecho constitucional suizo no existe el concepto de normas constitucionales inconstitucionales(45), de forma que un nuevo precepto constitucional puede entenderse como una norma especial o como una restricción de los derechos garantizados en otros artículos constitucionales(46), puesto que no existe una relación de jerarquía entre las diversas disposiciones de la Constitución(47).

Las iniciativas populares consisten siempre en propuestas de reforma constitucional y la Constitución suiza no establece más límites materiales para su reforma que el que contienen las normas imperativas de Derecho internacional, como señalan los artículos 193 y 194 en relación con la revisión total o parcial respectivamente. El artículo 139 regula el procedimiento que siguen las iniciativas populares, estableciendo que deben recibir el apoyo de 100.000 ciudadanos suizos en el plazo de 18 meses. En añadidura, la Asamblea federal determina si la iniciativa viola los principios de unidad de forma o de unidad de materia o si afecta a las normas imperativas de Derecho internacional, en cuyo caso la iniciativa será declarada inválida. Si no concurre ninguno de estos supuestos, la iniciativa debe someterse a la votación popular, aunque la Asamblea Federal emitirá una determinada recomendación de voto a los ciudadanos. La explicación de que este escrutinio sea competencia del Parlamento y no de un órgano de naturaleza judicial está en el ensalzamiento de la soberanía popular propio del régimen político suizo. Para su aprobación definitiva, como sabemos, es preciso que la iniciativa obtenga una doble mayoría afirmativa, tanto entre los electores de la Federación en su conjunto como entre los cantones.

Puesto que es difícil que los promotores de una iniciativa popular incurran en defectos de unidad de forma o de materia, el filtro de las normas imperativas de Derecho internacional adquiere gran importancia en este procedimiento. En la actualidad, el concepto de *ius cogens* se entiende conformado por las normas internacionales indisponibles o sobre las que ninguna forma de derogación es posible(48). De acuerdo a lo es-

---

(45) MALINVERNI, Giorgio: *op. cit.*, pág. 464.

(46) PETERS, Anne: *op. cit.*, pág. 432; MOECKLI, Daniel, *op. cit.*, pág. 783.

(47) MAHON, Patrick: «Minarets, droit international impératif et Convention européenne des droits de l'homme» en *Journal of Sharia & Law*, núm. 45, 2014, pág. 71.

(48) DISTEFANO, Giovanni, «Le droit international public en péril», en *Journal of Sharia & Law*, núm. 45, 2011, pág. 78.

tablecido por la jurisprudencia internacional, los Estados no solo están obligados a cesar cualquier comportamiento contrario al *ius cogens*, sino que también lo están a derogar las normas que resulten incompatibles con el mismo(49). En el caso suizo, hasta la fecha el Parlamento federal ha realizado una interpretación muy estricta de la expresión constitucional «normas imperativas de Derecho internacional», entendiendo que la misma se corresponde con la noción más estricta de Derecho imperativo o *ius cogens*(50). Ello explica que la Asamblea suiza apenas haya utilizado este argumento para declarar inválidas iniciativas populares presentadas por los ciudadanos(51).

Así, una vez que una iniciativa popular ha sido aprobada en referéndum por mayoría de votantes y de cantones, no existen remedios jurídicos contra la misma en el ámbito interno y solo cabría acudir a remedios del ámbito internacional. Sin embargo, sabemos que a través de esta suerte de iniciativas pueden vulnerarse derechos humanos internacionalmente reconocidos(52) que no formen parte del *ius cogens* en sentido estricto, quedando estos supuestos sin solución jurídica en el ordenamiento constitucional helvético.

Como señalábamos en el apartado anterior, la iniciativa «contra la inmigración masiva» contradecía acuerdos previamente adoptados con la UE (y aprobados en referéndum en 2000). Las otras tres iniciativas mencionadas explícitamente en dicho apartado suponen a su vez vulneraciones de derechos humanos y, por consiguiente, de normas internacionales que los reconocen y protegen, y que obligan al Estado suizo. Así, en 2004 se aprobó la iniciativa en favor de la cadena perpetua para los autores de graves ofensas sexuales o violentas, contraria al derecho a una revisión judicial regular previsto en el artículo 5.4 del CEDH. Por lo que respecta a la prohibición de construcción de nuevos minaretes, tanto la Asamblea

(49) Corte Internacional de Justicia, «Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado», Opinión de 9 de Julio de 2004, *CIJ Recueil* 2004, paras. 150 y 151. DISTEFANO, Giovanni: *op. cit.*, pág. 81.

(50) MAHON, Patrick: *op. cit.*, pág. 73. DISTEFANO, Giovanni: *op. cit.*, pág. 81. El artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, dispone que «(...) Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

(51) Así sucedió en el caso de la iniciativa popular «por una política de asilo razonable», ante la que el parlamento suizo consideró que vulneraba la prohibición de torturas o tratos crueles al proponer la expulsión a otros países de los solicitantes de asilo sin posibilidad de recursos. La prohibición de torturas es parte del Derecho internacional imperativo. La iniciativa fue declarada inválida el 14 de marzo de 1996: Documento FF 1993 I 1305. Mensaje del Consejo federal de 22 de junio de 1994: Documento FF 1994 III 1471.

(52) KRZYWOSZYNSKI, Przemyslaw: «The Problem of Human Rights in Direct Democracy», en *Bajo palabra. Revista de filosofía*, núm. 9, 2014, págs. 95-102.

federal (53) como el Directorio (54), y la práctica totalidad de la doctrina (55), señalaron que la iniciativa era contraria a la libertad de religión y la no discriminación recogidas en los artículos 9 y 14 del CEDH o 18, 2 y 26 del PIDCP (56). De la misma forma se pronunciaron algunos órganos internacionales como el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (57), el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (58) o la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (59). Finalmente, la iniciativa para la repatriación de criminales extranjeros, aprobada en referéndum en el año 2010 resulta también contraria a las normas garantistas del CEDH y del PIDCP, como declaró en su momento la Asamblea federal (60).

En todos estos casos se produce una contradicción entre la reforma popular de la Constitución y el respeto de Suiza a las obligaciones adquiridas internacionalmente, particularmente el respeto a derechos humanos que no forman parte del reducido concepto de *ius cogens*. El ejecutivo suizo ha reconocido que la mayoría de las normas del CEDH no forman parte del Derecho imperativo al que se refiere el artículo 53 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (61). Algunos autores consideran que esta forma de razonar es errónea por no considerar la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno (62). Sin embargo, en el ordenamiento suizo la relación entre ambas esferas no es plenamente nítida. La Constitución federal señala que la Confederación y los Cantones «respetarán» el Derecho internacional (art. 5.4), pero no se establece una clara relación jerárquica entre ambos tipos de normas. Sí puede colegirse del tenor de los artícu-

(53) Decisión de la Asamblea Federal de 12 de junio de 2009, Documento FF 2009 3903.

(54) Mensaje del Consejo Federal de 27 de agosto de 2008: Documento FF 2008 6923, pp. 6949 y ss.

(55) MAHON, Patrick : *op. cit.*, pág. 75; HIRTER, Hans, *op. cit.*, pág. 13; LANGER, Lorenz, *op. cit.*, pág. 882.

(56) PETERS, Anne, *op. cit.*, pág. 431; HOTTELIER, Michel y MARTENET, Vincent : «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2006», en *Revue suisse de Droit international et européen*, 2007-2, 2007, pág. 272.

(57) Consejo de Derechos Humanos, Resolución 13/16, «La lucha contra la difamación de las religiones», de 25 de marzo de 2010, Documento A/HRC/RES/13/16, para. 8.

(58) Comité de Derechos Humanos, Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto; Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos; Suiza (Documento CCPR/C/CHE/CO/3, de 3 de Noviembre de 2009, para. 8.

(59) Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1743 (2010), «Islam, Islamism and Islamophobia in Europe», de 23 de junio de 2010, para. 13.

(60) Mensaje del Consejo Federal de 24 de junio de 2009, Documento FF 2009 4571, p. 4577.

(61) Mensaje del Consejo Federal de 25 de octubre de 2006, Documento FF 2006 8481, p. 8485.

(62) HOTTELIER, Michel y MARTENET, Vincent : «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2008», en *Revue suisse de Droit international et européen*, 2009-3, 2009, pág. 433.

los 193 y 194 de la Constitución que por encima de ésta solamente se situarían las normas imperativas de Derecho internacional, pero no el conjunto de tratados de los que Suiza es parte, incluso en materia de derechos humanos (63). A ello se añade la circunstancia de que decisiones como las ya referidas se han tomado por el electorado a sabiendas de que contradicen normas internacionales de derechos humanos u otros tratados, puesto que las instituciones federales habían advertido de ello con anterioridad a la votación. El principio de separación de poderes y la relevancia que en el modelo constitucional suizo tiene el principio de soberanía popular imposibilitan que cualquier tribunal interno se vea con capacidad de revisar una norma adoptada a través de este proceso, lo que reduce la única posibilidad de encontrar remedios jurídicos al plano institucional internacional.

Frente a estas contradicciones normativas, se han propuesto algunas soluciones que hasta la fecha no han encontrado eco o acomodo en el sistema suizo por razones fundamentalmente políticas. De hecho, la actividad de las instituciones suizas en relación con esta cuestión cuya relevancia parece ir en aumento ha sido muy limitada y prudente (64). En un plano teórico, la solución más limpia jurídicamente pasaría por que Suiza denunciara aquellos tratados internacionales que resulten inconsistentes con posteriores reformas constitucionales. Sin embargo, en el caso de normas internacionales como el PIDCP, esto no es técnicamente posible (65) y en el del CEDH no lo sería políticamente (66).

Otro tipo de soluciones pasan por extender el contenido de los criterios de invalidez, y en particular el significado atribuido a la expresión «normas imperativas de Derecho internacional». Una interpretación más amplia de este concepto permitiría identificarlo no solo con el *ius cogens* en sentido estricto sino con el conjunto de normas internacionales de derechos humanos, o al menos con las disposiciones de tratados

(63) Sobre la relación entre leyes federales y tratados internacionales en el ordenamiento jurídico suizo, véase RUIZ VIEYTES, Eduardo: «Democracia y religión. Problemas derivados de la decisión suiza de prohibir los minaretes», *Revista de Derecho Político*, núm. 87, 2013, págs. 261-271.

(64) El Directorio elaboró en 2010 dos informes sobre la situación creada a raíz de la iniciativa de prohibición de los minaretes, en los que se trata esta cuestión y se estudian las posibles soluciones a la misma: «La relation entre droit international et droit interne», Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010, Documento FF 2010-2067; y «Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne», du 30 mars 2011, Documento FF 2011-3401.

(65) El Pacto no contiene cláusulas que regulen el mecanismo de denuncia. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que los Estados parte no pueden retirarse del mismo una vez ratificado: Comité de Derechos Humanos, Comentario General núm. 26, «Continuidad de las obligaciones», Comentario de 8 de Diciembre de 1997, Documento CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1.

(66) Mensaje del Consejo Federal de 7 de junio de 2004, Documento FF 2004 3077, p. 3086.

como el PIDCP y el CEDH (67). Así, frente a quienes insisten que la Constitución se refiere solamente al concepto internacional (68), hay quienes consideran que la noción constitucional puede ser interpretada más ampliamente, incluyendo en la misma las normas fundamentales de Derecho internacional (69).

Otras posibles soluciones pasarían por establecer la primacía del Derecho internacional sobre cualquier norma interna, lo que podría encontrar una base jurídica en el artículo 190 de la Constitución (70). En la misma línea, se ha propuesto también considerar inejecutables o inaplicables las normas constitucionales que contradigan obligaciones internacionales que es imposible denunciar (71). Finalmente, otros autores proponen asignar al Tribunal Federal o a otro órgano judicial imparcial, competencias en materia de admisibilidad o validez de las iniciativas populares (72), aunque una medida de este tipo encaja mal en un sistema político con una cultura tan específica en la que prima la voluntad popular y una desconfianza tradicional hacia las decisiones judiciales. En este sentido, la propia cultura política de Suiza genera a su vez problemas y contradicciones en la utilización de los mecanismos de democracia directa.

IV.4. La cultura política suiza

Desde otras sociedades, puede resultar difícil de entender que el pueblo suizo apruebe en referéndum decisiones que han sido rechazadas por las instituciones centrales y casi todos los partidos políticos que pueden representar juntos a tres cuartas partes del electorado. Sin duda, en ello tiene mucho que ver la cultura política tradicional de este país, pero debe también entenderse que la influencia es recíproca, de forma que esa misma cultura política se ve a su vez modelada por la existencia de mecanismos de democracia directa. Así, el uso habitual del referéndum provoca que los partidos políticos ejerzan sobre la sociedad una menor in-

---

(67) CANÇADO, Antonio: «The expansion of the material content of jus cogens: the contribution of the Inter-American Court of Human Rights», en SPIELMANN, Dean; TSIRLI, Marialena y VOYATZIS, Panayotis (eds.): *The European Convention on Human Rights, a living instrument: essays in honour of Christos L. Rozakis* Bruylant, Bruselas, 2011, págs. 27-41.

(68) HANGARTNER, Yvo y KLEY, Andreas: *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Schulthess, Zurich, 2000, págs. 227-228.

(69) MALINVERNI, Giorgio: *op. cit.*, pág. 461.

(70) MALINVERNI, Giorgio: *op. cit.*, pág. 461.

(71) MAHON, Patrick: *op. cit.*, pág. 75.

(72) SUMMERMATTER, Stefania: *op. cit.*; MALINVERNI, Giorgio: *op. cit.*, pág. 462.

fluencia que en otros países(73) y que el comportamiento del electorado sea más impredecible(74). En realidad, el sistema político suizo, basado sobre una cultura de consenso entre las principales fuerzas políticas, ha colocado al electorado como potencial oposición política frente a las instituciones federales. A través del peculiar sistema de gobierno de Suiza y de la democracia directa, la oposición se residencia fuera del Parlamento y se ejerce por el electorado, otorgando a éste un papel preeminente a cambio de reducir los límites a su capacidad de decisión.

En efecto, los ciudadanos controlan normalmente a sus representantes a través del voto y las instituciones representativas se controlan entre ellas. Sin embargo, no es claro quién puede controlar a los protagonistas de un instrumento participativo. Del mismo modo que no es posible controlar políticamente un resultado electoral, resulta difícil un control de las normas o decisiones adoptadas por el electorado. Uno de los problemas de la democracia directa es que enajena el control político de aquellos sujetos que, como el parlamento, sí pueden ser objeto de control(75). Así, en Suiza existe una tendencia a considerar la voluntad del pueblo como sacrosanta, incluso si su compatibilidad con el Derecho internacional es más que cuestionable(76). La idea de que una decisión popular mayoritaria sea jurídicamente incorrecta (o incluso inconstitucional) resulta extraña en la cultura política suiza. Ello tiene que ver con la conformación histórica del imaginario nacional suizo, que conlleva un rechazo secular suizo a los jueces (particularmente los jueces extranjeros) o a las élites domésticas.

El imaginario suizo idealiza una sociedad igualitaria, autárquica, no elitista(77) y autosuficiente que proviene del mito fundacional de 1291, dentro de la lucha por la independencia del poder imperial. Este autogobierno está presidido por una idea comunitarista de participación directa en la toma de decisiones, un rechazo del elitismo, y un recelo de las instancias judiciales en beneficio del respeto a las decisiones populares. Ello ha conducido a un modelo político consensual, una presidencia rotatoria ciertamente débil y una democracia militante en cuanto a los aspectos participativos(78). En este marco, una hipotética condena a Suiza por

(73) LADNER, Andreas: «Political Parties», en KLÖTI Ulrich et al. (eds.): *Handbook of Swiss Politics*, 2.ª ed., Neue Zürcher Zeitung, Zurich, 2007, pág. 309.

(74) KRIESI, Hanspeter y TRECHSEL, Alexander: *op. cit.*, pag. 121.

(75) RAMÍREZ NARDIZ, Alfredo: *op. cit.*, pág. 207.

(76) HALLER, Walter: *The Swiss Constitution in a comparative context*, Dike, Zurich, 2009, pág. 61.

(77) CHOLLET, Antoine : *Défendre la démocratie directe. Sur quelques arguments antidémocratiques des élites suisses*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausana, 2011.

(78) PROIETTO, Natasha: *op. cit.*, pág. 5.

parte de un tribunal internacional por la adopción de una iniciativa popular que pudiera violar obligaciones internacionales sería recibida como una injerencia externa ilegítima (79), lo que no hace sino enfatizar a su vez el problema de las contradicciones normativas al que aludíamos en el apartado anterior.

Otra de las características específicas del sistema suizo, su pluralidad fundacional lingüística y religiosa, no ha supuesto en este ámbito un factor relevante. La identidad nacional suiza y un evidente patriotismo desdanzan hoy, sobre todo, en una cultura política construida a partir de un sistema constitucional peculiar basado en el consenso político, el federalismo, la democracia directa y valores como el sentido del orden, de la propiedad, y la ética del trabajo (80). Al mismo tiempo, Suiza representa el arquetípico de nación política (*Willensnation*) (81). Los factores internos de división identitaria (lengua, religión, clase social) no impiden compartir una misma cultura política (82), aunque los grupos lingüísticos sí muestran algunas tendencias divergentes en materia de comunicación y opinión pública (83). Si bien las divisiones religiosas fueron tradicionalmente más relevantes en el comportamiento electoral de los suizos, y aún hoy marcan grandes diferencias en los sistemas de partidos de cada cantón (84), en las últimas décadas las diferencias en el comportamiento electoral de la zona francófona frente a la germanófona se han acentuado (85), particularmente en el caso de alguno de los referendos que afectaban a iniciativas sensibles para los derechos humanos.

Esto no obstante, permanece firmemente consolidada la idea de la prevalencia de la voluntad popular sobre cualquier otra instancia normativa o judicial extranjera, lo que supone en ocasiones legitimar decisiones

(79) LANGER, Lorenz : *op. cit.*, pág. 922.

(80) BÜCHI, Christophe : *Mariage de raison. Romands et Alémaniques: une histoire suisse*, Éditions Zoé, Ginebra, 2001, pág. 289.

(81) MEUNE, Manuel : «Pluralisme identitaire et nation unitaire en Suisse. Les discours des acteurs politiques locaux dans les cantons bilingues à l'aune du débat québécois», en *Swiss Political Science Review*, núm. 17-3, 2011, pág. 310; EUGSTER, Beatrice y STRIJBIS, Oliver : «The Swiss: A Political Nation?», en *Swiss Political Science Review*, núm. 17-4, 2011, pág. 394.

(82) LINDER, Wolf: *Swiss Democracy. Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies* (2.ª ed), Macmillan Press, Londres, 1998, pág. 25.

(83) IPPERCIEL, Donald : «La Suisse: un cas d'exception pour le nationalisme?», en *Swiss Political Science Review*, núm. 13-1, 2007, pág. 62.

(84) KLÖTI, Ulrich: «Kantonale Parteiensysteme – Bedeutung des kantonalen Kontexts für die Positionierung der Parteien», en KRIESI, Hanspeter, LINDER, Wolf y KLÖTI, Ulrich (dirs.). *Schweizer Wahlen 1995*, 1998, Haupt, Berna, pág. 49; KRIESI, Hanspeter : *Le système politique suisse*, Economica, París, 1998, pág. 149.

(85) PAPADOPOULOS, Yannis: «Connecting Minorities to the Swiss Federal System: A Frozen Conception of Representation and the Problem of «Requisite Variety», en *Publius*, núm. 32-3, 2002, págs. 62-63.

contrarias a los derechos humanos con base en la legitimidad de un referéndum. Ello resulta particularmente oneroso para determinadas minorías o colectivos que no han participado en la construcción histórica del sistema. Así, debe recordarse que las mujeres no vieron reconocido su derecho al voto hasta el año 1971 y que la misma decisión había sido rechazada en referéndum popular (exclusivamente masculino) en el año 1959. Más graves han sido las consecuencias hasta la fecha para otros colectivos como el de las personas extranjeras o determinadas minorías religiosas. En efecto, el sistema de doble mayoría requerido para la aprobación de determinados referendos pretendía ser uno de los dos instrumentos que garantizaba una salvaguarda de la pluralidad interna (siendo el otro la representación paritaria de los cantones en la cámara alta). Sin embargo, la creciente utilización del referéndum y el sistema de doble mayoría han tenido efectos perversos en la representación de otras minorías que han aparecido más tarde como fruto de las transformaciones sociales (86). La aprobación de las iniciativas populares que dañan los derechos humanos de los musulmanes o de determinados colectivos extranjeros son buena prueba de ello. Y la cultura política suiza impide una revisión constitucional o judicial de dichas decisiones, incluso en el ámbito internacional, de forma que una hipotética sentencia correctora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sería recibida en estos casos como una intromisión ilegítima más que como una garantía de defensa de los derechos humanos (87).

V. Conclusión

Si bien el referéndum se presenta como el mecanismo de democracia directa que mejor puede servir a una mayor participación de los ciudadanos en la propuesta y toma de decisiones políticamente relevantes, la experiencia suiza nos enseña la necesidad de adoptar una serie de cautelas a la hora de proceder a dicha ampliación. En primer lugar, es necesario dosificar la llamada a la participación activa de la ciudadanía de una manera progresiva y proporcionada, de forma que no se produzca a medio plazo un cansancio o saturación del electorado que redunde en una baja participación en los referendos. Ello aconsejaría al mismo tiempo dotar a los referendos de carácter decisorio, evitando las consultas sobre aquellos aspectos o debates sobre los que exista un consenso político amplio que presumiblemente se extienda también a la ciudadanía. De la expe-

---

(86) SÁENZ ROYO, Eva: *op. cit.*, págs. 95-98; PAPADOPOULOS, Yannis: *op. cit.*, pág. 64.

(87) PETERS, Anne: *op. cit.*, pág. 437.

riencia suiza se deduce que un cierto grado de tensión en las decisiones a adoptar fomenta la participación en los referendos.

De igual modo, es preciso impedir que el recurso al referéndum sea utilizado en beneficio de agendas populistas que puedan dar lugar a contradicciones normativas o políticas. Deben establecerse límites materiales y jurídicos claros que incluyan, por ejemplo, una validación previa del objeto de la consulta. Esta validación podría ser hecha por un órgano que se identifique como imparcial (no necesariamente de naturaleza judicial) y deberá servir también para hacer innecesario un hipotético control posterior a la expresión de la voluntad popular, que sería muy inconveniente políticamente. En todo caso es preciso evitar que la voluntad popular sea percibida como superior jurídicamente a las normas fundamentales de derechos humanos y a los principios básicos que conforman el núcleo duro del sistema constitucional. Ello no impide que puedan ser sometidas a iniciativa popular reformas de la propia Constitución, pero siempre que no colisionen con los valores fundamentales del sistema democrático que desde luego incluirán en todo caso el conjunto de los derechos humanos internacionalmente garantizados, así como con cualquier obligación jurídica adquirida por el Estado en el ámbito internacional.

Las tentaciones de recurrir a un populismo contrario a los derechos fundamentales también deberán ser combatidas estableciendo procedimientos certeros y pausados que permitan distanciar las convocatorias populares mediante periodos de enfriamiento que faciliten debates serenos y fomenten a su vez la participación. La administración con prudencia política de este precioso instrumento de participación popular solo puede ir en beneficio de la madurez democrática de cualquier sociedad, sin olvidar en todo momento que, como señalaba Benjamin Constant, la voluntad de todo un pueblo no puede convertir en justo aquello que es de por sí injusto.

VI. Referencias

- BÜCHI, Christophe: *Mariage de raison. Romands et Alémaniques: une histoire suisse*, Éditions Zoé, Ginebra, 2001.
- CABEZA, Laura y GOMEZ FORTES, Braulio: «Referéndums sin ciudadanos. El caso del referendo para la reforma del Estatuto de Autonomía andaluz», en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, núm. 130, 2010, pp. 11-40.
- CANÇADO, Antonio: «The expansion of the material content of jus cogens: the contribution of the Inter-American Court of Human Rights», en SPIELMANN, Dean; TSIRLI, Marialena y VOYATZIS, Panayotis (eds.): *The*

- European Convention on Human Rights, a living instrument: essays in honour of Christos L. Rozakis* Bruylant, Bruselas, 2011, pp. 27-46.
- CHOLLET, Antoine: *Défendre la démocratie directe. Sur quelques arguments antidémocratiques des élites suisses*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausana, 2011.
- CHRISTMANN, Anna y DANACI, Deniz: «Direct Democracy and Minority Rights. Direct and Indirect Effects on Religious Minorities in Switzerland», en *Politics and Religion*, núm. 5-1, 2012, pp. 133-160.
- DISTEFANO, Giovanni : «Le droit international public en péril», en *Journal of Sharia & Law*, núm. 45, 2011, pp. 78-83.
- EUGSTER, Beatrice y STRIJBIS, Oliver: «The Swiss: A Political Nation?», en *Swiss Political Science Review*, núm. 17-4, 2011, pp. 394-416.
- FLEINER, Thomas; MISIC, Alexander y TÖPPERWIEN, Nicole: *Constitutional Law in Switzerland*. 2.^a ed., Wolters Kluwer, La Haya, 2012.
- FREIBURGHaus, Dieter: «Soberanía popular o participación ciudadana», en *Swissinfo.ch*. 2015. Disponible en www.swissinfo.ch/democraciadirecta/punto-de-vista_soberania%20popular-o-participacion%20ciudadana/41144642
- FUND, John: «Swiss Stunner», en *The American Spectator*, febrero 2010, pp. 60-61.
- GARÇON, François: *Le modèle Suisse*. 2.^a ed., editions Perrin, Paris, 2011.
- GIANNI, Matteo: «Una visión de Europa occidental: reflexiones sobre la integración de los musulmanes en sociedades secularizadas», en RUIZ VIEYTEZ, Eduardo y URRUTIA, Gorka (eds.): *Derechos humanos y diversidad religiosa*, Alberdania, San Sebastián, 2010, pp. 81-104.
- GÓMEZ CAMPOS, Steffan: «Mecanismos de democracia directa en América Latina: Una revisión comparada», en *Revista de Derecho Electoral*, núm. 10, 2010, pp. 1-36.
- GONIN, Luc: *Droit constitutionnel suisse. Fondements, institutions et défis*, Schulthess, Ginebra, 2015.
- GRISEL, Etienne: *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*. 3.^a ed., Staempfli editions, Berna, 2004.
- HALLER, Walter, *The Swiss Constitution in a comparative context*, Dike, Zurich, 2009.
- HANGARTNER, Yvo y KLEY, Andreas: *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der schweizerischen Eidgenossenschaft*, Schulthess, Zurich, 2000.
- HIRTER, Hans (dir.) : *Année politique Suisse 2009*, Institut de science politique à la université de Berne, Berna, 2010.
- HOTTELIER, Michel y MARTENET, Vincent : «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2006», en *Revue suisse de Droit international et européen*, 2007-2, 2007, pp. 269-314.

- HOTTELIER, Michel y MARTENET, Vincent: «La pratique Suisse relative aux droits de l'homme 2008», en *Revue suisse de Droit international et européen*, 2009-3, 2009, pp. 431-464.
- IPPERCIEL, Donald : «La Suisse: un cas d'exception pour le nationalisme?», en *Swiss Political Science Review*, núm. 13-1, 2007, pp. 39-67.
- KLÖTI, Ulrich: «Kantonale Parteiensysteme – Bedeutung des kantonalen Kontexts für die Positionierung der Parteien», en KRIESI, Hanspeter, LINDER, Wolf y KLÖTI, Ulrich (dirs.): *Schweizer Wahlen 1995*, 1998, Haupt, Berna, pp. 45-72.
- KRIESI, Hanspeter (dir.) : *Citoyenneté et démocratie directe. Compétence, participation et décision des citoyens et citoyennes suisses*, Editions seismo, Zurich, 1993.
- KRIESI, Hanspeter : *Le système politique suisse*, Economica, Paris, 1998.
- KRIESI, Hanspeter y TRECHSEL, Alexander: *The Politics of Switzerland. Continuity and change in a consensus democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- KRZYWOSZYNSKI, Przemyslaw: «The Problem of Human Rights in Direct Democracy», en *Bajo palabra. Revista de filosofía*, núm. 9, 2014, pp. 95-102.
- LADNER, Andreas: «Political Parties», en KLÖTI Ulrich et al. (eds.), *Handbook of Swiss Politics*, 2.^a ed., Neue Zürcher Zeitung, Zurich, 2007, pp. 309-334.
- LANGER, Lorenz: «Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, núm. 43-4, 2010, pp. 863-951.
- LINDER, Wolf: *Swiss Democracy. Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies* (2.^a ed), Macmillan Press, Londres, 1998.
- MAHON, Patrick: «Minarets, droit international impératif et Convention européenne des droits de l'homme» en *Journal of Sharia & Law*, núm. 45, 2014, pp. 71-77.
- MALINVERNI, Giorgio: «Démocratie directe et droits de l'homme», en GOOD, Andrea y PLATIDOPIS, Bettina (eds.): *Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht*, Stämpfli, Berna, 2013, pp. 453-467.
- MARENGHI, Patricia y ALCÁNTARA, Manuel: «Los mecanismos de la democracia directa», en *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, 2007, pp. 1-25.
- MEUNE, Manuel : «Pluralisme identitaire et nation unitaire en Suisse. Les discours des acteurs politiques locaux dans les cantons bilingues à l'aune du débat québécois», en *Swiss Political Science Review*, núm. 17-3, 2011, pp. 308-335.
- MOECKLI, Daniel: «Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights», en *Human Rights Law Review*, núm. 11-4, 2011, pp. 774-794.
- PAPADOPOULOS, Yannis: «Connecting Minorities to the Swiss Federal System: A Frozen Conception of Representation and the Problem of "Requisite Variety"», en *Publius*, núm. 32-3, 2002, pp. 47-66.

- PETERS, Anne: «El referéndum suizo sobre la prohibición de minaretes», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, pp. 429-438.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel: «Causas jurídico-constitucionales de la desafección ciudadana hacia el sistema representativo», en TUR AU-SINA, Rosario (dir.): SANJUÁN, Francisco Javier y CALABIUG, María Amparo (coords.): *Problemas actuales del Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Comares, Granada, 2015, pp. 137-162.
- PROIETTO, Natasha: «Mountains and minarets», en *History Today*, núm. 60-4, 2010, pp. 5-6.
- RAMÍREZ NARDIZ, Alfredo: «Más participación igual a mejor democracia? Acerca de la crítica a la democracia participativa», en *Revista de Derecho Político*, núm. 94, 2015, pp. 183-218.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma: «Ciudadanos menores de edad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 99, 2013, pp. 201-227.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo: «Democracia y religión. Problemas derivados de la decisión suiza de prohibir los minaretes», *Revista de Derecho Político*, núm. 87, 2013, pp. 253-288.
- RUIZ VIEYTEZ, Eduardo: «¿Derecho a decidir en clave interna? el conflicto del Jura y el referéndum de 2013», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 20, 2014, pp. 96-131.
- SÁENZ ROYO, Eva: «La regulación y la práctica del referéndum en suiza. Un análisis desde las críticas a la institución del referéndum», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 171, 2016, pp. 71-104.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: «El pueblo de la Confederación Suiza: su significado constitucional y composición», en *Revista de Derecho Político*, núm. 95, 2016, pp. 11-38.
- SARTORI, Giovanni: *¿Qué es la democracia?*, Taurus, México DF, 2007.
- SMITH, Graham: *Democratic innovations. Designing institution for citizen participation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- SOTO BARRIENTOS, Francisco: «Democracy as a form of state: Analysis of direct democracy' mechanisms regulated by the Swiss constitution», en *Estudios Constitucionales*, núm. 10-1, 2012, pp. 373-402.
- SUMMERMATTER, Stefania: «¿Y si el pueblo no siempre tuviera razón?», en *Swissinfo.ch*, 2014, Disponible en www.swissinfo.ch/democraciadirecta/democracia-directa_-y-si-el-pueblo-no-siempre-tuviera-raz%C3%B3n-/38599802
- TIERNEY, Stephen: *Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford Constitutional Theory, Oxford, 2012.
- TORNAY, Bénédicte : *La démocratie directe saisie par le juge. L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, Schulthess, Ginebra, 2008.

TRETTEL, Martina: «The Politics of Deliberative Democracy. A Comparative Survey of the «Law in Action» of Citizen Participation», en *Revista de Derecho Político*, núm. 94, 2015, pp. 85-114.

VÍRGALA FORURIA, Eduardo: «Crisis de la representación y democracia directa en España», en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 29, 2013, pp. 11-25.

ZOVATTO, Daniel: «Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en América Latina: Un balance comparativo: 1978-2007», en *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, 2007, pp. 1-51.

Trabajo recibido el 23 de enero de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Azken urteotan, erreferenduma gehiago erabiltzea proposatu dute hainbat sektore sozial eta politikok, herritarrek parte hartzeko mekanismoa izan dadin eta gure sistemaren birsorkuntza demokratikoa ekar dezan. Europako testuinguruan, Suitzak erabiltzen du gehien erreferenduma. Suitzako esperientziak erakusten duenez, erreferenduma sarri erabiltzea ez dago arazo politiko eta juridikoetatik salbuetsita. Lehenengoen artean, hautesleen parte-hartzea txikia izaten dela, populismoa areagotu egiten dela eta, giza eskubideei eragin diezaieketen arren, herritarren erabakiak gozesten dituen kultura politikoa eratzen dela aipa daiteke. Erreferendumean onartutako xedapenek nazioarteko arauak aurka egiten dituzten, zailtasun handiak agertzen dira arlo juridikoan; zehazki, giza eskubideen eremuan. Gure sistema politikoan erreferendumen erabilera areagotzeko orduan, faktore horiek aintzat hartu behar dira.

GAKO HITZAK: Demokrazia. Erreferenduma. Parte-hartzea. Suitza. Zuzeneko demokrazia.

RESUMEN: En los últimos años varios sectores sociales y políticos han propuesto un mayor uso del referéndum como mecanismo de participación popular y de regeneración democrática de nuestro sistema. En el contexto europeo Suiza es el país que más profusamente hace uso del referéndum. Su experiencia suiza muestra que la utilización frecuente del referéndum no está exenta de problemas políticos y jurídicos. Entre los primeros pueden citarse la baja participación del electorado, el aumento del populismo y la configuración de una cultura política que ensalza las decisiones populares aun en los casos en los que éstas puedan afectar a los derechos humanos. En el plano jurídico se plantean importantes dificultades cuando las disposiciones aprobadas en referéndum contradicen normas de carácter internacional, en particular en el ámbito de los derechos humanos. Estos factores deben ser tenidos en cuenta a la hora de incrementar el uso del referéndum en nuestro sistema político.

PALABRAS CLAVE: Democracia. Referéndum. Participación. Suiza. Democracia directa.

ABSTRACT: In the last years, several social and political sectors have suggested a more frequent and efficient use of referendum as a mechanism for political participation and democratic regeneration in our system. Within the European context, Switzerland is the country that most frequently uses the referendum. Its experience shows that a frequent use of referendum is not free from political and legal problems. Among the political concerns, it can be mentioned a low turnout, an emerging populism and a peculiar political culture that enshrines popular will even in the cases in which this might go against human rights. From the legal perspective, important difficulties can be found when clauses adopted by referendum go against international legal standards, particularly in the field of human rights. These problematic factors must be seriously considered in a possible increase of the use of referendum in our constitutional system.

KEYWORDS: Democracy. Referendum. Participation. Switzerland. Direct democracy.

Las reformas del modelo de descentralización territorial de Francia: la necesaria simplificación del «milhojas territorial»*

Javier Tajadura Tejada

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.06>

Sumario: I. Introducción.—II. La organización territorial de Francia: municipios y departamentos. II.1. La supresión de las provincias y el establecimiento de los departamentos. II.2. La excesiva fragmentación municipal.—III. El surgimiento de la región: de la desconcentración a la descentralización. III.1. Primera etapa: la regionalización económica. III.2. Segunda etapa: la descentralización administrativa. III.3. Los debates sobre una nueva división regional.—IV. Las reformas territoriales de N. Sarkozy en 2010. IV.1. La clarificación competencial. IV.2. La creación de los consejeros territoriales.—V. Las reformas territoriales de F. Hollande en 2015.—VI. La creación de regiones de talla europea: la ley de 16 de enero de 2015. VI.1. Estructura y contenido del proyecto de ley. VI.2. La finalidad del proyecto: la creación de regiones de «talla europea». VI.3. Una tramitación parlamentaria muy conflictiva. VI.4. El texto definitivo de la ley. VI.5. La Decisión del Consejo Constitucional de 15 de enero de 2015. VI.6. Las elecciones regionales del 6 y 13 de diciembre de 2015. VI.7. Los Decretos del 28 de septiembre de 2016.—VII. La transferencia de competencias departamentales a las regiones: la ley de 7 de agosto de 2015. VII.1. La eliminación de la cláusula de competencia general. VII.2. El reforzamiento del poder de las regiones en detrimento de los departamentos.—VIII. Las respuestas a la extrema fragmentación municipal. VIII.1. La creación de «nuevos municipios». VIII.2. Los establecimientos públicos de cooperación intermunicipal (EPCI). VIII.3. Las metrópolis.—IX. Conclusiones: luces y sombras de las reformas territoriales en Francia.

---

* Este trabajo se ha elaborado en el marco de un Proyecto de Investigación sobre «Crisis económica y reforma de las administraciones públicas» dirigido por el profesor Carlos Vidal —del que forman parte diversos profesores españoles, italianos y portugueses— y financiado por el Instituto Nacional de Administración Pública.

I. Introducción

Durante su presidencia, F. Hollande ha puesto en marcha un ambicioso programa de reformas políticas y económicas. En este trabajo vamos a analizar las reformas llevadas a cabo en el modelo de organización territorial. Reformas político-administrativas que forman parte de un proyecto más amplio cuya finalidad primordial es la recuperación de la competitividad, el crecimiento y el empleo.

Aunque es cierto que las consecuencias de la crisis económica y financiera iniciada en 2007 se han sentido en Francia de forma atenuada —en comparación con Grecia, España, Italia o Portugal— el deterioro de sus finanzas públicas es una realidad como lo es la necesidad de impulsar el crecimiento económico, y de liberar los recursos necesarios para ello. En este contexto, en enero de 2014, el Presidente Hollande puso en marcha el denominado «Pacto de responsabilidad» que supuso un considerable recorte de los gastos de la administración y una importante rebaja a las empresas en materia de cotizaciones sociales⁽¹⁾. De lo que se trataba era de situar de nuevo a Francia en la senda del crecimiento económico y de hacerla más competitiva. Para ello, las medidas contempladas en el Pacto de Responsabilidad debían acompañarse de otras tendentes a modernizar y racionalizar la estructura administrativa territorial de Francia.

En relación con estas medidas, el 3 de junio de 2014, el Presidente de la República Francesa, F. Hollande, publicó —en la prensa regional del país— una tribuna en la que defendía la necesidad de llevar a cabo una ambiciosa reforma de la organización territorial de Francia y los objetivos que con dicha reforma se debían alcanzar: «Depuis deux siècles, la République a cherché à concilier l'unité de l'État, avec l'exercice le plus libre possible de la démocratie locale. (...) Le temps est (donc) venu de simplifier et clarifier pour que chacun sache qui décide, qui finance et à partir de quelles ressources. Le temps est venu d'offrir une meilleure qualité de service et de moins solliciter le contribuable tout en assurant la solidarité financière entre collectivités selon leur niveau de richesse. La réforme que j'ai demandé au Premier ministre et au Gouvernement de mettre en oeuvre, en y associant toutes les familles politiques, est majeure. Il s'agit

---

(1) El Pacto de Responsabilidad incluía cuatro tipos de medidas: a) Eliminación de las cotizaciones sociales familiares a las empresas. b) Modernización de la fiscalidad de las empresas y disminución del número de impuestos actuales, a cambio de que haya inversiones y creación de empleo. c) Simplificación: reducción de normas y cargas administrativas. d) Contrapartidas desde el ámbito empresarial. A estos efectos, se prevé la creación de un Observatorio de seguimiento, al que estará asociado el Parlamento francés, que definirá, a nivel nacional y sectorial, objetivos de contratación, de inserción de jóvenes o personas mayores en el mercado laboral, de formación, de apertura de negociaciones sobre las remuneraciones salariales, y de modernización del diálogo social.

de transformer pour plusieurs décennies l'architecture territoriale de la République» (2).

Estas últimas palabras ponen de manifiesto la ambición y trascendencia de las reformas que vamos a examinar en este trabajo. Con ellas se pretende «transformar para varias décadas la arquitectura territorial de la República».

Dos semanas después, el 18 de junio de 2014, el Consejo de Ministros aprobó dos proyectos de ley que introducían reformas de gran calado en la arquitectura territorial francesa:

- a) El «Projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République» (3). pretendía reforzar las regiones, transfiriéndoles muchas de las competencias que, hasta el momento, ejercían los departamentos. El propósito último era suprimir los departamentos en el Horizonte 2020. El proyecto se convirtió en la Ley 2015-991 de 7 de agosto de 2015.
- b) El «Projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral» (4), por su parte, llevaba a cabo una profunda modificación del mapa regional, reduciendo el número de regiones para dotarlas de una «talla crítica» en cuanto a su población, territorio y recursos económicos. Se pretendía con ello mejorar la eficacia y la eficiencia de las políticas públicas. El proyecto se convirtió en la Ley 2015-29 de 16 de enero de 2015.

La necesidad de la reforma del sistema territorial francés no estaba en cuestión. La organización territorial de la República era objeto de fuertes críticas desde hacía mucho tiempo: demasiado complejo, demasiado caro, fuente de bloqueos y de retrasos...etc. (5). Con razón, el relator del Senado del proyecto de ley sobre el nuevo mapa regional, M. Delabarre,

---

(2) «Durante dos siglos, la República ha tratado de conciliar la unidad del Estado, con el ejercicio lo más libre posible de la democracia local. (...) Ha llegado la hora de simplificar y aclarar para que todos sepan quién decide, quién financia y a partir de qué recursos lo hace. Ha llegado el momento de ofrecer una mejor calidad de servicio y reducir la presión del contribuyente garantizando al mismo tiempo la solidaridad financiera entre las comunidades en función de su nivel de riqueza. La reforma que he pedido al primer ministro y al Gobierno que pongan en práctica, con la participación de todas las familias políticas, es importante. Se trata de transformar para varias décadas la arquitectura territorial de la República».

(3) Presentado por la Ministra de la Función Pública y de la Descentralización, Mme. Marylise Lebranchu, y por el Secretario de Estado para la reforma territorial, M. André Vallini.

(4) Presentado por el Ministro del Interior, M. Bernard Cazeneuve.

(5) En 2015, coexistían en Francia 22 regiones metropolitanas (incluyendo la colectividad territorial de Córcega) —con 1757 cargos electos— y 5 regiones de ultramar; 96 departamentos —con 4058 electos, y 5 departamentos de ultramar; 13.400 intermunicipalidades y 36.700 municipios. Francia es el país que tiene el mayor número de municipios del mundo.

pudo afirmar con rotundidad que «el tiempo de la reforma ha llegado». La reforma persigue fijar un mapa regional ideal teniendo en cuenta los problemas de lo real. Su objetivo es la búsqueda de una acción local más eficaz, que responda a las expectativas de los ciudadanos.

La reconfiguración del mapa regional francés (de 22 a 13 regiones) se produce en un contexto de grave crisis económica y persigue también una mayor optimización de los recursos públicos. Francia transita de esta forma por la senda marcada anteriormente por otros países europeos: Polonia redujo sus regiones a 16; Grecia suprimió sus 54 provincias y las reemplazó por 13 regiones; Dinamarca reemplazó también sus 14 provincias por 5 regiones; Suecia redujo sus regiones de 21 a 10.

Para una cabal comprensión del significado y alcance de esta reforma es preciso examinar brevemente el diseño de la arquitectura territorial de Francia. La organización territorial de la República pivotó tradicionalmente sobre los municipios y departamentos y, a partir de 1982, se potenciaron las regiones sobre la base de los departamentos existentes. La evolución del sistema dio lugar a una estructura compleja (municipios, intermunicipalidades, departamentos, regiones), costosa, con duplicidades, conocido como «milhojas territorial» (6).

En este trabajo vamos a examinar el origen y evolución del modelo de organización territorial de Francia (epígrafes 2 a 4) para centrarnos después en el análisis de las reformas efectuadas durante los últimos cinco años en orden a potenciar las regiones y dotarlas de una talla crítica similar al de sus homólogas de otros Estados —como puede ser Alemania— (epígrafes 5 a 7). Expondremos también como el problema de la extrema fragmentación municipal persiste, pero ha sido afrontado mediante la potenciación de fórmulas de cooperación intermunicipal y el establecimiento de un estatuto especial para las grandes ciudades (epígrafe 8).

Siguiendo este esquema, en el siguiente epígrafe vamos a exponer brevemente la evolución del modelo territorial francés desde las Revolución hasta el inicio del proceso de descentralización regional operado en 1982.

---

(6) «El paisaje institucional infraestatal fue construido por sedimentación, por acumulación de estratos sucesivos. Y finalmente, el milhojas administrativo se corresponde con una red más o menos densa de competencias encadenadas, de competencias compartidas, o de competencias concurrentes entre el Estado y las entidades locales y entre esas entidades mismas. Es tan complejo que, en ciertas ocasiones, es difícil identificar quién puede intervenir». ALCARAZ, H.: «La organización territorial francesa en 2015: ¿Hacia una redefinición territorial?», en *Cuadernos Gimenez Abad*, núm. 10, 2015, pág. 33. «Las colectividades se superponen, y con ellas sus competencias, superponiéndose y alternándose como las capas de pasta de hojaldre y de crema del famoso postre». BLAIRON, K.: «Organización territorial en Francia: alcance de las reformas de 2010» en *Revista catalana de dret public*, núm. 43, 2011, pág. 349.

II. La organización territorial de Francia: municipios y departamentos

II.1. La supresión de las provincias y el establecimiento de los departamentos

Uno de los objetivos prioritarios de la Revolución de 1789 fue racionalizar la compleja y abigarrada organización del Reino de Francia. La provincia —el antecedente remoto de la región— fue sustituida por el departamento que se estableció como el nuevo y principal elemento de la organización estatal.

La Revolución puso fin a los particularismos de las provincias del Antiguo Régimen. Estas se caracterizaban por usos, lenguas e instituciones comunes, y status, costumbres y privilegios particulares. Las delimitaciones territoriales de las provincias variaban con frecuencia según las épocas(7). Se trataba, en definitiva, de una organización compleja y anárquica frente a la que los diversos intentos del poder real por racionalizarla habían sido vanos. La Monarquía fracasó en su intento de unificación administrativa. Este era el escenario que se encontró en septiembre de 1789 el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional. Una de sus misiones principales consistió en poner fin al sistema provincial y garantizar la igualdad de la representación de todos los ciudadanos. El Comité dividió Francia en 83 departamentos(8).

La delimitación de estos 83 departamentos prescindió completamente de consideraciones relativas a la supuesta «identidad regional» de los territorios(9). Junto a esta nueva división administrativa del país, subsistieron otras demarcaciones como las relativas a la percepción de impuestos o a la organización del poder judicial. Con todo, lo importante es subrayar que el departamento se concibió como el escalón racional de acción de los poderes públicos.

El municipio y el departamento son, desde la creación de los prefectos por Napoleón, las instituciones vertebradoras de la organización territorial de Francia. La primacía ha correspondido tradicionalmente al departamento.

---

(7) Junto a este abigarramiento de poderes particulares, existía en Francia una división entre los territorios en que se hablaba la lengua d'oc y regía un sistema jurídico inspirado en el derecho romano, y aquellos otros en los que la lengua empleada era la d'oïl et de y se regían por el derecho consuetudinario.

(8) Real Cédula expedida el 4 de marzo de 1790, tras los decretos de 15 de enero, de 16 y 26 de febrero de 1790 aprobados por la Asamblea Nacional bajo la influencia de Mirabeau.

(9) El mapa departamental se basó en un trazado racionalizado que correspondía —como subraya Condorcet— a la distancia que podía realizar un mensajero a caballo en un solo día.

II.2. La excesiva fragmentación municipal

El elevadísimo número de municipios es otra de las notas características del sistema francés. Esta excesiva fragmentación trae causa de la identificación llevada a cabo desde los tiempos de la Revolución entre núcleo de población y municipio (10). Los intentos de reagrupación o fusión de municipios no han tenido éxito. En el día de hoy, la República cuenta con más de 36.000, de los cuales 28.000 tienen menos de 1000 habitantes. De ello se deriva la existencia de un mapa en el que predominan los pequeños municipios rurales que no cuentan con los medios materiales, personales y financieros necesarios para funcionar y dependen de los departamentos para mantenerse como estructuras administrativas. Esta fragmentación se ha pretendido paliar con la creación de intermunicipalidades o asociaciones de municipios, que analizaremos en el epígrafe noveno de este estudio.

Los municipios franceses presentan una doble dimensión. Por un lado, son «colectividades territoriales» o entidades locales, y por otro, se configuran como circunscripciones del Estado. En ambos casos han estado sometidos durante mucho tiempo a fuertes controles por parte del poder central del Estado.

En tanto que circunscripciones del Estado, la suprema autoridad municipal, el alcalde, ha ejercido históricamente una serie de competencias como autoridad estatal (otorgamiento de licencias de construcción y mantenimiento del orden público, entre las más relevantes) siguiendo las instrucciones del prefecto. Y en cuanto entidades locales, también el ejercicio de competencias municipales propiamente dichas está sometido al control estatal. Esta situación se remonta a la época napoleónica y se refleja en el Código de Administración Municipal (1884) posteriormente denominado Código de los Municipios (1977).

El control estatal contemplaba una triple tutela. En primer lugar, la tutela administrativa en virtud de la cual todo acto administrativo municipal podía ser anulado por el prefecto (11). En segundo lugar, la tutela financiera derivada del hecho de que correspondía al Estado aprobar los presupues-

---

(10) Efectivamente, el mapa municipal francés se remonta a un momento muy lejano en el tiempo. El legislador revolucionario se contentó con dar el mismo estatuto municipal a las parroquias, es decir, a las circunscripciones eclesíásticas que existían ya antes de 1789 y a las ciudades que habían adquirido cierta autonomía y que se denominaban *ciudades francas*. La herencia de la Revolución francesa debe ser, por tanto, revaluada: a menudo se afirma que la Revolución lo barrió todo, que el mapa territorial había sido reorganizado completamente; ello es cierto respecto al departamento, que fue creado en su totalidad en lugar de las antiguas provincias; pero el mapa municipal prácticamente no ha cambiado.

(11) Aunque en la práctica, esta es una facultad que los prefectos rara vez ejercían dadas las relaciones que mantenían con los municipios.

tos y actos de disposición patrimonial de los municipios. Y, finalmente, la denominada tutela técnica que determinaba la obligación de los municipios de obedecer todas las instrucciones y circulares procedentes de los diferentes órganos del Estado. El resultado de esta triple tutela —sobre todo la técnica— era la completa sumisión de los municipios al Estado.

Los municipios no pueden ser comprendidos al margen de su relación con los Departamentos. Estos también presentan la doble naturaleza de circunscripciones del Estado y entidades locales. Como entidades locales están administrados por un Consejo General del Departamento (12) y un Presidente ejecutivo (elegido entre los representantes locales). En teoría, la competencia del Consejo General ha sido muy amplia dado que en virtud de la cláusula de competencia general (derogada, como veremos, en 2015) podía deliberar sobre cualquier materia de su interés. En la práctica, la situación era, no obstante, muy distinta. El Presidente no podía ejecutar las decisiones adoptadas por el Consejo porque esa función correspondía al prefecto. Además, el departamento carecía de organización administrativa y no tenía órganos ni funcionarios dependientes del mismo como entidad local. Su presupuesto era elaborado y ejecutado por el prefecto. Todas las decisiones del Consejo General eran ejecutadas por los servicios estatales que dependían del prefecto.

Todo ello ha determinado durante mucho tiempo (concretamente hasta 1982, como veremos después) el predominio efectivo del poder del prefecto y la prevalencia también de forma clara de la dimensión de división o circunscripción estatal del departamento en detrimento de su condición de entidad local o colectividad territorial.

III. El surgimiento de la región: de la desconcentración a la descentralización

A diferencia de lo que sucede con el municipio —herencia del Antiguo Régimen— y el departamento —cuyos orígenes se remontan a la Revolución—, las regiones no hicieron su aparición hasta el final de la Primera Guerra Mundial. La región ha presentado siempre unas características distintas y una entidad mucho menor. A ello no es ajeno el hecho ya examinado de que la división en departamentos tuvo por finalidad quebrar el sistema regional propio del Antiguo Régimen (13). Las regiones fueron

---

(12) Cuyos miembros eran elegidos suguiendo una división del Departamento en cantones a razón de un consejero por cantón.

(13) De los diversos «mapas regionales» configurados por las sucesvas ordenaciones regionales, las antiguas regiones francesas sólo han sido tenidas en cuenta por el régimen de Vichy. En 1941 se crearon 18 prefecturas regionales, pero esas estructuras se suprimieron al concluir la guerra.

inicialmente concebidas como un instrumento al servicio de las políticas del desarrollo económico (14) y, después evolucionaron y se convirtieron en una colectividad territorial.

La publicación en 1947 de la obra de Jean-François Gravier (1915-2005) «Paris et le désert français» en la que denunciaba la hipertrofia de París en detrimento del resto del territorio tuvo un amplio impacto en la opinión pública y en la clase dirigente francesa (15). Se tomó conciencia de los inconvenientes que conlleva la centralización extrema, y de las ventajas inherentes a una distribución de las actividades económicas, industriales y de servicios, por todo el territorio de la República. Esto se tradujo en la puesta en marcha de un proceso de desconcentración regional. La idea regional emergió para ser aplicada a actuaciones de política económica.

En el proceso de regionalización de la estructura territorial de Francia podemos distinguir tres etapas y varias fases. En la primera etapa, no cabe hablar de descentralización propiamente dicha sino de desconcentración y abarca desde 1955 hasta 1982. La segunda, es la del impulso del proceso de descentralización regional iniciado en 1982 y consagrado en la reforma constitucional de 2003. Las reformas de 2010, y sobre todo las de 2015 —que analizaremos en los epígrafes cuarto a séptimo de este estudio— marcarían el inicio de una nueva etapa.

III.1. Primera etapa: la regionalización económica

A. LA EMERGENCIA DE LA REGIÓN: LA REGIONALIZACIÓN ECONÓMICA

Entre 1955 y 1960 las actuaciones de ámbito regional se enmarcaron en el contexto de la política económica. Así se crearon las regiones de programa, denominadas desde 1960 circunscripciones de acción regio-

---

(14) Un arrêté du 5 avril 1919 de Etienne Clémentel, Ministro de Comercio e Industria, creó las «agrupaciones de intereses regionales» —llamadas también «régions Clémentel»— cuya misión era la coordinación de los actores económicos. Inicialmente fueron creadas 15: Lille, Amiens, Rouen, Caen, Nantes, Rennes, Limoges, Bordeaux, Toulouse, Montpellier, Marseille, Grenoble, Lyon, Nancy, París. A ellas se sumó Dijon en 1920 y Bourges en 1921. Estas «regiones económicas» se apoyaban sobre las estructuras de las Cámaras de Comercio según el principio de libre adhesión de estas últimas. Cada agrupación era administrada por un comité regional integrado por dos delegados de cada una de las Cámaras y por los prefectos y subprefectos que tenían voz, pero no voto. Este modelo sirvió para que, en septiembre de 1919, las federaciones de sindicatos d'initiative formaran 19 regiones turísticas. En 1926 aparecieron 17 regiones postales. Después 12 regiones radiofónicas. Y en 1935, 15 regiones de seguridad social. Se trata de un regionalismo funcional, antecedente del regionalismo económico posterior a la segunda guerra mundial.

(15) GRAVIER, J. F.: *Paris et le désert français*, Flammarion, París, 1947.

nal(16). Tras el reconocimiento como región de la Isla de Córcega(17), la nueva estructura regional estaba integrada por 22 regiones(18). Desde entonces no se ha llevado a cabo ninguna alteración del número ni de los límites territoriales de las regiones. Esto pone de manifiesto la transcendencia histórica de la reforma de 2015 que luego examinaremos. En todo caso, conviene subrayar la relevancia de estas circunscripciones —de acción regional— por ser la primera vez que se establecen regiones que no se corresponden con las antiguas delimitaciones provinciales. Las delimitaciones de los programas de acción regional prefiguraron el mapa regional que estuvo vigente en Francia hasta el 1 de enero de 2016. El mapa regional francés procede, por tanto, de aquella época, y ha estado vigente durante seis décadas. Las regiones eran el ámbito territorial en el que se desarrollaban las políticas económicas y posteriormente se les otorgó competencias en materia de ordenación del territorio. Su importancia real obedecía al hecho de que en el contexto regional era donde se llevaba a cabo la distribución de los créditos estatales para inversiones públicas.

Fue así como surgieron las regiones como entidades desconcentradas del Estado(19). En este contexto, en 1964, se introdujeron importantes novedades.

B. LAS REFORMAS DE 1964

En 1964 se dotó a las regiones de la estructura administrativa necesaria para la elaboración y ejecución de los planes económicos.

Las circunscripciones de acción regional tienen al frente un prefecto de la región, instituido por el Decreto n.º 64-250 de 14 de marzo de 1964, relativo a los poderes de los prefectos, a la organización de los servicios del Estado en los departamentos y a la desconcentración administrativa(20). Se

---

(16) El Decreto N.º 55-873, de 30 de junio de 1955 sobre el establecimiento de los programas de acción regionales, conocido como «décret Pfimplin», puso en marcha los programas de acción regionales para «favorecer la expansión económica y social de las regiones».

(17) Que inicialmente estaba agrupada con la región de Provenza-Alpes-Costa Azul.

(18) Una orden del Ministerio de Economía y Finanzas del 6 de diciembre 1956 definió las veinticuatro circunscripciones de estos programas regionales de acción: veintidós áreas metropolitanas, los departamentos de ultramar y Argelia. El decreto n.º 60-516 de 2 de junio de 1960 delimitó las regiones sobre las cuales se instauraron los programas de acción regional: regiones de programa.

(19) No cabe hablar en este contexto de descentralización sino únicamente de desconcentración, una técnica que permite a los agentes del poder central colocados a la cabeza de la estructura administrativa regional tomar ciertas decisiones relativas a la preparación y ejecución del plan.

(20) El prefecto regional es el prefecto del departamento donde se encuentra la ciudad capital de la región.

creó también la Conferencia regional integrada por los prefectos del área. El Prefecto y la Conferencia ejercían las funciones estatales ejecutivas.

De la misma forma, se estableció en cada una de las regiones, una comisión de desarrollo económico regional (CODER). Esta se configuraba como una asamblea consultiva integrada por representantes de sectores económicos y profesionales (50 por ciento) y por personas designadas por los consejos generales de las colectividades territoriales (25 por ciento) y el Primer Ministro (25 por ciento). La CODER asistía al prefecto para coordinar las actuaciones del Estado en la región. Esta organización regional estuvo vigente hasta 1972. Sobre estas bases se desarrollará años después la región como colectividad territorial.

Finalmente, el Decreto n.º 70-18 de 9 de enero de 1970 modificó el anexo i del decreto n.º 60-516 de 2 de junio de 1960 y fijó en 22 el número de regiones metropolitanas.

C. EL REFERÉNDUM DEL 27 DE ABRIL DE 1969

De Gaulle pretendió dar un impulso mayor al proceso de regionalización. El objeto esencial de la ley que fue sometida a referéndum el 27 de abril de 1969 era la institución de las regiones como entidades locales dotadas de varias funciones y con órganos específicos. Su objetivo era contribuir al desarrollo económico, social y cultural de la parte correspondiente del territorio nacional. La región —según el proyecto gaulista— era administrada por Consejos regionales no elegidos directamente por el pueblo sino en segundo grado. Estos consejos deberían estar compuestos por los diputados de la Asamblea elegidos en esa región, por los consejeros regionales territoriales elegidos por los consejos generales y municipales y por consejeros regionales socio-profesionales designados por organismos representativos. El Consejo regional debía definir, en el marco del Plan nacional, las perspectivas de desarrollo de la región y ejecutar los programas plurianuales que concernieran a la región.

El proyecto fue rechazado en referéndum, y el General de Gaulle —a consecuencia de esa derrota— abandonó el poder.

D. LA LEY DE 5 DE JULIO DE 1972: LA TRANSFORMACIÓN DE LAS REGIONES EN «ÉTABLISSEMENT PUBLIC»

Su sucesor, G. Pompidou, no quiso ir tan lejos, pero dio un limitado impulso a la regionalización. Las antiguas circunscripciones regionales fueron sustituidas por 22 regiones mediante el Decreto de 9 de enero de

1970. La ley n.º 72-619 de 5 de julio de 1972 convirtió las regiones en establecimientos públicos territoriales dotados de personalidad jurídica. De esta forma, la región —que mantiene su condición de circunscripción estatal— se convierte en un establecimiento público regional administrado por un consejo regional asistido por un comité económico y social. Las delimitaciones territoriales de estos establecimientos regionales son las que estaban en vigor desde 1956 con sus modificaciones posteriores. Esta ley estableció como órganos propios de la región los siguientes:

- a) El consejo regional integrado por los diputados y senadores elegidos en la región, representantes de las colectividades locales elegidos por los consejos generales y representantes de municipios de más de 30.000 habitantes y comunidades urbanas. El consejo regional —a diferencia de su antecesor— disponía de cierto poder decisorio (por ejemplo, en materia de equipamientos colectivos) además de ser órganos consultivos en lo que a desarrollo regional se refiere.
- b) El Comité económico y social integrado por miembros no electivos y con funciones meramente consultivas.

Las competencias de los establecimientos públicos regionales comprendían las materias de planificación económica y desarrollo regional.

III.2. Segunda etapa: la descentralización administrativa. De la Ley de 2 de marzo de 1982 a la reforma constitucional de 2003: la conversión de las regiones en «colectividades territoriales»

La regionalización, entendida como un verdadero proceso de descentralización administrativa —y no de mera desconcentración (21)—, comenzó en 1982 y se justificó por la necesidad de adaptar la República a los nuevos programas y a las políticas a escala regional diseñados en el

---

(21) La desconcentración supone la integración jurídica de todos los servicios en el seno de una única entidad jurídica que es el Estado. Los servicios locales no son autónomos y están jerárquicamente subordinados a los servicios centrales. La Constitución consagra la desconcentración en el art. 72. 6: «El representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del Gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes». El departamento es el nivel más significativo donde el Estado está representado por el prefecto. Los agentes desconcentrados ejercen sus competencias en circunscripciones administrativas sin personalidad jurídica. Las colectividades territoriales —municipio, departamento y región— que son también circunscripciones administrativas constituyen el marco de la desconcentración. Con las últimas reformas administrativas se ha antepuesto la figura del prefecto de la región (que lo es del departamento donde tenga su capitalidad la región) en detrimento del prefecto departamental.

marco de las Comunidades Europeas (Política agrícola común, Fondo Social Europeo, fondos y programas de cohesión, etc.) (22).

El artículo 72 de la Constitución francesa establecía en ese momento lo siguiente: «Las colectividades territoriales de la República son los municipios, los departamentos y los territorios de ultramar. Cualquier otra colectividad territorial debe ser creada por ley». En virtud de esta disposición habilitante, en 1982, el legislador dotó a las regiones del estatuto de colectividades territoriales (23).

La ley n.º 82-213 de 2 de marzo de 1982 relativa a los derechos y libertades de los municipios, departamentos y regiones sentó las bases de la regionalización política francesa (24). A dicha ley se le atribuyó el efecto de transformar la República jacobina en una República descentralizada. La desconcentración dió paso a la descentralización.

En todo caso, conviene subrayar que, las nuevas regiones (25), promovidas por la ley al rango de colectividades territoriales tal y como autorizaba la Constitución, no participan de un grado de descentralización similar al de las regiones italianas o al de nuestras Comunidades Autónomas (26). Las diferencias son notables, y no meramente cuantitativas sino de índole cualitativa. Las regiones francesas —y esto resulta esencial subrayarlo— carecen de poder legislativo y de poder reglamentario propio. Atribuir a las regiones estos poderes exigiría modificar los artículos 34 y 37 de la Constitución que reservan al Parlamento y al Gobierno de Francia el ejercicio del poder legislativo y reglamentario general. Si tomamos como criterio diferenciador de un regionalismo político distinto del mero regionalismo administrativo la atribución a la región de un poder normativo propio, la inexistencia del mismo en las regiones francesas nos conduce a calificar el regionalismo francés como administrativo.

(22) PONTIER, J. M.: «Le rôle des collectivités territoriales dans la construction européenne» en *Revue administrative*, núm. 333, Paris, 2003, págs. 277 y ss. FOUGEROUSE, J.: «La consécration constitutionnelle des régions françaises: l'émergence d'un modèle original intégré au concert européen» en *Revue Générale des Collectivités Territoriales*, núm. 28, Paris, 2003, págs. 616 y s.

(23) La descentralización era uno de los objetivos prioritarios del programa del Partido Socialista Francés y a ella se referían también algunas de las 110 propuestas para Francia con las que F. Mitterrand se presentó a las elecciones presidenciales que ganó en 1981.

(24) Fue modificada en ciertos aspectos por la ley de 22 de julio de 1982 redactada para acomodarla a la decisión del Consejo Constitucional de 25 de febrero de 1982. Se trata del denominado ACTO I de la descentralización (leyes Defferre).

(25) Nuevas en cuanto a su status no en cuanto a sus límites territoriales, pues estos no habían experimentado cambios.

(26) GREMION, C.: «Région, département, commune: le faux débat» en *Pouvoirs*, núm. 60, 1992, Págs. 55-65.

Precisado lo anterior, lo que importa es subrayar las importantes novedades que la ley introdujo en el sistema territorial de Francia:

- a) En primer lugar, la consagración de la región como una colectividad territorial (entidad local) de pleno derecho, con el mismo título que los municipios y los departamentos.
- b) En segundo lugar, la supresión de la tutela administrativa llevada a cabo por los prefectos. Los actos y decisiones de las colectividades territoriales se aplican en cuanto son publicados. En el caso de que el Prefecto considere que un acto de una colectividad territorial es ilegal, debe impugnarlo ante el tribunal administrativo.
- c) En tercer lugar, la transferencia del poder ejecutivo a los departamentos y a las regiones. Antes, el prefecto era el encargado de aplicar las decisiones adoptadas en los ámbitos departamental y regional. Ahora el poder ejecutivo se atribuye al presidente del consejo general (en el Departamento) y del consejo regional (en la Región).
- d) En cuarto lugar, la elección por sufragio universal directo de los miembros del Consejo regional —en el marco de circunscripciones departamentales y según un sistema de representación proporcional— por un mandato de 6 años renovable (27).
- e) Finalmente, la atribución a las regiones de una serie de competencias específicas.

En el marco de este proceso de descentralización iniciado en 1982 se aprobaron diversas e importantes leyes (28):

- Leyes de 7 de enero y de 22 de julio de 1983 que otorgan competencias concretas a las regiones.
- Ley de 10 de julio de 1985 sobre la elección de los consejeros regionales.
- Ley de 6 de enero de 1986 sobre la organización de las regiones.
- Ley de 5 de enero de 1988 relativa al perfeccionamiento de la descentralización.

---

(27) Las primeras elecciones regionales —reguladas por la ley núm. 85-692 de 10 de julio de 1985 de modificación del Código electoral y relativa a la elección de consejeros regionales— tuvieron lugar el 16 de marzo de 1986. Después se han celebrado en 1992, 1998, 2004, 2010 y 2015 (como consecuencia de la reducción excepcional de su mandato a cuatro años por ley de 2011, y de la posterior modificación del calendario electoral incluida en la Ley de 16 de enero de 2015). En 2003 se llevó a cabo una modificación del sistema electoral para favorecer la formación de mayorías estables y se elevó del 5 al 10 por ciento el número de votos para pasar a la segunda vuelta. MALIGNER, B.: «La loi du 11 avril 2003 et la réforme des élections regionales» en *Bulletin juridique de collectivités locales*, n.º 9, 2003, págs. 20 y ss.

(28) Resulta significativo que entre 1981 y 1986 el Ministro del Interior lo fuera «Del Interior y de la Descentralización».

- Ley de 13 de mayo de 1991 del Estatuto de Córcega. Dota a esta región de un estatuto de colectividad territorial particular en el sentido del artículo 72 de la Constitución (29).
- Ley de 6 de febrero de 1992 sobre la administración territorial de la República.

De acuerdo con el artículo 59 de la ley de 2 de marzo de 1982 y con el artículo 4 de la ley de 6 de enero de 1986, el Consejo regional dirige mediante sus deliberaciones los asuntos de la región. Extiende su competencia a la promoción del desarrollo económico, social, sanitario y cultural y científico de la región y a la conservación de su identidad, en el respeto a la integridad, autonomía y atribuciones de los departamentos y municipios. El Consejo participa en la elaboración y ejecución del Plan nacional y elabora y aprueba el Plan regional. El legislador configuró así la región como el núcleo básico de la descentralización económica.

El presidente del Consejo Regional encarna el gobierno de la Región. Elegido por el Consejo, por un mandato de 6 años, prepara y ejecuta el presupuesto, ordena los gastos, gestiona el patrimonio regional, ejerce el mando jerárquico sobre los servicios regionales y convoca las sesiones del Consejo.

Junto al Consejo regional y su Presidente, el otro órgano específico de la región es el Consejo económico y social regional. Estos órganos fueron instituidos por la ley de 6 de enero de 1986 con la denominación de Comités económicos y sociales y en 1992 (ley de 6 de febrero de 1992) pasaron a llamarse Consejos económicos y sociales. Sus funciones son meramente consultivas. Su composición es la siguiente: un 35 por ciento de sus miembros representan a empresarios y profesionales no asalariados; otro 35 por ciento a organizaciones sindicales de asalariados y a la Federación de educación nacional; un 25 por ciento a organizaciones que participan en la vida regional; y el 5 por ciento restante lo integran personalidades que han contribuido al desarrollo de la región.

Los regionalistas ganaron así la batalla a los departamentalistas. La ley de 7 de enero de 1983 atribuyó a las regiones el poder de decisión y a los municipios y departamentos el derecho a ser consultados previamente a la decisión. Ese mismo año se transfirieron a las regiones competencias en materia de sanidad, bienestar social, transportes, educación y cultura.

Este nuevo modelo territorial —cuyo marco normativo viene fijado por las leyes anteriormente expuestas— fue incorporado a la Constitución en

---

(29) El Consejo Constitucional en su importante decisión de 9 de mayo de 1991 declaró que la referencia del legislador al «pueblo corso» es inconstitucional puesto que la Constitución no reconoce la existencia de ningún pueblo distinto del francés, integrado éste por todos los ciudadanos franceses, sin distinción de origen, raza o religión.

2003 mediante la ley constitucional núm. 2003-276 de 28 de marzo, relativa a la organización descentralizada de la República para que las regiones sean inscritas en el artículo 72 de la Constitución como colectividades territoriales con el mismo rango que los otros dos niveles existentes: municipios y departamentos (30). Por primera vez, las regiones integran esta enumeración constitucional de las colectividades territoriales. Se establece así una garantía institucional para estas categorías que sólo podrán ya ser suprimidas por reforma constitucional (31).

Ahora bien, las colectividades territoriales no gozan de autonomía. El Derecho francés utiliza el término de «libre administración». Así el párrafo tercero del citado artículo 72 de la Constitución precisa que: «En las condiciones previstas por la ley, estas entidades se administran libremente a través de consejos electos».

La libre administración es un principio de valor constitucional (32) que viene definido por las dos notas contenidas en el art. 72. 3 (33), a saber:

- a) La primera, de tipo institucional, implica que la libre administración se ejerce «por consejos electos». Esto supone la elección por sufragio universal de los órganos deliberantes de la colectividad dota-

---

(30) En virtud de esa reforma el artículo 1 de la Constitución dispone que «la organización de la República es descentralizada». La reforma constitucional de 2003 se conoce como el ACTO II de la descentralización. ZOCO, C.: «Revisión constitucional en Francia: la redefinición del modelo de descentralización administrativa» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, págs. 163 y ss.

(31) Artículo 72 de la Constitución francesa: «Las entidades territoriales de la República son los municipios, los departamentos, las regiones, las entidades con estatuto particular y las entidades de Ultramar regidas por el artículo 74. Cualquier otra entidad territorial se crea por ley, en su caso, en lugar de una o de varias de las entidades mencionadas en este apartado. Las entidades territoriales podrán decidir sobre el conjunto de las competencias que mejor pueden ejercerse a sus respectivos niveles. En las condiciones previstas por la ley, estas entidades se administran libremente a través de consejos elegidos y disponen de un poder reglamentario para ejercer sus competencias. En las condiciones previstas por la ley orgánica, y salvo que se trate de las condiciones esenciales para el ejercicio de una libertad pública o de un derecho garantizado por la Constitución, las entidades territoriales o agrupaciones podrán, cuando esté previsto por la ley o por el reglamento, derogar, a título experimental y para una duración y fin limitados, las disposiciones legislativas o reglamentarias que rigen el ejercicio de sus competencias. Ninguna entidad territorial podrá ejercer una tutela sobre otra. Sin embargo, cuando el ejercicio de una competencia necesite la ayuda de varias entidades territoriales, la ley permite que una de esas entidades o agrupaciones organice las modalidades de su acción común. En las entidades territoriales de la República, el representante del Estado, que lo es también de cada uno de los miembros del Gobierno, velará por los intereses nacionales, el control administrativo y el respeto a las leyes. VERPEAUX, M.: «La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République: libres propos» en *Revue Française du Droit Administrative*, núm 4, 2003.

(32) Decisión del Consejo Constitucional núm. 79-104, de 23 de mayo de 1979. FAVOREU, L., ROUX, A.: «La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale?» en *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, núm. 12, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc12/cc12somm.htm>.

(33) BLAIRON, K.: «Organización territorial en Francia...ob. cit. pág. 348.

dos de «atribuciones efectivas». Cada colectividad territorial —municipio, departamento y región— dispone así de dos instituciones propias: una asamblea deliberante y un ejecutivo.

- b) La segunda, de tipo normativo, supone la atribución de un poder reglamentario a estas colectividades. Se trata de una potestad reglamentaria condicionada por la ley que es la que, en última instancia, determina las competencias de las colectividades y las modalidades de su ejercicio.

A todo ello habría que añadir que la Constitución proyecta el principio de igualdad a las colectividades territoriales mediante la interdicción de la tutela de un ente territorial sobre otro (art. 72. 5 de la Constitución).

III.3. Los debates sobre una nueva división regional

La exposición anterior sobre los orígenes y evolución del sistema territorial francés nos permite comprender el sentido y alcance de la reforma operada en 2015-2016. Una reforma que culmina un proceso de debate político iniciado pocos años después de la inclusión del hecho regional en la Constitución de la V República.

En la primera década de este siglo surgieron numerosas reflexiones sobre la división de las regiones, sobre su número ideal, así como sobre sus recursos y su superficie. En 2009, el Comité para la reforma de las colectividades locales —presidido por el antiguo Primer Ministro, E. Balladur— propuso reducir a quince el número de regiones. Esta reconfiguración o redistribución regional debía acompañarse de una redefinición de las competencias de los departamentos y de las regiones. Las conclusiones de este comité se apoyaban sobre las de la comisión para la libération de la croissance française —presidido por J. Attali, que proponían la supresión de los departamentos en beneficio de las regiones, con el fin de simplificar la «millefeuille administratif». Aunque circularon muchos mapas regionales, el informe del comité Balladur —entregado al Presidente de la República el 5 de marzo de 2009 (34)— no contenía ninguna propuesta concreta.

a) LA COMISIÓN ATALI (2008)

El Presidente Sarkozy encargó a una Comisión presidida por Jacques Attali la elaboración de un informe para relanzar el crecimiento econó-

(34) Que llevaba un título muy significativo: «*Il est temps de décider*». («Es hora de decidir»).

mico de Francia. La Comisión comenzó sus trabajos en junio de 2007 y entregó su informe el 23 de enero de 2008 (35). Una de las principales medidas sugeridas por la Comisión era la simplificación de la organización territorial francesa para aumentar su eficacia. Para ello defendía la potenciación de las regiones, la transformación de las intermunicipalidades en «aglomeraciones», entidades de rango constitucional, y la supresión en diez años del escalón departamental. Todo ello acompañado de una clarificación de las competencias de cada colectividad.

El informe abogaba por una organización territorial de dos niveles: por un lado, un número reducido de regiones de suficiente potencia económica; y, por otro, las intermunicipalidades cuya población debía oscilar según la Comisión entre los 60.000 y los 500.000 habitantes. Los departamentos deberían ser suprimidos. Con estas medidas se reducirían considerablemente los gastos de la administración y se ganaría en eficacia.

El mismo día en que recibió el informe, Sarkozy mostró su rechazo a algunas de sus principales propuestas con estas palabras: «No creo que los franceses estén dispuestos a renunciar a la legitimidad histórica de los departamentos». El presidente de la Asamblea de los departamentos de Francia, el socialista Claudy Lebreton también manifestó su rechazo a una propuesta que calificó de iconoclasta e incongruente.

b) EL COMITÉ BALADUR (2009)

Ese mismo año, mediante un decreto presidencial del 22 de octubre, el presidente Sarkozy creó un Comité —cuya presidencia atribuyó al antiguo primer ministro E. Baladur— para «estudiar las medidas adecuadas para simplificar las estructuras de las colectividades locales, clarificar el reparto de sus competencias y permitir una mejor asignación de sus recursos financieros, y formular toda otra recomendación que considere útil». El Comité entregó su informe al Presidente el 1 de marzo de 2009 (36).

El diagnóstico era muy parecido al efectuado por la Comisión Atali. La primera recomendación consistía en reducir el número de regiones de 22 a 15, para dotarlas de una población media de 3 a 4 millones de habitantes. El Comité no proponía suprimir los departamentos sino favorecer sus agrupamientos voluntarios y en todo caso, definir mejor sus facultades. Por otro lado, proponía también reforzar las intermunicipalidades y para

---

(35) Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française sous la présidence de J. Attali, La documentation française, Paris, 2008. Sobre nuestro tema: proposiciones 260 y 261, pág. 197.

(36) Comité para la reforma de las entidades locales presidido por E. Balladur, Il est temps de décider, Rapport au Président de la République, Documentation Française, Fayard, 2009.

ello defendía la creación de once grandes metrópolis para dar un impulso a las intermunicipalidades más pobladas.

IV. Las reformas territoriales de N. Sarkozy en 2010

Los referidos informes condujeron al Presidente Sarkozy a poner en marcha una reforma —configurada como el III Acto de la descentralización que se tradujo en la Ley 2010-1563 de 16 de diciembre de reforma de las colectividades locales. La reforma afectó a los aspectos institucionales y materiales del principio de libre administración de las colectividades(37).

Esta ley no suprimió el escalón departamental, sino que creó dos nuevas estructuras. La primera el área metropolitana como nuevo tipo de intermunicipalidades o establecimiento público de cooperación intermunicipal para reagrupar municipios —contiguos territorialmente que —en conjunto— cuenten con más de 500.000 habitantes. La segunda es el polo metropolitano para reagrupar municipios que sumen al menos 300.000 habitantes (siendo uno de ellos de más de 150.000) y sin que se requiera contigüidad territorial. Las áreas metropolitanas y los polos metropolitanos podrán elaborar y gestionar sus planes de desarrollo económico, ecológico, educativo, social y cultural, con objeto de mejorar la competitividad y la cohesión. El milhojas no sólo no desaparece —a pesar de que se contempla como hipótesis la supresión de los departamentos, la ley preserva la existencia tanto de estos como de las regiones— sino que se sustituye por una «tarta de boda» (38).

En todo caso, la ley tuvo el mérito de ocuparse de la atribución de competencias con el objetivo de reorganizar y simplificar un sistema basado en la superposición de competencias en un mismo ámbito, y de llevar a cabo una disminución del tamaño y coste de las estructuras político administrativas mediante la creación de la figura de los consejeros territoriales.

IV.1. La supresión de la cláusula de competencia general de los departamentos y regiones

Desde el punto de vista material, la ley pretendía clarificar el reparto competencial y, a esos efectos, suprimía la cláusula de competencia ge-

---

(37) Esta ley es el resultado de un maratón legislativo que tuvo poco eco en una opinión pública francesa que estaba entonces centrada en la reforma de las pensiones que se aprobó casi al mismo tiempo.

(38) BLAIRON, K.: «Organización territorial en Francia...ob. cit. Pág. 351.

neral de los departamentos y regiones a partir del 1 de enero de 2015. A partir de ese momento, los departamentos y regiones sólo podrán intervenir en aquellas materias cuya competencia les sea atribuida por la ley (39). Se incorpora así el principio de competencias exclusivas para esos dos tipos de colectividades locales. La cláusula de competencia general se mantiene para los municipios.

Ahora bien, la ley no elaboraba un listado de competencias en sentido estricto y como ha advertido la doctrina, preveía numerosas excepciones que no permitían afirmar que la cláusula de competencia general hubiera desaparecido totalmente (40). En algunas materias (turismo, cultura, deporte) se establece expresamente —aunque sea con carácter excepcional— la competencia compartida entre las diversas colectividades territoriales. Igualmente, se prevé la posibilidad de delegación de competencias entre dos colectividades, o entre uno de ellos y una institución de cooperación intermunicipal. Finalmente, la ley prevé que el Consejo general y el Consejo regional puedan asumir —mediante decisión especialmente motivada— cualquier asunto de interés departamental o regional cuya competencia no haya sido atribuida por ley a otra colectividad.

IV.2. La creación de la figura de los consejeros territoriales

La otra novedad más significativa de la ley en orden a nuestro tema consistió en la sustitución de los consejeros regionales (de las Regiones) y de los consejeros generales (de los Departamentos) por los consejeros territoriales. Es decir, sin refundir las colectividades territoriales afectadas —departamentos y regiones— los representantes de esas dos colectividades se fusionaban (41). La ley retrasaba la puesta en marcha de esta medida, y precisaba que no entraría en vigor hasta 2014. Nunca llegó a hacerlo porque fue derogada antes de que pudiera desplegar sus efectos. En todo caso, se trataba de una medida que contribuía a racionalizar las estructuras administrativas de las colectividades y a reducir sus costes por lo que consideramos oportuno exponer brevemente su alcance.

Recordemos, que hasta la reforma de 2010, departamentos y regiones disponían de órganos propios:

---

(39) Art. 73, párrafo IV, de la ley de 16 de diciembre de 2010. La supresión fue respaldada por el Consejo Constitucional. Decisión n.º 2010-618, considerando 54.

(40) BLAIRON, K.: «La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas en perspectiva comparada: el caso francés» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 21, 2014, pág. 118.

(41) «Dada esta fusión de representantes, se predijo que finalmente desaparecería una u otra colectividad (...) Este era probablemente uno de los mayores beneficios de esta ley». BLAIRON, K.: «La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas...ob. cit. Pág. 119.

- a) En los departamentos, la asamblea deliberante es el Consejo General. Se compone de los consejeros generales elegidos —en el marco de cada cantón del departamento— por un mandato de 6 años y renovados por mitades cada tres (42). Tras cada renovación parcial, el Consejo General designa a los miembros del Ejecutivo (que tienen que ser consejeros): el presidente y la Comisión permanente compuesta por un número que oscila de 4 a 10 vicepresidentes.
- b) En las regiones, el órgano deliberante es el Consejo Regional cuyos escaños se reparten entre los departamentos según criterios de proporcionalidad en función del último censo general de población. Los consejeros regionales se eligen también por sufragio universal para un mandato de 6 años (43). El Consejo Regional elige de entre sus miembros a su Presidente, conocido como Presidente de la Región. Y a la Comisión Permanente, compuesta por un número que oscila entre 4 y 15 vicepresidentes.

La reforma de 2010 incluía la sustitución de los consejeros generales y regionales por un único tipo de consejeros: los consejeros territoriales. Estos ejercerían un solo mandato con dos representaciones distintas. Ocuparían su escaño, unas veces en la asamblea regional y otras en la asamblea departamental que ahora se denomina expresamente Consejo departamental.

La implantación de este tipo de consejeros únicos —en sustitución de los otros dos anteriormente existentes— obedecía a razones de orden presupuestario y de reducción de costes (44). Con la reforma, los 3471 consejeros territoriales reemplazarían a los 3963 consejeros generales y a los 1880 consejeros regionales existentes, es decir, a un total de 5.843 representantes. Se produciría, por tanto, una reducción en el número de consejeros de las colectividades mencionadas de 2372 cargos.

Una primera ley fue necesaria para hacer coincidir la renovación de los consejeros generales y los regionales (45). Los consejeros regionales

---

(42) El voto es uninominal, mayoritario y a doble vuelta. Para poder presentarse a la segunda vuelta, debe alcanzarse un umbral mínimo del 10 por ciento de los votos. Desde la Ley 2008-175, de 26 de febrero, se aplica el principio de paridad para garantizar el acceso igual de hombres y mujeres al Consejo General.

(43) El voto es por listas, con escrutinio proporcional a doble vuelta. Existe una prima a la lista vencedora con límite en un cuarto de los escaños. Para presentarse a la segunda vuelta, las listas deben superar el 10 por ciento de los votos.

(44) En todo caso, estos datos deben completarse con otros como los gastos y retribuciones suplementarias de los nuevos consejeros territoriales, y en concepto de dietas de viaje y remuneraciones de los suplentes: FAURE, B.: «Le regroupement départements-région. Remède ou problème» *AJDA*, 2011, pág. 86; PHILIP-GAY, M.: «Le conseiller territorial» en *AJ Collectivités territoriales*, 2011, pág. 54.

(45) Ley 2010-145, de 16 de febrero.

electos en marzo de 2010 y los consejeros generales en parte renovados en 2011, verían reducido su mandato a 4 años los primeros, y tres los segundos. Ello permitiría elegir en marzo de 2014 a los nuevos consejeros territoriales para un mandato de 6 años.

La cuestión más controvertida fue el modo de elección de los consejeros (46). Al ser cargos electos que van a representar a dos tipos de colectividades, se propuso en un principio el sistema de voto mixto: la mayor parte de los representantes (80 %) procederían del escrutinio mayoritario uninominal a una sola vuelta en el marco del cantón; el 20 % restante serían elegidos a través de listas departamentales mediante escrutinio proporcional. Sin embargo, se impuso finalmente el sistema de votación previsto para los consejeros regionales: voto uninominal mayoritario a dos vueltas en el marco de los cantones. Para pasar a la segunda vuelta se requiere el 12.5 % de los votos. En defensa de este sistema se alegó que favorece el bipartidismo, pero no faltaron tampoco las críticas. Las primeras, las relativas a la cuestión de la paridad. En su recurso ante el Consejo Constitucional, los demandantes denunciaban el desconocimiento de la paridad, en la medida en que el sistema electoral establecido suponía un retroceso muy importante de la representación de las mujeres en los consejos regionales en relación al sistema de voto vigente hasta entonces (47). Junto a ellas, otras críticas denunciaban que el sistema electoral beneficiaba la representatividad de los departamentos en detrimento de la de las regiones. Se criticaba la «infiltración de la región por la democracia departamental y su pérdida de sustancia democrática propia: aquella cuenta ciertamente con un consejo electo, pero por otra colectividad, dejando de aparecer como una colectividad primaria» (48). El Consejo desestimó también estas alegaciones (49) y se limitó a anular las disposiciones de la ley relativas a la

---

(46) De hecho, fue recurrido, con éxito, ante el Consejo Constitucional. En todo caso, en el corazón de esta reforma «se encuentra la traducción orgánica del principio de autogobierno de las entidades territoriales». BLAIRON, K.: «La dimensión del Estado y de las Administraciones Públicas...ob. cit. Pág. 119.

(47) Consejo Constitucional, decisión n.º 2010-618 DC del 9 de diciembre de 2010, considerando 33. Los demandantes veían en ello una violación del párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución según el cual «la ley favorece el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales». Ley Constitucional 2008-724 de 23 de julio. El Consejo no censuró el nuevo sistema electoral, considerando que la citada disposición constitucional no impide que el legislador sea libre para fijar el régimen electoral de las asambleas locales (art. 34. 7 Constitución). Esa disposición constituye solo una habilitación atribuida al legislador para favorecer la paridad mediante normas que —sin esa habilitación— serían contrarias al principio de igualdad tal y como es interpretado por el Consejo. Considerando 34 de la Decisión citada.

(48) FAURE, B.: *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Paris, 2009.

(49) MARCOU, G.: «Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales» en *Actualité juridique du Droit Administratif*, 2011, pág. 129.

determinación del número de consejeros en función de la población sustrayendo que la igualdad demográfica debe prevalecer sobre cualquier otro tipo de consideraciones (50).

Estas reformas no llegaron a entrar en vigor. La victoria socialista en las presidenciales y legislativas de 2012 determinó que fueran derogadas antes de desplegar sus efectos. La cláusula de competencia general fue inicialmente restablecida en 2014 —para ser de nuevo suprimida un año después— y la figura de los consejeros territoriales eliminada.

Ley orgánica n.º 2013-403 de 17 de mayo, relativa a la elección de los consejeros departamentales, municipales y de las agrupaciones de municipios suprimió la figura de los consejeros territoriales e introdujo importantes modificaciones en el procedimiento de elección de los consejeros generales que pasaron a denominarse consejeros departamentales (51). De la misma forma, los Consejos generales se convirtieron en Consejos departamentales. A partir de ahora, el mandato de los consejeros departamentales es de 6 años, suprimiéndose el sistema de renovación parcial por mitades cada tres años hasta entonces vigente. La elección se verifica mediante el escrutinio binominal, mayoritario a dos vueltas (52). En cada uno de los 2054 cantones es elegida una candidatura binominal siempre compuesto de un hombre y de una mujer. Además, estas circunscripciones cantonales que prácticamente no habían experimentado cambios desde su creación en 1790 han sido objeto de una profunda revisión de sus límites y se han reducido a la mitad (53).

---

(50) Considerando 38 de la Decisión citada.

(51) VERPEAUX, M.: «La réforme des modes de scrutin locaux: révolutions et continuités» en *Juris-Classeur périodique, édition Administration et collectivités territoriales*, n.º 2186, 2013; POTIER, F.: «L'architecte, la parité et le métronome: retour sur l'édification des nouvelles règles électorales pour les élections locales» en *Juris-Classeur périodique, édition Administration et collectivités territoriales*, n.º 2187, 2013.

(52) Para conseguir la victoria en la primera vuelta, una candidatura binominal debe conseguir más del 50 por ciento de los votos y los sufragios de al menos el 25 por ciento de los electores inscritos. Si no se dan estas condiciones, las candidaturas que superen el 12, 5 por ciento de los votos de los electores inscritos pasan a la segunda vuelta.

(53) Hasta ahora existían 4035 cantones. La reducción del número de cantones a la mitad evita la duplicación de consejeros que habría provocado la introducción de las candidaturas binominales. La necesidad de fomentar la paridad se basaba en el dato de que las mujeres eran sólo el 13 por ciento de los consejeros departamentales —en el momento de aprobarse la ley—. El objetivo de las nuevas delimitaciones era corregir las deficiencias de la anterior demarcación para que la disparidad de la población de los diferentes cantones no supere en ningún caso el 20 por ciento. Generó gran controversia y la oposición acusó al Partido Socialista de diseñar el nuevo mapa cantonal pensando en sus propios intereses. La tramitación legislativa del proyecto entre enero y abril de 2013 resultó muy controvertida. En la lectura definitiva del proyecto en la Asamblea Nacional, el texto se aprobó con 273 votos a favor y 247 votos en contra.

Las competencias de los nuevos consejeros departamentales son limitadas, y como veremos, se circunscriben al ámbito de la solidaridad: protección de la infancia y distribución de ciertas ayudas sociales, equipamientos escolares y de bibliotecas, y gestión de determinadas carreteras.

Las primeras elecciones departamentales —ya no se denominan cantonales— con arreglo a la nueva normativa se celebraron los días 22 y 29 de marzo de 2015, es decir antes de que su ámbito competencial definitivo fuera fijado, tarea que corresponderá —como veremos en el epígrafe octavo— a la ley de 7 de agosto de 2015.

En todo caso, dentro del proyecto reformista de F. Hollande, e implementado por su primer Ministro, Manuel Valls, figura en el horizonte de 2020 la supresión de los departamentos, por lo que las de marzo de 2015 podrían haber sido las últimas elecciones departamentales. Todo ello en el supuesto de que de las elecciones de 2017 surja una mayoría comprometida con esta reforma pendiente de la arquitectura territorial francesa.

V. Las reformas territoriales de F. Hollande

En el contexto que acabamos de describir, el presidente F. Hollande era plenamente consciente de la necesidad de las reformas, y por ello encargó al gobierno una ambiciosa y profunda reforma —global— de la arquitectura territorial de la República para simplificar el millojas administrativo, evitar duplicidades, reducir costes aprovechando economías de escala, y todo ello fortaleciendo a las regiones en detrimento de los departamentos. Esto suponía llevar a cabo la profunda —y controvertida— reconfiguración del mapa regional demandada por los autorizados informes anteriormente expuestos, y que ningún gobierno hasta la fecha se había atrevido a implementar.

En cumplimiento de un encargo presidencial expreso, el 18 de junio de 2014, el Consejo de Ministros aprobó dos proyectos de ley —complementarios— cuya finalidad común era llevar a cabo una profunda reforma del sistema de descentralización territorial de la República:

- a) El primero de ellos era el «Projet de loi portant nouvelle organisation territoriale de la République» (54). Este proyecto pretendía reforzar las regiones transfiriéndoles muchas de las competencias que hasta el momento ejercían los departamentos. El propó-

---

(54) Presentado por la Ministra de la función pública y de la descentralización, Mme Marylise Lebranchu, y por el Secretario de Estado para la reforma territorial, M. André Vallini.

sito último era suprimir los departamentos en el Horizonte 2020. El proyecto se convirtió en ley promulgada el 7 de agosto de 2015.

- b) El segundo, el «Projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections regionales et départementales et modifiant le calendrier électoral» (55). Este proyecto llevaba a cabo una profunda modificación del mapa regional, reduciendo el número de regiones para dotarlas de una «talla crítica» en cuanto a su población, territorio y recursos económicos. Se pretendía con ello mejorar la eficacia y la eficiencia de las políticas públicas. El proyecto —tras una agitada tramitación parlamentaria que examinaremos a continuación— se convirtió en la Ley núm. 2015-29 de 16 de enero de 2015.

En los epígrafes siguientes nos ocuparemos de ambos textos. Iniciamos la exposición con el segundo de ellos que fue el primero en ser aprobado y el que más controversia generó.

VI. La creación de regiones de talla europea: la ley 2015-29 de 16 de enero de 2015

El objetivo fundamental que perseguía el «Projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections regionales et départementales et modifiant le calendrier electoral» era llevar a cabo una muy significativa reducción el número de regiones para dotarlas de una «talla crítica» en cuanto a su población, territorio y recursos económicos. Se pretendía con ello mejorar la eficacia y la eficiencia de las políticas públicas. El proyecto —tras una agitada tramitación parlamentaria que examinaremos a continuación— se convirtió en la Ley núm. 2015-29 de 16 de enero de 2015.

El proyecto pretendía optimizar recursos y racionalizar la gestión pública. El problema —como bien sabemos en España— es que el debate territorial no siempre se plantea en términos de pura racionalidad y eficacia administrativa. Las cuestiones identitarias contaminan frecuentemente el debate y así ha ocurrido en Francia. Sin embargo, como veremos, la racionalidad se ha impuesto a la «tradición» y, de esa forma, ha sido posible llevar a cabo una muy significativa simplificación del mapa regional de Francia que ha pasado de 22 regiones metropolitanas a 13.

---

(55) Presentado por el Ministro del Interior, M. Bernard Cazeneuve.

VI.1. Estructura y contenido del proyecto de ley

El proyecto estaba dividido en 4 capítulos y constaba de 12 artículos.

El primer capítulo era el que tenía por objeto llevar a cabo una nueva delimitación de las regiones metropolitanas (56), reduciendo su número que pasaba, de las 22 iniciales a las 13 actuales. La redefinición del mapa regional se efectúa respetando la integridad de las regiones existentes, esto es, sin desmembrar ninguna de ellas, de modo que algunas se mantienen y otras se fusionan (art. 1) (57). El nuevo mapa, según el art. 4 del proyecto, debía entrar en vigor el 1 de enero de 2016 (58).

El segundo capítulo —como consecuencia del anterior— lleva a cabo la correspondiente modificación del reparto de consejeros regionales. Se modifica el número de consejeros como consecuencia de la modificación del número de regiones y de la necesaria actualización de los censos (art. 6). Los consejeros siguen siendo elegidos en la región sobre una base departamental, y se asegura que todos los departamentos de una región tengan un representante en el consejo regional (art. 7).

Los capítulos tercero y cuarto —de menor interés para nuestro trabajo— se refieren a la posibilidad de celebrar elecciones parciales a los consejos regionales (59) y al calendario electoral, en general (60).

VI.2. La finalidad del proyecto: la creación de regiones de «talla europea»

El relator del proyecto de ley para la Comisión Especial del Senado encargada de examinarlo en primera instancia subrayó que su finalidad

---

(56) La regulación no afectaba a los territorios de Ultramar. La colectividad territorial de Córcega —que no es una región pero ejerce sus competencias— tampoco se ve afectada por este proyecto. En todo caso, a partir del 1 de enero de 2018, la colectividad de Córcega se convertirá en una colectividad de estatuto particular (que sustituirá a la colectividad territorial de Córcega y de los Departamentos de Corse du Sud et de Haute-Corse).

(57) Seis regiones no ven afectado su territorio por el proyecto. Se trata de las regiones de Aquitaine, Bretagne, Ile-de-France, Nord-Pas-de-Calais, Pays-de-la-Loire, Provence-Alpes-Côte-D'azur.

(58) Por decreto, antes del 31 de diciembre de 2015, se fijarían, provisionalmente, las capitales de las nuevas regiones, y antes del 1 de julio de 2016, definitivamente.

(59) Esta posibilidad se introdujo como consecuencia de la decisión del Consejo Constitucional sobre el artículo 15 de la ley de 17 de mayo de 2013 relativa a la elección de consejeros departamentales y municipales, que declaró inconstitucional el sistema de dejar vacantes hasta las siguientes elecciones generales en el departamento las bajas sobrevenidas durante el mandato. Este sistema de elecciones parciales entró en vigor en diciembre de 2015.

(60) El proyecto establecía que —como consecuencia de la redefinición del mapa regional— las siguientes elecciones regionales se trasladan de marzo de 2015 a diciembre del mismo año.

esencial no era tanto aprovechar las economías de escala (61), como construir unas nuevas regiones de «talla europea». El objetivo asignado a la reforma —subrayó el relator— es «doter les régions françaises d'une taille critique qui leur permette d'exercer à la bonne échelle les compétences stratégiques qui leur sont attribuées, de rivaliser avec les collectivités comparables en Europe et de réaliser des gains d'efficience» (62). Y a esos efectos, realizó una serie de estudios comparativos con las entidades equivalentes de Alemania, Italia y España. Efectivamente, la creación de grandes regiones capaces de competir eficazmente con las comunidades comparables en otros Estados europeos es una de las finalidades esenciales de esta ley (63). Las fusiones propuestas por el Gobierno permitirían situar a las regiones francesas en lo alto de la clasificación en términos de población y superficie y aproximar su peso económico al de las regiones alemanas (64).

Pero junto a esa finalidad, el estudio de impacto del proyecto de ley también mencionaba expresamente como finalidad del mismo, ganar eficiencia. Se trata de realizar economías de escala, a través de la fusión de las regiones existentes, y ello al margen de las competencias que le puedan ser transferidas.

De hecho, el Secretario de Estado para la reforma territorial, A. Vallini, señaló que con la reforma proyectada por el Gobierno se produciría un ahorro estimado entre 12.500 y 25.000 millones de euros, sobre la base de una reducción del 5 al 10% de los gastos totales de las colectividades territoriales. Ahora bien, esta estimación se refiere al conjunto de la reforma territorial. El nuevo mapa regional por sí sólo no liberará tantos recursos. Realmente será la otra ley —complementaria de esta— la que al transferir competencias de los departamentos a las nuevas regiones facilitará la creación de economías de escala y la reducción de costes.

---

(61) En todo caso, el análisis de impacto del proyecto de ley sí que aludía expresamente a la reducción de costes económicos —en términos de gastos generales de administración y personal— que supondría el nuevo mapa. Se aludía a modo de ejemplo a las reformas llevadas a cabo en Suecia y Polonia.

(62) «Dotar a las regiones francesas de una talla crítica que les permita ejercer, a buena escala, las competencias estratégicas que se les atribuyen, competir con las comunidades comparables en Europa y mejorar la eficacia.»

(63) Las regiones francesas son menos densas (98 habitantes por kilómetro cuadrado en Francia, contra 100 en España, 171 en Italia y 215 en Alemania) y tienen un peso económico inferior al de sus homólogas europeas. Las regiones francesas tienen un PIB muy por debajo del de las de Alemania. Son las menos potentes económicamente de los cuatro países comparados (Alemania, Italia y España). Así la parte de cada región francesa en el PIB es del 2,8 % de media, cuando esa parte representa el 3,6 % en los otros tres países.

(64) Lo que ya había sugerido el Comité para la Reforma de las colectividades territoriales, presidido por Balladur, en marzo de 2009: «El alcance de algunas de las regiones francesas se revisará, de manera que, sin subestimar la fuerza de ciertas identidades regionales vinculadas a los territorios de igual importancia, la división de las regiones les permitirá ocupar una mejor posición en la clasificación entre todas las regiones europeas».

VI.3. Una tramitación parlamentaria muy conflictiva

La tramitación parlamentaria resultó —como veremos— muy complicada. La delimitación del nuevo mapa regional fue —como era previsible— muy controvertida. La posibilidad de introducir modificaciones en este mapa, a través de acuerdos de fusión o segregación voluntarios, resultó también una cuestión muy conflictiva.

Las posiciones del Senado y de la Asamblea sobre este último asunto estaban muy enfrentadas. El ordenamiento preveía ya la posibilidad de llevar a cabo esas modificaciones, pero establecía un procedimiento tan complejo y costoso que nunca se puso en marcha. El Senado quería modificarlo, para flexibilizarlo y facilitar su utilización garantizando así «un derecho de opción» de las regiones en el ámbito de su propia configuración. La Asamblea Nacional, por su parte, percibía esos intentos de flexibilización más que como un supuesto «derecho de opción» como una amenaza y riesgo ciertos de «inestabilidad territorial». La controversia se extendía a la procedencia —o no— en esos casos de apelar directamente al electorado en referéndum para ratificar esas modificaciones (65). Como acertadamente ha advertido Boto Álvarez en su clarificadora crónica sobre la ley que nos ocupa «tildar la tramitación (parlamentaria) de tumultuosa no es una mera licencia estilística» (66).

El Gobierno y el Senado se enfrentaron abiertamente en la tramitación del proyecto. El mismo día de su aprobación por el Consejo de Ministros (18 de junio de 2014), fue presentado ante el Senado para que fuera tramitado por el procedimiento acelerado. La Conferencia de Presidentes del Senado se opuso a esta pretensión (67) y lo envió para su examen a una Comisión especial.

El 26 de junio, la Conferencia de Presidentes del Senado acordó el rechazo del examen del proyecto por carecer este del estudio de impacto suficiente. El Primer Ministro —que sostenía que el proyecto sí estaba acompañado del estudio de impacto y que este era suficiente— presentó un recurso ante el Consejo Constitucional, activando así por vez primera el apartado cuarto del artículo 39 de la Constitución (68). El Consejo Constitucional en su Decisión 2014-12 de 1 de julio de 2014 declaró que el proyecto de ley reunía todos los requisitos exigidos por la Ley orgánica

---

(65) HOURQUEBIE, F.: «La nouvelle carte des regions: question de bon sens ou de baronnie?» en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 11, 2015.

(66) BOTO ÁLVAREZ, A.: «Una nueva perspectiva para la optimización administrativa: la reorganización regional en Francia» en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 39, 2015.

(67) Al amparo de lo previsto en el artículo 29. 6 del Reglamento del Senado.

(68) COMBRADE, B.L.: «Cinq ans plus tard: première (et dernière) application de l'article 39, alinéa 4 de la Constitution» en *Les Petites Affiches*, núm. 171, 2014.

núm. 2009-403 de 5 de abril de 2009 relativa a la aplicación de los artículos 34.1, 39 y 44 de la Constitución, permitiendo así la continuidad del procedimiento legislativo. Ese mismo 1 de julio, treinta senadores presentaron una moción para que el proyecto de ley fuera sometido a referéndum (69). Al día siguiente, la Comisión de Leyes constitucionales de la Asamblea Nacional rechazó la moción por tratarse de una maniobra dilatoria. La Asamblea criticaba el hecho paradójico de que siendo el Senado una Cámara representativa de las colectividades territoriales renunciara a ejercer sus funciones constitucionales en este ámbito (70).

Fracasados todos sus intentos por impedir la tramitación del proyecto, el Senado se vio obligado a examinarlo y aprobó en primera lectura un texto en el que todas las referencias a la redefinición del mapa regional habían desaparecido. Este fue el comienzo de un intercambio de versiones sucesivas —primera y segunda lecturas en la Asamblea y en el Senado— del proyecto con diferentes mapas regionales que concluyó sin acuerdo (71). La Comisión Mixta Paritaria (Asamblea-Senado) fracasó y ante la imposibilidad de alumbrar un texto consensuado por ambas cámaras, la Asamblea Nacional —en el ejercicio de sus competencias legislativas— aprobó el texto definitivo del proyecto el 17 de diciembre de 2014, que fue examinado después por el Consejo Constitucional.

VI.4. El texto definitivo de la Ley 2015-29 de 16 de enero

El texto finalmente aprobado está dividido en 5 capítulos y consta de 11 artículos.

Por lo que a nosotros interesa, el capítulo primero es el que lleva a cabo la reconfiguración del mapa regional.

El artículo primero enumera las 12 nuevas regiones (además de Córcega y las de Ultramar). Siete de las nuevas 12 regiones metropolitanas resultan de la fusión de dos o tres de las antiguas. Suceden a las fusionadas en derechos y obligaciones. El artículo segundo establece las reglas para la fijación de las capitales regionales. Y el artículo tercero regula los procedimientos de agrupación voluntaria entre regiones y de cambio de adscripción de departamentos a regiones limítrofes, lo que requiere en todo caso la aprobación por mayoría cualificada de tres quintos en sendas votaciones de los consejos territoriales afectados.

---

(69) <http://www.senat.fr/leg/ppr13-666.html>.

(70) <http://assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2098.asp>.

(71) En su mayor acercamiento a las tesis de la Asamblea Nacional, el Senado llegó a defender un mapa con 15 regiones frente a las 13 propuestas. La ubicación de Languedoc y Midi dio lugar a fuertes debates. El Senado defendió siempre el mantenimiento de Alsacia como unidad.

El capítulo segundo relativo a las elecciones regionales equipara la metrópolis de Lyon a un departamento (art. 4), actualiza el número de candidatos correspondiente a cada departamento (art. 5) y las reglas para garantizar la representación mínima de un representante por cada departamento de más de 100.000 habitantes en todos los consejos regionales (art. 6). Se introduce también la posibilidad de celebrar elecciones parciales tal y como se preveía en el proyecto de ley. Los siguientes capítulos se regulan las elecciones parciales y el calendario electoral.

VI.5. La Decisión del Consejo Constitucional de 15 de enero de 2015

Sesenta diputados y sesenta senadores interpusieron un recurso de inconstitucionalidad cuestionando tanto la concreta validez de 3 de los 11 artículos de la ley como el procedimiento parlamentario seguido para su aprobación. Los recurrentes alegaron también la vulneración de la Carta Europea de la autonomía local.

Diputados y senadores sostenían que el artículo 1 de la ley al establecer la fusión obligatoria de regiones —sin consulta previa a los territorios— era inconstitucional por lesionar el principio de libre administración de las colectividades territoriales. También consideraban inconstitucional el artículo 6 por lesionar la igualdad en el derecho de sufragio al no tener en cuenta a los departamentos menos poblados.

La Decisión núm. 2014-709 de 15 de enero de 2015 resolvió el recurso. El Consejo Constitucional, por un lado, se consideró incompetente para juzgar de presuntas vulneraciones de la Carta Europea de autonomía local y, por otro, recordó que ni la Constitución ni ninguna otra norma francesa exigen la consulta previa a los territorios para la modificación legislativa de su delimitación territorial. Desestimó también la queja de que la previsión de tratos diferenciados en función de la población de los departamentos vulnerase el principio de igualdad. Finalmente, y esta fue la única inconstitucionalidad apreciada, el Consejo Constitucional consideró contrario a la Constitución un párrafo del artículo 10 de la ley relativo a la financiación electoral.

Tras su controvertida tramitación la ley entró en vigor el 1 de enero de 2016. Se trata de la primera fase de un proceso que incluye también el proyecto de ley de competencias regionales en virtud del cual se transfiere a las regiones muchas de las competencias que ejercen los departamentos con vistas a la futura desaparición de estos (72). Esto

---

(72) GERARD, P.: «Premier point sur la réforme de l'Etat territorial?» en *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 8, 2015. Págs. 434 y ss.

afectará también —como ha advertido Boto— a la gestión de ciertos servicios desconcentrados: «y quizás sea aquí donde radiquen los verdaderos ahorros y economías de escala: amortización de direcciones generales en agricultura, asuntos generales o juventud y deporte; fusión de agencias regionales de salud, inspecciones de educación, etc.» (73). Esta segunda ley complementaria de la anterior fue aprobada siete meses después.

VI.6. Las elecciones regionales del 6 y 13 de diciembre de 2015

Los días 6 y 13 de diciembre de 2015 se celebraron las primeras elecciones con el nuevo mapa regional. La elección de los Consejos regionales se lleva a cabo mediante un sistema de listas con escrutinio proporcional. El 75% de los escaños se distribuye mediante representación proporcional entre todas las formaciones políticas que hayan obtenido al menos un 5% de los votos. El restante 25% de los escaños es adjudicado como bonificación a la primera fuerza política.

VI.7. Los Decretos del 28 de septiembre de 2016

De conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la ley, los decretos 1262 a 1269 de 28 de septiembre, publicados en el *Journal officiel* del 29 establecieron los nombres definitivos y las capitalidades de las siete nuevas regiones surgidas por fusión de dos o tres de las anteriores (74):

- Le Grand Est comprende las antiguas regiones de Alsace, Champagne-Ardenne et Lorraine, con Strasbourg como capital.
- La Nouvelle-Aquitaine comprende las antiguas regiones de Aquitaine, Limousin et Poitou-Charentes, con Bordeaux como capital.
- L'Occitanie comprende las antiguas regiones de Languedoc-Roussillon et Midi-Pyrénées, con Toulouse como capital.
- Les Hauts-de-France comprende las antiguas regiones de Nord-Pas-de-Calais y Picardie, con Lille como capital.

---

(73) BOTO ÁLVAREZ, A.: «Una nueva perspectiva...ob. cit. Para preparar estas modificaciones el Gobierno mediante la Circular núm. 5770-SG de 18 de febrero de 2015 relativa a la reorganización de los servicios regionales del Estado, encargó a los prefectos realizar un diagnóstico de la situación producida tras la reconfiguración del mapa regional para mejorar el funcionamiento de la administración territorial del Estado.

(74) Cuatro regiones, conservan su antigua delimitación, su nombre y su prefectura (capitalidad) Bretagne, Île-de-France, Provence-Alpes-Côte d'azur et Pays-de-la-Loire. La région Centre-Val de Loire solo modifica su nombre (antiguamente Centre).

- La Normandie comprende las antiguas regiones de la Haute y de la Basse-Normandie, con Rouen como capital.
- L'Auvergne-Rhône-Alpes adopta definitivamente su nombre provisional, con Lyon como capital.
- La Bourgogne-Franche-Comté, adopta también definitivamente su nombre provisional con Dijon como capital.

El nuevo mapa regional de Francia con sus capitales regionales quedaba así definitivamente establecido.

VII. La transferencia de competencias departamentales a las regiones: la ley de 7 de agosto de 2015

A diferencia de lo ocurrido con el anterior proyecto de ley —que enfrentó duramente a la Asamblea Nacional y al Senado y ante la falta de acuerdo entre ambas cámaras hubo que recurrir al procedimiento que otorga a la Asamblea la última palabra para la aprobación de la ley— en este caso, la Comisión paritaria mixta alcanzó un acuerdo que permitió que el texto final de la ley fuese aprobado por la Asamblea Nacional y el Senado 16 de julio de 2015 (75).

El 22 de julio, sesenta diputados y sesenta senadores interpusieron un recurso ante el Consejo Constitucional que en su Decisión de 6 de agosto declaró inconstitucional la disposición relativa al modo de elección de los consejeros metropolitanos del Gran París.

El objetivo de esta ley —complementaria de la anterior— es clarificar el confuso sistema de reparto competencial entre las distintas colectividades territoriales y potenciar las competencias de las regiones. Para ello, la ley sobre la nueva organización territorial de la República, por un lado, suprime la cláusula de competencia general para los departamentos y regiones y, por otro, asigna nuevas competencias a las regiones en detrimento de los departamentos.

VII.1. La eliminación de la cláusula de competencia general

Las leyes de descentralización de 1982 y 1983, así como la ley sobre responsabilidades locales de 13 de agosto de 2004, atribuyeron a las colectividades locales competencias propias. La sucesión de textos legislati-

---

(75) El proyecto de ley había sido aprobado en primera lectura, con modificaciones, por el Senado el 27 de enero de 2015, y en primera lectura, con modificaciones, por la Asamblea Nacional el 10 de marzo de 2015. El procedimiento acelerado se había iniciado el 5 de diciembre de 2014.

vos condujo a un entrecruzamiento de las competencias y a un alejamiento progresivo del diseño inicial del reparto. Ese diseño se basaba en una triple clasificación: las competencias sobre las materias de proximidad debían corresponder a los ayuntamientos, las relativas a materias sociales a los departamentos y las relacionadas con el desarrollo económico y la ordenación del territorio a las regiones (76).

Ahora bien, sobre estas últimas materias —de competencia regional— y de contornos muy amplios, el resto de colectividades territoriales también puede intervenir (77). Y puede hacerlo en virtud de la denominada cláusula de competencia general (78). La cláusula de competencia general implica que una colectividad territorial puede intervenir en un ámbito cuya competencia está atribuida a otra, apelando al interés territorial de la materia.

Para evitar esta concurrencia la ley suprime la cláusula de competencia general de los departamentos y regiones (79). Ninguna de estas colectividades podrá intervenir ya sobre la totalidad de los asuntos públicos. Con ello se pretende clarificar «que fiat quío» (quién hace qué), armonizar las políticas públicas, y evitar los gastos inútiles que genera la concurrencia de diferentes colectividades sobre un mismo asunto (80).

La cláusula de competencia general se mantiene para los ayuntamientos (81) cuyas competencias expresas comprenden la movilidad y la calidad del aire.

(76) PONTIER, J. M.: «Trente ans de répartition et de redistribution des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales» en *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2012. 275.

(77) A fecha de 2010, la intervención de los departamentos en esas materias suponía el 20 por ciento de sus gastos (11.000 millones de euros).

(78) La ley de 16 de diciembre de 2010 suprimió la cláusula de competencia general de departamentos y regiones con carácter general, aunque estableció algunas excepciones. El Consejo Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma en su Decisión de 9 de diciembre de 2010. Pero fue restablecida nuevamente en 2014 por la ley de modernización de la acción pública territorial. Y ahora ha sido nuevamente suprimida. La doctrina ha criticado con razón estas vacilaciones: «Con vacilaciones tan evidentes y toscas se entiende la sensación de falta de sentido de estos intentos de reescribir la organización territorial francesa». ALCARAZ, H.: «La organización territorial francesa en 2015: ¿Hacia una redefinición territorial?» en *Cuadernos Gimenez Abad*, núm. 10, 2015, pág. 33.

(79) Esa competencia general era una de las notas distintivas en el Derecho francés de las colectividades territoriales, y la que las diferenciaba de los establecimientos públicos. Con la reforma de 2015, el régimen jurídico de las colectividades se fragmenta en dos grupos según dispongan o no de la mencionada cláusula.

(80) PONTIER, J. M.: «La redefinition des compétences: à la recherche de la cohérence» en *Revue du Droit Public*, 2015. 1241.

(81) Se mantiene también para la metrópolis de Lyon y para Córcega, dotada de un estatuto particular.

VII.2. El reforzamiento del poder de las regiones en detrimento de los departamentos

La ley refuerza el poder de las regiones mediante la transferencia a las mismas de competencias antes atribuidas a los departamentos (82), con la atribución de nuevas competencias, y a través de una extensión de su poder reglamentario.

Las competencias transferidas a las regiones del ámbito departamental son las siguientes:

- a) Carreteras (83).
- b) Colegios (enseñanza secundaria) (84).
- c) Transportes interurbanos y escolares.
- d) Puertos.

Además, la ley refuerza el papel de la región en términos de desarrollo económico (85). Ella será responsable de la política de apoyo a las pequeñas y medianas empresas. También será responsable del desarrollo sostenible y ejercerá competencias sobre ordenación del territorio, movilidad, lucha contra la contaminación del aire, recuperación de energía, vivienda y gestión de residuos (86).

La ley concentra en el ámbito departamental las competencias relativas a la solidaridad. Los departamentos pueden implementar cualquier ayuda o acción relacionada con la prevención o el tratamiento de las situaciones de fragilidad, cuidado de niños y situaciones de dependencia, etc. También son competentes para facilitar el acceso a derechos y servicios públicos a su cargo (87). Pueden también proporcionar asistencia fi-

---

(82) LONG, M.: «Le département après la loi NOTRe, un acte de décès non transformé» en *Actualité Juridique du Droit Administratif*, 2015.

(83) Las carreteras departamentales transferidas a las regiones en el proyecto gubernamental siguen siendo competencia del departamento después de la primera lectura.

(84) En materia educativa, la gestión de los colegios se transfiere a las regiones mientras que la de las Universidades —después de la primera lectura del proyecto— sigue perteneciendo a los departamentos.

(85) En materia de desarrollo económico, la región es la colectividad encargada de elaborar el modelo regional de desarrollo económico, innovación e internacionalización, que es vinculante y define el régimen de las ayudas a las empresas (SRDEE). Los departamentos ya no pueden intervenir tampoco en este ámbito salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley Denominado SRDEI (schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation) fija las grandes orientaciones estratégicas de una región en materia económica. Previsto en la loi n.º 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

(86) En el ámbito de la planificación y el desarrollo sostenible, la región es igualmente la colectividad competente para elaborar el modelo regional de desarrollo, sostenibilidad e igualdad de los territorios (SRADDET) que es vinculante.

(87) FAURE, B.: *Droit des collectivités...* ob. cit. pág. 563.

nanciera a los municipios e intermunicipalidades de su territorio, y financiar inversiones para satisfacer necesidades de la población rural, por razones de solidaridad territorial cuando la iniciativa privada no lo haga.

En materia de turismo, la ley atribuye la competencia tanto a la región como al departamento.

Tras esta exposición de las reformas legislativas operadas en 2015 en el ámbito de la región (y del departamento), vamos a dedicar un epígrafe al modo en que se ha abordado el otro problema recurrente de la administración local francesa: la fragmentación municipal.

VIII. Las respuestas a la extrema fragmentación municipal

En el ámbito municipal se han llevado a cabo dos tipos de medidas. En primer lugar, se ha previsto legalmente la creación de nuevos municipios mediante fusión de varios preexistentes; en segundo lugar, se han potenciado las numerosas modalidades de cooperación intermunicipal.

VIII.1. La creación de «nuevos municipios»

De los 37.000 municipios franceses, 30.000 tienen menos de 2000 habitantes. A diferencia de otros Estados que han afrontado situaciones similares mediante una reducción del número de municipios, en Francia «L'esprit de clocher» ha impedido hasta la fecha llevar a cabo cualquier tipo de reconfiguración del mapa municipal.

Las leyes de 16 de diciembre de 2010 y de 16 de marzo de 2015 se configuran como el último intento de reducir el número de municipios mediante fusiones que impliquen la creación de nuevos municipios. Se trata en todo caso de fusiones voluntarias en las que la voluntad de la colectividad afectada resulta esencial. Las leyes de 2010-2015 prevén tres supuestos de creación de nuevos municipios: a) por iniciativa de municipios contiguos; b) a petición de un establecimiento público de cooperación intermunicipal (EPCI) con el acuerdo por mayoría cualificada de los municipios afectados; o c) a solicitud del prefecto con el acuerdo por mayoría cualificada de los municipios afectados.

El escepticismo inicial de la doctrina sobre la aptitud de este expediente para modificar sustancialmente el mapa municipal de Francia se ha confirmado con el dato de que tan solo se han creado 317 nuevos municipios por fusión de 1090 municipios ya existentes⁽⁸⁸⁾. El número de

(88) FAURE, B.: *Droit des collectivités...ob. cit.* pág. 355.

municipios se ha reducido así en 2016 a 35.885. Se trata, como puede comprobarse, de una reducción insignificante.

VIII.2. Los establecimientos públicos de cooperación intermunicipal (EPCI)

Ante el escaso éxito de la fórmula de creación de nuevos municipios por fusión de varios existentes, el legislador ha previsto una serie de fórmulas —de cooperación— que al mismo tiempo que garantizan la supervivencia del municipio como colectividad dan lugar a un nuevo sujeto: los establecimientos públicos de cooperación intermunicipal o intermunicipalidades.

Los EPCI son personas jurídicas de Derecho Público que comprenden varios municipios. Se conocen también como «intermunicipalidades». Son una especie dentro de un género más amplio: el de los establecimientos públicos territoriales que permiten agrupar municipios, departamentos o incluso regiones. Administran un territorio compuesto por el de varios municipios preexistentes, y cuentan con órganos y competencias propias. Se configuran como un nuevo nivel de la administración descentralizada intermedio entre el municipio y el departamento.

Las intermunicipalidades han sido el expediente que ha permitido hacer frente con éxito a «l'émiettement communal». El fundamento de los EPCI se encuentra en el Código General de Colectividades Territoriales cuya quinta parte está dedicada a la cooperación local. El Código dispone que «las colectividades territoriales pueden asociarse para el ejercicio de sus competencias creando organismos públicos de cooperación» (89). Su creación compete al prefecto con el acuerdo de los municipios afectados. La Ley de 12 de julio de 1999 impuso la exigencia de contigüidad territorial de los municipios asociados. Los EPCI están dotados también de un órgano deliberante cuyos miembros son elegidos en el marco de las elecciones municipales por sufragio universal directo. Se denominan según el tipo de EPCI: comité sindical, consejo de la comunidad o consejo de la metrópoli (90). Junto al órgano deliberante, tienen un órgano ejecutivo: el Presidente que es elegido por el Consejo.

En este contexto, la Ley de 7 de agosto de 2015 previó el establecimiento de un nuevo mapa municipal en el que la mayor parte de los municipios formara parte de una intermunicipalidad (91). Para ello, enco-

(89) Art. L. 5111-1. FAURE, B.: *Droit des collectivités...ob. cit.* pág. 380.

(90) Las leyes de 16 de diciembre de 2010 y de 17 de mayo de 2013 establecen el procedimiento electoral que ha sido aplicado por vez primera en las elecciones de marzo de 2014. En la misma operación electoral se elige a los consejeros municipales y a los consejeros de los EPCI.

(91) LACHAUME, J. F.: «Des intercommunalités renforcées» en *Actualité juridique du Droit administratif*, 2015. 1905. DEGOTTE, M.: «La loi NOTRe et l'intercommunalités» en *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2015. 578.

mendó a los prefectos la tarea de reorganizar los EPCI para potenciar su tamaño: ninguno de ellos debería contar con menos de 15.000 habitantes. A esa fecha, la mitad de los EPCI tenía una población inferior a esa cifra. A esos efectos, la ley facilita la fusión de intermunicipalidades. Se trata en suma de crear EPCI de suficiente talla crítica para cumplir con eficacia sus funciones. Es decir, de aplicar la misma lógica que había presidido la reforma de las regiones, ya examinada.

Existen diversos tipos de intermunicipalidad:

- a) Sindicatos de municipios: es la modalidad más antigua y su creación se remonta a la ley de 22 de marzo de 1890(92). Pueden ser de vocación simple si se limitan a la gestión de un único servicio público, o de vocación múltiple si comprenden la cuasi totalidad de las competencias municipales. Las últimas reformas pretenden reemplazar muchos de ellos por otras fórmulas de cooperación, pero a pesar de ello cabe prever que su número se mantenga en torno a los 10.000(93).
- b) Comunidades de municipios: esta modalidad se creó por la ley de 6 de febrero de 1992. Se trata de agrupaciones que ponen el acento en su carácter estratégico más que en la gestión de competencias en común. Se les asigna un objetivo: el desarrollo local. En 2015, existen 1884(94).
- c) Comunidades urbanas: Creadas por la ley de 31 de diciembre de 1966 para resolver los problemas de desarrollo de las grandes aglomeraciones urbanas: Inicialmente se establecieron cuatro: Burdeos, Lille, Lyon y Estrasburgo(95). La ley de 27 de enero de 2014 ha reducido de 450.000 a 250.000 el número mínimo de habitantes exigido para formar una comunidad urbana. Esta reducción se justifica por el hecho de que para las ciudades más pobladas se recurre ahora a una nueva fórmula: las metrópolis.
- d) Comunidades de aglomeración: Creadas por la ley de 12 de julio de 1999, se establecieron 50 al año siguiente y son ya 226 en el 2016 (cuentan con una población de 20 millones de habitantes)(96). En

(92) MAURICE, R: *Le syndicat de comunes*, Masson, Paris, 1961.

(93) En 2012 había 15.688 y en 2014 había 13.402. FAURE, B.: *Droit des collectivités...ob. cit.* pág. 402.

(94) Su número ha crecido últimamente puesto que en 1999 sólo eran 1347. Los 1884 actualmente existentes comprenden una población de 25, 3 millones de habitantes.

(95) Después se crearon 12 más: Entre 1969 y 1973: Brest, Cherbourg, Dunkerke, Le Creusot-Montceau-les-Mines y Le Mans; Nancy, Arras y Alençon en 1995; Marsella, Toluse, Niza y Nantes en 2000. Hoy tras la generalización del estatuto de metrópolis para las grandes aglomeraciones conservan la condición de comunidad urbana 9 de ellas: Brest, Cherbourg, Dunkerke, Le Creusot-Montceau-les-Mines, Le Mans, Nancy, Arras, Alençon y Dijon.

(96) BRIAND, P: «Quelques réflexions à propos de la loi du 12 juillet 1999 et la création des communautés d'agglomération» en *Revue générale du collectivités territoriales*, 2000. Págs. 395 y ss.

principio, la ley exige un mínimo de 50.000 habitantes para formar una comunidad de aglomeración. Estas comunidades asumen todas las competencias municipales necesarias para el desarrollo económico, la ordenación del territorio y el urbanismo.

A 1 de enero de 2016, el 99,9 % de los municipios y el 99,7 % de la población francesa pertenece a una intermunicipalidad.

VIII.3. Las metrópolis

La ley de 27 de enero de 2014 de modernización de la acción pública territorial y de afirmación de las metrópolis consagra la figura de la metrópoli y, con ella, pretende resolver el problema de la administración de las grandes ciudades sobre las que se superponían todos los escalones de la organización territorial (municipal departamental y regional) dificultando una política común. «Ello contribuía a desarmar nuestros grandes polos regionales —advierde Faure— en un contexto de competencia económica con sus homólogos europeos y mundiales» (97).

La originalidad de la metrópoli radica en el hecho de que asume un cierto número de competencias departamentales y regionales (98). De esta forma, la doctrina subraya que podrían configurarse como «el lugar esencial donde elaborar la política administrativa de una región» (99). En todo caso, la metrópolis no se configura —como preconizaba el informe Balladur al que antes hicimos referencia— como una nueva categoría de colectividad territorial (100), sino como una fórmula inédita y al margen de la organización administrativa tradicional que viene a reemplazar a los municipios y a los departamentos dentro de los límites de su territorio.

La ley n.º 2014-48 de 27 de enero de 2014 ha creado de oficio 9 metrópolis: Burdeos, Lille, Grenoble, Nantes, Niza, Rennes, Rouen, Estrasburgo

---

(97) FAURE, B.: *Droit des collectivités...* ob. cit. pág. 417. El primer reconocimiento de la metrópoli se produjo en la ley de 16 de diciembre de 2010, pero fue la de 27 de enero de 2014 la que la consagró en su alcance actual.

(98) MOZOL, P.: «Les compétences métropolitaines, une remise en question du rôle joué par les collectivités territoriales dans la conduite de l'action publique locale? *En Juris-Classeur périodique*, édition des collectivités territoriales, 2011.

(99) FAURE, B.: *Droit des collectivités...* ob. cit. pág. 417. DOUENCE, J.C.: «Les metropoles» en *Revue Française de Droit Administratif*, 2011. 258.

(100) La metrópolis de Lyon dotada de un régimen singular responde mejor al modelo preconizado por el Informe Balladur. Lyon sí que es una auténtica colectividad territorial (en el sentido del art. 72 de la Constitución) que comprende el territorio de los municipios que la conforman y que se mantienen. La comunidad urbana y el departamento desaparecen. Este es el modelo que se pensó para las metrópolis, pero solo Lyon lo desarrolló. Las demás metrópolis, como vamos a ver, son establecimientos públicos, pero no colectividades territoriales en sentido estricto.

y Toulouse. Y ha previsto también la creación de otras a iniciativa de los municipios afectados, y por decreto, en toda aglomeración urbana de más de 400.000 habitantes, en lugar de los EPCI correspondientes (101).

Las metrópolis son administradas por un consejo metropolitano cuyos miembros son elegidos por sufragio universal y que designa a su presidente. Como todo establecimiento público, las metrópolis reciben competencias de atribución, pero estas revisten un alcance muy amplio al asumir simultáneamente competencias que en otros casos pertenecen a los distintos escalones territoriales (municipios, departamentos y regiones). La lista de competencias de las comunidades urbanas constituye su elenco competencial básico. Por otro lado, recibe un número limitado de competencias que ejercerá en lugar de los departamentos y regiones (transportes escolares, carreteras departamentales, promoción de actividades económicas en el exterior). A ello se añaden las competencias suplementarias transferidas por convenio por las otras colectividades.

Las leyes de 27 de enero de 2014 y de 7 de agosto de 2015 amplían aún más el ámbito competencial de las metrópolis. Estas reciben obligatoriamente de sus municipios las competencias económicas, de ordenación del territorio, vivienda, urbanismo y medio ambiente; y de las demás colectividades —por convenio— como es el caso del departamento, las competencias sobre ayudas sociales, alojamientos, colegios, turismo y carreteras; y de la región, las competencias sobre institutos de secundaria y desarrollo económico; y del Estado, las competencias sobre vivienda, infraestructuras y vida universitaria.

Todas sus competencias deben ser ejercidas al servicio de la misión que la ley atribuye a las metrópolis: perseguir un proyecto de ordenación y desarrollo económico, ecológico, educativo, cultural y social de su territorio para mejorar su competitividad y su cohesión.

Junto a estas metrópolis de derecho común, el legislador ha creado otras dos con determinadas singularidades Gran París (102) y Aix-Marseille-Provence (103) y una metrópolis que es una verdadera colectividad territorial (Lyon). El examen de estas figuras desborda ya los límites de este trabajo.

---

(101) Así se crearon las metrópolis de Brest y de Montpellier, y por decreto publicado en el *Journal officiel* el 22 de abril de 2016, la que hace el número 12: la metrópolis del Grand Nancy, (en funcionamiento desde el 1 de julio de 2016).

(102) El 1 de enero de 2016 se creó la metrópolis del Gran París. Comprende 131 municipios y sustituye a los EPCI existentes en el territorio. Su población total supera los 7 millones de habitantes. Su régimen jurídico básico es el de las metrópolis de derecho común, pero con excepciones significativas. DAUCE, S.: «La métropole du Grand Paris à l'issue de la loi NOTRe» en *Juris-Classeur périodique*, édition des collectivités territoriales, 2015.

(103) El mismo 1 de enero fue creada la metrópolis de Aix-Marseille-Provence. Comprende 92 municipios y sustituye a la comunidad urbana de Marsella-Provenza y de otros tres EPCI. Su población asciende a 1, 8 millones de habitantes.

En todo caso, con lo expuesto hasta ahora estamos en condiciones de formular una serie de conclusiones sobre las reformas de la arquitectura territorial francesa llevadas a cabo durante la presidencia de F. Hollande.

IX. Conclusiones: luces y sombras de las reformas territoriales en Francia

- a) El modelo territorial francés vigente hasta la implementación de las reformas examinadas en este artículo se caracterizaba por una superposición de instancias territoriales: los municipios heredados del Antiguo Régimen, los Departamentos creados por la Revolución, y las Regiones establecidas para implementar las políticas y programas de las entonces Comunidades Europeas y hoy Unión Europea. Como colectividades territoriales, todas estas instancias disponían de una competencia general que les permitía intervenir sobre todas las materias en las que estuviera en juego un interés territorial y, en virtud del principio de libre administración, estaban regidas por órganos elegidos por sufragio universal. Se trata de un modelo complejo y costoso que provoca muchas duplicidades. No resulta claro qué colectividad tiene que intervenir en cada caso y, al final, en muchos ámbitos intervienen varias, incrementando los costes y reduciendo la eficacia de las políticas públicas. Por otro lado, la extremada fragmentación municipal hace imposible que la inmensa mayoría de los municipios pueda gestionar eficazmente los servicios públicos locales, y el reducido tamaño de las regiones impide a estas colectividades aprovechar las economías de escala y competir con sus homólogas europeas. En este contexto, tanto en sede política como en sede académica, desde comienzos de siglo se venía insistiendo en la necesidad de llevar a cabo una reforma profunda y ambiciosa de la arquitectura territorial de la República.
- b) Las reformas de la arquitectura territorial francesa impulsadas por el Presidente François Hollande, e implementadas por el Primer Ministro Manuel Valls, se sitúan en la estela de las políticas de optimización de los recursos llevadas a cabo en diversos países de Europa desde el comienzo de la crisis económica. Su objetivo es racionalizar el mapa territorial evitando la excesiva fragmentación (regional y municipal) y configurando unidades territoriales que, tanto a escala regional como municipal, puedan favorecer la competitividad y la cohesión. En este sentido, es preciso subrayar que las reformas no solo pretendían una reducción de los costes de funcionamiento del sistema y la liberación de recursos económicos. Ante todo, su objetivo era la constitución de regiones fuertes,

- capaces de competir con éxito con sus homólogas europeas en el contexto de la Unión Europea y del mundo globalizado. Esto exigía reducir el número de regiones, pero también reforzar sus competencias. En el plano municipal, de lo que se trataba era de fomentar mecanismos de cooperación intermunicipal y potenciar las asociaciones de municipios, así como de dotar de un estatuto especial a las grandes ciudades (metrópolis).
- c) Desde esa óptica, las reformas se enfrentan a un problema recurrente de la descentralización: la racionalización del número de entidades territoriales. Diversos informes y Comités habían puesto de manifiesto la necesidad de reorganizar los diversos niveles territoriales. Las reformas tuvieron que enfrentarse con los intereses de los cargos electos, políticos locales, y el peso de la tradición, que se oponían —y continúan oponiéndose— a la reducción significativa del número de municipios y de regiones.
  - d) Por lo que se refiere al ámbito regional, la reforma logró prosperar con la aprobación de dos importantes leyes en 2015 —y merece una valoración general positiva— pero los obstáculos que tuvo que superar fueron muchos y la tramitación de la ley del nuevo mapa regional resultó muy controvertida. Las reformas de 2015 fortalecieron las regiones dotándolas de la talla crítica necesaria para competir con sus homólogas europeas. El fortalecimiento se produjo a través de dos vías: la primera, la reducción del número de regiones metropolitanas de 22 a 13 mediante la fusión de regiones anteriormente existentes; la segunda, la supresión de la cláusula de competencia general de departamentos y regiones, y la expresa atribución a estas últimas de competencias que anteriormente ejercían los departamentos.
  - e) Por lo que se refiere al ámbito municipal, la fragmentación se mantiene y Francia sigue siendo el país con mayor número de municipios del mundo. Las reformas han consistido en la potenciación de los establecimientos de cooperación intermunicipal en general y, singularmente, en la creación de las metrópolis que asumen competencias de los diversos escalones territoriales (municipio-departamento y región) y permiten fijar una política administrativa única.
  - f) El reforzamiento de las regiones y la potenciación de las intermunicipalidades debería conducir a la supresión de los departamentos. Supresión que supondría una notable y definitiva simplificación del milhojas territorial. Desde esta óptica, hay que subrayar que sigue pendiente uno de los objetivos últimos del proceso reformista: la supresión de los departamentos. Una instancia territorial situada entre el municipio/intermunicipalidades y la región, cuyo reducido tamaño le impide llevar a cabo con la debida eficacia políticas de

desarrollo económico, pero que es demasiado grande para ocuparse de la gestión diaria de los servicios públicos. La mayoría de los analistas y expertos coinciden en la necesidad de prescindir del escalón departamental y acabar así con muchas de las duplicidades existentes. Desde un punto de vista económico, el gasto de funcionamiento de los departamentos asciende a más de 60 mil millones de euros. La supresión de los departamentos deberá llevarse a cabo, en su caso, mediante la oportuna reforma constitucional (vía referéndum o por el Parlamento reunido en Congreso, en cuyo caso se requiere una mayoría de tres quintos de los votos). A la vista de los últimos referendos celebrados tanto en Francia como en otros países y de los bajos niveles de popularidad del Jefe del Estado, la convocatoria de un referéndum de reforma constitucional, supone asumir un alto riesgo político, y ello convierte a la reforma por esta vía en una operación altamente improbable. Por otro lado, la reforma vía aprobación parlamentaria plantea dificultades no menores. En Francia no existe el consenso político necesario para garantizar su éxito.

- g) Por ello, y debido al mantenimiento de los departamentos, las reformas analizadas no acaban con las duplicidades. Las reformas potencian a las regiones —no solo por haberlas dotado de talla crítica— sino también por haber incrementado su ámbito competencial en detrimento de los departamentos. Las grandes orientaciones estratégicas y las principales misiones económicas son ahora decididas por las regiones. A los departamentos se encomiendan los programas de solidaridad y redistribución. Los municipios se ocupan de los servicios de proximidad. Con todo ello se produce una notable clarificación competencial, pero en determinadas materias y algunas de ellas de gran importancia (por ejemplo, las infraestructuras) siguen convergiendo las competencias de diferentes instancias. Las duplicidades distan mucho de haber desaparecido.
- h) En cuanto al ámbito municipal, la metrópolis de Lyon debió ser el modelo de las demás. Es decir, de lo que se trataría es de convertir a las metrópolis en colectividades territoriales en pie de igualdad con las regiones (tal y como proponía el informe Balladur). En todo caso, y a pesar de la compleja tipología de establecimientos de cooperación intermunicipal, la potenciación de las intermunicipalidades merece también una valoración positiva como fórmula alternativa a la fusión de municipios.
- i) Finalmente hay que subrayar que todas las reformas analizadas en este trabajo, aunque necesarias y merecedoras de una valoración positiva, solo contaron con el respaldo de uno de los grandes

partidos franceses. En diciembre de 2014, el nuevo mapa regional francés de 13 regiones fue aprobado en segunda lectura por 277 votos a favor, 253 en contra y 13 abstenciones. Votaron a favor los socialistas y la mitad del partido progresista (Radicaux de Gauche). El resto de partidos (Front de Gauche, ecologistas, Republicains y centristas) no respaldó el texto legislativo. En el verano del año siguiente, a la hora de votar el proyecto sobre el nuevo reparto competencial, los ecologistas se sumaron a los socialistas en su respaldo al texto legislativo, pero el resto de partidos continuó expresando su rechazo. Esos resultados ponen de manifiesto la debilidad política del proceso de reformas. Un proceso que puede verse interrumpido o incluso revertido en función del resultado de las elecciones presidenciales y legislativas previstas para este 2017.

Trabajo recibido el 13 de marzo de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Azken bost urteetan errepublika frantsesaren lurralde-arkitekturan egin diren erreformak aztertzen ditu artikulua. Erreforma horiekin, eskualdeak indartu nahi izan dira, bai beste estatu europar batzuek duten maila kritikoa hor-nitzeko horiek, bai lehen departamentuenak ziren hainbat eskumen horiei transfe-ritzeko ere. Bestetik, Frantziako udalerrien zatiketa muturrekoaren arazoa aztertzen da, bai eta udalen arteko lankidetzeta-formulen bidez horri aurre egiteko modua eta hiri handientzat estatutu berezi bat ezarri izana ere. Erreforma horien guztien esa-nahia eta irismena erabat ulertzeko, Frantziako deszentralizazio-sistemaren jatorria eta bilakaera ere jasotzen ditu artikulua.

GAKO HITZAK: Deszentralizazio administratiboa. Ekonomia eskualdekatzea. Lurralde-erreformak. Konstituzionalismo frantziarra.

RESUMEN: El artículo analiza las reformas efectuadas durante los últimos cinco años en la arquitectura territorial de la República francesa en orden a po-tenciar las regiones y dotarlas de una talla crítica similar al de sus homólogas de otros Estados europeos, así como a transferirles diversas competencias que per-teneían antes a los departamentos. Se examina también el problema de la ex-trema fragmentación municipal de Francia, y el modo de afrontarlo mediante la potenciación de fórmulas de cooperación intermunicipal y el establecimiento de un estatuto especial para las grandes ciudades. Para una cabal comprensión del significado y alcance de todas estas reformas el artículo contiene también una ex-posición del origen y evolución del sistema de descentralización francés.

PALABRAS CLAVE: Descentralización administrativa. Regionalización econó-mica. Reformas territoriales. Constitucionalismo francés.

ABSTRACT: The article analyzes the reforms carried out over the last five years in the territorial architecture of the French Republic in order to strengthen the regions and provide them with a critical size similar to those of their counterparts in other European states, as well as to transfer various competences that belonged earlier to the departments. The problem of extreme municipal fragmentation in France is also examined, and the way to deal with it is through the strengthening of intermunicipal cooperation formulas and the establishment of a special statute for large cities. For a full understanding of the meaning and scope of all these reforms the article also contains an exposition of the origin and evolution of the French decentralization system.

KEYWORDS: Administrative decentralization. Economic regionalization. Terri-torial reforms. French constitutionalism.

Ley y negociación colectiva en la determinación del tiempo de trabajo del personal que presta servicios esenciales de protección civil en la Comunidad Autónoma Vasca*

Edurne Terradillos Ormaetxea

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.07>

Sumario: I. Introducción.—II. La regulación jurídica de los servicios de protección civil.—III. El marco de la regulación, legal y negociada, de la jornada y los descansos del personal que presta servicios de protección civil. III.1. El marco jurídico-legal o la situación de anomia. III.2. Algunos modelos de regulación convencional del tiempo de trabajo del personal de protección civil de la Comunidad Autónoma Vasca.—IV. La normativa jurídico-laboral. Posible marco de referencia.—V. La Directiva 2003/88/CE sobre aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y su transposición al ordenamiento español V.1. Aplicación de la Directiva al ámbito del sector público. V.2. Distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso a la luz de la Directiva y de su jurisprudencia. V.3. Las disposiciones de la Directiva que permiten exceptuar la aplicación de algunos de sus contenidos en un Estado miembro. V.4. Tiempo de trabajo nocturno. V.4.1. Los instrumentos jurídicos añadidos que sirven para articular excepciones a las disposiciones sobre trabajo nocturno.—VI. Conclusiones.

I. Introducción

El factor tiempo aplicado a la jornada laboral resulta especialmente sensible a los cambios económico-sociales y a sus repercusiones jurídicas. En etapas de expansión económica, por ejemplo, se tiende a recurrir a los contratos de duración indefinida e, incluso, la apropiación del tiempo de trabajo del trabajador se prolonga a través del mecanismo de las horas extraordinarias. Utilizando un símil agrario, esas épocas se ha definido como «cultivo extensivo». En periodos de crisis o de recesión

---

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación MINECO FEDER DER2014-52549-C4-3-R.

económica, la clase empresarial opta por la precarización y los contratos temporales; así como reclaman menos legislación restrictiva de la denominada «flexibilidad externa» (despido). En el ámbito de la conocida como «flexibilidad interna» (modificación sustancial de las condiciones de trabajo, reducción de jornada...) los intereses empresariales reclamarán también la mayor flexibilidad posible para adaptarse a las fluctuaciones del mercado de trabajo. Este periodo ha sido a su vez comparado a un «cultivo intensivo»(1).

Sin que creamos que sea procedente realizar ahora una retrospectiva de los hitos del Derecho obrero, en primer lugar, y del Derecho del Trabajo, después, en ese recorrido de alcanzar la jornada laboral de ocho horas(2), es un lugar común que los abusos del Estado liberal provocaron una movilización-concienciación social tal (luddismo, maquinismo...) que el Estado decidió intervenir en la determinación de la duración máxima de la jornada laboral. En España, «la llave maestra» que permitió que podamos empezar a hablar de Derecho obrero fue la conocida como «Ley Benot», de 24 de julio de 1873, sobre «regularización del trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos»(3). Aunque el objeto de la ley se enfocara más a la reducción de la jornada de los niños en pos de su más prolongada escolarización(4), que a la minoración del tiempo de trabajo por antonomasia, esta ley se enmarca en las primeras medidas de nuestro entorno europeo encauzadas a limitar el trabajo de las mujeres y de los niños, que irían extendiéndose progresivamente al conjunto de todos los obreros, y, por ende, a los funcionarios/as.

La limitación de las horas de trabajo fue gradual hasta la aplicación del principio de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas que, por ejemplo, constituyó el primer orden del día de la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (OIT), celebrado en Washington entre octubre y noviembre de 1919. En su seno se adoptaron seis

(1) ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón: *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 25.

(2) Para la perspectiva histórica, cfr. ESPUNY ITOMÁS, M.J.: «La Jornada laboral: perspectiva histórica y valoración jurídica», en *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, n.º 13, 2004, pp. 115 y 22.

(3) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 22.º edición, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2014, p. 58.

(4) El propio Benot, al presentar su proyecto de ley, resumió estos argumentos con las siguientes palabras: «En la gran sociedad humana todos ganan con la ganancia de cada uno y todos pierden con la deficiencia de una sola clase cualquiera de la sociedad. Cualquier negación de derechos es una especie de suicidio, porque en toda destrucción pierde la sociedad el usufructo de lo que hubieran producido las fuerzas destruidas, y, por el contrario, toda mejora es un aumento de las fuerzas sociales y, por consiguiente, del bienestar común». *Diario de sesiones*, 24 de julio de 1873.

convenios y seis recomendaciones, incluyendo el Convenio n.º 1 sobre la duración de la jornada de trabajo (5).

La adopción general de la jornada de ocho horas desencadenó en los primeros años del siglo pasado un conjunto de opiniones favorables o desfavorables, a partes iguales, sobre sus consecuencias, en tanto que se trataba de determinar los resultados económicos de las empresas y los efectos personales sobre los obreros.

Entonces el ideal de la jornada de trabajo fijada en ese máximo de las ocho horas se sostenía por varias razones: si las jornadas laborales son excesivamente prolongadas, provocan que el trabajo prestado pierda calidad, y por tanto, también la obra producida, creciendo sus taras, mermas y defectos. La reducción de la jornada de trabajo coincide con un aumento de producción por hora y aunque puede verse favorecido por el perfeccionamiento de algunas máquinas, los resultados se obtienen por la mayor agilidad de los agentes que intervienen en la producción: los trabajadores aportan todas las mañanas una mayor carga de energía exista o no una prima a la producción y trabajan mejor y de una manera más responsable.

En efecto, tanto estudios de principio del siglo pasado como actuales (6) demuestran que los accidentes de trabajo son más frecuentes y graves cuando las jornadas son alargadas porque la fatiga disminuye la atención y la rapidez de los movimientos, multiplicando las posibilidades de daño. Cuando la jornada diaria supera las 7, 8 u 9 horas, la media de riesgo de accidente aumenta exponencialmente, sin perjuicio de que haya factores añadidos (el tipo de accidente y, quizás, el tipo de trabajo, pero también los tiempos de descanso) que contribuyan a reducir o incrementar esa media. Pero parece claro que el riesgo de accidente puede doblarse si la jornada (de 8 horas) se eleva a las 12 horas. Y lo mismo puede indicarse respecto de las jornadas computadas semanalmente. Y así, mientras que está demostrado que la exposición a jornadas muy extensas tiene un efecto directo y a corto plazo sobre los accidentes de trabajo, otros estudios demuestran empíricamente que unas jornadas muy largas repercuten directa y negativamente (relación lineal) sobre la salud, ahora a medio o a largo plazo; sin perjuicio de que factores diversos, como el tipo de trabajo, ejerzan cierta influencia en el resultado final. Y, precisamente, el tipo de servicio objeto de este estudio, el del personal de pro-

---

(5) http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082363.pdf

(6) Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization*. Final report. 21 December 2010, pp. 33 y ss.

tección civil, requiere de unas condiciones físicas y psíquicas más exigentes que otros trabajos.

Pero no sólo deben computarse esos efectos directos sobre la salud sino que a éstos terminarán por añadirse los efectos indirectos de las jornadas prolongadas, entre los cuales sobresalen la reducción de la calidad de vida o la adopción de comportamientos contraproducentes (consumo de café, alcohol, tabaco, falta de ejercicio).

A lo largo de la historia fueron distintas las razones que se impusieron en el apoyo de la reducción de la jornada. Se «descubrió» entonces la fórmula de distribución del día obrero proclamando la regla de «ocho horas para el trabajo, ocho para el descanso, ocho para la cultura e instrucción» (7). Efectivamente, empezaron a aparecer estudios que demostraban la necesidad de que el trabajador/a dispusiese de horas libres para el desarrollo de su propia personalidad. Los detractores de las jornadas reducidas ponían de relieve los peligros asociados al ocio del trabajo, peligros que bien se cebaban sobre la propia salud del trabajador, bien sobre la productividad de la empresa al acortarse las horas de trabajo (8). Actualmente, no existen muchos estudios que investiguen esa relación entre «jornadas alargadas y tiempo de ocio reducido o nulo», y, sin duda alguna, es más abundante la bibliografía que concierne a la conciliación de la vida familiar y laboral. La mayor parte de los estudios demuestran que el aumento del número de horas de trabajo por semana, especialmente más allá de las 40 horas, perjudica claramente la vida familiar y/o el equilibrio entre vida y trabajo (9).

(7) RAE, J.: *La tournée de Huit heures. Théorie et étude comparée de ses applications et de leurs résultats économiques et sociaux*, París, V. Giard & E. Brière, 1900, traduit par F. STARK, pp. 42-89, valora las aplicaciones de la jornada de ocho horas en distintas industrias.

(8) BERNALDO DE QUIROS, C.: *Derecho social*, Madrid, Instituto Reus, 1932, pp. 85-86, citando *Veinticinco años de legislación social* de Álvaro NÚÑEZ LÓPEZ en que este autor critica la jornada de ocho horas porque perjudica a la producción y en consecuencia el propio obrero que de ella vive y que también es nociva al obrero, porque «al dejarles libres algunas horas facilita el acceso a la taberna y a otros lugares de vicio que desgraciadamente, le atraen»; GALLART FOLCH, A.: *Derecho español del trabajo*, Barcelona, Labor, 1936, pp.240-269.

(9) Deloitte Consulting CVBA/SCRL European Commission DG for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities *Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organization*. Final report. 21 December 2010, pp. 36. VARGAS PRADA, S.: « Resultados de una revisión sistemática sobre la influencia de las largas jornadas de trabajo en la salud de los trabajadores », *Archivos de prevención de riesgos laborales*, vol. 18, n.º 1, 2015, pp. 23-24, una recensión del trabajo de Bannai A., Tamakoshi A., *The association between long working hours and health: A systematic review of epidemiological evidence*, *Scand J Work Environ. Health*, 2014; 40(1): 5-18. doi:10.5271/sjweh.3388. En este trabajo se definió «largas jornadas de trabajo» como el tiempo de trabajo superior a 40 horas a la semana, u 8 horas por día. Debido a que estudios previos han sugerido que el trabajo por turnos es perjudicial para la salud, se excluyeron de esta revisión aquellos estudios donde se incluía trabajadores por turnos para evitar el efecto que esta variable podía tener en la asociación.

No se han encontrado investigaciones que examinen los efectos de la jornada sobre los hijos/as cuyos padres trabajen durante largas jornadas de trabajo, aunque es bien conocido que niños con padres que trabajan a turnos tienen menos probabilidades de alcanzar la educación superior. Tampoco hay evidencias acerca de la relación entre jornadas de trabajo extensas y escasa participación en grupos de interés social como partidos políticos, sindicatos, consejos de comunidad, etc., aunque la posible relación inversa se presenta evidente y lógica (a más horas de trabajo, menor participación social) (10).

Con todo, nadie desconoce que hay profesiones que debido a los bienes que protegen requieren desarrollarse durante las 24 horas del día, por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio. Nos estamos refiriendo a los servicios de protección civil.

El estudio que sigue a continuación empleará la siguiente metodología y sistemática. En primer lugar, se revisará la legislación administrativa respecto del régimen jurídico aplicable a cierto personal funcionario y titular de los servicios de protección civil en materia de tiempo de trabajo, tanto la legislación específica como la general. Los servicios de protección civil que vamos a analizar y las especificidades del régimen estatutario de sus miembros es una materia para cuya regulación resulta habilitada la Comunidad Autónoma en virtud de títulos tales como el régimen local y la regulación del régimen estatutario de los funcionarios/as (art. 149.1.18); aunque siempre actuará con respeto a la legislación básica estatal. Por este último motivo, también se recurrirá al Estatuto Autónomo del Empleado Público, ley básica de ámbito estatal; y a su desarrollo en esta Comunidad Autónoma, la Ley de Empleo Público Vasco, todavía en estado de Anteproyecto. Finalmente, se revisará la legislación laboral por actuar de referencia de la regulación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, desde luego de los laborales (véase el art. 51 del Estatuto Autónomo del Empleado Público Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público —EBEP— (11), sin perjuicio de que la redacción actual, al combinar la regulación específica del EBEP con la remisión a la legislación laboral ha dado como resultado un régimen complejo de ordenación en el que «tendríamos que ir acumu-

(10) Véase UGT : <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=855>

(11) Su texto prevé que «Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente». La doctrina ha criticado la confusa redacción de este precepto, cfr. SALA FRANCO, T.: «El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público», en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, ed. Lex Nova, 2007, pág. 128; GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo del empleado publico laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011, p. 235-236.

lando y aunando las ventajas propias del régimen laboral y funcionarial en materia de tiempo de trabajo» (12). La Directiva 2003/88/CE ocupará también un lugar destacado en este estudio. Asimismo habremos de recurrir a los Acuerdos de las condiciones de trabajo de los colectivos que se analizan en este trabajo, por resultar legislación obligada. La jurisprudencia, estatal como de la UE, así como la doctrina científica especializada en esta materia abundarán en las conclusiones que se alcancen.

II. La regulación jurídica de los servicios de protección civil

Conforme al art. 1 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema de Protección Civil, «la protección civil, como instrumento de la política de seguridad pública, es el servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada». La Ley 15/2012, de 28 de diciembre de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi, describe las situaciones de emergencia, contemplando su art. 58.2 que «El sistema vasco de atención de emergencias y protección civil comprende el conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños a personas y bienes y el patrimonio colectivo por toda clase de peligros o amenazas de origen natural, tecnológico o antrópico, cuando la amplitud o gravedad de sus efectos potenciales o efectivos impliquen una afectación colectiva grave, catástrofe o calamidad pública, así como en otros casos de urgencias o emergencias que puedan derivar en aquellas o pudieran requerir de la coordinación de distintos servicios y operativos», incluyéndose en los anteriores los fenómenos meteorológicos.

Más adelante, el art. 60.2 de la Ley 15/2012 se pronuncia en torno a qué considerar servicios esenciales o básicos del sistema vasco de atención de emergencias y protección civil: «aquellos prestados por una administración, de forma directa o indirecta, cuya concurrencia es necesaria en las situaciones de emergencia, dada su disponibilidad permanente, carácter pluridisciplinar o especialidad, tales como los siguientes:

- a) Los servicios de la red de alerta, incluido el Servicio Vasco de Meteorología.
- b) El Centro de Coordinación de Emergencias de Euskadi.
- c) El Servicio de Intervención Coordinadora.
- d) Los servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento.

(12) LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Regulación del tiempo de trabajo», en CARDENAL CARRO, M. (dir.): *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 536.

- e) Las fuerzas y cuerpos de seguridad.
- f) Los servicios de asistencia sanitaria en emergencias.
- g) Los servicios de lucha contra incendios forestales.
- h) Los servicios de socorro, rescate y salvamento.

Su apartado 3 también señala cuáles serán los «servicios complementarios», esto es los que perteneciendo a administraciones, organizaciones o agrupaciones profesionales o voluntarias, públicas o privadas, se movilizan para concurrir en las emergencias, complementando la intervención de los servicios esenciales, tales como los siguientes:

- a) El voluntariado de protección civil.
- b) Las organizaciones técnicas y profesionales en materia de seguridad que, estando en posesión de cualquier tipo de acreditación para actuar en alguno de los ámbitos reglamentarios de seguridad, prestan colaboración voluntariamente o por requerimiento de las administraciones públicas.
- c) Los bomberos de empresa.
- d) Los servicios de las administraciones públicas no clasificados como esenciales o básicos al sistema, tales como los servicios de mantenimiento de carreteras y obras públicas y la red de albergues y servicios sociales.
- e) Las empresas públicas o privadas, cuando por la naturaleza de su actividad se consideren necesarias para la prestación de asistencia ciudadana. Se consideran incluidos los servicios de suministro, mantenimiento y conservación de redes de telecomunicaciones, agua, gas y electricidad.
- f) Otros medios auxiliares.

Este trabajo no pretende agotar el estudio del tiempo de trabajo de todos los colectivos ínsitos en la noción de servicio esencial o básico de protección civil. Al contrario, nos referiremos a tres profesiones que se han escogido por ser lo suficientemente distintas entre sí como para poder extraer conclusiones lo más completas posibles; y por desempeñarse durante el día y la noche. Este estudio se proyectará, entonces, sobre tres servicios: d) Los servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento; e) Las fuerzas y cuerpos de seguridad; f) Los servicios de asistencia sanitaria en emergencias.

Por ir centrándonos en los servicios esenciales de protección civil a los que se dedica este trabajo, el art. 3 del Anteproyecto de Ley reguladora de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento de Euskadi 2015(13), intitulado «Naturaleza y funciones» retrata aquéllos

---

(13) https://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/5435/Anteproyecto_de_Ley.pdf?1415968247

como «uno de los servicios esenciales o básicos del sistema vasco de atención de emergencias y protección civil de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley 15/2012, de 28 de junio, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi».

Sin embargo, el Capítulo III del citado Anteproyecto que se destina al régimen estatuario del personal dedicado a la prestación de esos servicios, no prevé nada respecto del tiempo de trabajo de este personal, por lo que se intuye ya la importante función que los instrumentos negociadores cumplen en este campo.

III. El marco de la regulación, legal y negocial, de la jornada y los descansos del personal que presta servicios de protección civil

III.1. El marco jurídico-legal o la situación de anomia

En el recorrido por el análisis legal, sirva, en primer lugar, acudir a la *Constitución Española* (CE). El artículo 40.2 de la Norma Fundamental proclama que «los poderes públicos [...] garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral».

La doctrina científica subraya que el aspecto más clásico de la regulación del tiempo de trabajo como mecanismo de protección físico-psíquica, de protección de la salud del trabajador/a es la que parece recogerse también en la Constitución española (14). Y, efectivamente, de acuerdo con el diccionario de la *Real Academia de la Lengua Española*, la segunda acepción del sustantivo «jornada» responde a «tiempo de duración del trabajo *diario*» y parece que no podría aceptarse que el descanso viniera después del transcurso de 24 horas ya que entonces no se traduciría en una *limitación de la jornada* —obviamente porque un día tiene 24 horas— sino que se trataría de un descanso «*tras* un período de 24 horas».

Pero el derecho ínsito en el art. 40 CE requiere ser desarrollado en el ámbito administrativo (véase el art. 53.3 CE) para poder convertirse en derecho alegable. Por eso debemos acudir al marco jurídico-administrativo actual. En la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca art. 73.1 (h), se contempla como deber de los funcionarios el cumplir estrictamente la jornada y el horario de trabajo establecido. Por su parte, el artículo 47 del EBEP, titulado «Jornada de trabajo de los funcionarios pú-

(14) Cfr. MORENO VIDA, M.N.: «Configuración general del tiempo de trabajo: algunas reflexiones críticas», en PERÁN QUESADA, S. (dir. y coord.): *La ordenación del tiempo de trabajo en el siglo XXI. Retos, oportunidades y riesgos emergentes*, Ed. Comares, 2014, p. 38 y ss.; autora que contrasta ese objetivo con otros más presentes a partir de la segunda mitad de los años 90: la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, y el reparto del empleo.

blicos», anuncia que «Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos». Y poco más recoge sobre la jornada, al margen de permitir que sea a tiempo completo o a tiempo parcial.

Continuando por la senda de la revisión de la legislación específica, sin embargo, no se halla ninguna regulación concreta relativa a la posible jornada especial del personal dedicado a la protección civil; menos aún se halla alguna relativa a los servicios básicos. Además, aunque del art. 47 EBEP pudiera parecer que la Administración Pública goza de total libertad para determinar la jornada de trabajo, debe tenerse presente que esta condición de trabajo está comprendida entre las materias sujetas a negociación previa con los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en el artículo 37.1.m) del EBEP; materia que tendrá «el margen que abren las leyes aplicables, entre ellas, los artículos 47 a 50 EBEP, en la medida en que las normas legales aplicables establezcan derechos con carácter de mínimos, lo que no siempre ocurre» (15). Para cierta doctrina científica (16), las Administraciones Públicas deberían afrontar la negociación de estas materias, teniendo en cuenta las exigencias de la productividad y la calidad de los servicios.

No obstante, dado que el art. 47 del EBEP habla de la posibilidad de fijar jornadas especiales sin ligar dicha posibilidad a norma alguna, la doctrina ha admitido en relación con los empleados públicos *laborales* que debe aceptarse, junto a la norma laboral en materia de jornadas especiales, que la Administración Pública pueda fijar, *previa negociación colectiva*, jornadas especiales frente a la jornada ordinaria instituida (17). En este trabajo se opina que lo mismo puede predicarse respecto de las jornadas especiales de los funcionarios públicos; incluso con más argumentos ya que el art. 47 se titula «Jornada de trabajo de los funcionarios públicos».

Finalmente, la Disposición Adicional Decimoctava de la *Ley de la Función Pública Vasca* (18) insiste en el patrón de «jornada» al referirse a ciertas medidas de reparto y reordenación del tiempo de trabajo.

---

(15) SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 2013, Séptima Edición, p. 279-280.

(16) De nuevo, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública...*, *op. cit.*, p. 280.

(17) GIL PLANA, J.: «El tiempo de trabajo...», *op. cit.*, p. 240. El autor observa de que esa posibilidad que se ve refrendada en la práctica negocial, tanto anterior o posterior al EBEP, en la que se contemplan distintas formulaciones de jornadas especiales.

(18) «Al objeto de posibilitar medidas de reparto y de reordenación del tiempo de trabajo, las Administraciones Públicas vascas podrán conceder al personal incluido en el ámbito de aplicación de la presente ley la reducción de su *jornada* de trabajo con la correspondiente minoración de retribuciones, siempre que las necesidades del servicio y la planificación de los recursos humanos lo permitan y dentro de los límites presupuestarios de cada Administración». La cursiva es nuestra.

Por su parte, el *Anteproyecto de Ley sobre el Empleo Público Vasco* cuyo ámbito de aplicación abarcará a los servicios de protección civil en el caso de que se apruebe (art. 4) (19) desarrolla algo más el capítulo dedicado a la jornada, donde debe llamarse la atención sobre la definición de ese Servicio en el art. 169.1 y, por supuesto, sobre el patrón de «jornada» que utiliza, definiéndose ésta como el «tiempo durante el cual el personal empleado público debe permanecer en el trabajo *a disposición* de la entidad correspondiente y en el ejercicio de su actividad y de sus funciones». Adviértase que la norma administrativa rehúsa referirse al «centro de trabajo» y opta por un concepto más amplio como es «estar a disposición»; en una elección muy próxima a la referencia a permanecer «en el ámbito de organización del empleador» que contiene el art. 1.1 ET.

De manera similar a como lo hace el EBEP se pronuncia este Anteproyecto en relación con el establecimiento de la jornada general y las especiales de trabajo, es decir, realizando una remisión completa a la negociación colectiva. Por medio de este instrumento colectivo se determinará también la duración de la jornada y su distribución a lo largo del año. Una vez efectuada esa llamada de actuación a la autonomía colectiva, el Anteproyecto de Ley prevé una limitación «incompleta» de la jornada a través del tiempo de descanso, ya que sólo hace alusión al descanso de vacaciones y a los permisos por asuntos particulares en el art. 169.2 (20).

Yendo a la legislación especial de cada uno de estos colectivos, en el caso del personal estatutario del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, encuadrados sus servicios de urgencia dentro de la protección civil (art. 60.2 Ley 15/2012, citada), su legislación general (Ley 8/1997, de Ordenación Sanitaria de Euskadi), a pesar de regular condiciones de trabajo como la determinación del salario o el procedimiento de clasificación profesional como «normas comunes» a desarrollar en los respectivos estatutos de cada personal (art. 28), tampoco se ocupa del tiempo de trabajo. Su art. 28 recoge un tibia referencia a los «derechos de remuneración que corresponda, descanso necesario, no discriminación, sindicación, huelga y participación en la determinación de las condiciones de trabajo». Ahora bien, conviene subrayar que la Ley 8/1997 apela al «descanso necesario», única alusión al tiempo de trabajo que

(19) Su texto prevé que «El personal de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamento se regirá por la presente Ley, sin perjuicio de las peculiaridades que se establecen en su legislación específica».

(20) «Las Administraciones Públicas vascas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de su personal, previa negociación colectiva al efecto. La jornada de trabajo fijará su duración total anual y la distribución de la misma. En todo caso, esta distribución deberá garantizar el tiempo de descanso correspondiente a vacaciones y a permisos por asuntos particulares que corresponda al personal empleado público».

efectúa esta ley, quizás por ser más importante para ese colectivo que la determinación del módulo de la jornada.

También es oportuno traer a colación el caso del personal de la Ertzaintza-Policía vasca, en cuanto que se trata de personal que presta un servicio público de protección civil (art. 60.2 de la Ley 15/2012, citada). La Ley 4/1992, en su art. 77, después de efectuar una alusión general a la determinación de la duración y ordenación de la jornada de trabajo y el régimen de descansos (apdo. 1), permite que «En casos excepcionales, cuando existan razones de servicio que lo hagan necesario, los funcionarios podrán ser requeridos para el servicio fuera de su *jornada* de trabajo. Asimismo, y por las mismas razones, podrá imponerse la obligación de permanecer en las dependencias policiales o mantenerse en situación de disponibilidad» (apdo. 2)(21).

Ni la Ley 1/1996, de 3 de abril, de gestión de emergencias, ni el Anteproyecto de Ley reguladora de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento de Euskadi 2015, como legislación específica, recogen nada que responda a esta duda que nos ocupa.

Por último, conviene hacer hincapié en la referencia que se hace en el EBEP a la legislación laboral aplicable en relación con el personal laboral (art. 169.4), volviendo a referirse a la «jornada» (22).

En definitiva, la legislación administrativa general y específica de los servicios de protección civil no contempla ninguna limitación específica de la jornada por medio del reposo diario ni tampoco determina cuál será el descanso diario, semanal, etc., de ese personal (excepción hecha de la referencias genéricas al «descanso necesario», etc.). No obstante, queda claro que la forma de la determinación de la prestación de trabajo en el ámbito administrativo es la «jornada», y no el «turno» o los «módulos».

Con todo, la descripción del marco normativo quedaría incompleto si no acudiéramos a la regulación convencional.

III.2. Algunos modelos de regulación convencional del tiempo de trabajo del personal de protección civil de la Comunidad Autónoma Vasca

Ante la escasa regulación del tiempo de trabajo por parte de la legislación jurídico-administrativa, es difícil responder a la cuestión de cuáles

---

(21) La cursiva es nuestra. Es el art. 103.3 de la Ley 4/1992 el que contempla la jornada como materia de negociación colectiva, si bien sujeta a lo negociado en la Mesa General de negociación constituida para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma; de modo que la jornada máxima anual de trabajo regulada en este ámbito actuará de límite para el ámbito inferior de negociación.

(22) «La jornada del personal laboral se regirá por lo previsto en este artículo y por la legislación laboral que sea de aplicación».

son los límites que la negociación colectiva se topa en este campo. Conforme al art. 38 del EBEP, y al amparo del reconocimiento de la negociación colectiva de los funcionarios que provee el art. 31 de esa ley, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones, tiempo de trabajo incluido (letra m).

Sin embargo, dado el carácter de urgencia e inmediatez que plantea la prestación de esos servicios, debido a la naturaleza esencial de los bienes que protegen, podría plantearse la hipótesis de la necesidad de adecuar la prestación de estos servicios al interés elevado que prestan, yendo más allá —y no buscando precisamente la mayor favorabilidad del personal— del régimen legal establecido para el resto de los funcionarios y/o trabajadores; esto es, cabe preguntarse hasta qué punto la negociación colectiva puede «afectar» lo dispuesto —o no dispuesto— en la ley, ya sea a fin de prestar un servicio lo más eficaz posible dirigido a garantizar un bien tan esencial, ya sea a fin de combinar ese objetivo y el principio de «lex favoritatis», en cuanto a la posibilidad de que las partes elijan el Derecho aplicable. Incluso podría plantearse la hipótesis de forma más acabada: ¿es posible que los sujetos negociadores de un Acuerdo colectivo regido por la legislación administrativa creen Derecho «ad hoc»?

Acerquémonos, pues, a algunos ejemplos convencionales, conforme a la selección efectuada en la Introducción de este trabajo: los servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento; las fuerzas y cuerpos de seguridad; y los servicios de asistencia sanitaria en emergencias. Las tres son actividades que pueden (y suelen) desenvolverse durante el día y la noche, de modo que se suelen articular turnos de trabajo entre su personal.

En el caso del personal de la Ertzaintza y del personal estatutario del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, el Decreto 12/2016, de 2 de febrero, por el que se establece la jornada de trabajo anual para el año 2016 para el personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi (23), incluye dentro de su ámbito de aplicación, al personal de la Ertzaintza y de Osakidetza-Servicio Público de salud (art. 1.1) (24). Por otra parte, la aprobación del Decreto 173/2013,

(23) BOPV de 8 febrero 2016.

(24) En cualquier caso debe recordarse que sigue vigente la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012; ley que amplió la jornada general del trabajo en el Sector Público a 37 horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Véase la Disp. Adic. Septuagésima primera de la citada Ley que incluye en su ámbito de aplicación a «a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local».

de 5 de marzo, por el que se establece la jornada anual, para el ejercicio 2013, del personal funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, entre los que se encuentra el personal de Osakidetza-Servicio vasco de salud, obligó a aprobar el Decreto 351/2013, de 21 de mayo, de modificación del Decreto por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza-Servicio vasco de salud, para los años 2007, 2008 y 2009 (BOPV 27 Mayo 2013); evidencias, todas, de la tendencia a la homogenización *cuantitativa* —que no *cualitativa*— de la jornada laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas.

En el Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de Osakidetza se contempla la posibilidad de trabajar durante 24 horas seguidas, pero estos turnos se realizan únicamente como excepción y bajo ciertas condiciones. En efecto, el artículo 30 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza-Servicio vasco de salud, para los años 2007, 2008 y 2009 (25), titulado, *Jornada y descansos diarios*, prevé en su apartado 1 que «El tiempo de trabajo correspondiente a la jornada ordinaria (26) no excederá de doce horas ininterrumpidas. No obstante, mediante la programación funcional de las Organizaciones de servicios de Osakidetza se podrán establecer jornadas ordinarias de *hasta veinticuatro horas para determinados servicios o unidades sanitarias, con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales*» (27). Ese mismo artículo contempla algunas excepciones al descanso inter-jornadas, descanso que «se reducirá, en los términos que exija la propia causa que lo justifica, en los siguientes supuestos:

- a) En el caso de *trabajo a turnos*, cuando el personal cambie de equipo y no pueda disfrutar del período de descanso diario entre el final de la jornada de un equipo y el comienzo de la jornada siguiente.
- b) Cuando se sucedan, en un intervalo inferior a doce horas, tiempos de trabajo correspondientes a *jornada ordinaria y/o jornada complementaria*» (28).

También es oportuno traer a colación el caso del personal de la Erztaintza-Policía. Al regular la jornada y el tiempo de descanso, el *Decreto 4/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Acuerdo regulador de las*

---

(25) BOPV de 27 de mayo 2013.

(26) En este trabajo no se abordará la naturaleza de las horas complementarias recogidas por el Acuerdo regulador citado. Su objeto es, por tanto, la jornada ordinaria.

(27) Las cursivas son nuestras.

(28) Las cursivas son nuestras.

condiciones de trabajo del personal de la Ertzaintza para los años 2011, 2012 y 2013(29), por ejemplo, dispone en su art. 16.3 que «Con carácter general, cualquiera que sea el régimen de organización de trabajo en la Ertzaintza, *entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente, mediarán como mínimo 12 horas de descanso*. Asimismo entre cada semana de trabajo mediarán como mínimo 48 horas de descanso. Estas condiciones tendrán las correspondientes adecuaciones en cada tipo de régimen horario y no serán de aplicación en aquellos regímenes horarios en que así se prevea» (30).

De esta forma, el art. 19 de ese mismo Acuerdo estipula en su apdo. 5 que «En el régimen horario de turnos la jornada planificada diaria será de 8 horas, de lunes a viernes. En las jornadas planificadas de trabajo de los sábados y los domingos habrá *12 horas* entre la hora de entrada y salida. Excepcionalmente, en el ciclo de tres semanas, podrá determinarse la prestación de las jornadas de Mañana y Tarde, en régimen de jornada partida». Ese mismo artículo, en su apdo. 6 II, permite la excepción «excepcional» de no descansar durante 12 horas: «Cuando, como consecuencia del cambio de turno, *no pudiera ser respetado el descanso de doce horas hasta la hora de inicio de la jornada siguiente*, el/la ertzaina podrá disfrutar de un permiso por todo el turno planificado de trabajo, siempre que lo permitieran las necesidades del servicio, siendo computado como de trabajo» (31). Incluso el art. 20 «in fine», en relación con las posibles permutas, es taxativo al consignar que «La realización de estas permutas no podrá tener como consecuencia el incumplimiento de las garantías de descanso» (las cursivas son nuestras). Y estas disposiciones se completan con el Anexo II que establece el régimen horario de turnos con horarios de entrada, por ejemplo, de 6:00 ó 7:00, el equipo del turno de mañana, y de 14:00 ó 15:00, el equipo del turno de tarde; de manera que no se superan las ocho horas diarias.

En cambio, en el caso del Servicio de Bomberos que prestan sus servicios para la Diputación Foral de Gipuzkoa, la excepción se convierte en norma. Para comenzar se recordará que ni la Ley 1/1996, de 3 de abril, de gestión de emergencias, ni el Anteproyecto de Ley reguladora de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento de Euskadi 2015, como legislación específica, recogen nada que responda a esta duda que nos ocupa, de manera que, en principio, la normativa convencional abordaría el tiempo de trabajo del personal bombero a partir de una situación de anomia.

(29) BOPV de 20 enero 2012.

(30) Las cursivas son nuestras.

(31) Las cursivas son nuestras.

Y así, por ejemplo, en el *Acuerdo regulador de las condiciones de empleo del personal adscrito al Servicio de Bomberos de la Diputación Foral de Gipuzkoa de 10 de mayo de 2012* se implantan módulos de 24 horas de la forma que se expone a continuación. En el preámbulo del Acuerdo, las partes, tras declarar que «dicho sistema de trabajo resulta perfectamente compatible con las exigencias que se derivan del respeto a la normativa en materia de seguridad y salud laboral» y de asegurar que se trata de «un modo de organización del tiempo de trabajo muy frecuente en el entorno estatal y comunitario», adoptan una serie de compromisos para la implantación progresiva de la reorganización del servicio de bomberos. En lo que aquí interesa se destacarán, del Acuerdo, las condiciones relativas a los descansos entre turnos, las cuales se transcriben a continuación:

- Entre turnos existirá como mínimo un descanso de 48 horas
- No se trabajará más de 48 horas en un plazo de 7 días, siempre en periodos de cuatro meses, según lo dispuesto por la directiva europea
- Por lo demás, se cumplirá lo establecido en el acuerdo de 2006.

Al objeto de arrojar luz sobre el turno tan prolongado que se trabaja en el Servicio de Bomberos de Gipuzkoa, se quiere llamar la atención sobre las «Condiciones» recogidas en el propio Acuerdo. Efectivamente, «los turnos comenzarán al mediodía, a las 14:00 horas. No existirá una pausa para comer, es decir «quien entra, entrará comido, y quien salga, saldrá sin comer»; si bien el Acuerdo prevé que habrá una pausa «intra-jornada» para cenar y para desayunar; siempre y cuando «no exijan un uso prolongado, siempre dentro del horario establecido para cenar y desayunar» y, huelga decirlo, se entiende que el personal se deberá encontrar en el centro de trabajo o, si se prefiere, dentro del ámbito de organización del servicio.

De todo lo anterior se colige que las tandas de los bomberos no son turnos de intervención excepcionales, como ocurre en los otros dos colectivos estudiados; algo que se evidencia al acudir al Calendario laboral del Servicio de Bomberos de la Diputación de Gipuzkoa para 2015, que establece un único módulo o turno de 24 horas⁽³²⁾, constituyéndose turnos cíclicos de 18 semanas. Durante las primeras seis semanas del primer semestre del año se trabajan 10 turnos de 24 horas, al cabo de los cuales los bomberos/as descansan durante tres semanas. Y en el segundo semestre se repite el mismo esquema. El bombero/a trabaja un turno de 24 horas (de las 14:00 horas de un día a las 14:00 horas del siguiente) y

---

(32) Se sigue el documento Gipuzkoako Foru Aldundia: *Criterios de sustitución y gestión de listas de bomberos*. (Revisión noviembre 2015).

estará disponible para trabajar otro turno de 24 horas pasados dos días, sin sobrepasar el límite de 48 horas de trabajo a la semana.

Llegados a este punto no puede obviarse la especial prestación que se necesita para desempeñar el tipo de trabajo que realizan estos cuerpos de protección civil como tampoco los indeseables efectos que debe infligirles esa prolongación selectiva de jornadas. En efecto este supuesto plantea el interrogante de si es conforme a Derecho establecer la jornada en módulos de 24 horas continuadas, con o sin justificación excepcional que los avale.

Veamos a continuación cómo se pronuncia la legislación laboral.

IV. La normativa jurídico-laboral. Posible marco de referencia

Al hilo de lo que se apuntaba en la Introducción de este trabajo, procede acudir también a la legislación laboral, norma de referencia de la administrativa en relación con las condiciones de trabajo del personal que presta sus servicios para las Administraciones Públicas(33).

De conformidad con el art. 34.1 del *Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, ET)* «la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual».

A continuación, el mismo artículo dispone otros límites diarios, modificables por convenio colectivo o acuerdo de empresa, aunque lo que aquí interesa es que conforme al art. 34.3 ET, el mínimo de 12 horas de descanso diario es un límite de Derecho necesario absoluto, «tope legal de carácter absoluto en relación a cualquier sistema de ordenación del tiempo de trabajo» (34), no modificable ni por la autonomía colectiva ni por la autonomía individual de las partes (art. 3.5 ET). Y así, según el art. 34.3 ET «Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas» (35).

(33) Como expone la doctrina «Entre ambas normas tiene lugar un juego de remisiones —principalmente unilaterales, del EBEP hacia el ET— que no siempre permiten dilucidar con exactitud el régimen jurídico de una institución o un derecho propio del trabajo asalariados. Así sucede, de manera paradigmática, en relación con los derechos de jornada, permisos y vacaciones», GARCÍA TORRES, A.: *Ordenación del tiempo de trabajo, igualdad y corresponsabilidad en las Administraciones Autonómicas*, CES, 2012, p. 104.

(34) LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Descansos semanales...», *op. cit.*, p. 39, quien lo exceptúa de determinadas excepciones reglamentarias.

(35) El artículo continúa exigiendo que «El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, *respetando en todo caso el descanso entre jornadas*». La cursiva es nuestra.

Este precepto está en total consonancia, como no podía ser de otra forma, con la legislación internacional en la materia. El *Convenio de la OIT sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas)*, 1930 (núm. 30), ratificado por España, prevé en su artículo 4 que «Las horas de trabajo por semana previstas en el artículo 3 podrán ser distribuidas [sic] de suerte que el trabajo de *cada día* no exceda de diez horas» (36).

El artículo es suficientemente claro respecto de su naturaleza de «ius cogens» en relación con el descanso diario pero, por si aún no fuera suficiente, el principio de irrenunciabilidad de derechos recogido en el art. 3.5 ET (37) se encarga de reforzarlo. En conclusión, ni siquiera cuando los trabajadores dependientes den su consentimiento —carente de vicios de nulidad—, bien a través de la autonomía individual, bien a través de la autonomía colectiva como serían los casos que nos ocupan (en el supuesto de que fuera aplicable), a la renuncia de una condición laboral reconocida por ley, como es ésta, se tomaría por ajustada a Derecho (38).

No obstante, respecto de esta materia, también debe acudir al *Real Decreto 1561/1995, 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo (RJE)*, legislación que contempla distintas variaciones de jornada como de descansos en comparación con la legislación general prevista en el ET. Más específicamente, el RJE prevé expresamente unos descansos intrajornada de mayor duración que el previsto legalmente en el art. 34.3 ET, así como la distribución del descanso mejorado en atención a las exigencias de recuperación del trabajador/a y a la organización de la actividad laboral, según se trate de supuestos de ampliación o limitación del tiempo de trabajo diario. Pero la doctrina (39) también destaca que la autonomía colectiva o individual pueden determinar otros periodos de descanso comprendidos dentro de la jornada distintos de los previstos en la legislación laboral, «*con el fin de reducir la extensión del trabajo continuado*». Precisamente, ésta ha sido la opción contemplada en el RJE, que permite el pacto libre del descanso en determinadas actividades no contempladas en la norma reglamentaria, de modo que su art. 1.2 «in fine» expresa que «Las disposiciones generales del Estatuto de los Trabajadores serán aplicables en cuanto no se opongan a las especiales que en este Real Decreto se establezcan».

---

(36) La cursiva es nuestra.

(37) Su texto indica que «Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos que tengan reconocidos como indisponibles por convenios colectivos».

(38) En la doctrina, por todos, EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo.., op. cit.*, p. 243.

(39) LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Los descansos comprendidos dentro de la jornada» su aplicación a las jornadas laborales de carácter especial», *Temas Laborales*, n. 27, 2004, p. 124-125.

En el RJE existen trabajos donde se permite un reposo entre jornadas más reducido o acumulable en períodos más largos que una jornada. Sin embargo, como es normal, no se encuentra el trabajo de salvamento entre las jornadas ampliadas que permiten acumular el descanso entre jornadas; seguramente porque ese personal suele ser funcionario y/o interino. Pero el trabajo que realizan determinados servicios o unidades sanitarios, la Ertzaintza o el personal bombero podría «asimilarse» (40) al definido en la Sección 5.ª del RJE con el rótulo «Trabajos en determinadas condiciones específicas». El art. 19 del RJE, titulado *trabajo a turnos*, permite en su enunciado, «cuando así lo requiera la organización del trabajo», que el día y medio de descanso semanal provisto por el ET, o bien se acumule «por períodos de hasta cuatro semanas» o bien se separe del día completo «para su disfrute en otro día de la semana». Ahora bien, respecto del descanso mínimo entre jornadas, la norma reglamentaria exige de nuevo que se disfrute, sin perjuicio de que cuando al cambiar el trabajador/a de turno de trabajo no pueda disfrutar del descanso mínimo entre jornadas de 12 horas, éste se reduzca, articulando, a su vez, dos garantías a favor del trabajador/a: que «en el día en que ocurra esa reducción» la duración del descanso sea, como mínimo, de siete horas; y compensándose la diferencia del descanso hasta las doce horas establecidas con carácter general en los días inmediatamente siguientes.

Conforme a esta legislación de desarrollo del ET, que en todo caso es excepcional al régimen de descanso entre jornadas de doce horas (art. 34.3 ET) y que se justifica por las necesidades organizativas de la empresa, que puede constituirse en turnos rotatorios o fijos(41), y dado que el personal que presta servicios de protección civil tienen una referencia

(40) Mayoritariamente, la doctrina entiende que sólo pueden acogerse al régimen especial de descansos del art. 19 las empresas en las que se realicen actividades por equipos de trabajadores en régimen de turnos rotatorios. La doctrina ha interpretado que por equipos de trabajadores a turnos hay que entender que se trata de turnos en el sentido del art. 36.3 LET, es decir, que se trata de lo que se conoce coloquialmente como turnos rotatorios, exigiéndose en consecuencia, que el trabajador ocupe sucesivamente el mismo puesto de trabajo en diferentes horarios a lo largo de un período de días o semanas. Queda excluida la aplicación de este régimen especial de descanso en lo que se conoce como turnos fijos, que propiamente no consisten en trabajo a turnos, ya que aunque el mismo puesto de trabajo se ocupa sucesivamente por varios trabajadores, éstos lo ocupan siempre en las mismas horas (turno fijo de mañana, de tarde) no cambiando, por tanto, de horario, vid. ALFONSO MELLADO, C.A. y PEÑA OBIOL, S.: *Vacaciones, fiestas y descanso semanal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 71; LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Descansos laborales y tiempo de trabajo. Régimen de los descansos diario y semanal y de los días festivos*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2004, pág. 175.

(41) Comparto la postura defendida por CORRALES MORENO, M.A.: *Condiciones laborales del trabajo nocturno*. Tesis doctoral dirigida por L. López Cumbre. Universidad de Cantabria, 2016, p. 158-159, conforme a la cual si no la Directiva, el art. 19 RJE se aplicaría a todo tipo de empresas que se organicen con turnos, sean éstos rotatorios (Directiva) o fijos.

específica en la Directiva de 2003 como se verá más adelante(42), no sería conforme a Derecho la prestación de servicios efectuada ininterrumpidamente durante 24 horas; ya que la excepción al descanso entre jornadas de doce horas que prevé el art. 34.3 ET contempla un asueto de siete horas al día, algo que no ocurre en los turnos de 24 horas. Es cierto, y ya se ha advertido, que nos movemos en el ámbito de lo laboral, que no se corresponde con la naturaleza de los servicios prestados por los bomberos/as. Pero adviértase que, si por objeto de la actividad empresarial, se recurre a los descansos aminorados o más reducidos, su uso, en cualquier caso, debe ser restrictivo, además de tener que ir seguidos de una inmediata compensación. Se trata de supuestos en los que en virtud del cambio de turno no se pueda disfrutar de las doce horas de descanso que prescribe el art. 34.3 ET. En tales casos, y *sólo en el día que así ocurra*, podrá reducirse el descanso mínimo entre jornadas hasta un mínimo de siete horas. De tan estricta regulación se deduce que es imposible recurrir asiduamente a tales restricciones, y menos aun afectando sucesivamente a los mismos trabajadores/as (43).

En resumen, la normativa aplicable, claramente respecto de los trabajadores por cuenta ajena, es la ley, esto es, el art. 34.3 ET —interpretado conforme a la Directiva y su jurisprudencia según se observará más adelante—, de acuerdo con la jerarquía de normas que propugna la *Constitución Española* (art. 9), como el Estatuto de los Trabajadores (art. 3.3).

Sin embargo quizás la legislación comunitaria que ordena el tiempo de trabajo sea directamente aplicable porque, como se anticipaba más atrás, sí se refiere concretamente a los servicios de protección civil.

V. La Directiva 2003/77/CE sobre aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y su transposición al ordenamiento español

No cabe duda de que el tiempo de trabajo es una condición de trabajo pero, simultáneamente, se trata de una de las instituciones cuya regulación contribuye a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo. Por este motivo la primera Directiva que abordó el tiempo de trabajo

---

(42) Entre los argumentos a favor de la aplicación de la definición legal, con base en la excepcionalidad misma de la regulación contenida en el art. 19 RDJE frente al régimen general de descansos, se ha indicado que, al afectar a la salud de los trabajadores, hay que aplicarla con carácter restrictivo, de tal forma que no se puedan beneficiar de este régimen especial aquellos supuestos a los que no se les aplicaría el resto de las normas proteccionistas referidas al concepto legal de trabajo a turnos, CARCELÉN GARCÍA. J.: *El sistema de trabajo a turnos y su problemática*, Madrid, Fundación Confemetal, 2000, pág 297.

(43) MORÓN PRIETO, R.: «Novedades en la ordenación de las jornadas especiales de trabajo», *Relaciones Laborales*, n 1, 1997, pp. 9-10. LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Descansos semanales...», *op. cit.*, p. 50. En ese mismo sentido, STSJ Castilla León/Valladolid, 16 octubre 2006, Ar. 2619 (F.J. 4).

adoptó como base, aunque no sin falta de polémica (44), el desarrollo de la materia de seguridad y salud en el trabajo (45). Y la ordenación del tiempo de trabajo, con los períodos de descanso incluidos, constituye un principio general de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores (46). Y, de nuevo, ese mandato de la Directiva aplicable también en el sector público no se ha desarrollado respecto del tiempo de trabajo en lo que se refiere a los/las funcionarios/as.

La solución adoptada por otro texto legal ligado directamente con la prevención de riesgos laborales, *la Ley 31/1995, de 8 de noviembre*, fue distinta ya que su articulado es tajante cuando mandata que se aplique al «personal con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta Ley» (art. 3.1). Con todo, las disposiciones de la Directiva de 2003 relativas a la salud en relación con el tiempo de trabajo se han transpuesto básicamente en el Estatuto de los Trabajadores, norma jurídica de cuyo ámbito de aplicación se excluye el funcionariado (art. 1.3 ET). Aún así, merece la pena llamar la atención sobre la «propensión» de la legislación administrativa a importar a su ámbito las normas aplicables en el campo laboral relativas a las condiciones de trabajo de su personal.

El hecho de que convivan, en un mismo espacio, personal por cuenta ajena y personal estatutario y funcionario explica sin duda esa cierta homogeneización de sus condiciones laborales. En efecto, si acudimos a los estudios que se han realizado sobre la jornada y el descanso entre

(44) La misma se plasmó en el planteamiento de un recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el Reino Unido, que entendía que la base aducida, el artículo 118A del Tratado Constitutivo de la Unión Europea en la versión anterior al Tratado de Ámsterdam de 1997 era incorrecta. El Reino Unido interpuso recurso de anulación de la Directiva, siendo su razonamiento principal el hecho de que el tiempo de trabajo no se incardina en la seguridad y salud, sino entre las condiciones de trabajo. El TJCE resolvió en su sentencia 213/1996, de 12 de noviembre, As. C-84/1994, desestimando el recurso en su práctica totalidad, salvo en lo relativo al descanso semanal en domingo. La sentencia afirma de forma tajante que lo que regula la Directiva es la seguridad, la higiene y la salud de los trabajadores, y que a falta de otras precisiones los conceptos de seguridad y salud no deben interpretarse de forma restrictiva, en el sentido de que se refieren a todos los factores que pueden afectar a la salud y a la seguridad del trabajador. Por lo tanto, la sentencia declara que la ordenación del tiempo de trabajo no aparece necesariamente concebida como un instrumento de creación de la política de empleo y las medidas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo que constituyen el objeto de la Directiva contribuyen directamente a la mejora de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

(45) La discusión sobre este carácter bifronte de la ordenación del tiempo de trabajo ha sido ampliamente reflejada en la doctrina, vid entre otros MERINO SENOVILLA, H.: «La jornada de trabajo», en AA.VV.: Coordinador VALDÉS DAL RÉ, F.: *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 375 y RIVERO LAMAS, J.: «Régimen de la jornada y los horarios en la reforma del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral*, núm. 47, 1995, pág. 27.

(46) Sentencia Jaeger, citada, apdo.97.

jornadas, resulta indudable que es más favorable para la salud del trabajador/a descansar entre jornadas (12 horas) que hacerlo de manera acumulada cada dos jornadas (turnos de 24 horas), sin perjuicio de otros intereses que pueden conducir a los trabajadores/as o funcionarios/as a preferir lo segundo. Recuérdese que el propio Preámbulo de la Directiva últimamente citada expone en su apdo. 4.º y bajo el enunciado «*Utilidad de la directiva*» que «La mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores en el trabajo representa un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter puramente económico».

En esa línea, cabe reproducir también la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (47). Aunque sus disposiciones son eficaces ante la UE y los Estados miembros sólo cuando se aplique el Derecho de la Unión (art. 51 y ss. de la Carta), por hallarnos precisamente en el terreno de la aplicación e interpretación de una directiva europea, ésta de 2003, su invocación es totalmente procedente. Efectivamente, el art. 31 de la Carta, bajo el rótulo «Condiciones de trabajo justas y equitativas» proclama que «Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad» para reclamar a continuación que «Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso *diarios* y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas» (48).

Las materias de la seguridad y la salud, y la limitación de la duración máxima de trabajo se contemplan en el mismo artículo, si bien en apartados diferentes. Pero se quiere arrojar luz sobre el hecho de que la Carta sitúa el descanso «en el día» (diario), asueto que en algún caso de los analizados en este trabajo no se contempla.

Al reparar de nuevo en la Directiva 2003/77/CE, no debe olvidarse el tenor imperativo o dispositivo de los artículos de la misma como, tan importante como lo anterior, el principio de mayor favorabilidad que viene ínsito en su articulado y que actúa en la relación entre el Derecho derivado de la Unión Europea y el Derecho estatal. Por una parte su artículo 2 dispone, con carácter general, que la Directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo (apdo. 1), para concretar a continuación que «se aplicará a) a los períodos mínimos de descanso diario, de descanso semanal y de vacaciones anuales, así como a las pausas y a la duración máxima de trabajo semanal, y b) a determinados aspectos del trabajo nocturno, del trabajo por turnos y del ritmo de trabajo» (apdo. 2).

---

(47) 2000/C 364/01.

(48) La cursiva es nuestra.

Como en cualquier directiva, también en ésta son especialmente interesantes los Considerandos de su Preámbulo. Y en él destaca la importancia que la Directiva presta a los periodos de descanso de los trabajadores. Tan es así que de diecisiete considerandos, entre los cuales varios son de carácter sistemático, el quinto apela a los «periodos de descanso adecuados» de los trabajadores, exigiéndose un descanso mínimo diario, semanal y anual, y periodos de pausa adecuados. El primer Considerando sustancial, esto es el cuarto, se destina a plasmar el gran objetivo al que se debe esta directiva: la mejora de la seguridad, de la higiene y de la salud de los trabajadores.

Otra de las temáticas o derechos sobre los que insiste este Preámbulo es el trabajo nocturno. De modo que de esos diecisiete considerandos, cinco se refieren expresamente al trabajo nocturno.

Ahora bien, antes de profundizar en los aspectos destacados más arriba, conviene adentrarnos en el binomio sector público-sector privado como campos de aplicación de esta Directiva.

V.1. Aplicación de la Directiva 2003/88/CE al ámbito del sector público

Se insistirá que la Directiva 2003/88/CE se aplica también al sector público(49). No obstante, su art. 2, apdo. 3.º condiciona dicha aplicación en un doble sentido: «La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividad, privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14, 17, 18 y 19 de la presente Directiva», preceptos que contienen disposiciones referidas a algunas actividades de la protección civil.

La Directiva 89/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo(50) delimitaba en sus incipientes artículos cuál era su ámbito de aplicación, descartándose su proyección (art. 2.2) *«cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil»*. En este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva»(51).

(49) Sobre las modificaciones que ha sufrido esta Directiva, véase FERRADANS CARAMÉS, C.: «La controvertida reforma de la directiva sobre la ordenación del tiempo de trabajo», *Temas Laborales* n.º. 86, 2006, pp. 97 y ss.

(50) DO L 183 de 29.6.1989, p. 1.

(51) La cursiva es nuestra.

El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de julio de 2005, haciendo alusión a la doctrina» Pfeiffer» (52), determinó que no cabía excluir del ámbito de aplicación de esa Directiva (se refería a la predecesora de la Directiva de 2003, la 93/104/CE) los servicios de protección civil en cuanto tales, sino «únicamente determinadas actividades específicas de dichos servicios cuyas particularidades se puedan oponer de manera concluyente a la aplicación de las normas enunciadas por la citada Directiva» (53).

La Directiva, al exceptuar determinadas actividades prestadas por la función pública o la protección civil del ámbito de su aplicación (art. 2.2, l) se refería, según el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citado, a «los servicios indispensables para la protección de la seguridad, de la salud y del orden públicos *en circunstancias de especial gravedad y magnitud —por ejemplo, una catástrofe—* que se caracterizan, en particular, por el hecho de que puedan exponer a los trabajadores a riesgos considerables en cuanto a su seguridad y/o a su salud y no se prestan, por naturaleza a una planificación del tiempo de trabajo de los equipos de intervención y de socorro» (54).

Y, más claramente, el citado Auto, en su apartado 51, expone que «las actividades ejercidas en *condiciones normales* en el seno de las fuerzas de seguridad y de socorro (...) se hallan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 89/391»; de modo que (apdo. 52) «*esta Directiva debe aplicarse a las actividades de los bomberos*, aun cuando éstas se ejerzan por la fuerzas de intervención sobre el terreno [...] dado que se realizan en *condiciones habituales*, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, y ello aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud» (55). Doctrina que encontrará la salvedad «en caso de catástrofes naturales o tecnológicas, los atentados accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva» (apdo. 54).

Como conclusión preliminar, por tanto, ninguna de las actividades prestadas por el personal de protección civil seleccionado en este trabajo

---

(52) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) UE de 5 de octubre de 2004. En los asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01.

Asimismo cabe citar la STJUE Feuerwehr Hamburg, de 14 julio 2005.

(53) C 52/04, Considerando n.º 45.

(54) Apartado 45.

(55) La cursiva es nuestra.

está excluida, de base, del ámbito de aplicación de la Directiva; aunque sí será posible excluir la aplicación de *algunas normas particulares* de la misma a los servicios de protección civil, como se verá más adelante.

Antes de emprender esa otra tarea, quizás convenga ahora delimitar correctamente qué es tiempo de trabajo y qué es tiempo de descanso; y ello en aras de revelar si los turnos que instauran algunos Acuerdos reguladores que estamos analizando se corresponden en su totalidad con el trabajo efectivo.

V.2. Distinción entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso a la luz de la Directiva y de su jurisprudencia

En el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE se define el tiempo de trabajo como «todo período durante el cual el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales». Y el período de descanso⁽⁵⁶⁾, por exclusión, se caracteriza como todo período que no sea tiempo de trabajo. En la Directiva no existe ninguna categoría intermedia, por lo que un período concreto de actividad sólo puede ser considerado tiempo de trabajo o de descanso.

Por eso, conforme a la Directiva, será considerado «tiempo de trabajo» permanecer durante 24 horas en el puesto de trabajo, en el caso de los bomberos/as, de ordinario; y en el del personal de determinados servicios o unidades sanitarias, excepcionalmente; y habrá que distinguirlo de los «tiempo de presencia», «tiempos de disponibilidad» o «tiempos de guardia o retén», que en cualquier caso deben reputarse asimismo *tiempo de trabajo* conforme a la Directiva 2003/88/CE —tiempo con una naturaleza diferente⁽⁵⁷⁾, también llamado «de subordinación»⁽⁵⁸⁾.

(56) ALARCÓN CARACUEL, M. R.: *La ordenación...*, *op. cit.*, p. 94 criticó la alusión al «lisa y llanamente tiempo libre» como «tiempo de descanso» porque ello «es colocarse en la rampa de lanzamiento de la mistificación en cuanto se toma el tiempo de trabajo como la única referencia incluso para tomar el tiempo libre».

(57) GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: *Las jornadas especiales de trabajo*. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 119. Asimismo, una jurisprudencia antigua ha separado tradicionalmente la jornada de trabajo efectivo del tiempo de presencia, en atención a la diferente naturaleza y finalidad de ambos tiempos, cfr., EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo: duración, ordenación y distribución*, UGT/Atelier, Barcelona, p. 78-79.

(58) LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Descansos semanales...», *op. cit.*, p. 55. Incluso tratándose de ese híbrido entre el trabajo efectivo y el descanso, el autor alerta de que también en estos supuestos se tendría que respetar el descanso mínimo diario. Para abundar en esa distinción, una reciente sentencia del TJUE de 10 marzo 2015 (asunto C266/14) ha determinado que el tiempo de desplazamiento de los trabajadores que carezcan de centro de trabajo fijo, entre su domicilio y los del primer y del último cliente del día, es también tiempo de trabajo.

Naturaleza distinta tendrían las guardias de localización sin presencia física, que no computarían como trabajo efectivo (59) salvo que realmente se realice (60). Sin embargo, no es éste el caso del personal sanitario y bombero analizado, cuyo trabajo obviamente discurrirá por periodos de baja o nula actividad, aunque «la exigencia de estar realizando «su actividad» no se puede interpretar como una actividad realizada constante y sin parar un segundo»; pudiendo «darse casos momentos en que se produzca un bajo índice de actividad o esta se produzca con una cierta intermitencia lo que no impedirá la exigencia al trabajador de una disponibilidad actual y presente para el ejercicio de la misma» (61). En conclusión, los acuerdos objeto de este comentario regulan que cierto personal sanitario trabaje 24 horas seguidas, o que los bomberos/as trabajen *ordinariamente* en módulos de 24 horas seguidas, con dos pautas intra-jornada y, en principio, sin asueto para dormir.

Con el objeto de lograr una mayor precisión en torno a esta materia, y dado que se supone que todo el tiempo que los sanitarios y los bomberos/as permanecen en sus puestos, cuando realizan módulos de 24 horas, no desarrollarán un trabajo efectivo —y si lo hacen, con más razón será ese tiempo considerado «de trabajo» de conformidad con la distinción entre «tiempo de trabajo» y «descanso» que efectúa la Directiva—, es pertinente traer a colación la doctrina emitida por el TJUE, en los casos SIMAP y JAEGER, sentencias, de 3 de octubre de 2000 y de 9

---

(59) MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: «Tiempo de descanso y período de descanso en la Directiva 03/88/CE y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *RDS*, n. 25, 2004, p. 137, reconoce que las sentencias del TJ no declaran que el tiempo empleado en las guardias de localización sin intervención efectiva constituyan tiempo de descanso aunque esa conclusión se imponga con «rigor lógico», debido a la única disyuntiva que permite la Directiva citada entre tiempo de trabajo («en ejercicio de su actividad») o tiempo de descanso.

En el ámbito de la CAPV, véase, a modo de ejemplo, el artículo 29 «Duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo» del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza-Servicio vasco de salud, para los años 2007, 2008 y 2009 (BOPV 27 Mayo 2013), que recoge que «No serán tomados en consideración para la duración máxima conjunta de los tiempos de trabajo correspondientes a la jornada ordinaria y a la jornada complementaria, los periodos de localización, salvo que el personal sea requerido para la prestación de un trabajo o servicio efectivo, caso en que se computará como jornada tanto la duración del trabajo desarrollado como los tiempos de desplazamiento, computándose este tiempo de desplazamiento por un máximo de media hora.

En ningún caso se computarán a estos efectos las jornadas ordinarias no realizadas efectivamente, en cuanto tiempo que el personal no permanece en su Organización de servicios a disposición del centro y en el ejercicio efectivo de sus actividades y funciones».

(60) SsTJUE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, Asunto C-303/98, de 3 de octubre de 2000; y JAEGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/02, apdos. 50 y 65, respectivamente.

(61) EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, op. cit., p. 239, quien lo compara con el trabajo en el mar.

de septiembre de 2003, respectivamente (62). El TJUE afirma que los tres elementos característicos del tiempo de trabajo —según el artículo 2.1 de la vigente Directiva 2003/88/CE, de 4 noviembre, esto es, el período durante el que el trabajador permanece en el trabajo, a disposición del empresario y en el ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales (63)—, concurren únicamente cuando el personal está presente en el centro de trabajo, y no por el mero hecho de estar localizable, pues en este caso sólo debe entenderse como tiempo de trabajo el correspondiente a la efectiva prestación de servicios (64).

Merece la pena traer a colación el caso de la Sentencia JAEGER y KIEL (65), por tratarse de un supuesto de personal médico, ya que se refería a un servicio de atención continuada que efectúa un médico en régimen de presencia física en el hospital. Para el Tribunal ese tiempo constituye en su totalidad tiempo de trabajo a efectos de la entonces vigente Directiva 93/104/CEE, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los períodos en que no se soliciten sus servicios. Nos hallamos, pues, ante un «concepto restrictivo» (66) de la noción de tiempo de trabajo. En la sentencia citada (apdos. 94, 95 y 97), el Tribunal indica que durante los períodos de descanso, el trabajador debe contar con la posibilidad de abandonar su entorno laboral.

(62) Cfr. la STJUE SIMAP vs Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalitat Valenciana, Asunto C-303/98, de 3 de octubre de 2000, en la que se plantea al Alto Tribunal si cuando los médicos que realizan turnos de atención continuada (guardias), mediante los dos sistemas posibles, de localización y de presencia física, debe estimarse todo este tiempo como de trabajo o sólo aquél efectivamente invertido en la realización de la actividad para la que son llamados, decantándose el TJ por la segunda opción.

(63) Para profundizar más en esta jurisprudencia, cfr. MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: «Tiempo de descanso.....», *op. cit.*, pp. 121 y ss, quien opina que una interpretación literal de la definición comunitaria de tiempo de trabajo forzaría a excluir del mismo situaciones como las guardias de presencia física, *Ibidem*, p. 150.

(64) El TJUE en su sentencia SIMAP manifestó que «el tiempo dedicado a la atención continuada prestado por los médicos de equipos de atención primaria, bien mediante el régimen de presencia física en los centros sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104. Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria». Secundando esta doctrina por la que los elementos característicos del tiempo de trabajo son las obligaciones de hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y de permanecer a disposición de éste para poder prestar inmediatamente servicios en caso de necesidad, vid en la jurisprudencia española, entre otras, STSJ de Galicia, de 21 de marzo de 2001, Ar. 2128 y STSJ de Aragón, de 18 de marzo de 2002, Ar. 922.

(65) STJCE JAEGER y KIEL, de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/02.

(66) MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.: «Tiempo de descanso y período de descanso...», *op. cit.*, p. 132.

Y sin embargo, el art. 3 de la Directiva contempla que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas».

En conclusión, entonces, y de conformidad con la Directiva, las horas, X, de presencia en el centro de trabajo —o de estar en el ámbito de organización correspondiente—, que se determinen en los acuerdos reguladores de los funcionarios deben reputarse como de «trabajo efectivo» y los sujetos negociadores no estarían facultados para alterar la obligación de descansar, mínimamente durante 11 horas consecutivas en un «período de 24 horas».

Es visible, y se ha observado más atrás, que la regulación del trabajo por cuenta ajena en el ordenamiento jurídico-laboral español mejora la duración del descanso entre jornadas. Sin embargo, en relación con el sintagma temporal «en el curso de cada período de 24 horas» (art. 3 Directiva), la doctrina científica, comparándolo de nuevo con el art. 34.3 ET, ha sostenido que «precisamente, en la normación comunitaria del descanso entre jornadas aparece con mayor nitidez el carácter *diario* del reposo, cosa que no se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico cuya regulación es más abstracta» (67). En efecto, conforme a la redacción del art. 34.3 ET, en un supuesto puramente teórico, podría ser ajustada a Derecho una jornada de 18 o 20 horas, siempre que una vez finalizada ésta, descansase el trabajador/a durante doce horas hasta la siguiente; pero esas jornadas tan alargadas y concentradas no serían conformes a Derecho de acuerdo con la Directiva 2003 (68).

Por si no fuera suficiente, el art. 5 de la norma comunitaria, al regular el descanso semanal, de 24 horas ininterrumpidas, separa éste del descanso (diario) que recoge el art. 3, «a las [24 horas] que se añadirán las 11 horas de descanso *diario* establecidas en el artículo 3» (69). Y su art. 6, mirando el lapso semanal, exhorta a que «la duración media de trabajo no exceda de 48 horas, incluidas las horas extraordinarias por cada período de siete días». Tal como se decía más atrás, el primer límite, que es más expreso y exhaustivo que el contemplado para el trabajo por cuenta ajena en la legislación jurídico-laboral española —aunque aquél también ha sido objeto de crítica ya que la Directiva parece anclada en el modelo

---

(67) LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Descansos laborales y tiempo de trabajo...*, op. cit., p. 42, y doctrina allí citada. La cursiva es nuestra. Así también EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, op. cit., p. 244, muy contundente cuando expresa que el art. 3 de la Directiva califica como descanso diario el descanso que regula.

(68) Cfr., EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, op. cit., pp. 253 y 255.

(69) La cursiva es nuestra.

fordista al formular los conceptos de tiempo de trabajo y descanso (70), no se respeta en algunos de los acuerdos objeto de este comentario. Pero para reforzar esta anticipada conclusión, conviene volver a traer a colación la sentencia JAEGER del TJUE que declaró contraria a la Directiva una práctica consistente en acumular varios períodos de trabajo, aplazando el disfrute del correspondiente tiempo de descanso (71).

Además, ha de recordarse que para el TJUE las diferentes disposiciones en materia de tiempo mínimo de descanso constituyen normas del Derecho social comunitario de especial importancia. Por ello esa regulación actúa a modo de «disposiciones mínimas necesarias para garantizar la protección de su seguridad y salud» (72).

La Directiva, hasta lo ahora analizado, recoge normas de mínimos en los preceptos vistos. Pero todavía queda por analizar si esta regulación jurídica de la Directiva puede ser objeto de excepción por que lo faculte la propia norma comunitaria.

V.3. Las disposiciones de la Directiva que permiten exceptuar la aplicación de algunos de sus contenidos en un Estado miembro

Del texto del art. 17 de la norma europea se desprende que ésta permite una aplicación *atenuada* de algunas de sus disposiciones mínimas, aunque, con la Sentencia Jaeger citada (73) «sólo en circunstancias excepcionales permite el art. 17 que se conceda a los trabajadores otra «protección adecuada», cuando la concesión de períodos equivalentes de descanso compensatorio no sea posible por razones objetivas» (74); doctrina que descarta excluir del ámbito de aplicación de la Directiva, las actividades ejercidas en condiciones normales por las fuerzas de seguridad y de socorro.

En efecto, la Directiva permite en su art. 17.3 —*posibilita*— articular ciertas excepciones respecto de determinadas disposiciones, precepto que se completa con lo previsto en el art. 17.2. La actividad del personal de protección civil examinado en este trabajo se incluye, expresamente, en el art. 17.3, letras i), iii). El contenido de este precepto puede analizarse

(70) MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: «Tiempo de descanso y período de descanso...», *op. cit.*, p. 143-144. Sobre el descanso, la autora aboga por una redefinición del mismo a partir de un contenido material positivo, *ibidem*, p.p. 144 y ss.

(71) Apartados 95 y 96.

(72) Cfr. SSTJUE BECTU, apdos. 43 y 47; Comisión/Reino Unido 7 de septiembre de 2006, C 484/04, apdo. 38 y, más concretamente, Sentencia Isere, apdo. 36.

(73) Nos remitimos al epígrafe V.1.

(74) STJUE citada, apdo. 98.

en función de dos criterios: la materia y la forma que reclama para albergar esas excepciones.

- En primer lugar, en relación con el «qué», el apdo. 3.º del art. 17 permite la excepción de lo dispuesto en los arts. 3, 4, 5, 8 y 16 de la Directiva 2003/88/CE, —preceptos relativos a los distintos tipos de descansos y a la duración semanal del tiempo de trabajo; y a lo dispuesto en los arts. 8 (duración del trabajo nocturno) y 16 (períodos de referencia)—, «para las actividades caracterizadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción...». Ese apartado lista esas posibles actividades, excepcionables, y entre ellas se encuentran los servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares —incluyendo las actividades de médicos en períodos de formación [art. 17.3 c) i] y de bomberos y protección civil (iii).
- Pero tan importante como lo anterior es el «cómo», esto es, cuáles son los instrumentos apropiados para alojar esas excepciones; de modo que éstas podrán establecerse mediante instrumentos jurídicos muy diversos (apdo. 2. del art. 17) como procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales. Con todo, también este apartado determina cuál es el Derecho inderogable que debe respetarse aún cuando se articulen esas excepciones, que está constituido por dos mínimos: i) que se concedan períodos equivalentes de descanso compensatorio a los trabajadores de que se trate y, (ii) si lo anterior no es posible por tratarse de «casos excepcionales en que por razones objetivas no sea posible la concesión de tales períodos equivalentes de descanso compensatorio, se conceda una protección equivalente a los trabajadores de que se trate».

La jurisprudencia de la Unión Europea⁽⁷⁵⁾ es muy clara respecto de dichos mínimos cuando declara que «las excepciones a las que se refiere el artículo 17 deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que estas excepciones permiten proteger»⁽⁷⁶⁾.

En los casos que nos ocupan, como se veía más atrás, ni el Estado ni la CAPV amparándose en el citado art. 17 de la Directiva, han dictado normas jurídicas de desarrollo (salvo alusiones genéricas al «descanso necesario», etc., que ya hemos citado) respecto de los colectivos examinados.

---

(75) Véase, de nuevo, la Sentencia JAEGER, esp. Apdo. 88 y ss.

(76) Véase, de nuevo, la Sentencia JAEGER, esp. Apdo. 89.

En tanto que la Directiva, en el art. 17, sitúa en el mismo plano de igualdad a los procedimientos legales y a los convenios colectivos o acuerdos entre los interlocutores sociales, como instrumentos con capacidad de contemplar dichas excepciones, podría colegirse que los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo revisados en este artículo podrían exceptuar el descanso inter-jornadas. Es decir, los casos analizados en este trabajo se ajustarían a lo dispuesto en la Directiva tanto por el «qué» cuanto por el «cómo». Aunque se albergan serias dudas respecto del cumplimiento de las disposiciones mínimas que dichos acuerdos deben respetar, aún cuando desarrollen las excepciones permitidas por el art. 17 de la Directiva.

En efecto, tanto el Acuerdo de Osakidetza como el de la Ertzaintza-Policía vasca advierten en su articulado que las excepciones contempladas respecto del descanso son debidas a circunstancias excepcionales; de modo que la hipótesis adelantada en este trabajo (77) que planteaba que el tiempo de trabajo fuera subyugado al destacado interés general que garantizan esos servicios, y su personal, no puede elevarse a tesis. En cambio, volviendo a reparar en el trabajo prestado por los Bomberos de Gipuzkoa, éste sigue presentándose como el caso más polémico de los aquí revisados por no someterse a ninguna condición particular, objetiva ni excepcional.

Antes de avanzar una conclusión definitiva, conviene detenerse en el hecho de que el trabajo de los bomberos de Gipuzkoa se desarrolla en régimen de módulos y ocupa, al mismo tiempo que la franja diurna, la nocturna —como también la ocupan ciertos servicios sanitarios en situaciones especiales; por lo que procede acudir a la regulación del trabajo nocturno en concreto (art. 8, esencialmente), cuya regulación puede exceptuarse, *además*, por lo previsto en el art. 18 de la Directiva.

V.4. Tiempo de trabajo nocturno

Se constataba más arriba que parte de esas «jornadas» de trabajo de determinados servicios o unidades sanitarias de Osakidetza pueden alargarse hasta 24 horas «con carácter excepcional y cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales» (78). En el caso de la Ertzaintza, sin fijarse una cantidad de horas determinada, se avala, excepcionalmente, no descansar durante 12 horas «como consecuencia del cambio de turno». Aunque llama más la atención el caso del personal bombero,

(77) Véase el apartado III.2.

(78) Nos remitimos a los acuerdos citados más atrás.

cuyo Acuerdo, bajo ninguna condición, provee turnos de 24 horas seguidas, que obviamente, copan el lapso del *trabajo nocturno*.

Y la Directiva 2003/88/CE, advierte ya en su Exposición de Motivos (apdo. 7) que «Ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo».

La Directiva, en su Exposición de Motivos (apdo. 6.º) anota también que conviene tener en cuenta los principios de la Organización Internacional del Trabajo por lo que respecta a la distribución del tiempo de trabajo, incluidos los que se refieren al trabajo nocturno; igualmente observa (apdo. 7.º) que «Ciertos estudios han demostrado que el organismo humano es especialmente sensible durante la noche a las perturbaciones ambientales, así como a determinadas modalidades penosas de organización del trabajo, y que los períodos largos de trabajo nocturno son perjudiciales para la salud de los trabajadores y pueden poner en peligro su seguridad en el trabajo».

El desarrollo de esas previsiones se recoge en el art. 8 de la Directiva, titulado «Duración del trabajo nocturno», pero antes es importante reparar en ciertas definiciones que realiza el art. 2 de la Directiva en relación con este tipo de trabajo. En efecto, de conformidad con el art. 2.3) se define como período nocturno «todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, *y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas*. A continuación el apdo. 4) de ese art. 2 describe al trabajador nocturno en base a dos parámetros:

- a) por una parte, todo trabajador que realice durante el período nocturno una parte no inferior a tres horas de su tiempo de *trabajo diario, realizadas normalmente*(79), y
- b) por otra parte, todo trabajador que pueda realizar durante el período nocturno determinada parte de su tiempo de trabajo anual, definida a elección del Estado miembro de que se trate:
  - i) por la legislación nacional, previa consulta a los interlocutores sociales, o
  - ii) por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional;

---

(79) La cursiva es nuestra.

Más adelante, el art. 8 encomienda a los Estados miembros a adoptar *obligatoriamente* las medidas necesarias para proteger a estos trabajadores (80), sin que ni la autonomía individual ni la autonomía colectiva puedan *superar y por tanto, contrariar* (81) el máximo contemplado por la norma comunitaria: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que a) el tiempo de trabajo normal de los trabajadores nocturnos no exceda de ocho horas como media por cada período de 24 horas».

Pero todavía es más interesante que en función del tipo de trabajo que se preste y, sobre todo, cuando éste implique «riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes», algo que no es difícil atribuir a los servicios médicos, de policía y de salvamento, la duración del trabajo efectivo no supere nunca las *ocho horas* en un período de referencia de 24 horas. En concreto su enunciado es el que sigue: «b) los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes no trabajen más de ocho horas en el curso de un período de 24 horas durante el cual realicen un trabajo nocturno» (art. 8 Directiva). A los efectos de la letra b), continúa señalando el mismo precepto que «el trabajo que implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes será definido por las legislaciones y/o las prácticas nacionales, o por convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, tomando en consideración los efectos y los riesgos inherentes al trabajo nocturno».

En 2016, a raíz del Dictamen Motivado 2014/4169 dirigido por la Comisión Europea al Reino de España, se reprochó a este país que no hubiera transpuesto correctamente el límite absoluto de ocho horas para el trabajo nocturno que implique riesgos especiales o tensiones importantes, previsto en el artículo 8, letra b), de la Directiva, se aprobó el Real Decreto 311/2016, de 29 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno (también previsto en el art. 36 ET). Con este reglamento se añade un nuevo artículo (33) titulado «Jornada máxima de los trabajadores nocturnos en trabajos con riesgos especiales o tensiones importantes» con la siguiente redacción: 1) «La jornada de trabajo máxima de los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes será de ocho horas en el curso de un periodo de veinticuatro horas durante el cual realicen un trabajo nocturno, salvo que deba ser inferior, según lo previsto en el capítulo III. A efectos de lo dispuesto en este artículo los trabajos que impliquen ries-

(80) Desde la propia Exposición de Motivos, la Directiva se emplea a fondo con el trabajo nocturno.

(81) Sí podrán mejorarlo, conforme dispone el art. 15 de la Directiva.

gos especiales o tensiones físicas o mentales importantes serán los definidos como tales en convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, tomando en consideración los efectos y los riesgos inherentes al trabajo nocturno. Y 2) la jornada de trabajo máxima de los trabajadores nocturnos establecida en el apartado 1 sólo podrá superarse en los supuestos previstos en el artículo 32.1.b) y c).»

El denominador común de la jornada de trabajo de los que trabajan en turnos de noche (es decir, los trabajadores nocturnos *en general*) debe ser de 8 horas en un período de referencia de 24 horas. O lo que es lo mismo y, por ejemplo, aquellos podrán trabajar un lunes 9 horas y el martes, 7 horas; pero, en ningún caso, lógicamente, podrán acumularse al trabajo nocturno otros dos turnos, de mañana y de tarde.

En relación con el funcionariado en general, el EBEP no se pronuncia en relación con el trabajo nocturno, ni tampoco se dedica a describir qué trabajadores lo son por copar parte de ese horario.

Por su parte, el art. 3 del Anteproyecto de Ley reguladora de los servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento de Euskadi 2015(82), intitulado «Naturaleza y funciones», no define el personal ocupado de prestar esos servicios, pero sí los retrata como «uno de los servicios esenciales o básicos del sistema vasco de atención de emergencias y protección civil de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley 15/2012, de 28 de junio, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi»; de modo que podemos considerar al personal de la policía vasca, al personal médico de urgencias o a los bomberos como trabajadores/as con un trabajo que entraña riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes. Y, con la Directiva como referencia, parece claro que, por lo menos el personal bombero se inscribe en la definición de trabajador nocturno.

Por ello, entiendo que el personal de la Ertzaintza, el personal sanitario de urgencias o los bomberos/as no podrían trabajar *ordinariamente* más de 8 horas cuando realicen un trabajo nocturno. Y esta prohibición se vulnera en todos los turnos de 24 horas de trabajo efectivo que prevé el Acuerdo regulador del servicio de bomberos. Y, tampoco ese descanso tras esas excesivas jornadas de trabajo parece adecuado, no ya tanto por el «quantum» sino por el «cuándo». Y así, el apdo. 9) del art. 1 Directiva 2003/88/CE califica de «descanso adecuado» los «períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo

---

(82) https://www.irekia.euskadi.eus/uploads/attachments/5435/Anteproyecto_de_Ley.pdf?1415968247

irregulares, aquellos se produzcan lesiones a sí mismos, o a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen su salud, a corto o a largo plazo». Pero antes de emitir un juicio final es oportuno analizar los cauces que permiten exceptuar las previsiones de la Directiva relativas al trabajo nocturno.

V.4.1. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS AÑADIDOS QUE SIRVEN PARA ARTICULAR EXCEPCIONES A LAS DISPOSICIONES SOBRE TRABAJO NOCTURNO

La vía apropiada para exceptuar las previsiones relativas a la duración del trabajo nocturno regulado en el art. 8 de la Directiva, y, en parte, en el art. 16 (períodos de referencia), encuentra soporte jurídico en el art. 17 de la misma (analizado en un apartado anterior); pero, además, el art. 18 de la Directiva, intitulado «Excepciones mediante convenios colectivos» habilita otro importante cauce de excepción, que no sólo sirve para el trabajo nocturno, sino también para las materias reguladas en los arts. 3, 4 y 5. Esos instrumentos añadidos consisten en «los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales *a nivel nacional o regional o, de conformidad con las normas fijadas por dichos interlocutores sociales*, mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a un nivel inferior» (83). En esa misma línea, el art. 16.c) de la Directiva —«Períodos de referencia»— permite a los *Estados miembros* relajar esos períodos del trabajo nocturno «previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos colectivos celebrados *a nivel nacional o regional* entre interlocutores sociales» (84).

Es pertinente analizar este otro tipo de repositorio dado que el artículo 18 no se refiere a los mínimos inderogables que prevé el art. 17.2 de la Directiva; aunque, como contrapartida, aquél se remite a un tipo de negociación colectiva cuyos sujetos legitimados ostentan una representatividad muy cualificada.

El ordenamiento jurídico-laboral español observa la existencia de acuerdos interprofesionales (art. 83 ET) que facultan a los interlocutores sociales de ámbito estatal o de ámbito de CC.AA. (regional) a determinar esas excepciones. Por tanto, a ellos competiría la posibilidad de regular esas excepciones. La legitimación tan cualificada que se avanzaba «supra» responde al dato que esa negociación les correspondería a los sindicatos y asociaciones más representativas del ámbito del Estado y

(83) La cursiva es nuestra.

(84) La cursiva es nuestra.

de la Comunidad Autónoma(85). Y por lo anterior no sería aplicable en España el segundo párrafo del art. 18 Directiva 2003/88/CE en el sentido de que sólo en el caso de «Los Estados miembros en los que jurídicamente *no exista un sistema que garantice la celebración de convenios colectivos o de acuerdos entre interlocutores sociales a nivel nacional o regional* en las materias de que trata la presente Directiva, o en los que exista un marco legislativo específico para tal fin y dentro de los límites del mismo, podrán, de conformidad con la legislación y/o prácticas nacionales, permitir excepciones a las disposiciones de los artículos 3, 4, 5, 8 y 16 mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales *al nivel colectivo apropiado*(86)».

Respecto de esta última posibilidad tampoco se conoce que se haya adoptado en España ningún convenio o acuerdo colectivo de esa naturaleza que incluya esas excepciones. Así, por ejemplo, en el ámbito laboral, el instrumento adecuado podía ser el III Acuerdo sobre Negociación Colectiva (ANC)(87). El apdo. 2 del Capítulo IV de dicho ANC relativo a la jornada es el que más se aproxima, por contenido al tema que nos ocupa. Éste es su texto:

«Los convenios sectoriales y especialmente los provinciales, por su proximidad a la empresa, deberían fijar las reglas generales de la flexibilidad del tiempo de trabajo.

Por su parte, los convenios sectoriales promoverán una adaptación negociada en el ámbito de la empresa de lo pactado en el sector, con participación de la representación de los trabajadores o, en su defecto, negociada con las organizaciones sindicales firmantes del convenio sectorial.

Asimismo, los convenios, especialmente los de empresa, debieran promover la racionalización del horario de trabajo, teniendo en cuenta las especificidades de cada sector o empresa, con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral y personal, respetando en todo caso los mínimos legales en materia de descansos diarios, semanales y anuales.»

---

(85) La mayor representatividad se mide de conformidad con los criterios tasados de los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

(86) La cursiva es nuestra.

(87) Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. BOE 20 junio 2015.

Si bien es verdad que el ANC prevé cláusulas generales sobre horarios de trabajo, también lo es que exige que se combinen los objetivos de la mejora de la productividad y la conciliación, eso sí, con especial respeto hacia los «descansos diarios, semanales y anuales». Por tanto, en cuanto que las Administraciones Públicas no se rigen sólo por la productividad, ni, premisa anterior a lo expuesto, este ANC puede proyectarse a los funcionarios/as, se puede concluir que las excepciones relativas al descanso del personal de los servicios de protección civil no pueden establecerse en sede de un acuerdo celebrado entre una entidad local y su personal, por ejemplo. Sí, en cambio, en sede legal, como se ha demostrado que ha ocurrido con las Leyes de Ordenación Sanitaria de Euskadi y de la Policía Vasca (leyes 8/1997 y 4/1992, respectivamente).

En definitiva, pues, un acuerdo del EBEP como cualquiera de los traídos a colación en este trabajo, por razón de su ámbito de aplicación o, mejor dicho, de su unidad de negociación, no sería el apropiado para regular este tipo de excepciones a la regulación establecida en la Directiva (art. 17.3, *a sensu contrario*).

VI. Conclusiones

La legislación propiamente administrativa, tanto del Estado como, con matizaciones, de esta Comunidad Autónoma, rehúye determinar tanto la duración diaria de la jornada como la limitación de la misma por medio del descanso diario en relación con el funcionariado, en general y con el personal de protección civil analizado, en particular. Con todo, las pocas referencias al tiempo de trabajo encontradas en esa legislación tanto general como específica se refieren a la «jornada de trabajo». Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el término «jornada» responde al «tiempo de duración del trabajo diario».

El Acuerdo regulador del Servicio de Bomberos de la Diputación de Gipuzkoa, el más polémico de los estudiados, sustituye «jornada» por «turnos de 24 horas», estableciendo módulos de 24 horas que no se realizaban ni en las épocas más oscuras de los prolegómenos del capitalismo⁽⁸⁸⁾, contraviniendo de este modo una regulación directamente aplicable a este servicio: la Directiva 2003/88/CE; aunque no suponga una vulneración del principio de jerarquía con fundamento jurídico en las disposiciones de la Directiva relativas al descanso —por combinación de

(88) GOERLICH PESET, J.M.: «Tiempo de trabajo y negociación colectiva», en CCNCC (coord. GOERLICH PESET): *El tiempo de trabajo en la negociación colectiva*, Ed. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 17 quien declara que «sólo a su través [limitar la jornada de trabajo] es posible defenderla frente a la extenuación propia de los sistemas anteriores de explotación de la mano de obra».

esos artículos con las excepciones permitidas por el art. 17—, cuanto por que interviene el trabajo nocturno en el desempeño de las actividades de protección civil analizadas en esta sede.

También la Constitución Española exige que se garantice el descanso necesario mediante la limitación de la *jornada* laboral, o diaria, norma que debería aplicarse y no sustituirse por el módulo «de 24 horas», que, como es fácil de entender, representa una jornada diaria sin ninguna limitación, y que impide hacer otra cosa que trabajar durante 24 horas ininterrumpidas; o, en el caso analizado del personal de bomberos, mínimamente interrumpidas por reducidos asuetos dedicados a la manutención. Es cierto que ese mandato constitucional es un principio de la política social y económica que requiere desarrollo legal para poder ser alegable (art. 53.3 CE) y que no ha sido transpuesto en materia de tiempo de trabajo del funcionariado, menos al del Servicio de Bomberos. Sin embargo, conforme a ese artículo constitucional quedarían prohibidas las jornadas de 24 horas consecutivas, por constituir una vulneración de la exigencia de la «limitación de la jornada» que predica el art. 40.2 CE, aunque, de nuevo hay que insistir en que no se ha desarrollado legislativamente en el ámbito del sector público.

El Estatuto de los Trabajadores, aun no siendo de aplicación a los funcionarios/as, establece en su artículo 34 el límite máximo de duración de la jornada laboral, sin perjuicio de la realización de horas extraordinarias (art. 35 ET). Aunque esta ley (y el RJE) no es proyectable a los funcionarios/as, ante la ausencia de normativa específica, debería servir de referencia en estos casos (89) ya que la limitación del tiempo de trabajo es un elemento clave de la prevención de riesgos laborales. Y si la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales es norma básica para el personal funcionario y estatutario y se aplica a las Administraciones Públicas en los términos de su Disposición Adicional 3.^a, este otro aspecto de la política de prevención —esto es la limitación de la jornada— debería ser también tomado en consideración.

Por su parte, tal como se ha insistido más atrás, la Directiva 2003/88/CE, aplicable también al personal empleado de la Función Pública, prevé en su artículo 3 que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas»; reiteración del descanso diario que corrobora el art. 5 de la norma comunitaria, avalada por la sentencia JAEGER del TJUE (90).

---

(89) Y se ha comprobado que sirve de canon para la Ertzaintza.

(90) Apartados 95 y 96.

No obstante, tampoco hay que olvidar que el apdo. 3.º del art. 17 de la Directiva 2003/88/CE prevé posibles excepciones relativas al descanso entre jornadas por la necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción, entre las que se encuentra la actividad de los médicos en urgencias, la policía vasca y los bomberos/as. Es obvio que la legislación española no ha «aprovechado» —si se quiere ver así— la *posibilidad* brindada por la Directiva 2003/88/CE de exceptuar algunos servicios de la protección civil de la legislación general en materia de jornada máxima y descanso diario; a lo que puede añadirse que es materia que se ha brindado a la negociación colectiva. De ahí que no pueda entenderse que existe un incumplimiento por parte del Reino de España de esta concreta previsión de la Directiva.

Ahora respecto de los trabajadores nocturnos —sirviéndonos de la descripción que realiza de ellos la propia Directiva de 2003 y la legislación laboral—, condición que sin duda reúne el personal bombero, se ha concluido que el número máximo de horas diarias (8) que realiza este personal no puede ser superado por un Acuerdo de la naturaleza del analizado en este trabajo; y en él se contienen módulos de 24 horas seguidas de tiempo de trabajo ordinario. Y ello, especialmente, es debido al delicado trabajo que prestan esas personas, que requiere unas condiciones físicas y psíquicas que difícilmente pueden reunirse tras 22 horas de trabajo, por ejemplo; y varias veces a la semana, siguiendo con en caso de los bomberos. Esta respuesta jurídica se concilia bien con lo dispuesto en otros textos internacionales, como el Convenio n. 19 de la OIT, organización cuyos principios relativos al descanso y su respeto también menciona el Preámbulo de la Directiva de 2003 (apdo. 6).

En definitiva, en el Servicio de Bomberos de Gipuzkoa habría de aplicarse un descanso mínimo entre jornadas; reposo *diario* que es prescriptivo tanto desde la vertiente del descanso ininterrumpido de once horas en cada período de 24 (art. 3 Directiva), —preferiblemente en horario nocturno por ser el más idóneo y por alinearse con los hábitos y costumbres sociales(91)—, como desde la vertiente de la duración de la jornada, esto es, por el límite de ocho horas diarias de trabajo efectivo en el caso de trabajadores/as nocturnos, principalmente por la especial prestancia física y psíquica que se exige al personal bombero, por sí mismo y para desempeñar correctamente su trabajo. Si no se hiciera, el descanso diario perdería el efecto directo que tiene atribuido, el de impedir concentraciones excesivas en la jornada diaria, pero también se desaprovecharía su efecto indirecto: garantizar un mínimo de días labo-

(91) LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Descansos semanales...», *op. cit.*, p. 43

rales en los cuales se debe repartir la jornada (92); y de paso, una posible excepción de la regla del descanso diario los neutralizaría tanto que la aplicación de la Directiva no podría combatir el efecto pernicioso que tienen «módulos» tan largos. El descanso diario no sólo se conforma por un «quantum» de tiempo para el reposo libre de disponibilidad del servicio o empresa, sino también por el «cuando» de su disfrute. Y en el caso que nos entretiene, la configuración del segundo elemento no es adecuada (93).

En resumen, a pesar de la falta de desarrollo normativo-administrativo del art. 40 CE, tanto por salud, como por la tendencia hacia la «unitarización» de las condiciones laborales; pero también por lo dispuesto en la legislación laboral que actúa de referente, y, en fin, por encontrarnos ante un poder público vinculado y sometido a las leyes, con la Directiva citada y la jurisprudencia del TJUE como referencia simpar, se concluye que ni por la naturaleza del acuerdo colectivo analizado, ni, obviamente, por acuerdo individual es pertinente anular *ordinariamente* el descanso diario entre jornadas del personal de protección civil. Lo que no ocurre en el ámbito de Osakidetza, ni en la Ertzaintza por cuanto la normativa legal y convencional vinculan esas excepciones a circunstancias especiales y por que sus trabajadores no se inscriben en el concepto de trabajador nocturno; ni se someten a sus limitaciones.

Todo lo anterior sin adentrarnos en los inconvenientes que un horario así puede tener en la conciliación de la vida laboral, familiar y personal; y estando alineados con la reflexión de que los convenios colectivos deben convertirse en un instrumento de sensibilización e implantación real de la igualdad y con que «la negociación colectiva en el ámbito del empleo público asume el reto de proporcionar un cambio de enfoque tendente a incentivar la corresponsabilidad entre mujeres y hombres» (94).

Cierto tiempo de trabajo analizado en este trabajo pierde su función de protección de la salud de los trabajadores/as —bomberos, señaladamente hombres en el caso que nos ocupa, salvo alguna excepción—, ciñéndose a la labor de determinación del trabajo debido (95). Como bien se ha expresado «El descanso entre jornadas sería el descanso que, con más vigor, ha resistido los procesos de flexibilización del sistema de

(92) EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, op. cit., p. 244.

(93) EZQUERRA ESCUDERO, L.: *Tiempo de trabajo...*, op. cit., p. 247. La STJUE 9 de septiembre de 2003 (TJCE 2003/250) declaró que «con objeto de garantizar una protección eficaz de la seguridad y de la salud del trabajador debe preverse, en general, una *alternancia regular* entre un período de trabajo y un período de descanso». La cursiva es nuestra.

(94) GARCÍA TORRES, A.: *Ordenación del tiempo de trabajo, igualdad y corresponsabilidad en las Administraciones Públicas*. CES, 2010, pp. 14 (prólogo) y 5.

(95) Así, MERINO SENOVIOLA, A.: «La jornada de trabajo», op. cit., p. 274.

tiempo de trabajo» situándonos «ante un límite intrínseco a la delimitación de la jornada laboral» (96), límite que las partes de un Acuerdo como el examinado no pueden traspasar.

En definitiva, el Acuerdo del personal bombero estudiado se opone a la Directiva, y a las disposiciones que permiten excepcionar parte de su articulado, por dos razones de peso: (i) esas 24 horas incluyen trabajo nocturno y lo incluyen de modo «ordinario» y (ii) el Acuerdo analizado no alcanza la naturaleza del tipo de pactos o acuerdos que podrían contener las excepciones que contempla. Excepciones que, de existir, tampoco podrían separarse tanto de los cánones de la directiva como para desnaturalizar su efecto útil.

Para finalizar, es un lugar común en la jurisprudencia de la Unión Europea como en la doctrina científica que las directivas pueden ser «self-executing» (o tener un efecto directo) cuando su contenido es lo suficientemente claro para poder prescindir del desarrollo por parte del aparato legislativo estatal (97); y el texto de la Directiva de 2003 que manejamos y su jurisprudencia, lo son sin duda alguna. Así se manifestó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 5 de octubre de 2004, Caso «Pfeiffer»)(98). Si desde el punto de vista de su contenido, una Directiva no está sujeta a condición alguna y es suficientemente precisa, los particulares están legitimados para invocarla ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado en dos supuestos: cuando el Estado no adopte el Derecho nacional a la Directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haya una inadaptación incorrecta o no se transponga. Por eso, la propia Directiva 2003/88/CE advierte de que reclamar su aplicación no puede servir de causa o excusa para disminuir el nivel general de protección de los trabajadores en sentido laxo. Así de taxativo es el texto del art. 23 de la Directiva de 2003: «Sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de adoptar, habida cuenta de la evolución de la situación, disposiciones legales, reglamentarias y contractuales distintas en materia de tiempo de trabajo, siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva, la aplicación de la presente Directiva no constituirá una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores».

(96) LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Descansos semanales...», *op. cit.*, p. 37. En la nota n.º 28 el autor relata los avatares parlamentarios que exitosamente afrontó este precepto durante su tramitación parlamentaria.

(97) MARTINES, F.: «Direct effect of international agreements of the European Union», *European journal of international law*, *Journal europeen de droit international*, Vol. 25, n.º 1, 2014, págs. 129-147.

(98) Asuntos C-397/01 y C-403-01.

Y si los Estados miembros tienen prohibido establecer una duración de la jornada de los trabajadores nocturnos por encima del límite de las ocho horas en períodos de referencia de 24 horas en circunstancias normales, menos justificación tendría que el personal de protección civil lo reclame al albur de otros intereses.

Trabajo recibido el 13 de diciembre de 2016

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENEA: Babes zibilean zerbitzu ematen duten enplegatu publiko batzuei ezar dakiekeen lan-denboraren araubide juridikoaren azterketa jasotzen du ikerketa honek. Era berean, ohiko erregulazioa eta zuzentarau europarrak aztertuko dira. Zerbitzu publiko egokia eskaintzeko betebeharrak, batzuetan, ez du bat egiten atsedenerako eskubidearekin, eta horrek lotura zuzena du pertsonen osasunarekin. Ikerketa honen lehentasunezko xedea izango da, bestalde, lanaldiaren eta atsedeneraren gutxieneko arauak zeintzuk diren ikustea eta horien gainean negoziatzeko legitimatuta dauden subjektuek arauak aldatzeko aukera edukitzea.

GAKO HITZAK: Babes zibila. Lanaldia. Atsedenaldia. Gaueko lana. Negoziazio kolektiboa.

RESUMEN: El presente estudio se enfoca al análisis del régimen jurídico del tiempo de trabajo aplicable a ciertos empleados públicos que prestan servicios de protección civil. La regulación convencional y las directivas europeas serán también objeto de análisis. La obligación de ofrecer un adecuado servicio público puede, en ocasiones, enfrentarse al derecho al descanso, indefectiblemente unido a la salud de las personas. Averiguar cuáles son las normas mínimas de jornada y descanso, como la posibilidad de ser modificadas por parte de los sujetos legitimados para negociar, será otro de los objetivos prioritarios de este estudio.

PALABRAS CLAVE: Protección civil. Jornada. Descanso. Trabajo nocturno. Negociación colectiva.

ABSTRACT: This study focuses on the analysis of the legal regime of the working time applicable to some civil servants that provide civil protection services. The conventional regulation and the European directives will also be analyzed. The obligation to provide with an adequate public service sometimes can run against the right to rest, necessarily linked to people's health. Another priority objective in this work is to find out the minimum rules on working day and rest together with the options to amend them by the individuals legitimated to negotiate.

KEYWORDS: Civil protection. Work hours. Night work. Collective bargaining.

Jurisprudencia

La inútil prolongación de la agonía del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

(Comentario a las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero)*

Silvia del Saz

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.08>

Sumario: I. La presentación de la cuestión.—II. Los antecedentes de los que traen causa las dos Sentencias.—III. La pequeña ceremonia de la confusión en torno a los requisitos procesales del recurso de amparo.—IV. Inadmitido el recurso de amparo por vulneración del art. 17 CE y limitado a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ¿dónde encaja el derecho a la indemnización por la prisión provisional sufrida por quien finalmente resulta absuelto?—V. La vulneración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo del derecho a la presunción de inocencia en los términos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—VI. Los puntos de desacuerdo entre Magistrados: ¿cabe oponer resistencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?—VII. Epílogo. ¿En qué tejado está ahora la pelota?

I. La presentación de la cuestión

Son objeto de este trabajo dos sentencias del Tribunal Constitucional, las núm. 8 (BOE 23 febrero 2017) y 10 de 2017 (BOE 10 de marzo de 2017), dictadas en sendos recursos de amparo.

Constituyen el pistoletazo de salida de lo que, sin duda, será una larga lista de sentencias con una problemática común, la que deriva de la forma en que el art. 294 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) regula la indemnización por la prisión provisional sufrida por quien luego no resulta condenado y de la interpretación que la Sala tercera del Tribunal Supremo ha venido realizando del mismo, antes y después del giro inaugurado por las Sentencias de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de noviembre de 2010 (rec. 4288/2006 y 1908/2006).

---

* Para un querido Maestro, Tomás de la Quadra-Salcedo. Lo prometido es deuda.

No es del todo descartable que, cuando estas líneas vean la luz, este comentario haya quedado desfasado. El valor de las sentencias constitucionales de amparo tras la reforma en 2007 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) reside, más allá de la reparación de la lesión sufrida (que corresponde principalmente a los órganos judiciales), en su interés para la formación de doctrina constitucional y para la corrección de sus desviaciones, así como para depurar las leyes en lo que se opongan a la Constitución [autocuestión (STC 155/2009)].

Ello requiere, sin duda, de una labor interpretativa capaz ir más allá del supuesto de hecho planteado. Esto es, de construir nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales que no quedó congelado, como bien ha quedado demostrado en tantas y tantas ocasiones, en la realidad de 1978 y que sigue evolucionando, día a día, no sólo por el impulso de los tratados internacionales sino por la percepción misma que de ellos tenemos. Esto es, sin embargo, lo que este Tribunal no parece haber conseguido del todo en este tema, acuciado por los problemas procesales que siempre rodean el planteamiento de los recursos de amparo y demasiado empeñado, quizás, en huir de interpretaciones generales fajándose en la lucha cuerpo a cuerpo con el caso a caso.

A ello volveremos más adelante pero, entretanto, sirva como introducción al tema de estas sentencias, al margen de referencias jurisprudenciales y doctrinales que sobra ahora reiterar (1), que el art. 294 LOPJ, no modificado desde 1985, reconoce el derecho a la indemnización de quien, «después de haber sufrido prisión preventiva, sea absuelto por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

Como bien se puede apreciar, esta indemnización no requiere de la existencia y previa declaración del error judicial que reclama el art. 293 LOPJ: la prisión provisional, que no es al fin y al cabo sino una medida cautelar a adoptar en el procedimiento penal, bien puede haber sido legítimamente acordada conforme a las exigencias que establece la doctrina constitucional (2), y las propias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún a sabiendas de que la sentencia que se dicte no tiene que ser necesaria-

---

(1) *Vid.* DEL SAZ S. «La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado» *RAP* núm. 195/ sept.-dic. 2014, págs. 55 a 98

(2) Tal y como tiene señalado la STC 146/2000 es posible imponer restricciones a un derecho fundamental aunque necesita una causa específica legalmente prevista y que la razón que lo justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que lo legitiman. Se trata, en definitiva, de una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican que son los de asegurar el proceso lo que la distingue de otro tipo de privaciones de libertad y condiciona su régimen jurídico.

mente condenatoria(3). Pero si el acusado resulta finalmente absuelto o es objeto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho, según este precepto, debe ser indemnizado. Así, el otorgamiento de la indemnización depende única y exclusivamente de la constatación de la razón que tuvo el juez penal para absolver.

La jurisprudencia contencioso-administrativa siempre ha considerado que la «inexistencia del hecho imputado» a la que se refiere el art. 294 LOPJ requiere, como condición necesaria, que haya quedado probado en el proceso penal su inexistencia. Ello es radicalmente distinto de que no haya prueba bastante de su existencia, que es lo que ocurre cuando existen indicios o sospechas pero no suficientes como para determinar una condena. Y es que, si en materia penal, la prueba de la inexistencia del hecho imputado conduce al mismo resultado absolutorio que la falta de prueba de su existencia (en ello consiste el principio de presunción de inocencia o in *dubio pro reo*), en lo que atañe a la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional, las causas de la absolución penal son las únicas determinantes, según nuestro legislador, para diferenciar.

Si la sentencia penal tuvo dudas sobre la existencia del hecho imputado no podrá decirse, a ciencia cierta, que el hecho no haya existido y que el encausado no mereció con su comportamiento estar en prisión. En consecuencia, no debe ser indemnizado. Pero si el hecho delictivo ni siquiera ha existido para el juez penal ¿qué menos que indemnizar a quien ha sufrido prisión por ello? De ahí que se parta, para afirmar o negar el derecho a la indemnización por la prisión preventiva sufrida, de los hechos probados de la sentencia penal y de la valoración que ésta haga de la prueba. No otra cosa permite el art. 294 LOPJ. De hecho, así está concebido.

La consideración relativa a la «inexistencia del hecho imputado» sólo prevista por el legislador para los elementos objetivos del tipo penal —el hecho—, fue tempranamente extendida por el Tribunal Supremo, con base en el derecho de igualdad, a otro supuesto no contemplado en el art. 294 LOPJ: si no existe diferencia entre quienes son absueltos por haber quedado probado que los hechos no existieron y quienes lo son por haberse probado su falta de participación —en ambos casos ha quedado despejada cualquier duda sobre su inocencia—,

---

(3) Que la medida cautelar se haya adoptado en el seno de un procedimiento penal, y no en otro tipo de proceso, nada añade a la necesidad de indemnizar los daños sufridos como consecuencia de la misma. Aunque se trata de un procedimiento bien diferente, donde las medidas cautelares son adoptadas siempre a instancia del demandante, la propia Ley de la jurisdicción contencioso administrativa reconoce el derecho a la indemnización por los daños sufridos por la adopción de la medida cautelar cuando la sentencia no diera la razón al demandante (art. 133.3 LJCA).

la ley no puede darles un tratamiento diferente. Así, la indemnización contemplada en el art. 294 LOPJ debe ser reconocida a ambos basando para ello con hacer una interpretación analógica del precepto y extender la inexistencia de los hechos a la inexistencia subjetiva o probada falta de participación.

No debe, pues, extrañar que llevada por este razonamiento, en ningún momento la jurisprudencia propusiera la idea de igualar a todos los que habían resultado absueltos. Existiendo un factor diferenciador (no es lo mismo la prueba de la inocencia que la existencia de dudas sobre ella) estaba plenamente justificado que unos fueran indemnizados y otros no. Y es que, no se olvide, el derecho a la igualdad no exige otorgar un mismo tratamiento a situaciones desiguales.

Como quiera que nuestra doctrina constitucional clásica limitara los efectos del derecho a la presunción de inocencia al proceso penal y sancionador, esto es, se agotaba con la resolución administrativa sancionadora o con la judicial, ni los posteriores actos desestimatorios de la solitud de indemnización ni las resoluciones judiciales que después las confirmaban podían vulnerarlo. Precisamente por ello, el art. 294 LOPJ, aunque obligaba a tener en cuenta, única y exclusivamente, las causas de la absolución en el proceso penal, no presentaba reparo alguno de inconstitucionalidad por vulneración de este derecho.

Pero tampoco las resoluciones administrativas y judiciales desestimatorias de la indemnización podían vulnerar otros derechos fundamentales (salvo la tutela judicial efectiva, estas últimas) anclada como estaba la reparación por la prisión provisional en el art. 121 CE, al fin y al cabo un derecho de configuración legal, y no así en el art. 17 CE.

Debe repararse sin embargo en que, con esta concepción, la libertad puede ser objeto no sólo de limitaciones generales, lo que se entiende comúnmente por delimitación del derecho, sino también de sacrificios singulares especialmente intensos y queridos por el legislador sin derecho a la indemnización. Una verdadera paradoja desde el punto de vista constitucional que, a estas alturas de la historia, ya no puede pasar desapercibida: ¿puede la Constitución exigir que sea indemnizado quien se ve despojado de su propiedad en beneficio de la colectividad, pero a la vez consentir que no lo sea quien se ve privado de los derechos inherentes a su personalidad, cuando luego no resulta condenado, y no, precisamente, en su propio beneficio sino en aras del interés común?

Pues bien, estas eran las aparentemente tranquilas aguas por las que navegaba la cuestión hasta que se desató la tormenta de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que extendió el derecho a la presunción de inocencia, más allá de la sentencia penal, a todo lo relacionado con ella. Esto es, tanto a las cuestiones no pe-

nales planteadas en el proceso (las costas procesales) como a las surgidas en procesos posteriores que traían causa de la sentencia penal(4).

De esta forma, el citado derecho impide, de acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, que la causa de la absolución por la sentencia penal y, en especial, la existencia de indicios de culpabilidad sea la única razón que sustente la denegación de la indemnización por la prisión provisional, pues ello, se diga cómo se diga y sean cuales sean las expresiones utilizadas, mantiene vivas, aún después de la sentencia, las sospechas de la falta de inocencia que deberían haber sido borradas definitivamente por la sentencia absolutoria.

Cierto es, dice el Tribunal de Estrasburgo, que el Convenio europeo no exige que se indemnice por error judicial salvo cuando se revisan las sentencias condenatorias por un hecho nuevo o nuevas revelaciones (art. 3 del Protocolo 7 CEDH), y menos aún como consecuencia de la privación de libertad cuando es legítimamente acordada (art.5 CEDH). Pero si los Estados miembros deciden indemnizar a quien luego no resulta condenado por la prisión provisional legítimamente ordenada, que no sea por el sólo hecho de que la sentencia penal tuvo en cuenta la existencia o no de indicios de la falta de inocencia, pues eso es tanto como impedir que el derecho a la presunción de inocencia produzca todos sus efectos que, como se viene de exponer, no se agotan en la sentencia absolutoria.

De forma absolutamente nítida lo viene a señalar, de nuevo, la STEDH de 16 de febrero de 2016 (Vlieeland Boddy Marcelo Lanni c. España) que constituye ya la tercera sentencia contra España por la aplicación del art. 294 LOPJ: «El TEDH apunta que, en aplicación del principio in dubio pro reo, *ninguna diferencia cualitativa* debe existir entre una absolución fundada en la inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, *las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el juez de lo penal*. Muy al contrario, en el ámbito del art. 6.2 del Convenio la parte resolutive de la sentencia absolutoria debe ser respetada por cualquier autoridad que *se pronuncie de manera directa o incidental sobre la responsabilidad penal del interesado*» (5).

En este contexto, el Tribunal Supremo no tenía por menos que reaccionar y lo hizo por el camino más sencillo, esto es, el que aparente-

---

(4) SSTEDH de 25 de abril de 2006, as. Puig Panella contra España, de 13 de julio de 2010 as. Tendam c. España, y 16 de febrero de 2016 as. Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España.

(5) La cursiva es mía.

mente menos problemas prácticos y teóricos podía ocasionar(6). Aprovechando que las sentencias condenatorias a España se habían dictado en supuestos en que la indemnización se había rechazado porque no había quedado probada la falta de participación en el hecho delictivo aun cuando los indicios no habían llevado a la convicción del juzgador sobre su culpabilidad, lo hizo suprimiendo la interpretación analógica entre la inexistencia objetiva y subjetiva de los hechos que venía realizando desde hacía veinticinco años por aplicación del art. 14 CE: si el problema era, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no se podía tener en cuenta la existencia o no de indicios sobre la participación, había que excluir del derecho a la indemnización que reconoce el art. 294 LOPJ a todas las sentencias absolutorias que versaran sobre la falta de participación en el hecho delictivo para no tener que distinguir en función de la prueba de la no participación o de la no existencia de prueba de cargo suficiente. Al fin y al cabo, siempre podrían reclamar los instantes de la indemnización por un error judicial que no se había producido cuando la prisión provisional ha sido legítimamente acordada. Y aún así se dolía la sección sexta del Tribunal Supremo en aquellas dos primeras sentencias de 23 de noviembre de 2010, de que no otra cosa podía hacer dado el tenor literal del precepto. No se atrevió entonces a plantear cuestión de inconstitucionalidad del art. 294 LOPJ por vulnerar el citado derecho, como, sin embargo, lo había hecho en anteriores ocasiones.

Como era del todo previsible, muerto el perro no se acabó la rabia, aunque la tregua ha durado nada menos que siete años.

La solución de compromiso, ya insuficiente desde su nacimiento, ha demostrado serlo por cuanto el art. 294 LOPJ sigue estando vigente en los mismos términos: aún excluida la inexistencia subjetiva de los hechos, el art. 294 LOPJ sigue obligando a tener en cuenta la prueba de la falta de existencia objetiva de los hechos y, por tanto, si la absolución lo ha sido por aplicación del derecho a la presunción de inocencia. Tanto es así que las dos sentencias que son objeto de este comentario versan no ya sobre la participación, sino sobre el supuesto de hecho considerado, más allá de interpretaciones extensivas, por el art. 294 LOPJ. Esto es, sobre la inexistencia del hecho imputado.

---

(6) El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad conlleva la paralización de la tramitación de todos los recursos judiciales en tanto en cuanto no se resuelva, y en el año 2010 el tremendo retraso del Tribunal Constitucional en la resolución de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad era una realidad. Por otra parte, creo que formaba parte de la convicción general de entonces, quizás de la todavía hoy imperante, que otra forma de reconocimiento de indemnización por prisión provisional distinta de la contemplada en el art. 294 LOPJ podía poner en jaque la eficacia del sistema penal.

II. Los antecedentes de los que traen causa las dos Sentencias

La STC 8/2017 se dicta en un supuesto en que el demandante de amparo había sufrido prisión provisional durante casi catorce meses por un delito contra la salud pública, siendo así que se le había detenido transportando dos sacos, una bolsa y un envoltorio que contenía 30.011.87 gramos en forma de cápsulas de una sustancia que, tras ser analizada en numerosas ocasiones, había dado resultados varios cuya naturaleza, tipo, características y peso no resultaron acreditadas, desconociéndose de qué sustancia se trataba en realidad, y por ende si dicho producto causaba grave daño a la salud. El demandante resultó absuelto en primera instancia.

No hay constancia en los antecedentes de la sentencia de amparo de la motivación de la resolución administrativa que desestimó la solicitud de indemnización al amparo del art. 294 LOPJ, pero sí de la motivación de la Sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la resolución desestimatoria, cuyos fundamentos jurídicos segundo y tercero reproduce literalmente.

En el fundamento segundo, la Audiencia Nacional da cuenta con carácter general de la evolución experimentada en la interpretación del art. 294 LOPJ —es un fundamento tipo común a la mayoría de las sentencias de este órgano judicial—. En el tercero, que lo es ya de aplicación de la jurisprudencia al caso concreto, tras recordar la sentencia de la Audiencia Nacional que el demandante basa su pretensión en la inexistencia del hecho imputado, revisa la motivación de la sentencia penal para afirmar que «De la lectura de la reseñada Sentencia y del procedimiento penal, se desprende que el Tribunal penal tras analizar las pruebas existentes en relación con los varios análisis contradictorios realizados a la sustancia que transportaba el aquí actor, no llegó a la convicción de que estuviese probada la concurrencia de uno de los elementos que integraban el tipo del delito, en concreto, la existencia de una sustancia tóxica, pero tampoco se desprende de la misma que hubiese quedado demostrado que no fuese dicha sustancia que causa grave daño a la salud pública, y, por lo tanto, la inexistencia objetiva del delito. El Tribunal alberga dudas razonables sobre este elemento del tipo penal y, por lo tanto, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, absuelve al acusado».

Por lo que concluye «No se puede confundir el defecto o insuficiencia en la prueba acerca de lo que es la acción delictiva, que es lo que ocurrió en el caso de autos, ya que se parte de la existencia de la prueba aunque el Tribunal penal entienda al valorarla, que no es apta para fundamentar una sentencia condenatoria, con la prueba de la inexistencia del hecho imputado. En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso-administrativo».

Exactamente lo mismo hizo la sentencia del Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación contra la sentencia dictada en única instancia por la Audiencia Nacional. Recuerda el Tribunal Supremo que el derecho a la presunción de inocencia que consagra el Convenio Europeo de derechos humanos no exige en todo caso indemnización y que la interpretación del art. 294 LOPJ debe seguir realizándose como antaño (7). Y esto es lo que hace, ni más ni menos, al revisar la aplicación al caso concreto realizada por la sentencia recurrida en casación: «la sentencia de instancia analiza las conclusiones de la sentencia penal para observar que la absolución del hoy recurrente se produjo no por inexistencia del hecho imputado sino por falta de prueba respecto a la concurrencia de todos los requisitos del tipo penal tal y como resulta el mismo tipificado en el Código Penal y ello no significa que el hecho no existió, sino que el Tribunal tuvo dudas razonables y procedió a absolver al recurrente. Por ello, no nos encontramos ante un supuesto indemnizable por ser la prisión provisional seguida de una sentencia absolutoria que declare la inexistencia objetiva del hecho, sino que es una absolución sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)». Para terminar recordando que el art. 294 LOPJ es un supuesto específico de error judicial del art. 121 CE, de manera que no dándose los requisitos que exige este precepto, siempre podrá el demandante acogerse a la vía establecida en el art. 293 LOPJ que requiere la previa declaración del error judicial (8).

---

(7) «La interpretación y aplicación del artículo 294.1 LOPJ ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas antes sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio, pues, como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena».

(8) «No ha de perderse de vista que, como ya hemos indicado al principio, el art. 294 de la LOPJ contempla un supuesto específico de error judicial, que no está sujeto a la previa declaración judicial del mismo exigida con carácter general en el art. 293 de la LOPJ, configurando un título de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia, consistente en la apreciación de error judicial en la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, que el legislador entiende que se revela cuando la resolución penal de absolución o sobreseimiento libre se produce «por inexistencia del hecho imputado» y no de manera genérica o en todo caso de absolución o sobreseimiento libre. Como ya hemos dicho reiteradamente queda abierta al actor la vía del artículo 293.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que esta nueva y ya consolidada interpretación no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ».

En el caso que da lugar a la STC 10/2017, el recurrente había sufrido prisión provisional durante casi cuatro años por un delito de integración en banda armada por el que fue condenado en primera instancia pero absuelto en casación, porque no había quedado probado, más allá de que estaba inmerso fanáticamente en teorías fundamentalistas, que hubiera aceptado participar de alguna forma en la imposición de estas ideas mediante la violencia terrorista.

Instada la indemnización por la vía del art. 294 LPOJ, la resolución administrativa la deniega haciendo suyo el razonamiento del informe del Consejo de Estado: «[d]e forma muy escueta, la sentencia [de casación] reconoce la admiración y sujeción a las predicaciones de otro coencausado y condenado y destaca, incluso, la comunión o aceptación de sus ideas fundamentalistas... Por lo tanto, el Alto Tribunal constata unas determinadas relaciones entre los acusados aunque valora las declaraciones y confesiones de creencias en el sentido de que no acreditan la existencia de una integración en banda armada. Dicho en otros términos, la absolución se basa en que la prueba que obra en autos es insuficiente para apreciar la existencia del delito imputado y no, por el contrario, en que los acusados estuviesen nítidamente desvinculados de los hechos que se les imputaron», por lo que llega a la conclusión de que «no se dan los requisitos exigidos» en el art. 294 LOPJ».

La sentencia de la Audiencia Nacional confirma la resolución administrativa ya que por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo «la Sala considera que el art. 294 LOPJ no resulta aplicable al caso, pues, según se razona, “el actor fue absuelto del delito de integración en organización terrorista porque la prueba que constaba en los autos era insuficiente para apreciar el citado delito, no por la inexistencia objetiva del hecho, siendo otros imputados condenados en la misma causa por el delito de integración en banda terrorista”».

Como se puede apreciar, la desestimación de la reparación solicitada en ambos casos ex art. 294 LOPJ se ciñe a la interpretación que la jurisprudencia venía haciendo de la inexistencia del hecho imputado que exige que la sentencia penal haya llegado a la absolución por la prueba de la falta de existencia que no se da, sin embargo, cuando el tribunal penal alberga dudas razonables sobre la existencia de elementos del tipo delictivo. En ambos casos, la desestimación se basa en la causa que la sentencia penal ha tenido en cuenta para llegar a la absolución, denegándose automáticamente porque lo ha sido por aplicación del derecho a la presunción de inocencia. Precisamente lo que exige el art. 294 LOPJ.

III. La pequeña ceremonia de la confusión en torno a los requisitos procesales del recurso de amparo

Podría decirse que la defensa de los derechos fundamentales se ha convertido en una disciplina con entidad propia, una suerte de derecho procesal específico dado que los requisitos formales para su denuncia han devenido en el mayor obstáculo para el reconocimiento de su lesión y su correspondiente reparación. De ello constituyen un inmejorable ejemplo las sentencias que son objeto de este comentario.

Como es sabido, las lesiones de derechos fundamentales objeto de recurso de amparo constitucional pueden proceder de la resolución administrativa (art. 43 LOTC) o de la resolución judicial en cualquiera de las instancias (art. 44 LOTC) o de los dos de forma combinada cuando a la lesión por la resolución administrativa de un derecho fundamental se añade una lesión *ex novo* de otros derechos fundamentales por las resoluciones judiciales, dándose así el supuesto de un recurso de amparo mixto. Lo importante, sea cual sea el caso, es que la denuncia de la lesión producida (así lo exige el art. 44 LOTC y la doctrina constitucional lo ha extendido también al art. 43 LOTC) se realice en el primer momento en que se tenga ocasión y que se dé al órgano judicial la oportunidad de corregirla pues, en otro caso, dada la naturaleza objetiva del recurso de amparo constitucional, podría haber lesiones que quedaran sin reparación.

Así, tratándose de la lesión de un derecho fundamental ocasionado por la resolución administrativa (art. 43 LOTC) deberá denunciarse en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma, de manera que la confirmación del acto por la sentencia de primera instancia, y en su caso, por la dictada en la instancia siguiente, no convierte el recurso en un recurso de amparo del art. 44 LOTC, ni tampoco en un recurso mixto salvo que la sentencia añadida a la anterior una nueva lesión (normalmente del art. 24 CE) que deberá denunciarse mediante el recurso procesal que corresponda o, en caso de no existir, mediante el incidente de nulidad de actuaciones. Esto es, el incidente de nulidad de actuaciones solo tiene sentido para reparar aquellas nuevas lesiones de derechos fundamentales ocasionadas por las resoluciones judiciales contra las que no cabe recurso procesal alguno pero no es procedente cuando la lesión se ha producido antes y pudieron ser corregidas. Finalmente, no está de más señalar que en el recurso de amparo del art. 43 LOTC el derecho fundamental cuya lesión se invoque debe ser susceptible de vulneración por la resolución administrativa y, esto era lo novedoso del tema por cuanto, como anticipamos, hasta el momento de dictarse estas sentencias, una resolución administrativa no sancionadora, no podía vulnerar el derecho a la presunción de inocencia.

Pues bien, en el recurso de amparo del que trae causa la STC 10/2017, la única lesión invocada lo fue del derecho de presunción de inocencia, tanto en el recurso contencioso administrativo que se ventiló en una sola instancia como, después ya, en el recurso de amparo. Es por ello que, frente a la alegación del Abogado del Estado de que el recurso debía ser inadmitido por no haberse planteado nulidad de actuaciones, la sentencia realiza el razonamiento correcto: si de lo que se trata es de extender o no el efecto del derecho a la presunción de inocencia más allá del dictado de la sentencia penal, a todo lo con ella relacionado, la resolución administrativa que desestima la indemnización también podrá vulnerar este derecho. De ahí que como quiera que la sentencia se limita a no reparar la vulneración ya cometida por la resolución administrativa, no sea necesario plantear nulidad de actuaciones que sólo habría sido procedente si la lesión del derecho se hubiera producido *ex novo* por la sentencia dictada en única instancia, pues solo en este caso el Juez no habría tenido ocasión de pronunciarse sobre ello. Y en atención a que se trata de un recurso de amparo ex art. 43 LOTC, el Fallo de la sentencia constitucional, al estimar la vulneración alegada, anula tanto la sentencia como la resolución administrativa impugnada para que se dicte por la administración una nueva resolución sin incurrir en la lesión apreciada. En definitiva, una resolución administrativa no sancionadora puede vulnerar, también, el derecho a la presunción de inocencia lo que implica una modificación esencial de nuestra doctrina constitucional clásica.

Este razonamiento que la STC 10/2017 expone de forma tan clara, brilla por su ausencia en la sentencia que la precede. Entiende aquella, pegada a la literalidad del recurso de amparo, que como sólo se interpone contra la sentencia del Tribunal Supremo, sólo pueden analizarse las lesiones de derechos fundamentales con origen inmediato y directo en ésta sentencia sin que «pueda extenderse a la resolución administrativa ni consiguientemente a la reparación pretendida que aquella niega». Pero si esto fuera realmente así, resulta que no habría sido posible interponer el recurso de amparo sin previamente acudir a la nulidad de actuaciones, incidente que el Tribunal Constitucional no exige en este caso.

Después, a pesar de lo que afirma inicialmente, imputa las lesiones, no ya a la sentencia del Tribunal Supremo, sino a la sentencia de la Audiencia Nacional a los efectos de comprobar si la pretendida lesión se denunció en el primer momento en que se tuvo ocasión pues sólo admite las lesiones que fueron invocadas en casación, pero no así la lesión del art. 17 CE que dice haberse introducido *ex novo* en el recurso de amparo. Pero ignora a la vez que si la resolución administrativa se basó, como todo parece indicar —los antecedentes de la sentencia no recogen su motivación—, en la aplicación de esta jurisprudencia, es ésta la que podría haber vulnerado los derechos fundamentales y por tanto la denuncia de

la lesión debía haberse realizado en todo caso en el recurso contencioso administrativo, y, si no, no podría haberse admitido el amparo.

Para finalmente volver al discurso inicial: la lesión se habría producido por la sentencia del Tribunal Supremo pues es ésta la única la que anula dejando vivas y coleando tanto la resolución administrativa como la sentencia de la Audiencia Nacional con motivaciones idénticas a la que finalmente lleva a la sentencia a declarar que ha vulnerado el derecho fundamental y anula.

No sólo por ser posterior la STC 10/2017, sino también por su coherencia con los requisitos procesales exigidos para los amparos constitucionales, debemos quedarnos con lo que de ella se deduce: la vulneración de derechos fundamentales cuando se desestima la indemnización por las causas contempladas en el art. 294 LOPJ se produciría, en su caso, por la resolución administrativa y, por tanto, el recurso de amparo deberá prepararse como recurso del art. 43 LOTC, denunciando la lesión en vía contencioso administrativa, agotando todos los recursos judiciales y sin tener que interponer nulidad de actuaciones, salvo que la sentencia contra la que no cabe recurso procesal añada alguna otra lesión nueva de otro derecho fundamental (incongruencia, falta de motivación, etc.).

IV. Inadmitido el recurso de amparo por vulneración del art. 17 CE y limitado a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, ¿dónde encaja el derecho a la indemnización por la prisión provisional sufrida por quien finalmente resulta absuelto?

Una vez inadmitida por la STC 8/2017 la causa consistente en la vulneración del art. 17 CE —su invocación, ya en el recurso de amparo, fue extemporánea— y centrado éste en el art. 24.2 CE, el Tribunal podía haber entrado sin mayores preámbulos a analizar la lesión pretendida del derecho a la presunción de inocencia. No lo hace así, sin embargo, pues recuerda para suscribirla, a modo de fundamento previo, la doctrina que hace derivar del art. 121 CE la indemnización contemplada por el art. 294 LOPJ, lo que implícitamente le lleva a descartar la lesión del art. 17 CE.

Por todo razonamiento, la sentencia afirma que la Ley Orgánica del Poder Judicial desarrolla el art. 121 CE distinguiendo el error judicial (293 LOPJ) de la prisión preventiva (art. 294 LOPJ) siendo el error judicial en la mencionada ley un concepto jurídico indeterminado requerido de ser precisado casuísticamente desde el plano de la legalidad por los jueces y tribunales, doctrina que así mismo resulta aplicable a las reclamaciones de responsabilidad que se basan en haber sufrido prisión provisional por unos hechos de los que luego resulta absuelto y encuentran su especial

regulación en el art. 294 LOPJ, omitiendo que este último precepto, a diferencia de lo que ocurre con el error judicial, precisa con claridad cuándo se produce este supuesto error: cuando el hecho imputado no ha existido de acuerdo con la valoración de los hechos realizados por la sentencia penal. Realmente, el art. 294 LOPJ permite un escaso margen de apreciación en cuanto a su interpretación.

Señala a continuación que en otras legislaciones de derecho comparado se contienen preceptos similares y que el Convenio Europeo no exige la indemnización de quien es objeto de prisión provisional adoptada legalmente de quien luego es absuelto, por lo que no resulta incompatible con ninguna cláusula del convenio un régimen jurídico que la limita o excluya en determinados supuestos, y concluye con la idea de que el Tribunal Supremo ha declarado, en la interpretación del art. 294 LOPJ que nuestro sistema normativo no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial y automática y objetiva de tal manera que, una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quien hubiera sufrido un derecho indemnizatorio.

Pero, ¿qué es lo que manda la Constitución? ¿Es realmente la prisión preventiva legítimamente acordada un error judicial cuando se adopta sobre la base y a sabiendas de que la sentencia no necesariamente habrá de ser condenatoria? Y si esto es así, si no existiera error, ¿la reparación contemplada en el art. 294 LOPJ, es un derecho de creación legal sin anclaje constitucional alguno, que puede libre y discrecionalmente suprimirse por el legislador⁽⁹⁾ para todos los casos sea cuál sea la duración de la prisión, el comportamiento del encausado y los daños ocasionados? ¿Consiente la Constitución, consiente el art. 17 CE, que se pueda excluir en todo caso la indemnización de quienes resultan absueltos?

Aunque la respuesta afirmativa a la última de las preguntas es la que parece deducirse de la sentencia constitucional, tampoco lo afirma expresamente con soporte en razones que trasciendan la legalidad ordinaria, el derecho comparado o las exigencias de obligado cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de manera que no puede darse este problema por definitivamente zanjado, aunque sí en el caso concreto, por haber quedado excluido de este amparo la lesión del art. 17 CE.

---

(9) Véase DOMENECH PASCUAL, G., «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», en *RAP* núm. 199, enero-abril 2016, pág. 196 cuando alega razones que desde el punto de vista de la eficiencia hacen que sea mejor resarcir los daños ocasionados a los acusados como consecuencia de su prisión provisional seguida de absolución, ya que se mejora la eficacia preventiva del derecho penal al aumentar el atractivo de ser inocente, debiéndose valorar si se hace con el estándar «cuando la inocencia queda suficientemente acreditada mas allá de toda duda razonable» o se opera con el criterio menos estricto de la probabilidad preponderante «quienes hayan acreditado suficientemente su inocencia»

V. La vulneración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo del derecho a la presunción de inocencia en los términos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Centrada la cuestión en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la STC 8/2017 (FJ 6), tras exponer cuál había sido la doctrina clásica del Tribunal sobre este derecho, viene a señalar que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ampliado su alcance ya que no limita sus efectos al dictado de la sentencia penal, extendiéndolo a los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario o complemento de la sentencia penal, lo que ocurre cuando se tiene en cuenta, entre otros, el motivo por el que la sentencia absolvió al solicitante de la indemnización.

Es, por tanto, la interpretación extensiva del derecho a la presunción de inocencia conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos, más allá de la sentencia penal, la que hace al Tribunal Constitucional modificar su anterior doctrina, pues analiza desde este nuevo prisma la motivación de la sentencia del Tribunal Supremo, que confirma la desestimación de la indemnización solicitada (FJ 7).

Una vez aceptada la extensión al procedimiento indemnizatorio del derecho de presunción de inocencia, tras avisar que esta sentencia no aborda la probada falta de participación por no afectar al supuesto en cuestión, la sentencia de la mayoría pasa a analizar si se ha vulnerado o no, para lo que prosigue diciendo que el Tribunal Europeo ha considerado lesivas de este derecho resoluciones administrativas y judiciales en materia de responsabilidad y, léase bien, administrativas y judiciales, «que expresaron la distinción entre la absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación, argumentando que tal motivación sin matices ni reservas deja latente una duda sobre la inocencia del demandante», citando a continuación las tres sentencias condenatorias a España a las que ya se ha hecho referencia.

Y como quiera que la sentencia del Tribunal Supremo razona que «la absolución está sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia) derivando de ahí que no concurre el presupuesto de hecho de la inexistencia del hecho delictivo» hay que estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y «utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la administración de justicia por pri-

sión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia».

Concluye, así, este fundamento, en que se aprecia a vulneración del derecho porque el razonamiento de la sentencia del Tribunal Supremo que es objeto del recurso de amparo pone en duda la inocencia del demandante, ya que utiliza las mismas expresiones contenidas en la STEDH de 13 de julio de 2010 en el as. *Tendam c. España*, por la motivación empleada o el lenguaje utilizado en su razonamiento, que le llevaron a declarar que cuestionaban la inocencia del demandante, para reproducir a continuación la más reciente STEDH de 16 de febrero de 2016, la última condenatoria a España, en el que se había desestimado la indemnización reclamada, una vez más, por aplicación del art. 294 LOPJ y teniendo exclusivamente en cuenta los motivos de la absolución penal.

VI. Los puntos de desacuerdo entre Magistrados: ¿cabe oponer resistencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

El primer punto de desacuerdo entre Magistrados, tal y como se pone de manifiesto en el voto particular suscrito por dos de los nueve que estaban presentes en el Pleno en que se aprobó la sentencia (10), consiste en la extensión que debe darse al derecho a la presunción de inocencia. Así, el voto particular llega a afirmar que el proceso contencioso-administrativo en el que se dirime si el recurrente tiene derecho a indemnización «no es un ámbito sobre el que se proyecte el derecho a la presunción de inocencia ex art. 24.2 CE pues en él no se hace ninguna valoración de culpabilidad de quien reclama ser indemnizado que pueda conducir a un reproche sancionador. En dicho proceso solo se analizó si concurrieron los presupuestos legales para que surja el derecho a ser indemnizado, aspecto típico de la legalidad ordinaria y ajeno al ámbito constitucional, máxime cuando la jurisdicción contencioso administrativa respetó, escrupulosamente, el previo pronunciamiento penal» (FJ 7 del voto particular).

Un rechazo, sin duda motivado, que no hace sino reiterar nuestra doctrina constitucional clásica sobre la limitación del principio de presunción de inocencia al procedimiento sancionador o penal, doctrina que ha sido desautorizada por una ya larga serie de sentencias del Tribunal Europeo

---

(10) Los dos magistrados del Tribunal Constitucional ausentes habían intervenido, como Magistrados del Tribunal Supremo, en la aprobación de la sentencia de la que trae causa el recurso de amparo. No debe pasar desapercibido, sin embargo, que otros magistrados que componen el Pleno del Tribunal Constitucional participaron en otras sentencias que aplican la misma doctrina aunque no se hayan abstenido en este caso por no estar directamente afectados por el asunto.

con base en los argumentos que bien resume la STEDH de 12 de junio de 2013 as. Allen c. Reino Unido cuya doctrina el propio voto particular invoca: «Cada vez que la aplicabilidad de este precepto (art. 6.2 CEDH) se plantea en un procedimiento posterior, el demandante deberá demostrar que existe un vínculo entre el procedimiento penal finalizado y la acción subsiguiente, vínculo que puede estar presente, por ejemplo, cuando en el proceso posterior hace falta examinar el curso del procedimiento penal y particularmente cuando se obliga a la jurisdicción competente a analizar el juicio penal, a realizar un estudio o una evaluación de los elementos de prueba en el proceso penal, a realizar una apreciación sobre la participación del reclamante en uno o el conjunto de acontecimientos de los que se haya concluido su condena, o a formular comentarios sobre las indicaciones que continúen sugiriendo una eventual culpabilidad» (aptdo. 104).

¿Cabe acaso alguna duda de que el art. 294 LOPJ remite al procedimiento judicial penal previo y obliga a tener en cuenta los hechos del proceso penal y la valoración que de los mismos ha realizado el juez penal cuando establece como única causa de indemnización que el sometido a prisión *haya sido absuelto por la sentencia penal por inexistencia del hecho imputado*? En términos de la jurisprudencia europea es seguro que el pronunciamiento basado en estas razones —la que tuvo en cuenta el órgano judicial penal para absolver— está vinculado por el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia. Así lo ha afirmado el Tribunal Europeo, nada más ni nada menos que en tres ocasiones, a la vista del art. 294 LOPJ, considerando la única causa que debe tenerse en cuenta, conforme a este precepto, para reconocer o desestimar la indemnización. No queda, en consecuencia, margen alguno para la interpretación del alcance de este derecho en otro sentido, por muy sutil y matizada que ésta sea.

El segundo punto de desencuentro entre magistrados es el relativo a la forma en que ha de interpretarse la jurisprudencia europea. Los autores del voto particular no están de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo que luce en la sentencia de la mayoría. O, mejor dicho, entienden que las sentencias de condena a España por aplicación del art. 294 LOPJ, aún siendo sentencias de este mismo Tribunal, no siguen su jurisprudencia.

Así, consideran que existen otras sentencias de este mismo Tribunal que permiten alcanzar en los procesos de indemnización conclusiones distintas respecto de las pronunciadas en el proceso penal sin que ello suponga la violación de la presunción de inocencia, esto es, permite que se realice en el procedimiento indemnizatorio una valoración legal separada basada en estándares de prueba distintos en algunos aspectos de otros aplicables en el proceso penal, como en el caso de la STEDH de 13 de noviembre de 2013, as. Lundkvist c. Suecia, donde se razonó para denegar la indemniza-

ción solicitada por quien había sido absuelto del delito de incendio que «no ha aportado ninguna explicación del origen del fuego. Ha tenido buenas oportunidades para prender fuego. De acuerdo con la investigación, justo antes del fuego entró y salió de la casa varias veces» (11), siendo así que esta jurisprudencia se resume, en su opinión en la STEDH de 12 de junio de 2013, as. Allen c. Reino Unido, a partir de la concurrencia de dos elementos: a) el lenguaje utilizado por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad del razonamiento de una decisión con el derecho a la presunción de inocencia, y b) sin embargo, cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser determinante (12).

(11) Se omite señalar el contexto en que tuvo lugar la sentencia que se somete a la consideración del Tribunal Europeo. Se trataba en este caso un procedimiento de indemnización por los daños ocasionados en su domicilio por el incendio de su casa, del que había sido absuelto quien ahora reclama indemnización. En este caso, órgano judicial civil tomó algunos hechos de los que se habían considerado probados en el proceso penal, de las nuevas pruebas que se practicaron en proceso civil, así como tuvo en cuenta que en el procedimiento de indemnización el reclamante no había sido capaz de dar una explicación sobre el origen del fuego mientras que sin embargo había salido varias veces de la casa, y tenía motivos para prenderle fuego. Como se puede comprobar, un estándar de prueba alejado por completo de la mera constatación de los motivos que han llevado al juez a su absolución, como ocurre en nuestro caso.

(12) La sentencia as. Allen c. Reino Unido que se invoca en el voto particular versa sobre la denegación de la indemnización contemplada por la ley inglesa de 1988 por la revisión de sentencias penales firmes (art. 3 Protocolo 7 TEDH) que, como se dijo, es el único supuesto en que el Convenio exige indemnización por error judicial. Este precepto exige se acredite que fue condenado, y que posteriormente se anule la condena *porque un hecho nuevo demuestre más allá de toda duda razonable que se ha producido un error*. Habiendo sido condenada la Sra. Allen por asesinato —el jurado entendió que las lesiones de su hijo habían sido causadas por una actuación violenta— y cuando ya había cumplido una parte de la pena, solicitó la revisión de la sentencia aportando nuevos testimonios médicos que partían de la base de que no podía demostrarse que las lesiones constatadas fueran derivadas de la violencia (nuevos elementos). El tribunal de revisión entiende que no le corresponde realizar la valoración de la prueba pero si determinar si la condena tiene una base sólida concluyendo que no la tiene porque de haberse conocido estos documentos médicos por el Jurado podrían haber influido en el resultado de la sentencia. Así pues, la anula aunque no ordena dictar una nueva sentencia por cuanto ya estaba ejecutada y de nada habría servido.

Anulada la sentencia, la demandante reclama indemnización por la prisión sufrida al amparo del art.133 de la Ley inglesa que exige se acredite que fue condenado, y que posteriormente se anule la condena porque un hecho nuevo demuestre más allá de toda duda razonable que se ha producido un error. El ministerio la rechaza por entender que los elementos médicos examinados por el tribunal de revisión no revelan un hecho nuevo o de nueva revelación, se trata más bien de elementos que demuestran la evolución de la ciencia en cuanto a la intensidad de la fuerza necesaria para causar las lesiones lo que no son hechos nuevos sino de elementos nuevos que conciernen a los mismos hechos que se tuvieron en cuenta desde el principio.

Recurrida esta resolución ante los tribunales, la sentencia para analizar si existió un error en la condena, más allá de toda duda que se hubiera puesto de manifiesto por los documentos aportado, parte del razonamiento de la sentencia de instancia para concluir que habida cuenta de que no había realizado una valoración de la prueba no era posible afirmar que el jurado habría adoptado otra decisión, por lo que entiende que el error más allá de toda duda no se había producido, por lo que concluye que la sentencia que desestima la indemnización tiene en cuenta que la sentencia de revisión se limita a decir que los elementos nuevos hace surgir la posibilidad de que combinados con los ya conocidos el jurado podría quizás haber emitido un diferente veredicto, lo que demuestra que se está muy lejos de la duda razonable de que haya existido un error.

Así pues, concluye el voto particular que en aplicación de esta doctrina, la motivación y el lenguaje empleado por la Sentencia del Tribunal Supremo argumentando en relación a la responsabilidad patrimonial, no habría lesionado la presunción de inocencia pues (i) no ha puesto en duda la inocencia del demandante, ya que tanto la sentencia penal como la contencioso administrativa se limitaron al estadio previo al del análisis de la culpabilidad y sólo valoraron las dudas existentes a los efectos de quedar encuadradas en el art. 294, llegando al convencimiento de que no se había cumplido con el presupuesto de este precepto, e incluso (ii) en el caso del uso desafortunado del lenguaje, que no se ha producido en este caso, las manifestaciones que se hacen en relación a si el interesado tiene derecho a la indemnización ex art. 294 LOPJ y la alusión al contexto y a la naturaleza del proceso de que se trata eliminan cualquier duda que se pudiera albergar sobre el alcance y sentido de tales afirmaciones, excluyendo con ello que pueda entenderse que se pone en cuestión la inocencia del solicitante de la indemnización.

Aun cuando no falta razón al voto particular en cuanto considera que la doctrina europea ha permitido en determinados casos establecer un estándar probatorio distinto según que se trate de dictar la sentencia penal o resolver la petición de reclamación(13), lo cierto es que el art. 294 LOPJ no permite esa nueva valoración de la prueba, pues obliga a constatar las razones que tuvo el juez penal al dictar la sentencia absolutoria y si lo fue por la prueba de la inocencia o por aplicación del derecho de presunción de inocencia sin permitir ese nuevo proceso de valoración y, menos aún, tener en cuenta otras circunstancias atinentes al devenir del proceso, a la actuación misma del encausado etc. Y esto es, precisamente, lo que merece el reproche realizado por el Tribunal Europeo no ya tanto a las resoluciones administrativas y judiciales que aplican el art. 294 LOPJ, independientemente del lenguaje que utilizan, sino a este precepto legal que hace depender la indemnización, única y exclusivamente, de los motivos de la sentencia penal para absolver en función de la aplicación o no de la aplicación de este derecho.

Así queda expresamente reflejado en la última de ellas, la STEDH de 16 de febrero de 2016 que resuelve dos demandas. En la primera el demandante había sido absuelto, en la segunda había sido objeto de so-

---

(13) Sostienen así los magistrados discrepantes la tesis del diferente estándar probatorio en la sentencia penal y en el procedimiento indemnizatorio, expuesta por MEDINA ALCOZ, L. «Los hechos en el derecho administrativo español. Una aproximación», en *REDA* núm. 177 abril-junio 2017, pág. 127, consistente básicamente en que el legislador puede exigir un estándar de prueba para valorar los hechos distinto según los intereses afectados, esto es, puede exigir una prueba más allá de probabilidades exigiendo que se despeje cualquier tipo de duda para imponer una condena, mientras que se limita a aplicar la tesis de la probabilidad de haber cometido el delito para descartar el derecho a la indemnización cuando pone al mismo nivel el derecho de quien ha sufrido prisión que el derecho del contribuyente.

breseimiento provisional. El Gobierno español alegaba, en la primera, que para que los perjuicios sufridos con motivo de la detención provisional puedan ser compensados es necesario que la absolución o revocación de la condena sean pronunciadas en razón de que los hechos nunca han existido. Indica que, según la jurisprudencia, la indemnización en cuestión también puede concederse cuando el absuelto acredite su no participación en los hechos imputados. En la segunda que en el caso concreto, el Juez habida cuenta de las dudas existentes en torno a la participación del interesado en los hechos no ordenó un sobreseimiento libre sino provisional y que el demandante no lo recurrió. Indica que este sobreseimiento no tiene fuerza de cosa juzgada y que la suspensión del proceso no es definitiva para concluir que el art. 294 LOPJ solo reconocería un derecho a la indemnización cuando los tribunales hayan establecido que la persona puesta en detención provisional no ha cometido los hechos recriminados, ya sea con su absolución o decretando la absolución definitiva.

El Tribunal Europeo señala que, en lo que respecta al primer demandante, el Ministerio de Justicia rechazó la reclamación porque consideró que el art. 294 LOPJ no era aplicable al caso en la medida en que el demandante había sido absuelto por falta de pruebas de cargo suficientes que permitieran demostrar su participación en los hechos delictivos y no en razón de la inexistencia objetiva o subjetiva de los hechos.

Y en lo que respecta al segundo, el Gobierno al interpretar literalmente el art. 294 LOPJ mantiene que la situación en cuestión no puede ser indemnizada en la medida en que el demandante no ha sido absuelto ni objeto de un sobreseimiento libre en razón de la inexistencia de los hechos imputados, siendo la absolución o el sobreseimiento firme las únicas decisiones expresamente mencionadas en el art. 294 LOPJ, siendo así que la sentencia señalo que el auto decidiendo el levantamiento del procesamiento por la inexistencia de indicios racionales respecto a la responsabilidad penal del procesado podía asimilarse a un auto de sobreseimiento libre poniendo fin a la instrucción mediante una declaración de no culpabilidad del acusado al igual que una sentencia absolutoria. No obstante, el juez contencioso administrativo recordó para denegar la indemnización que habría sido necesario tener la certeza de que éste no había participado en los hechos. En su condición de juez contencioso y no penal, consideraba que había indicios de la participación del demandante en la comisión de los hechos, aunque estos indicios no hubieran sido considerados suficientes por el juez de instrucción, y mencionó los que, en su opinión, hubieran podido demostrar la participación del interesado en los hechos de la causa. El Tribunal concluye que no puede exigirse al demandante que acredite su inocencia y que no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa concluir que el demandante es eventual-

mente culpable, conclusión a la que no ha podido llegar el juez penal por falta de pruebas.

Y por ello, concluye el Tribunal Europeo, el razonamiento del Ministerio de Justicia fue posteriormente confirmado por las jurisdicción contencioso administrativa, *que no ha hecho sino seguir la constante jurisprudencia interna en materia del art. 294 LOPJ, fundamentada en el criterio de la inexistencia subjetiva, es decir de la ausencia probada de participación del absuelto en los hechos delictivos*. Por tanto, las jurisdicciones contencioso-administrativas, al ratificar el razonamiento del Ministerio en la aplicación de esta jurisprudencia y, en lo que respecta especialmente al segundo demandante, al realizar ella misma afirmaciones que son competencia del Juez penal, no ha remediado el problema que se planteaba en este caso.

Debe observarse que el voto particular en modo alguno distingue entre los supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva de los hechos. No intenta basar su discrepancia en que el supuesto de que se trata no versa sobre la falta de participación sino sobre la inexistencia objetiva de los hechos. Se limita a discrepar de las sentencias europeas de condena insistiendo en que, en este caso, los términos empleados no conducen a afirmar que exista duda sobre la inocencia.

Despojada de su ornamento argumental, sólo cabe apreciar que la tesis expuesta por el voto particular no es sino una propuesta de *lege ferenda*, merecedora claro está de reflexión, a partir de la cual plantear la modificación por el legislador orgánico del art. 294 LOPJ, y que bien podría partir de que la Administración tuviera en cuenta determinados hechos, acreditados o no en el proceso penal, sobre los que realizara su propia valoración al margen de aquella de la que hubieran sido objeto en el proceso penal para llevar a la condena o absolución. Pero esto no es, se diga cómo se diga, lo que hoy por hoy permite el art. 294 LOPJ, al exigir que la Administración se limite a constatar las razones que tuvo el juez penal para absolver.

Por desgracia, en este punto, el voto particular adolece del mismo defecto que la sentencia de la mayoría. No se enfrenta con el verdadero problema: la forma en que el art. 294 LOPJ está concebido. Pero, además, conduce a un callejón sin salida. De haber sido ésta la opinión de la mayoría de los magistrados que componen el Pleno ¿habría podido plantar cara nuestro Tribunal Constitucional a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

Al fin y al cabo, esto es lo que de bueno tienen los votos particulares. Que, a sabiendas de que lo son, no hacen doctrina pero permiten expresar una opinión discrepante aunque, en este caso, no haya sido, como parece, a la Sentencia de la mayoría sino un gol por la escuadra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

VII. Epílogo. ¿En qué tejado está ahora la pelota?

Expuestas las sentencias del Tribunal Constitucional y habida cuenta de que éstas han modificado la doctrina constitucional para ampliar nuestro derecho de presunción de inocencia del art. 24.2 CE a los límites establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, debemos cerrar este comentario con la pregunta de ¿ahora qué?

La STC 8/2017 anula la sentencia del Tribunal Supremo que se limita a aplicar, al igual que la sentencia de la Audiencia Nacional y seguramente la resolución administrativa impugnada, la jurisprudencia sentada en aplicación del art. 294 LOPJ. Exactamente lo mismo que viene a hacer la STC 10/2017, al anular, esta vez, sentencia y acto por aplicación de la doctrina de la sentencia anterior.

Pero, como venimos de ver, no se trata en el caso español del lenguaje utilizado, lo que podría solucionarse poniendo, si cabe, el Ministerio de Justicia y después los Tribunales un mayor cuidado en la redacción de las sentencias, sino de la razón de decidir, esto es, del motivo que necesariamente han de tener en cuenta las resoluciones que desestiman la indemnización reclamada, que no es otro que la interpretación que ha venido realizando nuestra jurisprudencia de la única causa en función de la cual ha de resolverse según el art. 294 LOPJ, la petición de reclamación: que la absolución se haya basado en la inexistencia de los hechos.

Ya se trate de inexistencia objetiva o subjetiva, lo cierto es que el art. 294 LOPJ no permite tener en cuenta otros elementos relacionados con el contexto y naturaleza del proceso más allá de «la causa de la absolución» que, como acabamos de ver, queda reservada a los jueces de lo penal. Pero, siendo sinceros, tampoco la «inexistencia de los hechos imputados» permite otra interpretación distinta de la mantenida desde el año 1985 por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Dada la relación existente entre esta reparación y el error judicial a la que el legislador orgánico liga este derecho y que parece admitir también la STC 8/2017, sólo pueden considerarse errores aquellos que se ponen de manifiesto sin necesidad siquiera de llegar a una sentencia condenatoria cuando queda demostrado, fuera de toda duda, que los hechos imputados y por los que individuo sufrió prisión no existieron.

Si, como entiende la STC 8/2017, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia viene dada por el tipo de argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo en aplicación del art. 294 LOPJ, igual que la que llevó a las tres sentencias condenatorias a España, podía y debía haberse preguntado sobre si cabía otra interpretación del art. 294 LOPJ, esto es, tener en cuenta otros motivos distintos de la causa de la absolución o una interpretación distinta de la inexistencia del hecho, pues de no ser

así, el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 294 LOPJ habría estado servido.

El Tribunal Constitucional ha dejado, sin embargo, esta pelota en el tejado del Tribunal Supremo (no así en el Ministerio de Justicia que hasta ahora se ha limitado a seguir la jurisprudencia) que será quien se verá obligado a plantear, ahora ya sí, una cuestión de inconstitucionalidad si entiende que no existe otra interpretación del art. 294 LOPJ acorde con el contenido del derecho a la presunción de inocencia de acuerdo con la jurisprudencia europea, contenido que ha venido a integrar, a partir de las SSTC 8 y 19/2017, el del art. 24.2 CE. Hasta ahora, a pesar del giro jurisprudencial iniciado por las sentencias de 23 de noviembre de 2010, no lo ha conseguido y prueba de ello son las sentencias objeto de este comentario.

Y la solución apremia, no sólo porque las reclamaciones que dan pie a estas sentencias datan de 2007 y 2008, respectivamente, aunque los recursos de amparo se interpusieron en 2012, sino porque entre tanto están pendientes y se seguirán planteando otras muchas.

Trabajo recibido el 6 de abril de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren jurisprudentziaren ondorioz, Konstituzio Auzitegiak aurreko doktrina zuzendu behar izan du. Horretarako, errugabetasun-presuntziorako eskubidearen irismena zabaldu behar izan du, eta, administrazio-ebazpen zehatzaileetatik eta zigor-epaietatik harago, kalte-ordaina ukatzen duten erabakietara zabaldu du hori, Botere Judizialaren Lege Organikoaren 294. artikulua eskatzen duen bezalaxe, errugabetasun-presuntzioaren printzipioa ezarri ostean akusatua absolbitu egin den baina delituzko egintzak egon ez zirela frogatu ez den kasuetarako.

GAKO HITZAK: Estatuaren erantzukizuna. Behin-behineko espetxealdia. Errugabetasun-presuntzioa. Botere Judizialaren Lege Organikoaren 294. artikulua. Egoztitako egitateen existentziarik eza, objektiboa zein subjektiboa.

RESUMEN: Fruto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a rectificar su doctrina anterior extendiendo el alcance del derecho a la presunción de inocencia, más allá de las resoluciones administrativas sancionadoras y sentencias penales, a los pronunciamientos que, tal y como exige el art. 294 LOPJ, deniegan la indemnización en atención a que el acusado fue absuelto en aplicación del principio de presunción de inocencia sin que haya quedado probado que los hechos delictivos no existieron.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad del Estado. Prisión provisional. Presunción de inocencia. Artículo 294 de la Ley orgánica del poder judicial (LOPJ). Inexistencia objetiva y subjetiva de los hechos imputados.

ABSTRACT: As a result of the case law by the European Court of Human Rights, the Constitutional Court was compelled to rectify its former doctrine by broadening the scope of the right to the presumption of innocence beyond punitive administrative resolutions and criminal judgments to rulings that as art. 294 of Judiciary Act requires, deny the award of damages on the ground that the accused was acquitted due to the application of the principle of innocence without having been proved that the criminal offences did not exist.

KEYWORDS: Responsibility of the State. Provisional detention. Presumption of innocence. Art. 294 of Judiciary Act. Factual and Subjective inexistence of the charges.

Actuaciones y argumentaciones umbrosas (A propósito de una STS del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo)*

Juan Igartua Salaverría

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.09>

Sumario: Introducción.—I. Descripciones y explicaciones. I.1. La película del caso. I.2. Cambio de escenario: el recurso contencioso. I.3. El obstáculo principal. I.4. El fondo de la demanda recortado. I.5. Análisis del primer motivo... I.6. Y rechazo del motivo. I.7. Segundo motivo de nulidad y contestación.—II. Observaciones y críticas. II.1. Rotación sin que nadie rote. II.2. «Propuesta» sin propuesta. II.3. Logicismo irrefrenable. II.4. Escamoteo sistemático.

Introducción

No sé si por nostalgia de una imaginada paz judicial en las alturas del Tribunal Supremo (que a lo peor quizás nunca existió), empiezan a preocupar las cada vez más asiduas resoluciones discutidas en el seno de su Sala 3.^a (a juzgar por el adusto ceño del argumentario desplegado en los diversos votos particulares, firmados además —sumando sus respectivos suscribientes— por un elevado número de magistrados). Y con la adicional particularidad —inquietante también— de que tan ostentosos desencuentros intracolegiales suelen congregarse mayormente en torno a asuntos cuya litigiosidad tiene raíz en «acuerdos» (no pocas veces nacidos ellos mismos en medio de viva contestación) provenientes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Precisamente, este par de circunstancias concurren en el asunto del que pasaré a ocuparme. Se trata, en efecto, de un Acuerdo plenario del CGPJ (con 14 votos a favor y 7 en contra), posteriormente impugnado ante el TS y cuya Sentencia (desestimatoria) contó con cuatro votos parti-

---

* STS de 12 de diciembre de 2016, Sala 3.^a en Pleno rec. n.º 188/2015. Ponente CUDERO.

(1) Dos favorables a la estimación del recurso (suscritos por 11 Magistrados en total) y dos contrarios incluso a la admisión misma del recurso (que suman las firmas de 3 Magistrados).

culares —de signo opuesto entre sí, dos a dos(1)— y que, en conjunto, concitaron el apoyo de 14 disidentes frente a los 17 partidarios de lo resuelto.

Como es casi imposible no quedar atrapado entre tanto viento cruzado, no sobraré poner las cartas boca arriba expresando anticipadamente cuál ha sido —en mi personal apreciación (que nada cuenta pero *sitúa* este comentario)— el punto de vista más convincente; a saber: el de las Vocales perdedoras, en primer término; luego, el de los Magistrados que abogaron por reconocer la razón de la demanda. De todos modos, no voy a recrearme en una innecesaria (y hasta contraproducente) glosa de sus argumentos, meridianos ya de por sí; intentaré más bien, en una tarea de magnitud menor, resaltar algunas argucias muy visibles (bajo la forma de parcialidades) que he creído advertir en la motivación de la Sentencia (y, de paso, también alguna que otra en la actuación del Presidente del Consejo). Aviso que las cursivas correrán de mi cuenta (hasta el final del trabajo y sin excepciones).

I. Descripciones y explicaciones

I.1. La película del caso

A pesar del apelmazado *stylus curiae* de esta STS, su FD 1.º permite destilar cómodamente —en secuencia concisa(2)— la historia (accidental, como se verá) que tocaba afrontar esta vez a la Sala 3.^a.

1. Era diciembre de 2014 y a punto de expirar estaba el mandato (anual) de la Comisión Permanente nombrada un año antes, la cual arrasaba ya una baja por la renuncia de la Vocal doña Delia(3).

2. Situación que animó a otras dos Vocales a postularse para ocupar la vacante. Una, doña Estrella, presentó su candidatura el día 11 para la cobertura temporal de la plaza («sin perjuicio de lo que proceda en la renovación anual pendiente»). La otra, doña Socorro, ya al corriente de la oferta de su colega, remitió el día 12 un escrito al Presidente con un propósito similar («presentar su candidatura a dicha plaza»).

(2) Los números que aquí usaré para acotar los pasos que van sucediéndose en el despliegue de esa historia no se corresponden con la numeración que, a los mismos efectos, utiliza la STS (aunque respetan idéntico orden).

(3) Al igual que se acostumbra en los títulos de crédito colocados al término de las películas, no sobraría indicar (entre paréntesis) a qué actrices y actores reales corresponden los distintos nombres que protagonizan los episodios de este relato jurisdiccional en su edición del BOE. Pero no lo haré.

3. En esta misma fecha (pero datado el día anterior) entró en el Registro del Consejo un escrito de seis Vocales (a saber: doña Mari Jose, doña Delfina, don Everardo, doña Milagros, doña Adoración y la antes mencionada doña Estrella) solicitando del Presidente la inclusión (en el orden del día del Pleno a celebrar el día 18 de ese mes) del siguiente asunto para su debate: «designación de los vocales componentes de las diferentes comisiones», y rogando a la Presidencia que «se tomen las medidas oportunas para que las candidaturas de los/las interesados/as sean presentadas con antelación a la celebración del Pleno». Solicitud que ampliarían los mencionados seis vocales mediante escrito fechado ese mismo día: a) interesando expresamente el cumplimiento del art. 601 LOPJ («el Pleno del CGPJ elegirá anualmente a los Vocales integrantes de la Comisión Permanente») con la inclusión de dicho punto en el orden del día del próximo Pleno; b) señalando que la obligada renovación anual de tal Comisión ha de atenerse a lo dispuesto en el apartado segundo del propio artículo (procurando la rotación de los vocales en la composición anual de la Comisión, lo que parece hacer «deseable» que «todos los vocales fuéramos pasando en algún momento por ella»); c) manifestando, también, que «la elección anual debe realizarse interpretando la norma de forma que tienda al cumplimiento del objeto expresamente establecido por el legislador, es decir, la rotación anual del resto de los vocales, lo que, por una regla aritmética elemental, exige que anualmente se vayan haciendo renovaciones en la composición de la Comisión»; d) solicitando finalmente que «el sistema de votación sea el mayoritario (votación abierta de tres candidatos, siendo elegidos los cinco más votados, cumpliendo las cuotas legales) con el fin de respetar el pluralismo previsto en el art. 1 CE y, en concreto, la representación proporcional de la minoría en la Comisión Permanente».

4. El 15 de diciembre, la Vocal doña Mari Jose (integrante en ese momento de la Comisión Disciplinaria) presenta su candidatura para ocupar en la Comisión Permanente una plaza correspondiente al turno judicial; indicando que, si fuera nombrada para ésta, renunciaría (por incompatibilidad legal) a su puesto en aquella primera.

5. El mismo 15 de diciembre se entrega a los Vocales el orden del día del Pleno a celebrar el día 18, en cuyo punto 1.4 figura la «Propuesta del Presidente del TS y del CGPJ sobre la composición de las comisiones del CGPJ para el año 2015»; anunciándose la designación de vocales para esas comisiones (pero *sin incluir nombres*) y adjuntándose los escritos ya referidos (el de los seis vocales y los individuales de las tres candidatas).

6. En idéntica fecha, 15 de diciembre, el Vocal don José Manuel envía un mensaje, a través del correo electrónico, dirigido a los Vocales, al Presidente y al Secretario General del CGPJ, en el que alaba las tres candidaturas presentadas, interesa la renovación anual y la rotación de la Comisión Permanente y propone la elaboración de un calendario para el resto del mandato (a fin de que quienes viven fuera de Madrid puedan organizarse debidamente).

7. En el Pleno del 18 de diciembre —«por asentimiento de los presentes y a *propuesta del Presidente*»— se retira, para su inclusión en un próximo Pleno, la propuesta del Presidente sobre la composición de las Comisiones, acordando —según consta en acta— «*posponer* la designación de los integrantes de las Comisiones para el año 2015 a un próximo Pleno, todo ello *en aras de procurar el mayor acuerdo posible al respecto*».

8. El 21 de enero de 2015, los seis Vocales que habían presentado sendos escritos los días 12 y 13 del mes precedente, y al amparo de los arts. 600 y 599 de la LOPJ, dirigen al Presidente una solicitud de inclusión, en el orden del día del Pleno anunciado para el día 29, del punto siguiente:»Designación de los vocales componentes de las diferentes Comisiones» y piden que la Presidencia adopte las medidas adecuadas para que las candidaturas se presenten con antelación a la reunión del Pleno. Y mediante nota interior enviada a la Secretaría General, la Vocal Mari Jose remite las propuestas elevadas al Pleno para su *inclusión* en el orden del día, *debate y votación*.

9. El orden del día del Pleno del día 29, y que fue entregado a los Vocales el 23, incorporaba (en su ordinal IV) una propuesta del Presidente bajo el rótulo de «propuesta de composición de las Comisiones del Consejo para el año 2015». Y en ella se hacía constar, resumidamente lo siguiente: a) los antecedentes (composición de Comisiones anteriores) y preceptos legales aplicables; b) un Anexo I en el que figuraba el escrito de los seis Vocales de 12 de diciembre ya mencionado; c) la relación de Vocales, de uno y otro turno, que podían ser nombrados (excluidos los miembros de la Comisión Disciplinaria); d) la competencia del Pleno para resolver la composición de las Comisiones y las mayorías requeridas para ello, recordando el voto de calidad del Presidente; e) un Anexo II que recogía los escritos de doña Estrella, doña Socorro y doña Mari Jose postulándose para integrar la Comisión Permanente.

10. En el momento de iniciarse el Pleno, el Presidente entregó un escrito («propuesta de composición de las Comisiones del CGPJ para el año 2015») «*sustancialmente idéntico*» —dice la STS— al que figuraba en el

orden del día como punto IV, pero *esta vez concretando los nombres* de quienes integrarían las distintas Comisiones; y, en lo que respecta a la Comisión Permanente, *manteniendo los cuatro miembros ya existentes* a los que sumaba el nombre de doña Socorro.

11. Cuando comienza a debatirse el mencionado punto IV, el Presidente se dirige a los vocales en estos términos: a) recuerda los preceptos aplicables y señala que, si bien de los mismos se sigue que el Legislador tuvo la intención de que la Permanente «pueda y deba rotarse», la ley no dice cómo debe hacerse la rotación; b) manifiesta que, ante la alternativa entre rotación total o parcial, él entiende menos disfuncional la parcial; c) señala que el Ministro de Justicia le ha comunicado que llevará un proyecto, al Consejo de Ministros del 6 de febrero, para ampliar hasta siete los miembros de la Permanente; d) propone «para ahora mismo» la incorporación de doña Socorro a la Permanente; «en torno al verano» un jurista y un juez se incorporarían a la citada Comisión; «para fin de año» habría dos nuevas incorporaciones con salida de dos de los miembros designados inicialmente; e) y termina afirmando que la salida de todos los miembros de la Permanente no sería racional ni efectiva.

12. Consta en el acta de la sesión que se genera un debate en torno a esa propuesta en el que los vocales intervinientes expresan críticas (unos) y apoyos (otros). Muy resumidamente: varios vocales censuran el inmovilismo de la propuesta por no respetar el art. 601 LOPJ; califican como mera sustitución y no renovación la incorporación de una sola vocal(4); señalan que las candidaturas presentadas deben debatirse en el Pleno y debe respetarse la pluralidad en la composición de los órganos del Consejo; censuran la absoluta ausencia de consenso tras la suspensión del Pleno anterior; defienden la necesidad de que haya una renovación anual de la Comisión; proponen que, antes de pasar a votar la propuesta del Presidente, se realice un debate sobre la forma de llevar a cabo la votación a tenor de los escritos que un grupo de vocales presentaron formalmente en la Secretaría General; solicitan que se vote separadamente cada una de las Comisiones y uno a uno sus integrantes correspondientes; afirman que con la propuesta del Presidente se deja sin efecto legal el ROF del Consejo cuando dispone que bastan cinco vocales para solicitar la inclusión de un punto en el orden del día. Por su lado, otros vocales manifiestan, al contrario, que la incorporación de una vocal a la Permanente supone una rotación y no una simple sustitución; que la propuesta debe calificarse como verdadera renovación; que *lo que se delibera y vota (la*

---

(4) Recuérdese que doña Socorro ocupa la plaza que, tiempo atrás, dejó vacante doña Delia al renunciar a su condición de vocal en el CGPJ.

propuesta del Presidente) responde a un procedimiento plenamente democrático; que la discusión es irrelevante pues se debaten los tiempos y no la idoneidad de los candidatos.

13. Finalmente, se somete a votación la propuesta del Presidente obteniendo el respaldo mayoritario del Pleno (14 votos positivos frente a 7 negativos). Contra tal decisión se formulan dos votos particulares. En uno (suscrito por los seis vocales aludidos más arriba) se sostiene que la forma en la que se adoptó el acuerdo vulnera el derecho de participación de los vocales y la obligación de someter a la consideración del Pleno una propuesta legalmente realizada que debió ser debatida y votada para obtener la concreción de la voluntad colegiada, pues: a) no es admisible someter a votación unas candidaturas concretas y determinadas no incluidas en la propuesta escrita sometida al Pleno, y b) no puede negarse la posibilidad de que el Pleno se pronuncie sobre una propuesta formulada en tiempo y forma (vulnerándose así el art. 43 ROF del Consejo). En el otro (formulado por don José Manuel) se afirma que se han vulnerado los preceptos legales que obligan a elegir anualmente a los integrantes de las comisiones procurando la rotación y que, al no existir regulación acerca de cómo formular las candidaturas a esos puestos, se ha estado a lo que el Presidente ha decidido en cada Pleno (en este caso, no permitiendo el debate sobre un concreto sistema de votación y proponiendo «in voce» a los integrantes de las comisiones sin que, por tanto, haya habido elección sino mera ratificación de un dictado presidencial bendecido por una amplia mayoría).

1.2. Cambio de escenario: el recurso contencioso

1. Cuatro vocales del grupo de los seis (en concreto: doña Mari Jose, doña Delfina, doña Milagros y doña Adoración) presentaron ante la Sala 3.^a, el 27 de marzo de 2015, un recurso contencioso-administrativo contra «el acuerdo número 4 de los adoptados por el Pleno del 29 de enero de 2015».

2. El 7 de abril del mismo año, las recurrentes elevan un nuevo escrito, completando y subsanando el anterior, en el que incluyen como decisiones recurridas «los acuerdos del Presidente del CGPJ adoptados en el Pleno del 29 de enero pasado, que impidieron el ejercicio por las vocales del derecho a elegir y ser elegidas para las comisiones del Consejo, al haber denegado el Presidente la petición de que se sometiera a votación las propuestas realizadas por seis vocales, así como las candi-

daturas presentadas por varias vocales y que, finalmente determinaron el contenido del acuerdo aprobado por el Pleno igualmente objeto de recurso».

3. La Sección Primera de la Sala 3.^a, en un Auto de 16 de julio de 2015, inadmitió el recurso, al considerarlo extemporáneo, en lo que afectaba a los acuerdos del Presidente del Consejo (mencionados en el escrito de 7 de abril), pero lo admitió en lo concerniente a la decisión del Pleno (de 29 de enero de 2015) sobre el punto cuatro del orden del día.

4. En el escrito de demanda se habían aducido tres motivos de impugnación contra el acuerdo que finalmente constituye el objeto del recurso.

En el primero (al amparo del art. 62.1 de la Ley 30/1992), se reputa nulo tal acuerdo por entenderse que el mismo ha sido dictado con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado (contenidas en los arts. 598 y 600 LOPJ y en los arts. 18, 25, 37, 42, 43 y 45 del ROF del CGPJ).

En el segundo (apoyado en el art. 23.2 CE, en relación con los arts. 600.2 y 601.1 LOPJ), se propugna su nulidad igualmente al haberse soslayado, por obra del Presidente y asumida luego por el Pleno, el derecho de seis vocales a que su propuesta de renovación de la Comisión fuera debatida y sometida a votación y a no haberse efectuado una verdadera elección de la Comisión.

En el tercero (formulado con carácter subsidiario de los dos anteriores), se sostiene que la nulidad derivaría de la vulneración del art. 601.2 LOPJ por no haberse procedido a renovar la Comisión, impidiendo la efectiva participación de los vocales y la pluralidad del órgano de gobierno.

Y en el apartado de conclusiones, se aclara o concreta aquella pretensión interesando la nulidad del acuerdo impugnado y el reconocimiento de sus derechos a que la propuesta que presentaron fuera debatida y votada en el Pleno y a participar —ejerciendo el sufragio tanto activo como pasivo— en la renovación de las Comisiones del CGPJ a través de la correspondiente elección.

I.3. El obstáculo principal

En su FD 3.º, la Sala describe las alegaciones de la Abogacía del Estado contra la admisibilidad del recurso, las cuales comparten en última instancia un mismo problema como denominador común; éste: si las vocales recurrentes ostentan o no un interés legítimo que pueda ser tutelado en sede judicial a través de ese recurso. Y es importante señalar al

respecto que el interés de la parte actora (según subrayan las propias demandantes) no se ciñe a una mera discrepancia jurídica sobre el acuerdo recurrido sino a que éste comporta una supuesta violación de su estatuto como vocales del CGPJ, de su *ius in officium*, es decir del conjunto de facultades que identifican sus funciones y atribuciones como integrantes de ese órgano constitucional.

El escollo fundamental con que tropieza tal pretensión para ser acogida favorablemente radica en la letra del art. 20.a) LJCA: «No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración Pública» «los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente».

Frente a ello, la Sala extrae varias consecuencias relevantes para la solución del caso (FD 7.º). La primera, que el art. 20.a) puede no entrar en juego cuando medie un interés legítimo digno de protección *ex* art. 19.1 a) de nuestra ley procesal. La segunda, que tal interés legítimo no tiene por qué ser forzosamente personal o privado, sino que puede vincularse también al ejercicio de las funciones institucionales que resultan esenciales para el desempeño de la actividad como miembro de un órgano colegiado. La tercera, que cabe defender en sede jurisdiccional la disconformidad frente a una actuación del órgano colegiado cuando se razone y constate debidamente (*prima facie*, no obstante lo que pueda resultar en cuanto al fondo) que tal actuación ha vulnerado, desconocido o limitado ilegítimamente las facultades o derechos que constituyen el núcleo esencial en el ejercicio de la función de quienes conforman el órgano colegiado.

Todo ello, en el bien entendido de que la invocación de un interés legítimo de esa naturaleza no podrá ser manejada por la parte recurrente como un artificio o una alegación instrumental para conseguir lo que la ley no permite. Y, en paralelo, también el órgano judicial competente deberá excluir de su cognición aquellos aspectos que, no afectando al ejercicio de la función institucional, se refieran en puridad a pretensiones de mera legalidad o de oportunidad (que sólo tienen encaje en el seno del órgano colegiado mismo).

Pagada la cuota de los distinguos, la Sala no encuentra ya ningún motivo para diferir la conclusión (FD 8.º) de que el interés invocado por las recurrentes ha de reputarse efectivamente legítimo, pues es evidente que se inscriben en el conjunto de facultades y competencias relativas a su función aquéllas que se estiman conculcadas, como son: las de proponer asuntos para su debate en el Pleno, o que estos asuntos se incluyan en el orden del día correspondiente, o que se discutan y voten debidamente las propuestas formuladas, o que puedan participar —según los términos de la normativa aplicable— en la composición de las distintas Comisiones del Consejo.

I.4. El fondo de la demanda recortado

Tras un puntilloso desmenuzamiento (FD 9.º) y posterior rechazo (FD 10.º) de las objeciones alegadas por el Abogado del Estado oponiéndose a la admisión del recurso y que aquí soslayaré, la Sala afronta ya los tres motivos de nulidad contra el acuerdo del Pleno que se aducen en la demanda (FD 11). Y que son: a) la ausencia total y absoluta de procedimiento y el desconocimiento de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado; b) la lesión de derechos susceptibles de amparo constitucional; y c) la vulneración del art. 601.1 de la LOPJ en conexión con el art. 1 CE.

Pero en su desmontaje pieza a pieza de esa triada de motivos, «la Sala entiende que no todos esos motivos de nulidad están conectados con el interés legítimo que ha permitido a las cuatro vocales del CGPJ impugnar en vía judicial un acuerdo del Pleno». A su juicio, el tercero de ellos contiene una mera «pretensión de legalidad» «desconectada del interés legítimo», aquél que —como ya se dijo— permitiría a las demandantes eludir el régimen de clausura impuesto con carácter general por el art. 20.a) LJCA y buscar tutela extramuros, en los tribunales.

Y no parece que las mismas demandantes hubieran depositado mucha fe en la eficacia dialéctica de esa tercera alegación, pues —destaca la Sala— el susodicho motivo de impugnación se presentó con «carácter subsidiario», con un «escaso desarrollo argumental» que llama la atención, sin ofrecer «ni una sola vinculación entre el repetido *ius in officium* y la decisión material del Pleno de fijar la composición de la Comisión Permanente incluyendo a unos u otros vocales en los términos acordados por la mayoría», y sin siquiera esforzarse «en constatar que una interpretación distinta de la adoptada por el Pleno(...) era la única que respetaría en su integridad el adecuado ejercicio de las funciones esenciales que la ley les atribuye como vocales».

En cualquier caso —recapitula el TS— «consideramos que la pretensión de nulidad del acuerdo por contravenir lo dispuesto en el art. 601 LOPJ, o por vulnerar la pluralidad en la composición de la Permanente que postula la Exposición de Motivos o por desconocer el pluralismo político como valor superior de nuestro ordenamiento constituye, en puridad, una impugnación amparada en la defensa de la legalidad de la actuación administrativa en la que se muestra una discrepancia con la interpretación que la mayoría del Pleno ha efectuado de los preceptos aplicables, discrepancia que solo tiene su adecuado encaje y que únicamente puede ser ejercitada por los miembros del órgano colegiado en el seno de éste». Además, «partiendo del *hecho no controvertido* de que *no existe en la normativa vigente* un derecho de los vocales a formar parte de una u otra Comisión del CGPJ, o a hacerlo en un determinado mo-

mento, o durante un concreto plazo, no alcanza la Sala a entender en qué medida una decisión mayoritaria del órgano competente sobre el alcance y significación de aquellas expresiones contenidas en el art. 601 puede afectar al *ius in officium* de los vocales que han discrepado»; debiendo añadirse a ello que «*tampoco puede afirmarse en absoluto que el tenor de aquel precepto permita identificar un derecho de los vocales*, integrado en el núcleo esencial del repetido *ius in officium*, a que las Comisiones se renueven en la forma defendida por las recurrentes o que la rotación de los distintos vocales se efectúe en los términos que ellas proponen». De manera que «la defensa de una interpretación distinta sobre la renovación o sobre la rotación a las que se refiere el citado precepto solo puede hacerse en el seno del órgano colegiado al que (aquéllas) pertenecen».

Así las cosas, el análisis del fondo del asunto deberá reducirse a los dos primeros motivos de impugnación aducidos en la demanda, pues en ellos sí cabe distinguir —asegura la Sala— una clara conexión con el interés legítimo que habilita a las demandantes para comparecer ante el Tribunal.

1.5. Análisis del primer motivo...

El FD 12 de la sentencia se destina por entero a la disección del primero de los motivos en el que se enumeran las —a juicio de la actora— «irregularidades habidas en el iter procedimental de las que se derivó la ilegal formación de la voluntad del Pleno» en lo relativo a «quórum, convocatoria que incluye el orden del día, composición y votación», y que se infieren examinando las reglas dispuestas en los preceptos siguientes: a) El art. 600.1 LOPJ, que obliga a celebrar sesión extraordinaria del Pleno cuando lo consideren oportuno cinco vocales. b) Los arts. 36 y 37 ROF del CGPJ que se refieren a la necesidad de que la convocatoria de las sesiones plenarias exprese el orden del día y sea comunicada a los consejeros al menos con antelación de tres días, así como la obligación de repartir a los vocales la documentación —con los antecedentes necesarios y, en su caso, con la propuesta correspondiente— referida a cada punto del orden del día. c) Los arts. 598 LOPJ y 25 ROF del Consejo que establecen las competencias de la Presidencia para fijar el orden del día y para proponer las cuestiones que estime oportunas. d) El art. 18 ROF, cuyo apartado quinto reconoce el derecho de los vocales a formular propuestas escritas y a su inclusión en el orden del día de las reuniones del Consejo. e) El art. 42 ROF en el que literalmente se dispone que «la deliberación y examen de los asuntos del orden del día se realizará bajo la dirección y ordenación del Presidente», con el añadido de que «intervendrá en primer lu-

gar el proponente de cada uno o el representante de la Comisión proponente y a continuación se procederá al debate de la propuesta». f) Y el art. 45 ROF, a cuyo tenor «no podrán adoptarse acuerdos sobre temas o materias no incluidos en el orden del día, o carentes de propuesta escrita, salvo que, hallándose presentes todos los miembros del Consejo se decida lo contrario por unanimidad».

Pues bien, la actora —dice la Sala—: a) Señala que la solicitud e inclusión en el orden del día (del punto atinente a la «designación de los vocales componentes de las diferentes comisiones») no fue atendida, vulnerándose así su derecho reconocido por el art. 18.5 ROF. b) Afirma, además, que el Presidente, incumpliendo el mandato de los arts. 598 LOPJ y 25 ROF, en lugar de incorporar al orden del día la propuesta formulada por los seis vocales «no incluyó el asunto en los términos propuestos por los vocales, limitándolo a los términos escritos de su propuesta que no incluía el cambio de personas que debía implicar». c) Sostiene, también, que se vulneró el art. 37 ROF, pues la propuesta del Presidente no estaba documentada y era claramente incompleta porque no recogía los nombres de los vocales que integrarían las Comisiones, cosa que solo hizo (*in voce*) en el Pleno mismo, sin tiempo bastante para el estudio, análisis, debate y votación de la propuesta y sin que los miembros del Pleno salvaran ese defecto mediante decisión unánime. d) Asevera, finalmente, que «la decisión unilateral y contraria a derecho del Presidente impidió a los (*sic*) vocales, doña Mari Jose y doña Estrella, a (*sic*) mantener, defender y hacer efectiva la candidatura presentada para formar parte de la Comisión Permanente».

I.6. Y rechazo del motivo

Apartado autónomo merece el pormenorizado razonamiento que la Sala opone a la pretensión que alberga el primero de los motivos.

1. En primer lugar, no cabe afirmar que, en la adopción del acuerdo cuarto, se prescindiera de las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado; por cuanto: a) se votó una propuesta («composición de las comisiones del CGPJ para el año 2015») incluida en el orden del día y entregada en plazo a los vocales; b) la decisión fue adoptada por el Pleno (órgano competente), en sesión con presencia de todos sus miembros (quórum adecuado) y con el respaldo de la mayoría requerida.

2. Verdad es que la propuesta del Presidente debatida en el Consejo no contenía los nombres de los vocales que habrían de integrar las distintas

Comisiones y cierto también que tales nombres no fueron comunicados hasta el inicio del debate. Con ello, sin embargo, no se contravenía —al punto de hacer nulo el acuerdo— lo dispuesto en los artículos del ROF aludidos en la demanda; toda vez que: a) el art. 45 ROF solo prohíbe que en el Pleno se debata sobre *temas* o materias *no incluidos* en el orden del día o *carentes de propuesta escrita*; lo cual no puede interpretarse con una *rigidez* tal que «*impida completar, mejorar o alterar* aquellos particulares de la propuesta en los términos que puedan *resultar* del debate»; b) «la *propuesta* fue efectivamente *documentada* y entregada», con la salvedad de que *no incluía* a las *personas concretas* que integrarían las distintas Comisiones; extremo que no puede tener carácter invalidante si el Pleno *debatió* y *votó* sobre *la forma de integrar las Comisiones* y sobre quiénes debían ser sus componentes; c) del expediente y de las manifestaciones de la actora se desprende que ninguno de los vocales planteó la insuficiencia de la propuesta por no contener el nombre de los miembros, ni adujo su falta de documentación por aquella omisión, ni la contravención de los preceptos del ROF por la incompleta propuesta que había formulado el Presidente; d) las intervenciones contrarias a la adopción del acuerdo se limitaron a denunciar la falta de debate sobre la propuesta efectuada por el «grupo minoritario», o a criticar que aquello no constituía una verdadera renovación de la Permanente, o a discrepar de la decisión del Presidente de no incluir en el orden del día la propuesta de los seis vocales, o en fin a defender lo que se derivaba del respeto al pluralismo.

3. Ni siquiera puede admitirse que la *propuesta efectuada por los seis vocales* «no fuera *objeto de debate*». Del expediente se sigue que el punto del orden del día contaba con unos Anexos en los que figuraban tanto la propuesta de seis vocales como la disposición de las Sras. Mari Jose, Socorro y Estrella para entrar en la Permanente; y ello evidencia que todos los vocales *conocían* con la debida antelación tanto lo uno como lo otro. Del acta de la sesión se desprende igualmente que los vocales del Consejo «*debataron* sobre *aquella* propuesta» y acerca de cómo debían renovarse las Comisiones (comprendido el sistema postulado por los seis vocales).

4. Los defectos formales (que harían nulo el acuerdo recurrido, según los demandantes) son imputables en su *práctica totalidad* al Presidente del CGPJ (no incluir en el orden del día el escrito de los seis vocales y las candidaturas de tres de ellos). Sin embargo, tales actuaciones han quedado fuera del objeto del proceso (pues así lo determinó el auto de la Sección Primera), de manera que la infracción de los arts. 598 y 600 LOPJ y de los arts. 25, 36 y 37 ROF, atribuible al Presidente, no invalidarían el acuerdo del

Pleno que ha respetado las reglas esenciales de la formación de la voluntad (quórum, convocatoria, composición, deliberación y votación).

Ni aún si la actuación del Presidente fuera «comunicable» (contaminara) a la decisión del Pleno cabría anular la decisión recurrida. Pues aun aceptando a efectos polémicos que hubo irregularidades en la confección del orden del día, sin embargo, pese a la no incorporación *formal* de lo propuesto por los seis vocales, tales datos fueron suministrados a los componentes del Pleno junto con el orden del día y fueron *efectivamente* objeto de *debate* y *votación* según aflora en el expediente. De éste se desprende, en efecto, que: a) todos los integrantes del Pleno tuvieron puntual conocimiento de la propuesta de los seis vocales y de la tres candidaturas pues figuraban como Anexos al punto cuarto del orden del día; b) en la deliberación previa a la votación, algunos vocales se refirieron concretamente a aquella propuesta, interesando incluso que fuera votada antes que la del Presidente, defendiendo la forma en que debían interpretarse los preceptos concernidos, y criticando al Presidente por actuar contra la normativa aplicable; c) la mayoría del Pleno (14 consejeros) no coincidió con la opinión crítica de aquellos vocales, ni con su pretensión de que las Comisiones (la Permanente, sobre todo) se renovaran según ellos postulaban, ni con la idea de que la propuesta del Presidente era una mera sustitución y no una renovación: *votaron*, tras las diferentes intervenciones en el debate, *a favor de la propuesta del Presidente* una vez concretadas las composiciones de las referidas comisiones.

Por tanto, el supuesto defecto formal no ha menoscabado a la resolución recurrida de los requisitos esenciales para alcanzar su fin, ni ha producido indefensión material a los destinatarios un acuerdo respetuoso de las reglas de procedimiento exigibles (competencia, quórum, convocatoria y decisión mayoritaria) y tampoco puede alegar indefensión real y efectiva quien ha visto que sus propuestas han sido conocidas por los integrantes del Pleno y han podido ser debatidas en su seno.

5. Por último, no puede sostenerse con éxito que el acuerdo recurrido haya privado a las Sras. Mari Jose y Estrella de su derecho a mantener, defender y hacer efectiva su candidatura a la Permanente. Por varias razones: a) como antes se señaló, no puede afirmarse que de la normativa vigente se desprenda la existencia de un derecho de los vocales a formar parte de alguna Comisión del Consejo, o a hacerlo en determinado momento o por un plazo concreto; b) doña Estrella, que no consta haya recurrido aquella actuación, no está representada por las hoy demandantes; por lo que éstas no pueden basar su impugnación en defensa de un concreto interés de persona distinta; c) doña Mari Jose (al margen de si su candidatura era viable por cuanto ya pertenecía a la Comisión Disciplinaria) tomó la palabra en el debate previo al acuerdo recurrido solicitando

que antes de la votación se hiciera un debate sobre la forma de llevarla a cabo a tenor de lo expuesto por los seis vocales en sus escritos formalmente presentados en la Secretaría General; pretensión que fue rechazada por la mayoría, la cual decidió *votar única y exclusivamente una propuesta*, la del *Presidente*, con cuya aprobación no solo se excluía que las Comisiones tuvieran una composición distinta sino también la aceptación de la candidatura de doña Mari Jose (dado que en la propuesta del Presidente se excluía a los miembros de la Comisión Disciplinaria).

1.7. Segundo motivo de nulidad y contestación

En el inicio del FD 14, la Sala asegura que con lo recién expuesto se ofrece ya una respuesta a la práctica totalidad de los argumentos que sustentan el segundo motivo de nulidad.

Según las recurrentes, el acuerdo impugnado habría lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional (los reconocidos en el art.23.2 CE en relación con los arts. 599.1.6, 600.1 y 601.1 LOPJ y los arts. 18, 43 y 45 ROF) «al adoptarse el acuerdo recurrido soslayando la propuesta de seis vocales (...) sobre la renovación de la Comisión Permanente que no pudo ser debatida ni sometida a votación en el Pleno sino que, en su lugar, se aprobó la formulada verbalmente por el Presidente».

La Sala anticipa sin contemplaciones que «difícilmente puede prosperar esta alegación cuando *hemos afirmado que el acuerdo recurrido no vulneró aquellos preceptos*». No obstante, considera necesario detenerse en unos apartados del motivo de impugnación donde se defienden tres cosas: a) el derecho fundamental mencionado ha sido vulnerado en el proceso de renovación de las Comisiones; b) ante la ausencia de normas específicas sobre el procedimiento para renovar la composición de esas Comisiones, debió efectuarse una elección orientada a la materialización de la rotación anual de la Permanente a fin de que formen parte de ella todos los vocales; c) la negativa a debatir la documentada propuesta de los seis vocales ha vulnerado el procedimiento de forma sustancial impidiendo el ejercicio de un derecho fundamental al imposibilitar que los vocales ejerciten sus facultades conforme a la colegialidad del Consejo y la paridad de sus miembros.

La Sala concede que las recurrentes llevan razón cuando constatan que el ROF actual no contiene regulación suficiente para que la nueva estructura del Consejo se acomode a los principios de la LO 4/2013. Ahora bien —agrega— eso no conduce a concluir que la composición de las Comisiones deba necesariamente realizarse en los términos propuestos por las demandantes (y por los seis vocales en su día). Tampoco se entiende

—prosigue la Sala— por qué la falta de un concreto iter procedimental haga nula una decisión aprobada por una mayoría del Consejo que ha entendido como conforme a las determinaciones previstas por la LOPJ la propuesta efectuada por el Presidente. Y aún menos —remata el TS— cabe inferir que se ha vulnerado el derecho fundamental recogido en el art. 23.2 CE por la sola circunstancia de que no se votara la propuesta de los seis vocales (calificada por las demandantes como la única o la más idónea para garantizar la colegialidad del Consejo y la paridad de sus miembros en la toma de decisiones).

La Sala no estima que resulte afectado o lesionado el derecho al cargo por el hecho de que el Pleno no haya aceptado una determinada forma de proceder para conformar las distintas comisiones; sobre todo si ninguna norma jurídica reconoce a los miembros del Consejo un derecho a formar parte de alguna de las comisiones o de hacerlo en un momento o en otro.

Y en cuanto a la negativa a debatir la documentada propuesta de los seis vocales, la Sala estima que debe insistirse en lo ya dicho con reiteración: que tanto la propuesta de los seis vocales como el interés de tres consejeras para formar parte de la Permanente eran extremos conocidos con antelación por todos los miembros del Pleno e incorporados como Anexos al orden del día, que en el Pleno se debatió cuanto ya se ha descrito repetidas veces y, finalmente, que el Pleno decidió la composición de las Comisiones en los términos especificados por el Presidente al inicio de la sesión.

Lo que *en el fondo interesa a las demandantes* —cree adivinar la Sala— es que se «emita una declaración sobre *cuál deba ser la interpretación del artículo 601 LOPJ* y sobre qué procedimiento resulta idóneo para dar cumplimiento a ese precepto y al resto de los que se refieren a la composición de las Comisiones»; «y se hace defendiendo que *existe un derecho* (de los vocales) a que la renovación y la *rotación* a las que el artículo citado se refiere deba efectuarse de forma distinta a como el Pleno decidió mayoritariamente». Lo cual «constituye en realidad una *pretensión de mera legalidad*», sin recorrido procesal por tanto a tenor del art. 20. a) LJCA.

II. Observaciones y críticas

A la vista ha quedado —o eso creo—, si miramos desde el siempre auspiciado prisma del juego limpio, el accidentado proceder del Presidente del Consejo. Pero a nada conduce, ahora, elaborar el censo de todas las raras incidencias observadas (desde la particular óptica de quien esto suscribe, claro está). Si acaso, se traerá a la memoria el recuerdo de aquéllas cuya salpicadura enturbie el razonamiento de la sentencia.

II.1. Rotación sin que nadie rote

Consta en el expediente, y así se refleja en la sentencia, el exordio explicativo del Presidente previo a la lectura de su propuesta. Discurso que, en lugar de ajustarse a la neutra *legalidad*, parece haber preferido la solícita *amabilidad* de una componenda doméstica (en la que todos los vocales verían finalmente cumplidas sus expectativas, pero *cuando* y *como* quisiera el Presidente).

Sobre el planteamiento del Presidente se proyectan las sombras de dos errores, nada desdeñables. El primero consiste en *inventar* una duda de interpretación textual allí donde no la hay; el segundo —aun suponiendo que alguna indeterminación existiera— en *no resolverla* sino en *disolverla*. Iré por orden.

1. Nadie niega que la regulación legal atinente a la renovación de la Comisión Permanente sea lacunosa. Pero el enclave de esa carencia no está allí donde el Presidente la sitúa sino en otro lugar. En breve: la letra de la ley ofrece una respuesta diáfana y completa a la cuestión de si la *rotación* de los vocales en la renovación de la Permanente ha de ser *total* o puede quedarse en *parcial*. El problema es otro. Veámoslo más despacio.

La *rotación* implica, por definición, que hay unos vocales que *salen* (llamémosles «rotados») para que otros *entren* (los «rotantes»). Pues bien, lo que la LOPJ ha dejado sin regular no es *cuántos* (de los posibles rotados) salen sino *quiénes* (de los posibles rotantes) entran; asuntos bien distintos e independientes entre sí.

A) Respecto de lo uno, la previsión legal es de una literalidad sin flecos interpretables. En efecto, tras disponerse en el art. 601.1 que «el Pleno del CGPJ elegirá anualmente a los Vocales integrantes de la Comisión Permanente», en el art. 601.2 se especifica que en la composición anual de la Comisión Permanente —exceptuados los Vocales de la Comisión Disciplinaria— «se procurará la *rotación anual del resto* de los Vocales». ¿Provoca, acaso, alguna perplejidad el significado que ha de atribuirse a la expresión «rotación anual», a la preposición «de», y a la palabra «resto»?

Es sintomático que el Presidente haya eludido empeñarse en una exégesis disyuntiva razonada, si la hubiera, antes de sugerir —abiertamente *contra litteram* y sin ningún argumento— que la ley deja abierta «la alternativa entre rotación total o parcial».

B) No obstante, llevaría razón el Presidente al señalar que «la ley no dice cómo debe hacerse la rotación», pero si se apuntara al otro aspecto. Es decir, la ley no determina el procedimiento a seguir por el Pleno para

elegir a *quienes* sucederán a los vocales salientes; vacío normativo, no obstante, que en nada afecta al alcance (si total o parcial) de la rotación.

Y eso explica que la minoría propusiera en su escrito un método de elección para colmar precisamente lo que «la ley no dice» (en palabras del Presidente), y que no ha de confundirse (como le ocurrió al Presidente) con lo que la ley sí dice.

2. Ya desde el primer paso, el Presidente se ha equivocado, creo. Ello no impide, sin embargo, reconocer que la claridad textual pueda ser un límite franqueable cuando haya motivos suficientes para ello (que habrán de explicitarse y justificarse convenientemente). Nada de eso ha sucedido en esta ocasión.

Es verdad que el Presidente invoca el punto de vista de la *funcionalidad*, pero lo hace para *preferir* uno de los dos cuernos del dilema (la rotación parcial por encima de la rotación total), cuando en realidad el problema es otro y anterior: cómo *generar* un dilema a partir de una regulación literalmente unidireccional. Es lo que el Presidente no ha justificado.

Peor todavía. A la vista de la concreta composición que el Presidente proponía, el razonamiento real subyacente sería éste: si el Legislador no ha determinado *una* entre las varias maneras posibles de proceder a la rotación, entonces *ninguna* de ellas es vinculante, de modo que puede prescindirse hasta de la *rotación* misma, al más puro estilo salomónico. Compruébese, si no, cómo en la propuesta presidencial *ninguno* de los vocales *rotaba*, todos *repetían*. La incorporación de doña Socorro, para cubrir una plaza vacante de tiempo atrás, podrá llamarse cualquier cosa menos «rotación» (que es el término específico que emplea la ley y no el genérico de «renovación» (5), tras el que se escudaba el Presidente). ¿Rotación *total* o rotación *parcial*? *Ninguna* rotación.

II.2. «Propuesta» sin propuesta

No sólo el Presidente, también la Sala cometió errores de concepto. Los más ostentosos pululan alrededor del significado de «propuesta» (palabra inicial en la formulación del punto cuarto del orden del día: «*Propuesta de composición* de las Comisiones del CGPJ para el año 2015») y cuya incidencia podría comprometer hasta la misma validez del correspondiente acuerdo adoptado por el Pleno.

---

(5) No habría óbice para considerar que un órgano se había «renovado» mediante la reelección de sus integrantes, como sucedía esta vez; pero de ningún modo habría «rotación».

Pues a esos efectos precisamente, como ya se vio, las vocales recurrentes hacían hincapié en al art. 45 ROF que dice: «*No podrán adoptarse acuerdos sobre temas o materias no incluidos en el orden del día, o carentes de propuesta escrita*, salvo que, hallándose presentes todos los miembros del Consejo, se decida lo contrario por unanimidad». Repárese en que el susodicho art. 45 distingue dos supuestos: uno formal y otro material. Formal: temas o materias no incluidos en el orden del día. Material: carentes de propuesta escrita (es decir, del contenido de lo que se propone). En este caso, a juicio de las demandantes, habría una «propuesta» (formal) sin propuesta (material). ¿Qué resolvió la Sala?

1. Desde los renglones que la Sala destinaba a narrar las vicisitudes del caso que llegaba a sus manos ya se presentía lo que iba a suceder.

Me refiero a aquel pasaje del FD 1.º donde se describe que: «Al inicio del Pleno se hace entrega por el Presidente de un escrito —que se adjunta al acta correspondiente— en el que consta una “propuesta de composición de las Comisiones del CGPJ para el año 2015”». Y, de seguido, la Sala deja caer, como si fuera *de soi même*, una apreciación (que no una descripción) de cosecha propia, al añadir que: «El escrito es *sustancialmente idéntico* a la propuesta que se incluyó en el orden del día (...) pero *ahora se concretan los nombres de los integrantes* de las distintas Comisiones».

Inexplicable un *desliz* (por ponerle un nombre) tan ostentoso, puesto que existe una *diferencia esencial* entre ambos escritos. Una «propuesta» se define como *propuesta si propone* algo. Y, salvo los nombres, el Presidente no proponía nada. En el orden del día, donde no figuran los nombres, se *anuncia* una propuesta (desconocida, de momento) pero no se *enuncia* la propuesta; por tanto *no hay propuesta*. Una situación radicalmente diversa se producirá después cuando en el segundo escrito(6) se consignen los nombres y apellidos de aquellos vocales que el Presidente propone para componer las distintas comisiones. Entonces claro que hay propuesta, pero sólo entonces.

2. Cabría replicar a lo recién apuntado que la información omitida en una escueta redacción del orden del día bien puede ser recabada consultando la documentación complementaria que eventualmente se adjunte. Y hacia esa dirección apunta el razonamiento de la Sala.

Así en el FD 13.º de la sentencia se lee que: «La *propuesta fue efectivamente documentada* y entregada con antelación a los vocales, como exigen los artículos 36 y 37 del ROF, con la *salvedad* de que *no incluía a las personas concretas* que integrarían las distintas Comisiones».

(6) Cuyo título, por cierto, es el calco del punto cuarto del orden del día (a saber: «Propuesta de composición de las Comisiones del Consejo General del Poder Judicial para el año 2015»).

«Salvedad» que nada salva, todo lo contrario. Porque ¿qué otra cosa, sino precisamente eso que «no incluía» la documentación, constituye la «propuesta»? Encima, ninguno de los anexos agregados al orden del día servía para documentar *absolutamente nada* de la propuesta presidencial: ni el recordatorio de la normativa vigente o la entonces actual composición de las distintas Comisiones, ni el censo de los elegibles, ni las peticiones de los seis vocales, ni las ofertas de las tres candidatas... Todo ello era a lo sumo como un *marco* (los cuatro listones del bastidor) pero sin *cuadro* (lienzo pintado). Ninguno de estos documentos reflejaba (ni en todo ni en parte) propuesta alguna del Presidente. Es más, se daba la paradoja de que, mientras había un punto del orden del día (el famoso cuarto) sin documentación, en cambio se adjuntaba una documentación (el escrito de los seis vocales y las propuestas de las tres candidatas) a la que no correspondía ningún punto explicitado en el orden del día. ¡Raro!

Pues no menor extrañeza provoca que la Sala entendiera como «efectivamente documentada» una «propuesta» (?) así, la que fue «entregada con antelación a los vocales». *Lapsus* nada neutro, apúntese de paso.

3. El colmo estaba por llegar. A partir de él ya no será posible imputar a la Sala errores excusables (o tropiezos impensables, incluso), porque ahora estamos ante una inequívoca muestra de vistosa *manipulación*(7), pienso yo.

Y me someteré al mejor criterio de quien esto lea tras copiar el párrafo concernido (con énfasis míos), que dice: «El artículo 45 de dicho Reglamento, en contra de lo que parece defenderse en la demanda, solo prohíbe que se debata en el Pleno sobre temas o materias no incluidos en el orden del día, o carentes de propuesta escrita, pero no puede interpretarse con una *rigidez* tal que impida *completar, mejorar o alterar* aquellos particulares de la propuesta *en los términos* que puedan *resultar del debate*» (FD 13.º).

Imposibles de pasar por alto son tres aparatosas tergiversaciones que sobresalen ya nada más mirar. Primero, la Sala equivocaría la denuncia de las recurrentes: éstas no protestan por lo que el Presidente pudo decir *de más* (siquiera tarde) sino por lo que hizo *de menos* (al omitir esa información básica cuando debió darla). Segundo, tampoco es verdad la ac-

---

(7) Preveo que con el uso de esa palabra, por desconsiderada, me ganaré algún toque de atención. En lo que pueda valer como descargo, diré que yo no sería el primero en recurrir a un término tan descalificador hacia una instancia judicial en el ámbito de una publicación académica. Pienso, por ejemplo, en R. GATTONI, «Il manipolatore togato. Appunti sulla condanna di Adriano Sofri», *Dei delitti e delle pene*, 2000, núms. 1-2.

ción que la Sala atribuiría al Presidente: por la aplastante razón de que es imposible «completar, mejorar o alterar aquellos particulares de (una) propuesta» todavía *no formulada*. Tercero, la distorsión alcanzaría proporción aún mayor si esas supuestas operaciones (completar, mejorar, alterar) se presentan como «resultado del debate», siendo así que el documento aportado al Pleno por el Presidente se leyó justo *antes* de que los vocales comenzaran a debatirlo, para al final quedar tal cual (sin completar, mejorar o alterar) (8).

4. Muy contrariada parece estar la Sala por el recurso pues, por si no le bastara ya con lo hecho y dicho, aún prolonga su arremetida contra las demandantes mediante un argumento *ad hominem* (9) verbalizado en estos términos: «Según se desprende del expediente y de las propias manifestaciones de la parte actora, ninguno de los vocales planteó la insuficiencia de la propuesta por no contener el nombre de los miembros que habían de designarse, ni adujo su falta de documentación por aquella omisión, ni la contravención de aquellos preceptos del Reglamento como consecuencia de la incompleta propuesta que había formulado el Presidente del Consejo».

Pues bien, al margen del escaso valor del argumento (pues sólo aprovecharía a efectos retóricos (10), y aún así... (11)), la Sala pasa por alto que en el voto particular firmado también por las recurrentes (12) contra el acuerdo del Pleno (anterior, por tanto, al contencioso), la primera de sus «consideraciones» recogía precisamente la denuncia por infracción del art. 45 ROF (lo mismo que la tercera «consideración» y el punto 1 de la «conclusión»). No estamos, por tanto, ante una ocurrencia sobrevenida en el momento de redactar el recurso y cogida por los pelos, si es eso lo que insinúa la Sala. Convendría dejarlo claro.

(8) Es cierto que en el acta de la sesión se alude a unos «fleclos», pero en nada afectan al texto del documento que el Presidente aportó al Pleno.

(9) Que tiene todas las trazas del proverbio latino «qui tacet consentire videtur», o del español «quien calla, otorga».

(10) Cambiaría la situación si las demandantes hubieran votado a favor de la famosa «propuesta». No fue el caso.

(11) El acta escrita de la sesión plenaria pone de manifiesto que el rechazo de siete vocales contra la propuesta del Presidente versó sobre aspectos más gruesos que el ahora comentado. Lo cual no autoriza a inferir que, por tanto, éste no suscitaba reparo alguno entre los vocales de la minoría. Y menos, si al expediente se incorporó nada más que el acta escrita (a cuya aprobación, incluso, se opusieron las recurrentes) pero no así la grabación de la sesión plenaria, inclusión solicitada por éstas pero desatendida (por la inexplicable circunstancia de que el soporte de la filmación había sido destruido). ¿Lo sabía la Sala?

(12) Lo mismo que el voto particular firmado en solitario por el vocal don Enrique Lucas.

II.3. Logicismo irrefrenable

Sin contemplaciones, igualmente, se fustiga en la sentencia la pretensión de nulidad perseguida por las demandantes al amparo del art. 18.5 ROF, según el cual los vocales del CGPJ tendrían derecho «a formular propuestas escritas y a su inclusión en el orden del día de las reuniones del Consejo»; derecho que se habría conculcado —estiman aquéllas— al no dar cabida en el orden del día tanto a la propuesta de seis vocales como a las tres candidaturas.

1. Si bien —según se dictamina en la resolución judicial— «los defectos formales (...) imputables (...) a la actuación del Presidente (...) han quedado fuera del objeto del proceso como consecuencia del auto de la Sección Primera» (FD 13.º), eso no obstará a que la Sala acepte el envite dialéctico de mostrar cómo aquellas irregularidades formales («presuntas» nada más, se puntualiza) no comportan el efecto invalidante que las recurrentes pretenden.

Polémica que genera la Sala, sin duda no por el ocioso entretenimiento de exhibir su habilidad para la polémica, sino —me imagino— por evitarle al Presidente el desdoro de un Acuerdo patrocinado por él del que —podría pensarse— había sobrevivido no por méritos intrínsecos suyos sino por superficiales deméritos (una menudencia de plazos) del recurso que lo cuestionaba. En efecto, dejar flotando en el aire esa impresión iría en detrimento de la imagen del Presidente. Y eso sí que no.

2. Ahora bien, dado que el discurso de la Sala se acomoda al diseño de una lógica muy peculiar, debo explicar el porqué de la metáfora de nominación «logicismo irrefrenable».

Entenderé por «logicismo irrefrenable» aquél que permite atribuir al hablante (o actor) no sólo lo que éste *dice* (o hace) sino también lo que el oyente (o espectador) *deduce* de lo que aquél ha dicho (o ha hecho). O sin tanto circunloquio: si alguien vota *a favor* de una propuesta, ha de suponerse que también está votando *en contra* de cuantas opciones conocidas se han barajado en sentido más o menos opuesto, aunque no haya sido preguntado sobre ellas.

Espléndida es la ilustración que al respecto nos brinda la Sala cuando sostiene que: a la vista de que «todos los vocales conocían con la debida antelación tanto la propuesta que formularon aquellos seis, como la disposición de tres consejeros para formar parte de la Comisión Permanente», entonces «el supuesto defecto formal no ha privado a la resolución recurrida de los requisitos esenciales para alcanzar su fin, ni ha producido indefensión material a los destinatarios (...) porque no puede aducir indefensión real y efectiva quien ha visto que sus propuestas —no obstante su

falta de incorporación formal al orden del día como punto independiente— han sido conocidas por los integrantes del Pleno y han podido ser debatidas en su seno en los términos que se deducen del expediente administrativo y de las manifestaciones de la propia parte actora» (FD 13.º).

Idea que la Sala no ha dejado caer por un casual, sino cuyos destellos se esparcen con insistencia a lo largo de todo el FD 13.º. Por ejemplo, allí donde la Sala reitera que: «Como se sigue del expediente, el punto del orden del día comunicado a todos los miembros del Consejo con fecha 23 de enero de 2015 contaba con unos Anexos en los que se incluía la propuesta de aquellos seis vocales, así como los escritos presentados por las Sras. Mari Jose, Socorro y Estrella (...) lo que pone de manifiesto que todos los vocales conocían con la debida antelación tanto la propuesta que formularon aquellos seis, como la disposición de tres consejeros para formar parte de la Comisión Permanente. Y del acta de la sesión se desprende también (...) que los vocales del CGPJ debatieron sobre aquella propuesta y pusieron de manifiesto cuanto tuvieron por conveniente sobre cómo había de efectuarse la renovación de las Comisiones». O cuando la Sala remacha que: «tales extremos —no obstante la falta de incorporación formal al orden del día de aquella propuesta— *no sólo pudieron ser debatidos* (...) con los datos que fueron suministrados al comunicar a los vocales el orden del día de dicha sesión, *sino que fueron efectivamente objeto de votación y debate*». O, en fin, hasta votaron los consejeros contra la pretensión de doña Mari Jose de renunciar a su vocalía en la Comisión Disciplinaria en caso de ser elegida para la Permanente, pues en la propuesta del Presidente que el Pleno votó «se excluía a los miembros de la Comisión Disciplinaria».

3. Tal es el ardor que se pone en la sentencia para destacar la cantidad de asuntos sobre los que (presuntamente) se pronunció el Pleno, que podría quedar en la penumbra un hecho que también se consigna en la resolución y debe resaltarse por si pasa desapercibido: que el Pleno «*decidió votar única y exclusivamente una propuesta*, la del Presidente del órgano» «una vez concretados los nombres de quienes habían de integrar las referidas comisiones». Eso sí: «*tras las diferentes intervenciones en el debate*».

De donde, y de conformidad con este razonamiento, procedería entonces diferenciar dos partes en el objeto de la votación: una parte *explícita* (la composición de las distintas comisiones con los nombres de sus respectivos vocales) y otra parte *implícita* (el resto de lo debatido). De suerte que el *voto explícito* en un sentido acarrea automáticamente un *voto implícito* en sentido coherente con el primero; y, por tanto, el voto explícito hace superfluo votar sobre lo que implícitamente ya se derivaría de aquél. Así de expeditivo. Pero con grandes agujeros.

4. El fundamental, que el contenido de una propuesta sometida a votación no está constituido por una red de implicaciones lógicas *impersonales* (es decir, independientes de lo que *piensan* que votan y *quieren* votar las personas concernidas) ni libres de servidumbres *contextuales* (o sea, del *dónde* y *cuándo*).

A) De entrada, no a todas las personas les funciona lo mismo *la lógica* ni a todas *la misma* lógica. Por ello, ante todo han de convenir los votantes en cuáles son los términos precisos de lo que van a votar. Y si, por ventura, alguien pretende que el objeto de la votación así delimitado incluye algunos implícitos, éstos han de quedar convenientemente explicitados (dejando *ipso facto* de ser implícitos).

De otro lado, la *voluntad* es consustancial al acto de votar. Voluntad que abarca dos facetas: no sólo la de optar por el *sentido* del voto sino igualmente la de acotar el *objeto* de la votación. Se vota sólo *sobre* lo que se quiere votar y no *a pesar* de lo que se quiera votar (por fuertes que fueren los imperativos racionales a favor de incluir lo que, sin embargo, deliberadamente se ha excluido de la votación —no importa por qué motivos—).

A no perder de vista, tampoco, la dimensión *institucional* de la votación, con sus inevitables reglas de juego que, entre otras funciones suyas, determinan cómo se fija y delimita el contenido de lo que se vaya —primero— a debatir y —después— a votar.

B) Sentadas las premisas, es momento de extraer las consecuencias aplicables a la situación.

a) Empezando por el final, no todo intercambio dialéctico que se produce entre vocales durante el transcurso de un Pleno vale como *debate* preliminar de una *votación*. Lo sabe la Sala y así nos lo enseña ella misma en un fragmento de la sentencia que reproduce más arriba; aquél que decía: «El art. 45 de dicho Reglamento (ROF) (...) solo *prohíbe* que se *debata* en el Pleno sobre temas o materias *no incluidas en el orden del día*, o carentes de propuesta escrita» (FD 13.^o). Entiendo, por tanto, que la inclusión en el orden del día es, si no condición suficiente, al menos sí *condición necesaria*.

Así las cosas, en el orden del día del polémico Pleno, y a excepción del dichoso apartado cuarto, no figuraba ninguna de las otras materias o propuestas sobre las cuales, no obstante, la Sala alega (contra las recurrentes) que fueron debatidas y votadas. Entonces, si en el Pleno no se observaron las prescripciones reglamentarias del art.45, la Sala nos debe alguna explicación para disipar su aparente incoherencia.

A menos de que la Sala se haya guardado un as en la manga: quizás aquél que dejó entrever cuando replicaba que el orden del día entregado

a todos los vocales «contaba con unos Anexos en los que se incluía la propuesta de aquellos seis vocales, así como los escritos presentados por las Sras. Mari Jose, Socorro y Estrella» (FD 13.º). Si así fuera, el hecho de que tales asuntos no aparecieran inscritos en el listado del orden del día, y se contraviniera lo dispuesto por el art.45 ROF, tendría para la Sala la misma enjundia de un «supuesto *defecto formal*» o de una «*falta de incorporación formal como punto independiente*» (FD 13.º) nada más. Habría de colegirse, en consecuencia, que —para la Sala— aquellos asuntos formalmente omitidos constituían *materialmente* parte del orden del día y —debe suponerse entonces— que conferían a sus proponentes el derecho a exigir que fueran debatidos y votados con las garantías de rigor. Pues bien, resulta que ni el Presidente ni los propios vocales que lo secundaron lo entendían así. ¡Curioso!

b) Basta repasar el acta de la sesión plenaria para cerciorarse de ello. Frente a las protestas, por ejemplo, de la vocal Martínez de Careaga (que «muestra su sorpresa porque se esté debatiendo únicamente (...) la propuesta del Presidente y no la propuesta formalizada por el grupo minoritario») o de la vocal Cinto Lapuente (la cual «entiende que hay vocales que han presentado su candidatura a ser miembros de la Comisión Permanente y tendrían derecho a que dichas candidaturas sean debatidas en el Pleno»), el acta deja constancia de que «el Presidente interviene brevemente para aclarar que *el punto del orden del día que se debate es la propuesta del Presidente (...) que se ha formalizado al comienzo de este Pleno*», lo que aprovecha el vocal Grande-Marlaska para sugerir —en esta misma onda— que se tenga por finalizada la discusión pues «considera que se ha debatido suficientemente la propuesta y que los nombres de los integrantes de las comisiones están encima de la mesa».

Constatado lo cual, nada extraña que las demandantes pregonaran con áspero acento, en el voto particular que suscribieron, su denuncia porque «en la sesión del Pleno de 29 de enero (...) se *denegó* la posibilidad de *someter a votación* la propuesta formulada por los seis vocales peticionarios», vulnerándose «la facultad inherente de someter propuesta al Pleno para su decisión, y la consiguiente exigencia de su votación y concreción de la voluntad colegiada». Reproche que, de manera similar, también se agita en el voto particular del vocal Enrique Lucas («Existía una propuesta de sistema de votación presentado formalmente con anterioridad a la convocatoria de la sesión plenaria por seis miembros del Pleno y pese a que se habían postulado como candidatas tres vocales, *el presidente rechazó debatir sobre ello*»).

c) No se trataba pues de la mera «*falta de incorporación formal como punto independiente*» de unas propuestas, como si aquélla hubiera sido

fruto de un *descuido*. No. Es más, ya la reiterada resistencia del Presidente (primero en diciembre de 2014 y después en enero de 2015) a introducir en el orden del día ambos asuntos denota un deliberado *propósito* no se sabe con qué fin, pero desde luego no reductible a una formalidad venial.

Tiene su gracia (mucho pero maldita) que la Sala venga proclamando que se *votó* (siquiera implícitamente) lo que (explícitamente) se *vetó* (votar).

II.4. Escamoteo sistemático

En las postrimerías de la sentencia (FD 14.^o), el Tribunal elude la última pretensión de las demandantes, a saber: que se determine el sentido del art. 601 LOPJ, porque de su aplicación penden también derechos inherentes al *ius in officium*. La Sala no se muestra por la labor.

1. Ésta se entretiene, de inicio, en unas salvas de fusilería que no apuntan al corazón del problema. Así, a la Sala le parece en «extremo relevante» que este «tercer motivo de nulidad se articule de manera subsidiaria», e igualmente le «resulta ilustrativa la forma en que se fundamenta» porque —continúa— «no encontramos ni una sola vinculación entre el repetido *ius in officium* y la decisión material del Pleno de fijar la composición de la Comisión Permanente incluyendo a unos u otros vocales en los términos acordados por la mayoría»; lo que denota que «ni siquiera las recurrentes se han esforzado mínimamente en constatar que una interpretación distinta de la adoptada por el Pleno de las expresiones “elegirá anualmente” o “se procurará la rotación anual” (empleadas por el art. 601 LOPJ) era la única que respetaría en su integridad el adecuado ejercicio de las funciones esenciales que la ley les atribuye como vocales» (FD 11.^o).

A) Respecto de lo uno, lástima que la Sala no reproduzca los *petita* de la demanda para advertir que la «subsidiariedad» del motivo —que de ningún modo prejuzga que éste fuera *de relleno*— carece de toda relevancia. Pues es normal que primero se juegue la baza más radical de la *nulidad* del acuerdo impugnado (por haberse prescindido «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido») y, «subsidiariamente», la de su *anulación* (por «infracción del art. 601.2 de la LOPJ»). Tal fue el caso (13).

---

(13) Lo corrobora otro fragmento de la demanda donde se lee: «Con independencia de mantener que el acuerdo adoptado por el Pleno del CGPJ (...) es nulo, la pretendida renovación no fue realmente tal (...). Lo que vulnera en relación a la Comisión Permanente lo dispuesto en el art. 601 LOPJ» (pp. 30-31).

B) Por otra parte, inequívoca y expresa (pp. 27-28 de la demanda) es la conexión que establecen las demandantes entre el *ius in officium* y lo dispuesto en el mencionado artículo de la LOPJ. ¿Con qué fundamento? Con el de la apabullante literalidad del precepto y su aderezo explicativo que se ofrece en la Exposición de Motivos. Si, en opinión de aquéllas, la claridad textual de ambos elementos no tiene vuelta de hoja y si, de otro lado, la mayoría no expresó en el Pleno *razones*(14) (no votos) para sostener una interpretación alternativa ¿en qué tipo de razonamiento deberían haberse empeñado las recurrentes? Y si hubiera una exégesis plausible y distinta a la preconizada por éstas ¿por qué no la pone de manifiesto la Sala antes de recriminar a las demandantes su indolencia por «ni siquiera (haberse) esforzado mínimamente» en demostrar que su interpretación era la única correcta? ¿Había otra acaso? ¿Cuál?

2. No cabía esperar de la Sala respuesta alguna, a la vista de que ella no se ha ocupado de una tarea aún más básica y preliminar: reproducir de *cuerpo entero* (no bastan fragmentos sueltos y rebotados) los *datos* normativos concernidos para, así, poder hablar sobre seguro.

A fin de paliar esa deficiencia no sería ocioso remitirse al apartado IV de la Exposición de Motivos, donde se lee que: «para permitir una mayor pluralidad en la composición de la Comisión Permanente se prevé su renovación anual, estableciendo de este modo la posibilidad de que *todos los vocales*, con excepción de los que integren la Comisión Disciplinaria, puedan llegar a *formar parte de la misma*».

Una vez identificada la teleología del art. 601.2 convendría retornar a la textualidad del mismo por ver si se atisban márgenes interpretativos en su lectura. El citado precepto, tras establecer la composición de la Comisión Permanente, puntualiza: «Con excepción de los miembros de la Comisión Disciplinaria, se procurará la *rotación anual del resto de los Vocales* en la composición anual de la Comisión Permanente».

Trabajo baldío, sin embargo. Porque, llegados a este punto y con elementos suficientes para *al menos* descartar de plano que el Acuerdo adoptado por el Pleno fuera compatible con lo legalmente dispuesto, caemos en la cuenta de que la Sala va a desentenderse de la discusión que ella misma había suscitado (de nuevo bajo la forma de un argumento «ad hominem») negándole ahora toda incidencia en el objeto del recurso. Dirá que:»las demandantes pueden legítimamente defender la forma en

(14) Lo único que consta en el acta del Pleno es: por un lado, la *injustificada* interpretación del Presidente acerca de que la ley no determina si la rotación ha de ser «total» o puede ser «parcial»; y, por otro, la opinión del vocal Martínez Moya para quien «el mandato de la norma no es de carácter imperativo» (no aclara cuál es su naturaleza) «y que en consecuencia la interpretación de la misma puede ser diferente» (sin precisar qué interpretaciones serán las viables ni por qué).

que ha de producirse la renovación anual de la Comisión Permanente; pueden sostener en qué términos debe efectuarse la rotación de los vocales (...) y pueden también, obvio es decirlo, discrepar de la interpretación que sobre esos extremos ha sostenido un número de vocales mayoritario», pero «la defensa de una interpretación distinta (...) solo puede hacerse en el seno del órgano colegiado al que pertenecen» por tratarse de una «pretensión de legalidad desconectada del interés legítimo», aquél que —de haberlo— sí permitiría «impugnar ante esta Sala la decisión del Pleno». ¿Demasiado simple? Puede.

3. En su aproximación al art. 601 la Sala deslinda dos asuntos distintos: uno se refiere a cómo se regula en la ley la rotación anual de los vocales; el otro atañe a si esa norma legal implica o no un *ius in officium* de los vocales. El primero se sustancia en una cuestión de mera «legalidad» y, en cuanto tal, ha de resolverse sin traspasar los umbrales del Pleno; el segundo genera una cuestión de «interés legítimo» de los vocales, cuya tutela sí corresponde en última instancia a los tribunales.

A) Son, sin duda, cuestiones *diferentes*, pero ¿también *independientes*? Veamos. Si el «interés legítimo» existe en tanto que —como dice la Sala— una «norma jurídica reconoce a los miembros del Consejo un derecho a formar parte de alguna de las comisiones o de hacerlo en un momento temporal o en otro» (FD 14.º), entonces no sería baladí explorar si, de la rotación de todos los vocales prescrita en el art.601, «surge para los/ las vocales algo más que una mera expectativa en relación con la posibilidad de, a lo largo del mandato del CGPJ, ejercer en plenitud las funciones que constitucionalmente vienen encomendadas al órgano» (15). Es decir, a expensas de la interpretación del mencionado artículo quedará determinar si el significado de la «rotación» se reduce a una mera cuestión de legalidad o si afecta también a las facultades que los vocales del Consejo pueden desarrollar a lo largo de su mandato.

O lo que viene a ser lo mismo: la *interpretación* del art. 601 viene a ser un *prius* (para fijar su alcance normativo) y no un *posterius* (confiado al Consejo, merced a la gratuita suposición de que solo afecta a pretensiones de mera legalidad). No ha lugar, por tanto, a que la Sala muestre su extrañeza (o presuma de perspicacia) al destacar que (en la demanda) «en el fondo, se está interesando de la Sala que emita una declaración sobre cuál deba ser la *interpretación* del artículo 601 LOPJ» (FD 14.º). ¡Pues claro!

---

(15) Como oportunamente se inquiere en el voto particular (a esta sentencia) redactado por el Magistrado Sieira Míguez y respaldado por otros cuatro Magistrados.

B) El procedimiento a seguir en el abordaje del problema es de manual. Primero, *interpretar* ese art. 601 (con la finalidad de establecer si la «rotación» prevista implica o no algún derecho de los vocales a formar parte de la Comisión) y *justificar* el resultado interpretativo obtenido. Después, si el resultado ha sido afirmativo, *delimitar* (por vía interpretativa), también *argumentadamente*, el perfil y el alcance del derecho identificado. Por último, *controlar* si la renovación de la Comisión efectuada es compatible o no con el derecho previamente acotado, *razonando* la valoración resultante.

C) Obviamente el itinerario procedimental se simplifica si el primero de los tres pasos se salda ya con una respuesta negativa, pues ahí terminaría todo. Es lo que parece haber sucedido en esta ocasión.

Ocurre, sin embargo, que poco o ningún esfuerzo interpretativo ha realizado la Sala para llegar al susodicho resultado. Hasta diríase que, formalmente al menos, la Sala ha esquivado afrontar esa tarea, dando la impresión de que nos ofrece más una *premisa* apriórica que una *conclusión* fundamentada.

Véase si no con qué palabras despacha la cuestionada conexión entre el *ius in officium* y la «rotación» prescrita por la LOPJ: «No creemos que el derecho al cargo (y el ejercicio sin restricciones de las facultades que tal cargo confiere a su titular) resulte afectado o lesionado por el hecho de que el Pleno no acepte una determinada forma de proceder en relación con el procedimiento para conformar las distintas comisiones». ¿Y eso por qué? «Sobre todo (porque) ninguna norma jurídica reconoce a los miembros del Consejo un derecho a formar parte de alguna de esas comisiones o de hacerlo en un momento temporal o en otro» (FD 14.^o). ¿Tampoco el art. 601 LOPJ? «Partiendo del *hecho no controvertido* de que no existe en la *normativa vigente* un derecho de los vocales a formar parte de una u otra Comisión del CGPJ, o a hacerlo en un determinado momento, o durante un concreto plazo, no alcanza la Sala a entender en qué medida una decisión mayoritaria del órgano competente sobre el alcance y significación de aquellas expresiones contenidas en el artículo 601 puede afectar al *ius in officium* de los vocales que han discrepado del acuerdo mayoritario» (FD 11.^o).

Dejando de lado que no se ajusta a la realidad adjetivar como «no controvertido» un «hecho» tan omnicompreensivo («la normativa vigente», que abarcaría por tanto al propio art. 601) como el mencionado por la Sala (pues, sin ir más lejos, las demandantes lo discuten), no cabe amordazar el dato de encontrarnos aquí ante una situación inédita (surgida por primera vez) que obliga a preguntarnos si lo que la Sala predica *in genere* de «la normativa vigente» (no se sabe con qué razón) es aplicable o no y por qué al art. 601. Para eso haría falta interpretarlo, claro está. Estaría bien saber por qué la Sala se resista a hacerlo.

En lugar de ello, la Sala sigue rayando el disco de que el art.601 no da para más que para plantear «una pretensión de mera legalidad». ¿Alguna razón? Ninguna. Sólo la escueta y autocrática remisión a lo que «hemos señalado reiteradamente» (FD 14.º), sin otra explicación.

Trabajo recibido el 4 de abril de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Garrantzitsua da modu onek gida dezatela gure erakundeen funtzionamendua, alde batetik jarduera ilunak eta, bestetik, tratatu bereziak saihestuz. Iruzingilearen iritziz, bi betekizun horiek ez dira behar bezala errespetatu ez Auzitegiko epaiketari amaitu zuen benetako *historian*, ez historia horretaz arduratu zen epaiketaren *epaian*. Kritikagarriak dira bai *jokaera* batzuk (Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiaren barruan gertatutakoak), bai *arrazoiketa* ugaritan edukitako antzeko jarrera (3. salarena). Hori guzti hori, Kontseiluko Batzorde Iraunkorra berri-tzeko akordioaren harira eta Administrazioarekiko Auzien Salaren aurrean in-pugnatu osten.

GAKO HITZAK: Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiaren batzordeak. Berri-tzea. Errotazioa. *ius in officium*. Interpretaziozko arrazonomendua.

RESUMEN: Importa que las buenas maneras presidan el funcionamiento de nuestras instituciones evitando —por un lado— las oscuras actuaciones y los desiguales tratos —por el otro—. En opinión del comentarista, ambos requisitos no han sido convenientemente respetados ni en la *historia* real que desembocó en el juicio ante el Tribunal ni en la *sentencia* de éste que se ocupó de aquélla. Criticables algunos *comportamientos* (en el seno del CGPJ) y actitud nada equidistante (de la Sala 3ª) en no pocos de sus *razonamientos*. Todo ello con ocasión del Acuerdo para renovar la Comisión Permanente del Consejo y de su posterior impugnación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

PALABRAS CLAVE: Comisiones del CGPJ. Renovación. Rotación. *ius in officium*. Razonamiento interpretativo.

ABSTRACT: Good manners matter when presiding over the functioning of our institutions by avoiding —on one side— shady dealings and unequal treatments —on the other—. In the opinion of the commentator, both requirements have not been duly respected nor in the real *story* that led in the trial before the Court nor in the *ruling* by this latter when dealing with the former. Objectionable as they were some *behaviors* (within the General Council of the Judiciary) and with a non equidistant attitude (by the Third chamber) in many of its *reasonings*. All of it at the time of the Agreement to renew the Permanent committee of the Council and its posterior challenge before the Contentious-Administrative chamber.

KEYWORDS: Committees of the General Council of the Judiciary. Renewal. Turnover. *ius in officium*. Interpretative reasoning.

Notas

Eusko legegileak Toki autonomiaren inguruan egindako apustua: Toki autonomia Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legean

Ortzi de la Quintana Ibáñez

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.10>

Aurkibidea: Sarrera.—I. Toki autonomiak Espainako antolamendu juridikoan izandako garapenari buruzko aipamena.—II. Toki autonomiaren kontzeptua: Europako Toki Autonomiari buruzko Hitzarmena eta printzipioaren adierazle nagusiak. II.1. ETAHren Toki Autonomia. II.2. Toki Autonomiaren adierazle esanguratsuenak.—III. Toki autonomiaren babesa Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legea. III.1. Auto-antolakuntza. III.2. Eskumen banaketa. III.3. Herritarren parte-hartzea Udalak jorratzen dituen politiketan. III.4. Udalaren parte-hartzea beren interesean eragina izan dezaketen politiketan. III.5. Finantza-nahikotasuna.—IV. Ondorioak.—V. Bibliografia.

Sarrera

Euskadiko Toki Erakundeei buruzko Legearen aurreproiektu desberdinak eskuartean izan nituenetik oso interesgarria iruditu zitzaidan Toki Autonomiari ematen zaion garrantzia. Toki autonomia da, udal jardueraren ardatza, horren benetako izaera adierazten duen printzipio orokorra. Printzipio horren garrantzian lanean egon dira nazioarteko erakundeak eta, esate baterako, Europako Demokrazien oinarritzko printzipio bihurtu da, horren inguruan Europako Kontseiluak lan handia egin duelarik.

Ez gara hasiko artikuluko honetan Toki Autonomiaren esanahiaren inguruko hausnarketa sakonik egiten, bai ordea printzipio horrek Euskadiko Toki Erakundeei buruzko Legean izan duen eragina eta indarra eman. Hau gauzatuko dugu helburu zehatz eta konkretu batekin: Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak (1) (hemendik aurrera ETEL) planteatzen duen toki autonomia eta Estatuaren baitan garatu den toki autonomiaren kontzeptua alderatuz eta ikuspuntu desberdina dagoela zehaztuz; horrela, ETELk toki autonomiaren alde egiten duen apustua argituz.

---

(1) 2016ko apirilaren 14ko Euskal Herriko Argitaritzaren Aldizkarian argitaratua.

Helburu honen arrazoia bikoitza da: alde batetik, ETELren bitartez EAEko administrazioan toki erakundeei ematen zaien izaera politikoa (deszentralizazio politikoa deszentralizazio administratiboarekin aurkaratuz) adierazteko; eta bestetik, azken krisiaren ondorioz indarra hartu duten aurrekontu egonkortasunaren eta finantza-nahikotasunaren aurrean toki autonomiak ETELn hartu duen garrantzia adierazteko.

Helburu honekin, lehenik toki autonomia printzipioak Espainiako antolamendu juridikoan izan duen garapenaren inguruko begirada bat egin dugu. Horren arabera toki autonomia deszentralizazio administratibo huts bat bezala garatu da Konstituzio Auzitegiaren 4/1981 Epaiak adierazi zuen bezala. Horrekin batera eta Alemaniako doktrina eredutzat hartuz Konstituzio Auzitegiak 32/1981 Epaiaren bitartez toki autonomia berme erakunde gisa egituratu zuen, eduki ahal zuen izaera politiko guztia baztertuz eta betiko toki autonomiaren izaera markatuz. Interpretazio hori eskuan harturik argitaratu zen Toki Araubide Orokorri buruzko apirilaren 2ko 7/1985 Legea eta toki erakundeei buruzko doktrina guztia antolatu zen. Baina, 1985ean ere Estrasburgon Europako Kontseiluaren barnean Espainiak Europako Toki Autonomiari buruzko Hitzarmena (hemendik aurrera ETAH) sinatu zuen, eta horretan egituratzen den toki autonomiak berme erakunde huts hori gainditzeko duen benetako eskubide bat egituratuz. Horregatik, lan honen bigarren kapituluaren ETAHren toki autonomia printzipioa aztertuko da eta hori eskuan hartuta toki autonomia printzipioaren adierazle batzuk zehaztuko dira. Hirugarren atalean ETEL eskuan hartuta aztertuko dira bigarren epigrafearen zehaztutako adierazle horiek nola erreflejtzen diren eta horrek argi utziko du zein den Euskadiko Legegileak jarraitzen duen toki autonomiaren printzipioa.

Horrekin guztiarekin, argi geratuko da EAEko legegileak apustu bikoitza egiten duela: batetik, toki autonomia printzipioaren aldekoa, krisiaren ondorioz indarberritutako printzipioak alde batera utzi barik; eta bestetik, ETAHren toki autonomiaren kontzeptua eskuan harturik benetako deszentralizazio politikoa baten aldekoa. Kontuan izan behar dugu era berean, ETELk EAEko Administrazio Erakundearen sistema itxi egiten duela administrazio maila guztiak behar bezala arautuz eta egituratuz.

I. Toki autonomiak Espainiako antolamendu juridikoan izandako garapenari buruzko aipamena

Espainiako antolamendu juridikoan toki autonomiaren garapena xx. mendean zehar ematen dela esan daiteke. Egia esan, xix. mende osoan zehar Estatuak udalengan zuen kontrol jarduerak hain zen handia toki autonomiaren adierazle izan zitezkeen esparru batzuk ere (Udalbatza- ren kideak hautatzeko prozedurak, auto-antolakuntza, etab...) indarrik

gabe gelditzen zirela, benetako autonomiaz hitz egiteko aukera bertan behera geratuz. Zinegotzien hautaketari buruz, udal ordenantzei buruz, udal zergen inguruan, etab... hitz egin izan zen garai horietan, baina Estatuaren kontrola udal jarduera horietan hain zen handia, udal autonomiaren inguruko ahalegin guztiak gutxietsita gelditzen zirela. Zuzenean toki autonomiari buruz hitz egin zuen lehenengo araua 1924ko Udal Estatutua izan zen, eta, halabeharrez Estatu Diktadura baten barnean, hala nola Primo de Riveraren diktaduran, emandako araua izan zen. Egia da toki autonomia hori ez zela benetakoa, ordezkaritza demokratikorik gabe (2) jaio-tzen zelako, baina printzipioz auto-antolakuntzan eta udalaren jarduera naturalean egituratutako udala sortzeko asmoa adierazten zuen. Deszentralizazio prozedura garai horretan hasi zen beraz. Toki Administrazioaren berregituraketa gauzatzeko Jose Calvo Sotelo Jauna Toki Administrazioiko Zuzendari izendatu zuten eta honek garaiko adituekin udal lege bat egi-teari ekin zion. Aditu horien artean administrazio ikuspuntu batetik esan-guratsuen Luis Jordana de Pozas jauna izan zen. Aditu hauen proiektuak deszentralizazioa hartzen du bide moduan eta aurretik egindakoarekin haustura (3) suposatu zuen.

Udal Estatutuaren ostean, 1935ean, Errepublika garaian alegia, Udal Lege berri bat onartzen da, baina Franco Jeneralaren Estatu Kolpeak bertan behera utzi zuen. Diktadura horretan, 1945ean oinarriak jartzen dituen 1955eko Toki Araubideari buruzko Legeak argitaratu zen, baina horrek ez zuen toki autonomiari buruzko aipamenik egiten, bai ordea Estatuak udalen gainean egiten zuen kontrolaren inguruan. Diktaduraren azken urtee-tan toki araubidea aldatzeko urratsak ematen hasi ziren, baina prozesu de-mokratizatzailearekin bertan behera geratu ziren ahalegin desberdinak. Azkenean, Diktadura eta gero, 1978. urtean Espainiako Konstituzioa onartu zen.

Esan bezala, 1978ko EK diktadura baten osteko konstituzioa da, horrek ekarri zituen beldur eta muga guztiekin. Dakigunez konstituzio honek «trantsizio» deituriko epe baten emaitza nagusia da eta Estatu autokratikotik Estatu demokratikora igarotzeko bidea ireki (4) edo bultzatu zuen. Konstituzio honek, Espainiako Erresuma Zuzenbideko Estatu Demokratiko eta Soziala aldarrikatzen du, eta, autonomia du horren ardatzetariko bat. Nazio bakar horretan autonomiarako eskubidea zabaltzen zaie lurraldeei

---

(2) ORDUÑA REBOLLO, E., eta COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la legislación de régimen local*, lustel, 1 edizioa, Madril, 2008, 198. orrian

(3) ORDUÑA REBOLLO, E., eta COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la legislación de régimen local*, lustel, 1 edizioa, Madril, 2008, 199. orrian

(4) Kontuan izan behar dugu benetako irekiera eman zuen legea Politikaren Erreformatarako Legea izan zela, horrekin batera alderdi politikoak legeztatu eta lehenengo hauteskunde «demokratikoak» egin zirelako.

eta nazionalitateei eta, horrekin batera, autonomia eredu horren barnean, toki autonomia bera aldarrikatzen da, nahiz eta intentsitate berdinarekin ez egin.

Espainiako Konstituzioan toki autonomiaren printzipioa ez da beren-beregi jasotzen, baina bai toki autonomiaren babesa. Konstituzioaren VIII. titulua, lurralde antolakuntzari buruzkoa, 137. artikuluan argi jasotzen ditu udalaren funtsezko bi ezaugarri: alde batetik, udala estatuaren lurralde antolaketaren oinarria da, probintziekin batera, eta eratzen diren autonomi erkidegoekin batera; eta bestetik, udalek beren intereserako gaiak kudeatzeko autonomia daukate. Beraz, zuzenean EKk udalen toki autonomia printzipioa aipatzen du, toki autonomia esamoldea beren-beregi jaso barik. Horrez gain, titulu berdineko II. kapituluak, toki administrazioari dago-kion kapituluak alegia, 140. artikuluan printzipio hori errepikatzen du Estatu toki autonomiaren bermatzaile gisa bere burua agertzen duenean: *«Estatuak udalerrien autonomia bermatzen du. Horiek pertsonalitate juridiko osoa izango dute...»*.

Eginkizun bermatzaile horretan 140. artikulua toki autonomiaren ezaugarri garrantzitsuei buruzko lehenengo aipamen zuzenak egiten ditu, udal auto-antolakuntza printzipioa aipatu, eta udalbatzaren egituraketa, printzipio demokratikoetan oinarritzen du. Zentzu horretan, argi aipatzen da udalbatzaren kideak sufragio unibertsalaren, berdinarekin, askearen, zuzenaren eta sekretuaren bitartez aukeratuko direla.

Azkenik, EKren 142. artikulua autonomiarekin zuzenean harremanetan dagoen finantza-nahikotasunaren inguruan hitz egiten du, bi printzipioak (toki autonomia eta finantza-nahikotasuna) harremanetan jarritz. Azken finantza, udalek haien eskumenekoak diren menpeko atribuzioak aurrera atera ahal izateko beharrezko baliabideak behar dituzte eta horrela, autonomia barik finantza-nahikotasunak ez dauka zentzurik eta finantza-nahikotasunik gabe autonomiak ez du inolako etorkizunik, garatzeko aukerarik ez duelako izango.

Hala eta guztiz ere, 1978ko EKk ez ditu udalen berezko interes horiek zeintzuk diren definitzen eta dena geratzen da zehaztu gabeko kontzeptu juridiko baten menpe. Are gehiago, 1978ko EKren eskumenak banatzean ez du udalaren aipamenik egiten, eta are gehiago, udalen eskumen eta atribuzio banaketa lege lerruneko arauen bitarteko garapena baimentzen du, udalaren pisu konstituzionala guztiz murriztuz, eta, toki autonomiaren muga bihurtuz. Azkenik, lege lerruneko arauaren beharra lege arruntaren bitartez eskumen banaketa egiteko aukera zabaltzen du eta horrela izan da EKren 149.1.18 eta 149.1.14 artikuluen menpe geratuz. Konstituziogilearentzat gaia ez zen garrantzitsua izan, udalerrien eskumen banaketa administrazioaren araubide orokorraren barnean sartzen duelako (deszentralizazio administratibo huts bat bezala ulertzen zenaren seinale), eta lege arruntaren eskuetan utziz. Kontuan izan behar dugu EKk eskumen banake-

taren inguruan lege organikoaren beharra ez duela zehazten eta horregatik udalei eskumenak lege arrunten bitartez eman dakizkieke, bai Estatuko legeen bidez bai autonomi erkidegoetako legeen bidez.

Argi geratzen da toki autonomiaren kontzeptua ez dela EKn garatzen; aipatu bai, baina interpretazioaren menpe utziz, printzipioaren aipamen kontzeptuala erabili barik. Beraz, horren definizioan eta zehaztapenean Konstituzio Auzitegia (hemendik aurrera KA) sartu zen. Lan horretan KA-ren 4/1981 epaia izan zen lehenengoa toki autonomiaren inguruko terminoa zehazten eta horren inguruko interpretazio konkretua egiten: Epaia horren arabera, toki autonomia, autonomia administratiboa da eta ez politikoa, azkeneko autonomia politiko hori bakarrik aitortu zitzaielako Estatuari (5) eta Autonomi Erkidegoei, hau da, lege lerruneko arauak egin ahal zituzten erakundeei. Hau horrela, epaiaren arabera, lege lerruneko arauak egiteko gaitasuna duten erakundeek bakarrik izango dute autonomia politikoa, kontuan izan barik, SÁNCHEZ SAEZek adierazi zuen moduan, momentu historiko batzuetan udala izan dela instantzia politiko bakarra (6).

Toki autonomiaren interpretazio horretan, toki autonomia printzipioa autonomia administratibo huts bat bezala egituratzen da, inolako izaera politikorik gabe. Horrez gain, toki autonomia Estatuko eta Autonomi Erkidegoko legegilearen menpe geldituko da, bi horiek izango direlako, EKren eskumen banaketaren arabera, toki administrazioei eskumenak emango dizkietenak, toki administrazioen ardurapeko gaiak edo intereseko gaiak jorratu ahal izateko. Azkenik, toki autonomia eskubidea, konstituzio printzipio oso bat izan beharrean, Alemaniako doktrinatik zehaztutako erakunde berme (7) bat bezala egituratu egin zen. Zentzu horretan, ez da zehatz-mehatz zehazten zein den toki autonomiaren ukitu ezineko edukia, baizik eta ezagutzen dena interpretatuz, hau da, orokorrean udal bezala ezagutzen dena izango da udala, zer den benetan zehaztu barik eta horren edukia ezagutza orokorraren menpe utziz.

KAren interpretazio horretan berme erakunde baten aurrean aurkitzen gara, eta ez «benetako» eskubide baten aurrean, ondorioz, berme erakunde hori toki autonomiaren muga bihurtuz. Baina, bestetik, toki autonomiaren euskarri diren eskumen banaketari dagokionez, EKK lege arrunten menpe uzten du eskumen banaketa eta toki administrazioaren

(5) Estatuaren kasuan autonomiaz hitz egin beharrean subiranotasunaz hitz egin beharko genuke.

(6) SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., *Autonomía Local y Descentralización, Su naturaleza jurídica*, Tirant Lo-blanc, Valentzia, 2008, 23 orria.

(7) Berme erakunde kontzeptu hori KAren 32/1981 Epaia zehaztu zuen hurrengo moduan: «*Por definición, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.*».

izaera bifrontearen teoria sortu zen. Horren arabera, Estatuak eta Autonomi Erkidegoek udalei eskumenak legeen bidez emango dizkiete eta eskumenak bi erakundeetatik jasoko dituzte, beraz, toki administrazioek. Bi frenteeetatik, bada, jasoko dituzte eskumenak jasoko dituzte udalek, baina eskumen banaketa horretan konstituzio blokea errespetatu beharko dute. Horrela aipatzen dute beren-beregi toki administrazio mailan garrantzi handikoak diren KAren 214/1989 epaiak eta AGren 2001eko otsailaren 21eko Epaiak.

Izaera bifronte horrek berme erakundea bi lurralde erakunde desberdinen artean banatzera behartu du. Estatuak eta Autonomi Erkidegoek errespetatu beharko dute berme erakundea haien eskumen banaketa egiterakoan. Doktrinaren eta jurisprudentziaren interpretazio guzti horiek eragin zuzena izan zuten Toki Araubidearen Oinarriei buruzko apirilaren 2ko 7/1985 Legean (hemendik aurrera TAOL) eta horren aldaketa ugarietan eta noski 1988tik aurrera Toki Ogasunei buruzko arau ezberdinetan ere.

TAOLaren 7. artikulua udal eskumenak, berezkoak eta delegatuen artean banatu zituen, baina horiez gain, berezkoak ez ziren bestelako eskumenak jorrazteko aukera ematen zuen. Horregatik 25. artikuluan zehaztu egiten ziren zeintzuk gaitan Estatuak eta Autonomi Erkidegoek eskumenak eman behar zizkieten udalei, zerrenda irekia egituratuz; baina artikulua horren lehenengo paragrafoan klausula orokor bat ezartzen zen udalen alde, haien interesekoak diren gai guztiak jorrazteko aukera zabalduz. Horrekin bat zetorren gaitasun orokorreko klausula indartzen zuen 28. artikulua (8). Bestetik 26. artikulua ezartzen zituen zeintzuk ziren gutxienez udalek eman behar zituzten zerbitzu publikoak, toki udalen populazioaren gaineko sailkapen bat eginez.

Beraz, TAOLak zehazten zituen: alde batetik, zeintzuk ziren gutxienez udalek eman behar zituzten zerbitzu publikoak; bestetik, zeintzuk gaitan Estatuak eta Autonomi Erkidegoek udalei eskumenak eman edo aitortu behar zizkieten; eta azkenik, berezko eskumenak ez diren bestelako eskumenak jorrazteko gaitasun orokorra zehazten zen.

Dena den, momentu egokia izan daiteke hau gauza bat argi uzteko: 1985. urtean Espainiak Europako Toki Autonomiari buruzko Hitzarmena (hemendik aurrera ETAH) onartu zuen (nahiz eta 1989 urtera arte EAOean beren argitarapenarekin ez sartu estatuko antolamendu juridikoan) eta hitzarmen horretan ematen den toki autonomiaren ikuspegia nire uste apaLEAN eta LASAGABASTER HERRARTE irakaslearekin bat eginez, ez da Espainiako doktrinak edota jurisprudentziak egin duena. ETAHean toki

---

(8) JIMÉNEZ ASENSIO maisuak askotan adierazten duenez 28. artikulua horretan eskumen osagarriak zehazteko aukera zabaltzen zuen.

autonomiaren definizioa 3. artikuluan jasotzen da, eta, printzipioa gaitasun eragingarria duen eskubide bezala egituratzen du (9).

Baina hori ez da izan Estatuaren tesia, eta toki autonomia printzipioa autonomia administratibo bezala bakarrik ulertu du. Toki autonomia eta udala, administrazio deszentralizazio bezala ulertu da eta horregatik urteetan zehar 1981ean KAK zehaztutako izaera izan du, ETAHak zehazten duen eskubidea alde batera utziz, eta hitzarmenak berak, 12. artikuluan ezartzen duen malgutasun klausularen (10) interpretazioa aukeran. Geroago azalduko denez, malgutasun klausula honi esker Estatuak ETAHk zehazten dituen 20 konpromisoetatik 10 bakarrik hartu behar ditu Europako Kontseiluaren barneko toki autonomiari buruzko egituretan parte hartzeko.

Inguruabar honetan ez dugu ahaztu behar EKn toki autonomia eta finantza-nahikotasuna eskutik lotuta doazela, hau da, euren intereseko gaiak jorratzeko aukera izateko beharrezko baliabideak bermatu behar zaizkie toki administrazioei.

XXI. mendearen hasierarekin, toki autonomia printzipio horren interpretazioan sakontzen hasteko pausuak ematen zirela zirudien, bigarren deszentralizazioa (11) deitu zena materializatzeko asmoz. Zentzu horretan, KAari buruzko Lege Organikoan aldaketak eman ziren eta Toki Autonomiaren babeserako Helegitea sortu zen. Bestetik, 2005an Toki Administrazioaren Erreformatarako Liburu Zuriak toki autonomian sakontzeko betebeharra ezartzen zuen, udalaren eskumen esparrua zehazteko eta finantzazioa zehazteko asmoarekin. Horren ostean, 2006an Toki Administrazioari buruzko Aurreproiektu berria sortu zen; baina, proiektu horrek ez zuen aurrera egin. 2008an munduko krisi ekonomikoaren eraginez, asmo guzti horiek bertan behera gelditu ziren, eta, kontrako bidea hartu zen.

Krisi ekonomikoa erakunde krisi baten bihurtu zen eta Europako Batasunetik Espainiari murrizketak egiteko betebeharra ezarri zitzaion. Helburu horrekin, Estatuak EKren 135. artikulua aldatu zen eta 2001. urtean zehaztutako aurrekontu egonkortasun eta finantza-jasangarritasun printzipioek garrantzi handiagoa hartu zuten 2011. urtean. Horiekin 2/2012 Lege Organikoa indarrean sartu zen eta horrek udal jardueran eragin zuzena izan zuen.

Badirudi momentu horretatik aurrera toki autonomia printzipioa aurrekontu egonkortasun eta finantza-jasangarritasun printzipioen menpe geratu dela, edo horiekin alderatuz, garrantzia galdu duela, eta horren ondo-

---

(9) ETAHaren 3. artikulua hurrengo dio: «*Toki autonomiatzat hurrengoak ulertu behar da: Toki erakundeak gai publikoen zati garrantzitsu bat antolatzeko eta kudeatzeko eskubidea eta gaitasun eragingarria, beti ere legearen barruan, euren erantzukizunpean eta herritarren onuran*».

(10) ETAHaren 12. artikulua baimena ematen die Estatu sinatzaileei hitzarmenak zehazten dituen konpromiso guztietatik 20 aukeratzeko beren atxikipena eragingarria izateko.

(11) Lehenengo deszentralizazioa autonomi erkidegoei dagokiona da eta bigarren deszentralizazioa toki administrazioari dagokiona.

rioz, toki administrazioei horrekin lotutako hainbat betebeharrak ezartzen zaizkie, toki administrazioen gaineko zaintza berrindartuz. Ugariak izan dira azken bost urteetan Estatutik toki administrazioaren zaintza indartu dituzten legeak: gardentasunari buruzko legeria, kontratu publikoei buruzko legeria, Diru-laguntzei buruzko legeria, etab. Hain handiak izan dira Estatu zaintza indartu duten lege erreformak, alderdi politiko askotik birzentralizazio prozeduratzat jo izan dela lege jardura.

Guzti honen hizpide izan da CORA batzordearen gomendioekin bat etorritik proposatutako Toki Administrazioaren Arrazionalizazio eta Jasangarritasunari buruzko 27/2013 Legea. Arrazionalizazio Lege horren helburu nagusia Toki Araubidearen Oinarriei buruzko Legearen eta Toki Ogasunei buruzko Legearen erreforma izan zen. Toki Ogasunei buruzko erreformari dagokionez, 2/2012 Lege Organikoaren aurrekontu egonkortasun eta finantza-jasangarritasun printzipioek izango duten garrantzia ezartzen dute eta aurrekontu egonkortasuna, gastu araua eta zor biziaren kontrolerako sistema indartzen dute, besteak beste. TAOLri dagokionez, esan daiteke sistemaren aldaketa bat egiten dela.

TAOL berriak (erreformaren ostean gelditzen den TAOL) bertan behera uzten ditu gaitasun orokorrerako klausula guztiak, 25.1. artikulua aldatu egiten du, eta 28. artikulua indargabetu du. Ez dugu jakingo erreforma hori udal eskumenak argitzeko asmoarekin edo udal jardura murrizteko helburuarekin egin zen. Laugarren paragrafo bat sartzen da 7. Artikuluan, eta berezkoak ez diren bestelako eskumenak definitzen dira, horiek egikaritzeko sistema berri bat arautuz. Udalek eskumen horiek gauzatu ahal izango dituzte, finantza-jasangarritasunaren inguruan finantza-zaintza organoek euren aldeko txostena egiten badute eta beti ere bikoiztasunik ez baldin bada ematen. Zaintza funtzioak indartu egiten ditu 27/2013 Legeak eta TAOLean finantza-zaintza organoek txosten ugari egin behar dituzte eskumen bikoiztasun eta jasangarritasunaren kasuetan, udal bateratze edo zatitzearen kasuetan, etab.

TAOLaren erreformak eztabaida handiak piztu zituen toki administrazioetan: zerbitzuen kostu eragingarria, jasangarritasuna, aurrekontu egonkortasuna, eta orokorrean, toki autonomiaren kaltetan joaten ziren zaintza funtzio guztiak direla eta. Bide horretan, erreformaren aurkako helegite ugari jarri dira KAan eta dagoeneko 2016ko maiatzean lehenengo epaiak atera dira (12). Horien artean KAren 41/2016, 111/2016, 168-/2016 eta 180/2016 zenbakidun Epaiak, non finantza-zaintza organoaren esku-hartzea murriztu egiten da (batez ere 26. artikuluko zerbitzuen inguruan adierazten zen txostenaren inguruan) toki autonomiaren aurkakoak direla argudiatuz.

(12) Horietan lehenengoa KAren 41/2016 epaia, 1792/2014 Errekurtso zenbakia.

II. Toki autonomiaren kontzeptua: Europako Toki Autonomiari buruzko Hitzarmena eta printzipioaren adierazle nagusiak

Sarreran adierazi dugun bezala, ez da gure asmoa toki autonomia kontzeptuaren inguruan hausnarketa sakona egitea, baina argi geratu da orain arte toki autonomiak Espainiako antolamendu juridikoan deszentralizazio administratibo huts bat bezala ikusten dela, eta nazioarteko esparruan toki autonomiaren kontzeptuari izaera politikoa eman nahi zaiola, SÁNCHEZ SAEZek esaten duen moduan, Toki Autonomia ezin daiteke geratu denbora gehiago kontzeptu administratibo bezala, izaera politikoa duela argi baitago (13).

Autonomia kontzeptuaren azterketa etimologiko bat eginez, autonomia hitzaren jatorrian bi kontzeptu daude: *auto*+*nomos*. Honetan *auto* hitzaren esanahia zehaztea ez da zaia: berezkoa, berena. *Nomos* kontzeptuan, al-diz, desberdintasunak ditugu: alde batetik, *nomos* araua da, araua zentzu zabalean. Eta bestetik, *nomos* hitza, hesia edo harresia ere bada, hau da, sartzea edo irtetea debekatzen duen mugarria. Bi kontzeptuak oinarritzkoak dira autonomia kontzeptua aztertzeko. Esangura guzti horiek kontuan izanik argi dago autonomia dela bakoitzak beren buruari jartzen dizkion mugak (araua jokaeraren muga bezala ulerturik).

Ikuspegi honetatik oso kurioa da autonomiaren kontzeptuaz RAEk ematen duen definizioa: «Potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobierno propios.» (14). Ahalgo bat bezala definitzen du, eta, izaera administratiboa edo zuzenbide publikoko izaera duen kontzeptu baten inguruan hitz egiten duela pentsa dezakegu. Baina borondatearen autonomiaren definizioari helduz, beste modu baten ere ulertu daiteke: bakoitzak beren arauak ezartzeko aukera, beti ere legearen barnean badaude. Azkeneko kontzeptu hau da alderdi etimologikoarekin harreman handiagoa duena.

PÉREZ LUQUEk autonomiaren kontzeptua aporiatzat jotzen du, hau da, ikuspuntu arrazional batetik beren bideragarritasun eza daukan enuntziatua. Zentzu horretan, PÉREZ LUQUEk (15) esaten duenez, badirudi gaur egun autonomiari buruz hitz egitea ez duela zentzurik, ez duela merezi. Badirudi autonomia dela guztiek faltan botatzen duten gauza, baina behin edukita, inor ez da horren inguruan hitz egiteko gai. Autonomia botere banaketa da, edozein botere bere ahalgo banatzerakoan autonomia ematen

(13) SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., *Autonomía Local y Descentralización, Su naturaleza jurídica*, Tirant Lo-blanc, Valentzia, 2008, 79 orria.

(14) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, edición del tricentenario. www.rae.es.

(15) PÉREZ LUQUE, A., *¿Existe realmente la autonomía local?* El consultor de los Ayuntamientos, 14 zkia, 2002ko uztailaren 30etik abuztuaren 14rako hamabostaldia, bigarren liburukia, 2437 orria.

ari da, eta horrekin boterearen deszentralizazioa gauzatzen da. Boterea banatzen denean, erakunde berriak sortzen dira, eta lurraldeari boterearen zatia ematen bazaio, deszentralizazioaren ondorioz, lurralde erakunde berriek autonomia izango dute.

Benetako autonomia da, deszentralizazioaren produktua, deszentralizazio barik ez dago autonomia eta autonomiarik gabe ezin dezakegu benetako deszentralizazioaz hitz egin. PARADA VAZQUEZi jarraituz, deszentralizazio hori sustatzen duen erakundeak kontrolatu egiten duenean, deszentralizazio teknikoaren aurrean egongo gara, baina ez benetako autonomia dakarren deszentralizazioaren aurrean(16).

Egindako hausnarketa etimologiko horretaz gain, kontuan izan behar dugu autonomiaren kontzeptu hau Zuzenbide munduan zehaztu gabeko kontzeptu juridikoa dela eta arazoa horren zehaztapenean etorri dela. Konstituzio Auzitegiak berak autonomia printzipioa zehaztugabeko kontzeptu juridikoa bezala aitortu du, eta, hori berez arazoa da. Hala, kontzeptu berak ulertzeko interpretazio anitzak izan ditzakeelako, nahiz eta Auzitegi Gorenaren jurisprudentziak askotan esan zehaztu gabeko kontzeptu juridikoek interpretazio bakarra daukatela eta emaitza bakarra eta justua(17) dutela.

Barne ikuspuntu batetik, autonomia auto-antolakuntza ahalgoa da, hau da, erakunde desberdinak autonomoak izateko behar duten lehenengo pausua auto-antolakuntza izango da, erakundearen egituraketa antolatzeko ahalgoa(18). Kanpo ikuspuntu batetik, aldiz, autonomia erakunde horien intereserako gai propioak antolatzeko eta kudeatzeko duten ahalgoa da. Bi ikuspuntuak batera harturik, autonomia izan daiteke autodeterminazio gaitasuna, erakunde baten autogobernua gauzatzeko ahalmena, beren kabuz arazoak konpontzeko erabakia eta beren beharrianak asetzeko ahalmena(19).

Toki autonomiaren kontzeptuari eusten badiogu, badirudi toki autonomia ezin dela deszentralizazio administratibo huts batean gelditu, harago joan beharreko gauza bat izan behar dela. Azken bide hori jorratzen du besteak beste Europako Toki Autonomiari buruzko Hitzarmenak (ETAH). Lehen aipatu dugun bezala ETAHren 3. artikulua(20) toki autonomiari

(16) PARADA VÁZQUEZ, R, *Derecho Administrativo I (Organización y empleo público)*, Marcial Pons, 1988, 196 orr.

(17) AGaren 1987ko urriaren 28ko eta abenduaren 28ko epaiak, edota 1991ko azaroaren 21eko epaia.

(18) ÁLVAREZ RICO, M., *Principios Constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987, 37 orr.

(19) PÉREZ LUQUE, A, *¿Existe realmente la autonomía local?* El consultor de los Ayuntamientos, 14 zkia, 2002ko uztailaren 30etik abuztuaren 14rako hamabostaldia, bigarren liburukia, 2437 orr.

(20) ETAHaren 3. artikulua hurrengo dio: «Toki autonomiatzat hurrengo ulertu behar da: Toki erakundeek gai publikoen zati garrantzitsu bat antolatzeko eta kudeatzeko eskubidea eta gaitasun eragingarria, beti ere legearen barruan, euren erantzukizunpean eta herritarren onuran».

izaera politikoago bat ematen dio, berme erakunde huts horretatik eta deszentralizazio administratibotik guztiz aldentzen duena, toki autonomia eskubidetzat hartuz. Zentzu horretan LASAGABASTER HERRARTEK hurrengo adierazi zuen: «La Carta no pretende establecer solo un principio jurídico que obligue a los estados signatarios a adoptar las disposiciones legislativas necesarias para garantizar la autonomía local. Va más allá, al dar a la autonomía local el rango de derecho. Esta naturaleza jurídica de derecho tiene una serie de consecuencias, entre las que se pueden enunciar: 1) un derecho significa la posibilidad de su exigibilidad, aunque ésta se ve limitada si la norma contraria al derecho tiene naturaleza jurídica de Ley, 2) un derecho exige su concreción con un contenido preciso, 3) la existencia del derecho obliga al establecimiento de mecanismos de defensa para su garantía y 4) el derecho encuentra su principal garantía en el valor que el ordenamiento interno tenga la propia carta.» (21).

II.1. ETAHren Toki Autonomia

Lan honen hedadura behar bezala ulertzeko derrigorrezkoa dugu Europako Toki Autonomiari buruzko Hitzarmenaren (ETAH) inguruan aipamen berezia egitea. Kontuan izan behar da Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legeak zuzeneko hainbat aipamen egiten dituela ETAHren inguruan. Geroago adieraziko denez, nazioarteko tresna horretan zehazten den toki autonomiaren kontzeptua da Euskadiko legegileak kontuan izan duena, eta haien euskarri nagusienetarikoa; Estatuak egituratutako kontzeptutik aldendu barik, baina esangura zabalagoan eta bermatzaileagoan.

ETAH Europako Kontseiluaren barnean 1985. urtean egindako nazioarteko hitzarmena da, Espainiak 1985eko urriaren 15ean sinatu zuena eta 1988ko urtarrilaren 20an berretsi zuena, EKren 94.1 artikulua aipatzen duen Gorte Nagusien baimena jaso ostean. Hori bai, REQUEJOS PAGES (22) autoreak adierazten duenari jarraituz, prozedura hori jarraitzeak ez dio ematen ETAHri lege izaerarik, ezta antzekorik ere; nahiz eta, bere ustez, planteamendu hori akastuna izan, arau iturrien aplikagarritasunean zuzeneko eragina duelako. Gogoratu behar dugu nazioarteko hitzarmenak ez direla konstituzio blokean sartzen (23) eta ETAH, eta geroko

(21) LASAGABASTER HERRARTE, I., *La Carta Europea de la Autonomía Local*, iustel, Madril, 2007.

(22) REQUEJO PAGES, J. L., «El valor de la Carta Europea de la Autonomía Local en el ordenamiento español» *La autonomía de los entes locales en positivo: La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera* liburuan (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. Koord.), Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madril, 2003.

(23) ETAHren esparruan KAREN urriaren 5eko 235/2000 epaiak adierazten du ezaugarri hori.

beste arau batek, hitzarmena urratzen badu, horrek ez duela araua balio-gabetuko; bakarrik bere aplikagarritasunean izango du eragina.

ETAHk 18 artikulua ditu eta horietatik toki autonomiaren muina 2. artikulutik 11. artikulura bitartean bakarrik jorratzen da, hau da, 10 artikulua bakarrik. Beste artikulua guztiek ETAHren indarrari eta onarpenari buruz hitz egiten dute. Horrez gain, ETAHren 12. Artikuluak lehentasun klausula ezartzen du eta, horren arabera, Estatuak ETAHren lehenengo zatia 20 ataletatik 10 onartu behar dituzte ETAHren barne egoteko. Hau da, lehenengo hamar artikulua horiek ezartzen dituzten 20 konpromisoetatik 10 bakarrik onartu behar dituzte Estatuak ETAHren baitan sortzen diren egituretan parte hartzeko, eta horiekin suposatuko da Estatu horiek toki autonomiaren babesean jardungo dutela.

ETAHren inguruko izaerari buruzko hausnarketa txikia egin eta gero, eta aurretik aipatu dugun bezala, ETAHk Toki autonomiaren inguruan egiten duen interpretazioa ez da Estatuaren interpretazio berdina. ETAH haratago doa eta toki autonomia eskubide bezala planteatzen du. Horrek esan nahi du, babesteko moduko jarduerak gauzatzeko aukera egon beharko litzatekeela, lehenago LASAGABASTER HERRARTEren eskutik jasotako azalpenekin bat etorritik.

ETAHk toki autonomiaren inguruko definizioa 3. artikuluan egiten du eta artikulua horretatik LASAGABASTER HERRARTEri (24) jarraituz, hurrengo ezaugarriak adieraz daitezke:

- Eskubidea edo gaitasun eragingarria da.
- Gai publikoen zati handi bat kudeatzeko eta antolatzeke asmoa izan behar du.
- Toki erakundearen erantzukizunpean.
- Toki erakundearen herritarren alde.
- Eskubidea egikarituko da sufragio unibertsalaren, askearen, berdinen, zuzenaren eta sekretuaren bitartez hautatutako bilkuraren bidez.

Adierazpen guzti horiek Europako Kontseiluak egiten ditu Kontseiluaren sorrerako printzipioak babestu ahal izateko. Zentzu horretan, Europako Kontseiluak ETAHren helburu garrantzitsuena bezala hurrengoak adierazten du: Europan komunak diren ideiak eta printzipioak bermatzea, hurrengoak izanik: printzipio demokratikoa eta botere deszentralizazioa. Ikuspuntu horretatik ETAHren 3. artikulua bi printzipio horiek islatzen ditu.

Beraz, ETAHk toki autonomiaren definizioan deszentralizazio printzipioaren hurrengo adierazleak indartuko ditu: toki autonomiaren egitura-keta eskubide bezala, erantzukizun printzipioan oinarritutakoa, toki erakundearen intereserako diren gaiak antolatzeke eta kudeatzeko. Erakunde

(24) LASAGABASTER HERRARTE, I., *La Carta Europea de la Autonomía Local*, iustel, Madril, 2007.

deszentralizatu bat bezala egituratzeko betebeharra adierazten da, nahiz eta deszentralizazio hori, Estatuak egiten duen bezala, izaera administratibo hutsa izan. Printzipio hau ETAHren 4.3. artikuluan ere jorratzen da, sorospidezko printzipioarekin batera hurrengo adierazten duenean: politika publikoen egikaritzea herritarrei hurbilen dauden erakundeei egotzi egin behar zaizkie (hurbiltasun printzipioa).

Bestetik, printzipio demokratikoa ETAHk egiten duen beste esamoldeetan ikus daiteke. Artikuluak dio toki autonomiaren bidez toki erakundeen intereserako diren gaiak kudeatu eta antolatuko direla, toki erakunde horietako herritarren alde (hurbiltasun printzipioa) eta gai horiek kudeatu eta antolatuko dira modu demokratikoan aukeratutako hautetsien bitartez. Horrez gain, kudeaketa eta antolaketa horretarako organo exekutiboak eduki ditzakete, zuzeneko demokraziaren inguruko bestelako tresna batzuk erabiltzeko aukera zabalduz.

Argi dago bi printzipio horiek; demokrazia printzipioa eta deszentralizazio printzipioa, ETAHren 3. artikuluan zuzeneko harremana dutela. Harreman estua daukate, eta bata zein bestea elkarrekin ulertu behar dira toki autonomiaren kontzeptua behar bezala ulertzeko.

II.2. Toki Autonomiaren adierazle esanguratsuenak

Aurreko azpi-epigrafean jorratutako kontzeptua oinarri harturik, ETAHren bestelako azterketa bat egin nahi dugu orain. Testu osoaren irakurketa eskuan dugula eta nazioarteko hitzarmen honen inguruan Europako Kontseiluak beren errekomenazioen bitartez egin duen garapena ikusirik, argi zehaztu daiteke toki autonomiaren inguruan adierazle batzuk daudela, hau da, toki autonomiaren garapen egokia ikusteko adierazleak. ETAHren irakurketatik hurrengo bost adierazle nagusi aipatu daitezke:

- Eskumenak: ETAHren 4. artikulua argi uzten duenez toki autonomiaren irizpideetariko bat eskumenen banaketa hartzen du ardatz moduan. Zentzu horretan ETAHk toki erakundeen eskumen banaketa legearen bitartez edo konstituzioaren bitartez egitea gomendatzen du, eta eskumen horiek garatzeko askatasun osoa eduki behar dute. Bestetik artikulua berak adierazten duenez, eskumen banaketa egin behar da kontuan izanik zein den herritarretatik hurbilen dagoen erakundea, hau da, eskumenen egikaritzea herritarretatik hurbilen dagoen agintaritzaren menpe utzi behar da, eta eskumen horiek orokorrean osoak izan behar dira. Zentzu horretan derrigorrezkoa da Europako Kontseiluaren Ministro Batzordearen 1995eko urriaren 12ko R(95)19E Errekomenazioari aipamena egitea. Errekomenazioak eskumen banaketaren inguruan bi ikuspuntu adierazten ditu:

eskumen banaketarako irizpide ezberdinak eta elkarbanatutako eskumenen egikaritza harmonizatzeko irizpideak (25).

- Auto-antolakuntza: ETAHren 6. artikulua ere argi uzten du toki erakundeek euren antolaketak askatasuna izan behar dutela haien eskumenak behar diren moduan eta haien herritarrei zuzenduta gauza ditzaten. Udal jardueraren kudeaketa eragingarria gauzatu ahal izateko, askatasunak eta eskumenen egikaritza haien herritarrentzako modu egokian definitzeko, askatasunak toki autonomia behar bezala garatzea ahalbideratuko dute. Zentzu horretan, artikulua berdinarekin 2. paragrafoak langile publikoen inguruko aipamena ere egiten du, horien hautaketa prozeduretan meritu eta gaitasun printzipioak errespetatuak izan daitezzen.
- Auto-antolakuntzaren esparruan ere aipatu behar dugu ETAHk elkarrekin izan diren erakundeek alde egiten duen aldarrikapena. Zentzu honetan, ETAHren 10. artikulua adierazten du, toki erakundeek euren eskumenak eta zerbitzuak aurrera ateratzeko elkartzeko aukera dutela, beti ere interes komuneak baldin badira.
- Herritarren parte-hartzea: Demokrazia zuzenaren inguruan ez dago inolako aipamen zehatzik ETAH osoan, bai ordea herritarren inguruko aipamenak. Prozedura eta antolaketa guztiek herritarren onura bilatzea dute helburu, eta horregatik 3.2. artikulua ez ditu alde batera uzten herritarren parte-hartze a bermatzeko tresnen zehaztapena. Artikulu horretan adierazten denez, toki erakundeetan sufragio unibertsalaren, askearen, berdinarekin, zuzenaren eta sekretuaren bitartez hautatutako organoak osatuko dira, baina ez ditu bertan behar uzten erreferenduma, auzokideen batzak edo bestelako kontsultak egitea.
- Udalak euren intereserako gaien zehaztapenerako parte-hartzea: Honen inguruko aipamenik zuzenena ETAHren 4.6. artikuluan aurkitzen dugu. Artikuluak adierazten duenez, toki erakundeak kontsultatuak izan behar dira horiei eragin ahal dizkieten gai guztien inguruko planifikazioa egiterakoan. Horrekin batera, oso adierazgarria da ETAHren 8. artikulua, horretan adierazten baita zeintzuk izan daitezken toki erakundeek euren jardueran izan ditzaketen kontrolak.
- Finantza-nahikotasuna: ETAHren 9. artikulua luzeak azkenik, udal jarduerara gauzatzeko beharrezko baliabideak lortzeko eta bermaturik izateko betebeharra ezartzen du. Udalek ezin dute autonomia garatu finantzazio nahiko barik eta artikulua horrek finantzazio horren inguruan jarduten du. Artikuluaren 1. paragrafoak adierazten du zein den

(25) SÁNCHEZ SAEZ, A.J., *Autonomía Local y Descentralización, Su naturaleza jurídica*, Tirant Lo-blanc, Valentzia, 2008, 40 orria.

Europako Kontseiluaren nahia: «toki erakundeek euren baliabideak modu askean kudeatzeko aukera izatea». Baliabideak proportzionalak izan behar dira eskumenekiko, eta zati baten toki erakundeen zergetatik eta ondaretik etorri behar dira.

III. Toki autonomiaren babesa Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legea

2016. urtean indarrean sartu zen Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legea (hemendik aurrera ETEL) eta lege horretan toki autonomiaren kontzeptua, Espainiako antolamendu juridikoa gainditu barik, ETAHk ematen duen kontzeptura hurbiltzen du. Garai hauetan badi-rudi toki autonomia printzipioaren eremua aurrekontu egonkortasun printzipioaren eta finantza-jasangarritasun printzipioaren aplikazioaren ondorioz bere esparrua murrizten doala. ETELk horiek ahaztu barik toki autonomiari garrantzia ematen dio, toki autonomia deszentralizazio administratibo hutsa izatetik izaera politikora eramanez. Horren harira, ETELren zioen azalpenak zuzen esaten du: «ezinbestekoa da EAEko udalek zuzenean eragiten dieten organoetan eta erabakiak hartzeko prozesuetan egotea, aurrerantzean ez daitezen izan halako tutoretza-mailaren mende dauden administrazioak, tutoretza horrek ez baititu beti errespetatzen udalei dagozkien funtzio garrantzitsuak eta, gainera, tutoretza hori ez baita beti bateragarria udalek bermatuta eduki behar duten tokiko autonomiaren errespetuarekin.». ETELk udalaren izaera demokratikoan oinarritzen du bere aplikagarritasuna eta autonomiarekin batera doazen hainbat artikulua eta xedapen jasotzen ditu.

ETELk berak 9. artikuluan definitzen du zer ulertzen duen toki autonomia printzipio bezala, eta horren definizio zehatza egiten du. Baina hori baino lehen, toki autonomia aipatzen du 4.2.a). artikuluan, udal gobernu jarduera eta zuzendaritza politikoan aplikatu beharreko printzipioak aipatzerakoan. Haratago doa legea eta hurrengo artikuluan, 5.ean hain zuzen, autonomia printzipioaren bermeak aipatzen dituenean, zeintzuk tresna erabiliko diren horren intereserako, eskumenak kaltetzen dituztenean udal partaidetza bermatzeko. ETELak erabiltzen duen hizkera gogora ekartzen digu KAre 32/1981 Epaia 2. Oinarri Juridikoan esaten zuena: «derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos les atañe, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias».

Hau horrela, ETELren 5. artikulua toki autonomiaren bermea titulupean udalen parte-hartzea bermatzeko sistema bat egituratzen du hurrengo esparruetan:

- Toki erakundeengan eragina izan dezaketen arauak egiteko prozeduran.
- Programa, proiektu, plan eta politika publikoak egiterakoan.

Eta guzti hori bi ezaugarri komunekin: alde batetik, partaidetza hori EAEko gobernu maila guztietan gauzatuko dela (Lurralde Historikoetan eta EAEan); eta bestetik, toki erakundeen intereserako diren gai guztietan. Azkenik 5.3. artikulua aipatzen du parte-hartze sistema hori egituratuko dela botere maila bakoitzaren auto-antolakuntzarako ahalgoaren barnean.

Artikulu horren idazketan aipamen esanguratsu eta garrantzitsu bat adierazten da: udalen partaidetza udalek duten eskubide bat da, eta ez eskumen «huts» bat; eskubideak dakarren karga guztiekin, antolamendu juridikoagatik babestua izan daitekeen eskubidea, eta horren defentsa eraginkorra ahalbideratzen duena.

Horrez gain eta toki autonomia definitu baino lehen, egokia ikusten da Euskal legegileak Udalerri moduan zer ulertzen duen adieraztea. Horren definizioa ETELren 8. artikuluan, II Tituluaren 1. Kapituluan egiten da, bi ikuspuntu desberdin erabilita:

- Legitimitate demokratikoa duen gobernu maila bezala definitzen da.
- Toki gai publikoetan herritarrek duten parte-hartze tresna edo herritarrek parte-hartzeko duten bide bezala.

Artikulu horrek egiten duen definizioaren bi ikuspegiak kontuan hartuz, argi azaltzen da Euskal legegileak Udalerria EAEko oinarritzko lurralde erakunde bezala ulertzen duela, eta horrekin batera toki autonomia ez duela ulertzen deszentralizazio administratibo huts gisa, baizik eta izaera politikoa duen deszentralizazio erakunde bezala, hau da, toki autonomia printzipioaren izaera politikoa aitortzen du. Erakunde politiko gisa ulertzeak adierazten du gobernuak demokrazia modernoetan duen paper bikoitza: alde batetik, administrazioaren burua; eta bestetik zuzendari politiko moduan.

Azkenik, ETELk 9. artikuluan toki autonomia definitzen du:

- 1.—Udalek autonomia osoa daukate toki-interes publikoko gaiak antolatu eta kudeatzeko, ordenamendu juridikoaren barruan.
- 2.—Udalen jarduera arauemaile eta betearazlearen beraiazko helburua izango da herritarren bizi-kalitatea hobetzea.
- 3.—Euskal udalek, beren autonomia propioaren eta ordenamendu juridikoak esleitutako eskumenen esparruan, politika propio eta berezituak taxutu eta aplikatu ahal izango dituzte, eta, hala badagokio, dauzkaten baliabideen araberrako lehentasunak ezarriko dituzte.

4.—Udal-autonomiak eduki politikoa dauka eta suposatzen du toki-gobernuek antolaketa- eta kudeaketa-gaitasuna edukitzea zerbitzu-emate hutsetik harago doazen politika-propioak definitu eta gauzatu ahal izateko.

5.—Udal-autonomiak barne hartzen du, betiere, interes publikoak antolatzea udalaren berezko esparruan, bere gobernu-organismoak eta administrazioa antolatzea eta kudeatzea, bere lurraldea antolatzea, tokiko zerbitzuak arautzea eta ematea, ekimen ekonomikoa, bere zerbitzupeko langileen inguruko politika eta kudeaketa, ondarea eta diru-bilketa, eta orobat bere ogasunen baliabideak administratzea eta erabiltzea.

6.—Udal-organismoek hartzen dituzten erabakiak aurrekontu-egonkortasunaren eta finantza-jasangarritasunaren printzipioetara bilduko dira, beti.

Idazketa horrek ETAHren 3. artikulua egiten duen idazketa gogora ekarzen du eta hitzarmen horretan toki autonomiari izaera politikoa aitortzen ziztzaion. Gogoratu behar dugu eskubide bezala ezartzeak LASAGABASTER HERRARTEK esaten zuen bezala, bere ondorioak badituela. Dena den, argi utzi behar dugu ETELk ez duela eskubide hitza 9. artikuluan aipatzen.

Beraz, azken bi artikulua hauek udala egituratzen dute izaera politikoa duen autonomiaren esparruan. Hau horrela, badirudi ETEL finagoa dela ETAHaren toki autonomia kontzeptua definitzen eta errespetatzen, Espainiako antolamendu juridiko-konstituzionala baino. Udala erakunde demokratikoa izanik demokrazia printzipioetan oinarria dauka. Oso aipagarria da, eta adierazgarria aldi berean, zenbat aipamen egiten dituen ETELk Toki Autonomiaren inguruan. Aipamen horietan guztietan ETAHk zehazten duenari aipu zuzena egiten dio, Estatuaren berme erakunde kontzeptua alderatuz eta Toki Autonomiari izaera politikoa aitortuz.

III.1. Auto-antolakuntza

Toki Autonomiaren adierazleatariko bat da Udalak berak bere kudeaketarako behar duen antolakuntza eratzea, hots, auto-antolakuntza. Gai horri dagokionez, ETELk argi dauka Udalak berak zehaztu behar dituela bere eskumenak, eta horien egikaritzea gauzatzeko behar duten antolakuntza administratiboa eta instrumentala eratu behar duela. Zentzu horretan Legearen 10.1 artikulua hurrengo adierazten du: «Tokiko Autonomiaren Europako Gutunean (26) xedatutakoari jarraituz, udalerriek berek ezarriko dituzte be-

---

(26) Tokiko Autonomiaren Europako Gutuna bezala adierazten dena guk artikulua honetan Europako Toki Autonomiari buruzko Hitzarmen bezala adierazi dugu.

ren eskumenak baliatzeko behar dituzten antolamendua eta administrazio-eta instrumentu-egiturak, horrela, gobernu eta administrazio onaren printzipioa benetan gauzatzeko, eta baliabide publikoak finantzatzen jasangarritasunaren aldetik modu eraginkor eta efizienteak kudeatzeko.».

Udalek eurek eratu behar dituzte haien egitura propioak, beti ere, oinarritzko araubidea kontuan harturik, horrela agintzen baitute ETELren 10.2 artikulua eta 25.1 artikulua. Horren harira ETELk argi markatzen du zein garrantzitsuak diren Udal Antolaketa- eta Funtzionamendurako Araudi Organikoak. Tresna horren garrantzia antolatze- eta Toki Erakunde- funtzionamendurako eztaba daezina da, eta horretan Udal bakoitzak araubide orokorra erabiliz haien antolaketa propioa eratze- aukera ematen du.

Egia da tresna hori eta adierazpen horiek ez dutela inolako berrikuntza suposatzen, TAOLak berak jasotzen baititu 1985. urtetik, halabaina, ETELren berrikuntza erabilitako terminologian eta justifikazioetan dauka oinarri. ETELk udal antolaketa horri legitimazio demokratikoa ematen dio, eta demokrazia printzipioetan oinarritzen duen momentutik hasita bere izaera politikoa ere aitortzen da.

Horrez gain, auto-antolakuntza horren barruan Udalek euren zerbitzu eta eskumenak garatzeko elkartu daitezke, eta elkarlan horretarako edozein elkarte formula erabiltze- aukera izango dute. Ezer berririk dakarren aipamen hau berrikuntza gisa jasotzeak justifikazioa dauka: elkarte horiek gauzatu behar dira ETAHk esandakoari jarraituz eta bi printzipio nagusietan oinarriturik: sorozpidetasuna eta herritarrari hurbiltasuna. Bi printzipio horiek azken finean Toki Autonomiarekin batera ematen diren printzipioak dira.

III.2. Eskumen banaketa

Eskumen banaketa ere Toki Autonomiaren adierazle- eta bat da, eta horrez gain, deszentralizazio izaeraren inguruko erakuslea. Gogoratu behar dugu: Alde batetik, Espainiako antolamendu juridikoaren eskumen banaketa izaera bifrontea duela, KAre 214/1989 Epaiak argitu zuenez eta horren arabera Udal- Eskumenak Estatuak eta Autonomi Erkidegoak euren legeen bitartez zehaztu behar dituztela; bigarrenik, Toki Administrazioaren Arrazionalizazioari eta Jasangarritasunari buruzko 27/2013 Legearen (hemendik aurrera TAAJL) ostean egonkortasunaren eta jasangarritasunaren izenean Toki autonomia gutxienera murriztu dela, baztuetan ikusezina bihurtuz (27); eta azkenik, ETELk toki autonomiaren in-

(27) ZOCO ZABALA, C, «Articulación de las competencias locales tras la LRSAL: hacia una autonomía local como derecho», *Revista Vasca de Administración Pública* aldizkarian, 102 zkian, 2015eko maiatza-abuztua, 107 orrian.

guruan hitz egiterakoan denbora guztian ETAHk esandakoari jarraitzen diola.

Hau horrela, ETELk egin duen eskumen banaketa TAAJLren ondorioz TAOLak 7 eta 25. artikuluetan egindakoaren oso antzekoa izan da. Alde batetik, udalek euren eskumen propioak dituzte, 17. artikuluan zerrendatutakoak; bestetik, delegatutako edota transferitutako eskumenak daude; eta azkenik, udalari berez ez dagozkien eskumenak aurki ditzakegu. Eskemak beraz, ez du Estatuaren oinarritzko arauketaren kontra egiten, eskema berdina da. Eskema horretan eta ETELren 14. artikulua adierazten duen bezala, errespetatuko dira jasangarritasun eta egonkortasun printzipioak.

Horiez gain, bestelako printzipio batzuk maila berdinean jartzen ditu ETELak 14.5. artikuluan: finantza nahikotasuna, herritarrari hurbiltasuna, sorozpidetasuna eta diferentziazio printzipioak.

Berrikuntza bi alderditik dator; alde batetik, eskumen propioetan, horien zerrendaketa Estatuak TAOLan planteatutako zerrenda baino askoz handiagoa da, eta ahalmen gehiago eta definituagoak ematen ditu; eta bestetik, berezkoak ez diren eskumen horiek egikaritzeko aukera izan dezaten 16. artikuluan aipatutako eskumen klausula unibertsalean eta horretan aplikatu beharreko printzipioetan.

Esan dezakegu, inolako beldurrik gabe, Euskadiko Legegileak Europako Kontseiluaren Ministro Batzordearen 1995eko urriaren 12ko R (95) 19E zenbakidun Gomendioa jarraitzen duela. Gomendio horretan sorozpidetasun printzipioaren aplikagarritasunean eskumen banaketa garbia eskatzen da, printzipio horrek eskumenen arteko harremana gidatuz. Hau horrela, ETELak eskumen propioen zerrenda handia jorratzen du, hori modu orokorrean arautuz eta sektorekako legegile edo araugilearen eskuetan sorozpidetasuna bermatuz. Eskakizun hori ere egiten zen 1998ko irailaren 18ko R (98)12 zenbakidun Ministro Batzordearen Gomendioan.

Eskumen propioak

Eskumen propioei dagokionez ETELren 17. artikulua 37 gai desberdin aipatzen ditu, eta ez bakarrik hori, gai bakoitzean udalak duen ahalmenak ere zehazten ditu, udalak jakin dezan bere eskumenak antolatzeko, planifikatzeko, kudeatzeko, ikuskatzeko edota exekutatzeke baldin bada. Legeak beren-beregi aipatzen du zein eskumen zehatz dituen udal bakoitzak aipatzen diren 37 gai desberdin horietan. Adibide moduan Legeak 37.10 artikuluari jarraituz osasun publikoa sustatzeko, kudeatzeko, defendatzeko eta babesteko eskumenak izango ditu. Osasun publikoari buruzko gaian zeintzuk eskumen jorratu ahal dituen aipatzen ditu Legeak.

ETELren 17.2. artikulua arabera toki administrazioaren autonomia bermatzeko asmoarekin eskumen propioak ematen dituzten foru arauak

edo EAEko Legebiltzarraren legeek bermatu behar dituzte aurreko puntua-
ren 37 eskumen eta gaietan aipatzen diren funtzioak eta ahalmenak.
EAEko legeek eta Lurralde Historikoen Foru Arauek ezin izango dute muga
hori gainditu haien arau sektorialetan eskumenak banatzen dituenen, eta
aldarrikapen hori egiten da Toki autonomiaren izenean. Lurralde histori-
koek edota EAEak horiek mugatu nahi badituzte bi printzipio nagusi erres-
petatu behar dituzte: sorospide edo subsidiaritate printzipioa eta propor-
tionaltasun printzipioak.

Lurralde historikoaren eremutik edo EAEaren eremutik etor daitezken
arau eskumen emaile horientzat ETELren 18. artikulua betekizun zehatzak
ezartzen ditu:

- Eskumenaren komenigarritasunaren esleipena ETELren 14.5. artiku-
luak aipatzen dituen printzipioei jarraituz eta batez ere sorozpideta-
sun eta hurbiltasun printzipioei jarraituz.
- Lege edo foru arau eskumen-emaile horien garapenean ere printzi-
pio berdina jarraitu behar dira, nahiz eta hori araudien bitartez
egin. Araudi horiek eskumen eta zerbitzuen konpreziarako erabiliko
dira.
- Arau eskumen-emaileetan edo horien konpreziarako garapen arau-
dietan udalen finantza nahikotasuna bermatzeko beharrezkoak diren
eta ematen diren baliabideak zehaztu beharko dira.
- Arau eskumen-emaile horiek ahalmenak eta funtzioak definitzera-
koan bermatu behar dute ez dela inolako bikoiztasunik emango 16.
artikuluarekin bat etorritik.

Beraz, eskumen propioen inguruan ETELren helburua, horien egikari-
tza eragingarria bermatzea da, herritarren hurbiltasuna eta sorozpideta-
suna bultzatuz ETLH zehazten duen moduan, eta ahaztu gabe finantza-
nahikotasuna eta toki autonomia batera joan behar direla.

Propioak, delegatuak edo transferitutakoak ez diren bestelako eskumenak:

ETELan propioak, delegatuak edo transferituak ez diren bestelako es-
kumenak (hemendik aurrera bestelako eskumenak deituko ditugunak) 27-
/2013 Legearen 7.4 artikulua eskeman barneratzen dira, baina hauen in-
guruan EAEko Legeak berregituratze bat egiten du. ETELren 14.4
artikuluak zera adierazten du: «Era berean, toki-erakundeek eskumen pro-
pio, transferitu edo eskuordetuetan sartzen ez den beste edozein jardura,
zerbitzu edo prestazio garatu ahal izango dute tokiko komunitatearen inte-
reserako, baldin eta, lege honetan azaldutakoaren arabera, bikoiztasun
egoerarik sortzen ez bada eta erakundearen ogasun osoaren finantza-ja-
sangarritasuna arriskuan jartzen ez bada.». Eskema berdina beraz Esta-

tuko oinarri legerian eta ETElan, baina Estatu legeriaren asmoa horien murriztapena den heinean (gogoratu behar dugu TAOLren 28. artikulua zaharra indargabeturik gelditu dela eta 25.1 artikulua berridatzi egin dela), ETELk horien garrantzia bultzatu egiten du.

Bultzada horretan lan egiten du ETELren 16. artikulua izenburu moduan hurrengo duena: Klausula unibertsala udal-eskumenei buruz eta eskumen propio, transferitu edo eskuordetu ez direnen jarduera, zerbitzu edo prestazioei buruz. Titulu honen azpian aurkitzen dugu Toki autonomiaren aldeko beste apustu bat, bertan adierazten delako herritarren bizi kalitatea hobetzeko eta komunitatearen interesak edo beharrianak asetzen dituen bestelako zerbitzu edo eskumenak ere garatu ahal dituela Udalak, nahiz eta horiek ez egon eskumen propioen, eskuordetuen edota transferitutakoen jarduera esparruan. Egia da, eskumen horien egikaritzarako bikoiztasunak saihestu behar direla eta finantza-jasangarritasuna bermatu behar direla, baina printzipioz ez dago inolako arazorik eskumen mota horiek eman ahal izateko Toki erakundearen autonomia indartuz.

Aipatutako bi baldintzen inguruan 16. artikulua zera aipatzen du:

- Bikoiztasunei buruz: Legeak bikoiztasuna zer den azaltzen du artikularen 3. puntuan eta bikoiztasuna ematen da bi lurralde erakunde ezberdinak eskumenera gai berdinean funtzio publiko berdinean ematen dituztenean, lurralde eremu berdinean edo herritar kopuru berdinean eta beharrian berdina asebetetzeko. Hau horrela, bikoiztasunak saihesteko helburuarekin, toki erakundeek ezin izango dute eskumenik edo zerbitzurik garatu, eskumen edo zerbitzu horiek beren-beregi antolamendu juridikoak beste lurralde administrazio bati aitortzen badizkio.

Baina legeak bikoiztasuna definitu eta bikoiztasunak saihesteko helburua izanik, bikoiztasuna ematen ez den kasua ere aipatzen du, eta horren arabera, ez dago bikoiztasunik zerbitzu edo eskumena ematen denean beste administrazio baten berariazko finantzazioaren bitartez edo beste administrazio horiek garatutako programak jarraitzen direnean. Beraz bikoiztasun kontzeptua ondo definituta dago eta ez da TAOLen 27/2013 Legeak sartutako kontzeptu murriztatzailea.

- Finantzioari dagokionez Legeak argi uzten du bakarrik gauzatu ahal direla bestelako eskumen hauek udalak berak finantzatu ahal badu, eta beti ere, udalak aurrekontu egonkortasuna eta finantza-jasangarritasuna bermaturik baditu, nahiz eta Udalak Plan ekonomiko-finantzarioa izan. Modu horretara badirudi 16.5. artikulua Udalaren erantzukizunpean uzten duela, ETAHren 3.2. artikulua eskatzen duen udal jardueraren erantzukizuna sustatuz.

Azkenean artikulua gaiaren arabera administrazio sektorialaren eskuetan uzten du bikoiztasunaren inguruko txosten loteslea egitea, eta finantza-zaintza organoaren eskuetan uzten du finantza-jasangarritasunaren txostena egitea.

III.3. Herritarren parte-hartzea Udalak jorratzen dituen politiketan

Bigarren epigrafean aipatu dugun bezala herritarren parte-hartzea ETAHren toki autonomiaren zatia da eta horren adierazle zuzena. Ez dugu ahaztu behar toki erakundeen helburu nagusia ETAHren esanetan eta EK-ren 137. artikularen esanetan herritarren intereserako diren gaiak asebetetzea dela. Hau horrela, herritarren parte-hartze zuzenaren aldeko apustua egiten da. ETEL oso sentsiblea da gobernantza politika eta gobernu ireki politika berriekin eta horren adierazlea da ETELk berak, beren ikuspuntua toki administrazioan islatuz.

Zentzu horretan ETELren 43.1.b). artikulua herritarren eskubideak aipatzerako orduan zera adierazten du: «b).—Tokiko politika publikoak identifikatzen, prestatzen, kudeatzen eta ebaluatzen, eta herri arazoetan parte-hartzea, legeak, udal erregelamendu organikoak eta herritarren parte-hartzeari buruzko erregelamendu organikoak ezarritakoarekin bat etorrira...». Herritarrek udal gaitan parte-hartzeko eskubidea dute ez bakarrik hauteskunde bitartez ordezkariak hautatuz, baizik eta politika publikoen diseinuan eta horien garapenean ere. Horretarako, legeak berak II. tituluko IV. kapituluaren herritarren partaidetzari buruzko arauketa egiten du, ETELren 67. artikulua zehazten duen helburuarekin: benetako herritarren parte-hartzea bermatu. Legeak 69. artikuluan parte-hartzearen helburuak zehazten ditu:

- Herritarrek politika publikoetan jarrera aktiboa izatea.
- Arau eta plan desberdinetan parte-hartzea.
- Toki gobernu organoen erabaketan eta prozedura administrati- boetan parte-hartze aktibo izatea.

Parte-hartze horren gutxienekoa ETElan zehazten da, baina auto-antolakuntzaren esparruan uzten du parte-hartze horren zehaztapena. Horrek ETELak esaten duena errespetatu behar du, baina udal arau propioek zehaztuko dituzte prozedura desberdinak, lehentasunez (esaten du legeak) udal araudi organikoan. Argi dago ETELk gutxieneko bat arautzen duela 3 esparru ezberdinetan zatikaturik:

Partaidetza prozedurak

Partaidetza prozedurek bi helburu desberdin dituzte; alde batetik parte-hartze eragingarria sustatzeko informazio prozedurak, eta bestetik, poli-

tika publiko baten inguruan edo erabaki baten inguruan sustatutako eztabaiden emaitza, legeak 75. artikuluan partaidetzako deliberazio prozedurak deitu duena.

Arau mailako xedapenak egiteko prozesuetan parte hartzea

Izen horrekin ETELk herritarren ekimen araugilea identifikatzen du, edo udal mailako arauen idazketan herritarrek izan dezaketen parte-hartzea. Adierazgarria da artikulua konkretu bat ezartzen dela udal aurrekontuen idazketan herritarren partaidetza sustatzeko.

Beste partaidetza tresnak

Honen barruan legegileak 3 tresna ezberdin aipatzen ditu: Herri galdeketak, auzo intereserako garrantzitsuak diren eskumen propioen inguruko gaien inguruan; Sektoreko edo lurralde-eremu mugaturako galdeketak, arazo konkretu baten inguruan bakarrik herritarren zati bati eragina izango duten gaiak tratatzeko; eta politika publikoei edo garrantzi bereziko erabaki publikoei buruzko toki-mailako herri galdeketak.

Parte-hartzeari buruzko arauketa handia egiten du ETELk baina gogoratu behar ditugu orain Estatuaren eta EAEko Administrazio Elkarlanerako Aldebiko Batzordearen G eta J bitarteko puntuetan(28) herri parte-hartzearen inguruan egin diren ohartarazpenak. Horien arabera kontsultak eta parte hartze prozeduren emaitzak ez dira lotesleak izango, TAOLak adierazten duen moduan, eta azkeneko erabakia udalbatzaren osoko bilkuraren gain eroriko da, parte hartze *deskafeinatua* utziz.

III.4. Udalaren parte-hartzea beren interesean eragina izan dezaketen politiketan

Baina parte-hartzea beste bide baten ere jorratzen du ETELk. Udalek euren intereserako diren zerbitzu eta eskumenak jorratzeko aukera ematen badu ETELk, lege horrek berak, zehazten du eskumen banaketan eta udal intereserako garrantzitsuak diren gaietan udalek izango duten parte-hartzeko aukera. ETELk berak bi organo eratzen ditu EAEko erakundeek euren politika publikoak egituratzerakoan Udalek parte hartu dezaten.

---

(28) ETELren inguruan Estatuaren eta EAEko Administrazio Elkarlanerako Aldebiko Batzordeak akordioa lortu egin zuen eta argitaratu egin zen EAEko Aldizkari Ofizialean, 2017ko otsailaren 17an.

- Tokiko Politika Publikoen Euskal Kontseilua.
- Euskadiko Tokiko Gobernuen Kontseilua.

Bi organo horien bitartez bermatu nahi da udalen parte-hartzea politika publikoetan eta arauetan. Aztertu ditzagun bi horiek banan-banan, helburu berdina izan arren izaera desberdina eta jarduteko modu desberdinak dituztelako. Bestetik ETELren 92. artikulua antzeko organoak lurralde historikoetan eratzeak aukera ematen du udalen intereserako gaien inguruan udalen parte-hartzea bermatuz; baina, artikulua horrek aukera besterik ez du ematen eta beraz, ez ditu derrigortzen. Lurralde historikoen eskuetan geldituko da organo horiek eratzea edo ez.

a) TOKIKO POLITIKA PUBLIKOEN EUSKAL KONTSEILUA

Erakunde honen helburu nagusia da ETELren 83. artikulua arabera tokiko gobernu-eremuari eragiten dioten politika publikoak diseinatu, prestatu, burutu eta ebaluatzeak prozeduretan udalerrien interesak aitortu eta aintzat hartuko direla bermatzea. Horrez gain, beren eskumena izango da EAEko erakunde erkideei dagozkien eskumenen gaineko erabakiak hartzea, baldin eta udalerrien eskumen propioen esparru materialari eragiten badiete. Hau da, EAEak udalerrien eskumen propioen inguruan erabakiak hartu behar dituen edota politika publikoak diseinatzerakoan Udalen interesak kontuan hartuko dituen organoa izango da.

Beraz, zalantzarik gabe Toki Autonomiaren apustua indartzen du, organo honen eraketan bermaturik geratzen delako Udalen parte-hartzea EAEko eta Lurralde Historikoetako politika publikoak sortzerako orduan. Eta horrela agertzen da 84. artikuluan, erakundearen izaera politikoa definitzerako orduan. Horren arabera, Tokiko Politika Publikoen Euskal Kontseiluak egitura parte-hartzailea dauka toki autonomia bermatzeko helburuarekin.

EAEko organo honen osakeran ere toki autonomiaren bermea aurkitzen dugu, bere 18 kideetatik sei udalen ordezkaritza izango dutelako eta ezarpen handiena duen euskal udalerrien elkarteak proposatuko ditu. Horrez gain kide horietatik bik (herena dio legeak) 5.000 biztanle baino gutxiagoko udalerrien hautetsiek beteko dituzte. Lehenengo lau urterako izendapenak egin ziren Lehendakariaren uztailaren 22ko 20/2016 Dekretuaren bitartez.

Organo honekin amaitzeko beren funtzioen laburpena egitea komenigarria da, horiek ikusita argi geratzen delako zeintzuk diren beren eginkizunak:

- Autonomi Erkidegoak egingo dituen plan eta programetan parte hartuko dute, beti ere udalerrien eskumen propioei eragiten dieten

nean. Horren inguruan txostenak egin ahal izango dituzte eta lege eta egokitasun irizpideak adierazi ahal izango dituzte.

- Euskadiko Tokiko Gobernuen Batzordeak eskumen propioei eragiten dieten araugintza bultzatzeko proposamenak bideratu ahal izango ditu.
- Euskadiko administrazio ezberdinen arteko elkarlana eta informazioa trukaketa bultzatuko dute.
- Udalerrien eskumenei eragiten dieten politika sektorialen inguruan eztabaidatu eta komunean jarri.
- Gobernu maila ezberdinen politika publikoen kudeaketarako kooperazio sistemak sustatuko dituzte.
- EAEko gobernuari konstituzioaren aurkako helegitea jartzeko eskatu.

Beraz, organo honen bitartez, eskumen propioen zehaztapena eta horien garapenean udalerrien parte hartzea bermaturik geldituko da, eta horrekin toki autonomia indartu egingo da ETAHk ezartzen duen Toki autonomia printzipioa zehaztuz, eta EKren 137. artikuluko «*berezko gaiak*» kontzeptua garatuz.

b) EUSKADIKO TOKI GOBERNUEN BATZORDEA

Euskadiko Toki Gobernuen Batzordea sortzen da alerta goiztiarreko organo gisa, hau da, beren helburu nagusia da EAEren araugintza-prozeduretan toki autonomia zaintzea, lege horrek edo indarrean dagoen legeriaren gainerakoak udalerriei aitortutako eskumen propioei soilik eragiten dieten kasuetan. Hau da, EAEko legeriak udalen eskumen propioak kalte-zeko «arriskua» dutenean Batzordeak esku hartuko du toki autonomiaren defentsa bermatzeko.

Batzordeak 12 kide izango ditu, horietatik sei Toki Politika Publikoen Euskal Kontseiluaren udal ordezkarietako kideak izango dira; eta beste seiak, udaletako hautetsien artean aukeratuko dira, baina horietatik bik 5.000 biztanle baino gutxiagoko udalerrien ordezkariak izango dira.

Batzorde honen helburu nagusia da 88. artikuluen arabera toki autonomiaren defentsa, eta hurrengo eginkizunak izango ditu:

- Alerta goiztiarreko organo bezala jarduteko eta araugintza prozeduretan toki autonomiaren defentsa bultzatu.
- Xedapen orokorren aurreproiektuen prestakuntzan parte hartzea ETELren 91. artikulua zehazten duen prozeduraren barruan.
- Udal estatu gaitasuneko langileen, goi karguen eta politikoen ordainsarien eta bertaratzeen inguruan proposamenak eta azterlanak egitea eta horiek Toki Politika Publikoen Euskal Kontseiluari helarazi horien inguruan irizpena egin dezaten.

- Toki zerbitzu publikoen kostu eraginkorraren gainean azterlanak eta proposamenak egitea.
- Aurrekontu egonkortasunari buruzko arauetan adierazten diren plan ekonomiko finantzarioen formulazioaren inguruan proposamenak eta azterlanak egitea.

Deigarria da nola ETELren 91. artikuluan adierazten den xedapen orokorreko aurreproiektuen eta proiektuen inguruan Batzorde honek derrigorrez txostena egin behar duela, EAEko araugintzan toki autonomiaren bermatzea gauzatuko dela ziurtatzeko. Egia da, era berean, txostena egiteko 15 eguneko epea ematen diola legeak Batzordeari, eta arau bakoitzaren izaera eta garrantzia ikusirik epe laburra dirudiela, baina aukera behintzat badago lan hori gauzatu eta toki autonomia eta eskumen propioen defentsa gauzatu ahal izateko.

III.5. Finantza-nahikotasuna

Azkenik, lehenengo epigrafeetan behin baino gehiago esan dugunez, toki autonomiak ez dauka zentzurik finantza-nahikotasunik gabe, hau da, autonomia ezin daiteke garatu beharrezkoak diren baliabideak ez badira bermatzen. Udalen finantzazio sistema beti izan da arazo bat. Zerga eta tasa propioekin ez da udal jarduera finantzatzen eta horretarako lurralde historikoen diru-bilketatik finantzazioa jasotzen dute. Orain arte EAEko lurralde historikoek zehaztu dute zein ekarpen ekonomiko egingo zaien udalei. ETELk IX. tituluan toki erakundeen finantzazioari buruz hitz egiten du, eta horretan adierazten denez: «EAEko udalerriek eta gainerako toki-erakundeek ekonomiaren arloan izango dituzten eskubide eta betebeharren multzoak osatuko dute toki ogasuna» eta jarraian lurralde historikoen eskumena berretsi egiten du gai horretan lurralde historikoen foru arauen bitartez toki ogasunak arautzen direlako. Baina, zehazten ditu toki ogasun horiek errespetatu behar dituzten printzipioak: finantza autonomia, aurrekontu egonkortasuna eta finantza-jasangarritasuna, eta finantza-nahikotasuna. Azken printzipio horren arabera udalek beren eskumenak garatzeko beharrezkoak dituzten baliabideak izan behar dituztela aitortzen da.

Baliabide nahiko izateak derrigortu egiten dio ETELri 110. artikuluan hurrengo baieztapena egiteko: «Orokorrean, udalerrien eta gainerako toki-erakundeen finantzaketa baldintzarik gabekoa izango da». Hau da, printzipio orokor bezala udalaren finantzazioan ezin daiteke inolako baldintzarik jarri eta horrek suposatzen du inork ezin diezaiekela esan udalari zertan edo zein baldintzatan erabiliko dituen finantzazio horiek. Hau horrela, 112 artikulua esaten duenez, lege edo foru arau baten udalerriari edo toki-erakundeei eskumenak aitortzen edo ematen bazaizkio beharrezko finantzazio-baliabideak ere zehaztuko dira zerbitzuak emango direla berma-

tzeko eta horrekin lotuta legearen edo foru arauaren proiektuarekin batera memoria ekonomikoa aurkeztuko da jakiteko zer nolako eragin ekonomikoa izango duen eskumen banaketa hori toki ogasunetan.

Modu honetan eskumen bat banatzen den momentuan eskumen hori garatzeko behar besteko baliabideak ere etorriko dira udalaren jasangarritasuna kolokan jarri gabe, eta finantza-nahikotasunaren bitartez toki autonomia bermatuz.

Salbuespenez, bakarrik ezarri daiteke baldintzatutako finantzazioa arau xedapen baten bitartez edo diru-laguntza politikaren bitartez, hurrengo printzipioak jarraituz:

- Toki-erakundeen parte hartzea.
- Aurrekontu egonkortasuna eta finantza-jasangarritasuna.
- Efizientzia, efikazia eta zerbitzu publikoen kalitatea.

Azkenean, IX. tituluko II. kapituluak arautu egiten du udalen parte-hartzea itunduko tributuen etekinetan eta udal finantzazioan.

IV. Ondorioak

EAEko legegileak ETELren bitartez esfortzu handia egin du toki autonomiaren defentsarako toki administrazioak arautzen, horrela toki erakundeek izaera politikoa eta antolatzailea behar bezala babesteko tresna garaturik izango dute, behintzat EAEko lurralde mugartean. Baina egia da, era berean ETEL Konstituzio Auzitegian errekurritu egin zela, eta errekurtsioa kentze aldera Eusko Jaurlaritzak akordioa sinatu zuela Estatuaren eta EAEko Administrazio Elkarlanerako Aldebiko Batzordearen baitan. Ez gara hemen sartuko akordio horien indarraren inguruan, baina badirudi izaera legegilerik ez duen akordio horiek Legearen interpretazioaren bitartez horien berridazketa gauzatu dezaketela legebiltzarretik pasa barik. Akordioak ez dira legebiltzarretik pasatzen, administrazioen arteko akordioak direlako, baina legegileak onartutako legeak «mutatzeko» aukera zabaltzen dute.

2017ko otsailaren 17an EAEko Aldizkari Ofizialean argitaratutako Estatuaren eta EAEko Administrazio Elkarlanerako Aldebiko Batzorde akordioaren arabera, gai batzuen inguruko eragingarritasuna mutatu edo aldatu egiten du edo «indarra» galtzen dute: herritarren parte-hartzeari dagokionez, esate baterako, 68, 80 eta 82 artikuluen interpretazioa aldatu egiten da, eta horrekin legearen testua bera; 16 urtetik beherakoek ezin izango dute herri kontsultetan parte hartu TAOLrekin interpretatu behar delako ETEL, eta egiten diren prozedura parte-hartzaile guztiak ez dira lotesleak izango, nahiz eta beren-beregi hori ETELn adierazi. Eskumen propioen esparruan ere ETEL TAOLrekin interpretatu behar da, eta euskara

sustatzearen eta administrazio erabileraren (udal eskumen propioaren gaia) inguruko arauketa *deskafeinaturik* geratzen da.

Dena den, toki autonomiari dagokionez EAEko legegileak egin duen esfortzua txalogarria da, eta argi eta garbi adierazten du udala modu ezberdinean ulertzeko betebeharra dagoela, krisi aurretik goraipatzen zen toki autonomiarantz berrito bideratuz.

Baina arau honek ez du mirari handirik egingo, eta beren arazoak ere baditu. Lehenengoa eta adierazgarriena da garapen handia behar duela, eta beste arau batzuk behar izango dituela benetako garapena izateko. Araudi bitarteko garapen handia behar du, eta araudi horiek egiten ez diren bitartean ez da legea ehuneko ehunean martxan jarriko. Legearen garapena EAEko exekutiboak berak eta Foru Administrazioak gauzatu beharko dute, baina baita Udal Administrazioak ere (Toki Erakunde guztiak egia esan) legearen benetako eragingarritasuna gauzatzeko horren garapenean parte hartu beharko dute. Horren adierazlea da Euskadiko Toki gobernuen Batzordea oraindik eratu barik dagoela eta Lurralde Historikoek ere alerta goiztiarrerako organoak sortzeko aukera ere zabaldu behar dutela. Hau da EAEko alerta goitiarrerako organoa oraindik eratu barik dago eta ETELk Lurralde Historikoetan izaera berdineko organoa sortzeko tresnak oraindik ere ez dira martxan jarri.

Dena den, kontuan izan behar dugu ETELk orain arte bere buru gainean aizkora izan duela Konstituzio Auzitegiaren aurrean aurkeztutako errekursoekin, eta orain hasiko dela Estatuaren eta EAEko Administrazio Elkarlanerako Aldebiko Batzordearen akordioa eta gero bere hedadura guztia zabaltzen.

Bestetik, ETELak erakunde egituraketa itxi egiten duela eta toki autonomia babesteko ahalegin handia egiten duela, baina udal langile bezala TAOlean oinarritzako bezala jartzen diren gauza asko ez dira garatzen. Faltan botatzen da, esate baterako, udalerrien ondasunen kudeaketari buruzko arauketa sakona egitea, finantza-nahikotasunarekin harreman handia duelako eta udalen finantzazio bidea izan daitezkeelako. Egia da honen inguruan estatu arauak daudela Herri Administrazioaren Ondareari buruzko 33/2003 Legea edo, udaletan hain erabilia den Toki Erakundearen Ondasunei buruzko Araudia (1732/1986 ED), baina bi arau horiek zaharkituta gelditu dira, eta horren adierazlea da esate baterako, Toki Erakundearen Ondasunei buruzko Araudiaren 92.artikulua alokairuan ondare ondasuna ematen direnean prezioen inguruan egiten den arauketa.

Beraz, toki autonomiaren defentsan, deszentralizazio politikoaren bidean eta Toki Erakundearen «burujabetasunaren» aldeko apustu argia egiten da EAEan ETELarekin, baina beren izaera egituratzaile guztia garatzeko oraindik ahalegin handia gelditzen da eta hori guztia garatzen denean, orduan benetako ETAHren toki autonomiaren aurrean egongo gara.

V. Bibliografia

ÁLVAREZ RICO, M., *Principios Constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1987, 37 orr.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, edición del tricentenario. www.rae.es.

COLAO MARÍN, P. A., *Autonomía municipal, ordenanzas fiscales y reserva de ley*, Bosc Editor, 2011, Bartzelona.

LAGO MONTERO, J.M., *La reordenación de la Hacienda Local en la segunda descentralización*, Thomson Aranzadi ed., 2013, Zizur Txikia.

LASAGABASTER HERRARTE, I., *La Carta Europea de la Autonomía Local*, iustel, Madril, 2007.

ORDUÑA REBOLLO, E., eta COSCULLUELA MONTANER, L., *Historia de la legislación de régimen local*, iustel, 1 edizioa, Madril, 2008, 198. Orrian

PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I (Organización y empleo público)*, Marcial Pons, 1988, 196 orr.

PÉREZ LUQUE, A., *¿Existe realmente la autonomía local?* El consultor de los Ayuntamientos, 14 zkia, 2002ko uztailaren 30etik abuztuaren 14rako hamabostaldia, bigarren liburukia, 2437 orria.

REQUEJO PAGES, J. L., «El valor de la Carta Europea de la Autonomía Local en el ordenamiento español» *La autonomía de los entes locales en positivo: La Carta Europea de la Autonomía Local como fundamento de la suficiencia financiera* liburuan (CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. Koord.), Ed. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madril, 2003.

SÁNCHEZ SAEZ, A.J., *Autonomía Local y Descentralización, Su naturaleza jurídica*, Tirant Loblanc, Valentzia, 2008, 23 orria.

ZOCO ZABALA, C., «Articulación de las competencias locales tras la LRSAL: hacia una autonomía local como derecho», *Revista Vasca de Administración Pública* aldizkarian, 102 zkian, 2015eko maiatza-abuztua, 107 orrian.

KAren 32/1981 Epaia.

KAren 41/2016 epaia, 1792/2014 Errekurtso zenbakia.

AGaren 1987ko urriaren 28ko eta abenduaren 28ko epaia.

Trabajo recibido el 24 de marzo de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Azken urteotan badirudi Toki Autonomia indarra galtzen joan dela beste printzipio batzuekin alderatuz, konkretuki aurrekontu egonkortasun eta finantza-jasangarritasunarekin. Bi printzipio hauek Toki Administrazioaren azkenengo erreformak baldintzatu dituzte. Baina aurreko urteko apirilean Euskadiko Toki Erakundeei buruzko apirilaren 7ko 2/2016 Legea (ETEL) argitaratu zen eta horrekin EAEko toki erakundeen autonomia indartzeko ahalegina egin zen. Lege hau da ahalegin horren produktua, eta horretan Toki Autonomiaren aldeko apustua egin da EAEk duen udal izaera eta garapena kontuan izanda. Gaur egun indarrean jarraitzen duen apustu horren adierazle handiak aurki daitezke legean zehar, Europako Toki Autonomiaren Hitzarmenarekin bat eginez eta udalerrien autonomia indartuz. Lan honetan toki autonomiaren adierazle diren ezaugarriak hartu eta ETELan duten isla aztertzen da.

GAKO HITZAK: Toki autonomia. Eskumena. Erakunde bermea. Parte-hartzea. Berezko gaien kudeaketa.

RESUMEN: Parece que en los últimos años la autonomía local ha ido cediendo fuerza en favor de otros principios como son la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. Estos son los principios que han impulsado las últimas reformas sobre la Administración Local. Pero en abril del año pasado se publicó la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Entidades Locales de Euskadi (LILE) y con ella la CAV ha hecho un esfuerzo por impulsar la autonomía municipal. Esta ley es el producto de ese esfuerzo, donde a tenor de la naturaleza y concepción que la CAV tiene del municipio se ha apostado por la autonomía local. A lo largo de la Ley se pueden ver las expresiones de dicha apuesta que hoy día sigue en pie y que refuerza la autonomía local inspirada por la Carta Europea de la Autonomía Local. En este trabajo se van a tratar los indicadores de autonomía local y su reflejo en la LILE.

PALABRAS CLAVE: Autonomía local. Competencia. Garantía institucional. Participación. Gestión de los asuntos propios.

ABSTRACT: It seems that during last years, local autonomy has yielded in favor of other principles as budget stability and financial sustainability. These are the principles that were bolstered by the last amendments on Local Administration. But last april it was published Act 2/2016 from April 7th on Local Entities of Euskadi and with it the Basque Autonomous Community has made an effort to bolster municipal autonomy. This Act is the consequence of that effort where in terms of the nature and conception that the Basque Autonomous community has over municipality, local autonomy has been fostered. Under the Act you can see expressions of that support that to this day stand and strengthen the local autonomy inspired by the European Charter of Local Autonomy. In this work we are going to deal with the local autonomy indicators and its expression within the Act on Local Entities.

KEYWORDS: Local Autonomy. Competition. Institutional guarantee. Participation. Management of their own affairs.

Europako Ingurumen Zuzenbidearen oinarrien eta printzipioen eboluzioa eta egungo egoera: Tratatuak, Ekintza Programak eta Estrategiak

Asier García Lupiola*

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.11>

Aurkibidea: I. Sarrera.—II. Aurreneko Ingurumen Ekintza Programak.—III. Europako Akta Bakarra eta Laugarren IEP.—IV. Maastrichteko Tratatuak eta Bosgarren IEP.—V. Amsterdameko Tratatuak, Lisboako Estrategia eta Seigarren IEP.—VI. Lisboako Tratatuak eta Europa 2020 Estrategia.—VII. Zazpigarren IEP eta Energiaren eta Klimaren Esparrua 2030erako.—VIII. Ondorioak

I. Sarrera

Ingurumena babestea gizartearen kezka handienetakoa da gaur egun, are gehiago klima aldaketaren eraginek duten garrantzia ikusita. Ingurumena ez errespetatzeak sorrarazitako ondorio anitzak bezain larriak eta ingurumenaren babesa eta ekonomiaren hazkundera batzeko premia kontuan hartuta, nazioartean erronka nagusietako bat bilakatu da garapen iraunkorra. Europar Batasunean (EB) indarrean dagoen araudiak ebatzitakoaren arabera, integrazio prozesuaren funtsezko helburuetako bat da garapen iraunkorra, EBren Tratatuaren (EBT) 3. artikuluan adierazi bezala.

Dena den, Europako Erkidegoak (EEEE) eratzekeo Tratatuak ez zuten printzipio hori ezarri, baina tratatu horietako erreforma desberdinei esker bilduta geratu zen azkenean EBko funtsezko testu juridikoetan —gaur egun, EBTn ez ezik EBren Funtzionamenduari buruzko Tratatuan (EBFT) ere—. Era horretan, garapen iraunkorra Europako Jatorrizko Zuzenbidearen barruan geratu zen zehaztuta, Europar Batasuneko Estatu guztientzako helburu lotesle gisa. Helburu hori lortzeko, funtsezkoa izan da Europako ingurumen politikaren garapena.

---

* Testu hau UPV-EHUren ikerkuntzarako laguntza jaso duen ekintzaren emaitza da (NUPV16/04: «Políticas y acciones europeas en materia de medio ambiente, cambio climático y energía»).

Hori dela eta, EBren eta estatu kideen arteko eskumen partekatu bat da ingurumena (4.2. art. EBFT). Horrek esan nahi du eremu horretan bai Batasunak bai estatuek juridikoki lotesleak diren legeak egin eta egintzak burutu ditzaketela, nahiz eta Batasunak berea erabili ez duen heinean bakarrik erabili ahal izango duten beren eskumena Estatuek (2.2. art. EBFT). Gai hone-tan, EBk aktiboki erabili du Tratatuak ematen dion ahalmena. Izan ere, Jato-rrizko Zuzenbidearekin batera, zeinak ingurumen politikaren oinarri zehatzak finkatzen dituen, egintza juridiko lotesle ugari aurkituko ditugu, oinarri ho-riek garatzen dituzten Batasuneko instituzioek ezarritakoak. Oinarri horiek Europako Zuzenbide Eratorria osatzen dute ingurumenaren gaitan, Euro-pako ekintza programetan finkatutako lehentasunezko helburuak lortzeko jarraitu beharreko gidalerroak kontuan hartuta, gainera (192.3. art. EBFT).

Hala, Europako oinarritzko ingurumen araudiak eta gai horri dagozkion lehentasunezko helburuek Europaren integrazio prozesuan izan duten eboluzioa da testu honen aztergaia. Ikusiko dugunez, hasiera batean era-tze Tratatuak ingurumen politikarik jaso ez bazuten ere, etapa desberdinak izan dira ondoren: aurreneko Ingurumen Ekintza Programek (IEP) eta Eu-ropako Akta Bakarrak (EAB) ingurumen politikaren oinarriak ezarri zituz-ten; Maastrichteko eta Amsterdameko Tratatuak indartu eta bultzatu egin zuten —bosgarren eta seigarren IEPTan agerian geratu zena—; eta Lis-boako Tratatuak eta zazpigarren IEPk, orain indarrean dauden Europako In-gurumen Zuzenbidearen helburuak, printzipioak eta gidalerroak biltzen di-tuzte, eta horien artean nabarmentzen da ingurumena babesteko tresna eraginkor gisa energia politika baliatzea.

II. Aurreneko Ingurumen Ekintza Programak

Europako ingurumen politikak 1970eko hamarkadaren hasieran du bere sorburua, EEEEn eratze Tratatuak ez baitzuten arautu politika horren ezar-pena. Kontuan hartu behar da garai hartan Erkidegoa osatzen zuten sei es-tatuak aplikatzen ari ziren arauak, ingurumenari lotutakoak, oztopo bat izan zitezkeela merkantzien trukerako eta zirkulazio askerako(1). Horregatik, 1971n, Batzordeak aurreneko dokumentua onetsi zuen gai horren inguruan, Merkatu Erkidearen garapena egokiro arautzeko helburuz ingurumena kon-tuan hartzeko premiaren aurrean eta Erkidegoaren helburuekin bateragarria zela aintzatetsiz(2). Ikus daitekeenez, «merkataritza-bloke bat eratzeak (...) ingurumen kalitate maila desberdinetako herrialdeek osatuak, eraman zi-

(1) 1968an, aurreikusitakoa baino bi urte lehenago, merkantzien zirkulazio askea jarri zen abian EEEEn estatuen artean. Hala, merkataritza askerako gune bat ezarri zen, Merkatu Erkidea izango zenaren aurre-neko pausoa, alegia.

(2) EUROPAR BATZORDEA, *Première communication sur la politique de la Communauté en matière de l'environnement*, Europako Erkidegoko Aldizkari Ofiziala – JOCE C 19, 1972.

tuen gai horretan Erkidegoko estatuak jarraitu beharreko lerro nagusiak taututzeko garaian nazioz gairdiko ikuspegi bat planteatzera» (3).

Nolabait ere, ingurumenaren inguruan iritzi publikoak erakusten hasitako interesari erantzun nahi zioten EEEEk, nazioarteko mugimendu ekologista sortu berriaren jardunak piztutakoari, nazioarteko agendan hartu zuen lekua kontuan izanik gainera. Izan ere, 1972ko Ingurumenari buruzko Nazio Batuen Konferentzian Stockholmeko Deklarazioa atera zen jendaurrera, oraingo eta etorkizuneko belaunaldien onurarako baliabide naturalak iraunarazteko premia planteatzen zuena. Gauzak horrela, EEEEtako herraldeetako Estatu eta Gobernu Buruek deklarazio politiko bat igorri zuten 1972ko urriko Parisko Gailurrean, bizi kalitatea hobetzeari eta ingurumena eta bertako baliabideak babesteari lotutako hazkunde ekonomiko baten premia aitortu zuena. Deklarazio horretan Europako ingurumen politika izango zenaren oinarritzko printzipioak finkatu ziren, eta instituzioei eman zitzairen ingurumen ekitntza programa bat lantzeko ardura.

Lehenengo IEP 1973ko azaroaren 22an hartu zuen EEEEtako Kontseiluak, helburu nagusitzat zuena Erkidegoko estatuetak bizi kalitatea eta ingurumena hobetzea. Hala, hortik abiatuta erabaki ziren helburu zehatzak: airearen kutsadura eta uretan egiten ziren isurketak gutxitzea; baliabide naturalak zentzuz erabiltzea; oreka ekologikoa iraunaraztea; garapena bideratzea ingurumen kalitatearen eskakizunen arabera; ingurumenaren arazoei konponbide bateratuak proposatzea nazioarteko erakundeen esparruan, gai horretan nazioarteko solidaritatea lortzeko helburuz. Xede horiek lortzeko, Programak zenbait printzipio ezarri zituen, ingurumen politika egituratu behar zutenak: prebentzioa eta kalteak saihesteko neurriak hartzea; ingurumen inpaktuaren ebaluazioa; ezagutza zientifikoak eta teknikoak hobetzea; «kutsatzen duenak ordaintzen du» printzipioa; ingurumena babesteko iritzi publikoa sustatzea.

Aurreneko pauso itxaropentsu bat izan bazen ere, Lehen Programa horrek kontrako testuinguru bati aurre egin behar izan zion, petrolioaren krisiak eta ondoriozko atzeraldi ekonomikoak erasandakoari, alegia. Gainera, azpimarratu beharra dago ez zituela zehazten aurreikusitako xedeak betetzeko behar ziren baliabideak edo tresnak.

Bigarren IEP 1976ko maiatzaren 7an hartu zuen Kontseiluak. Aurrekoaren jarraipentzat hartzen da, zeren eta biek «finkatu zituzten Erkidegoan ingurumen interesak babesteko oinarriak eta ezarri zuten helburu nagusitzat baliabide naturalen zentzuko erabilera, garapen ekonomikoarekin bateragarria izango zena» (4). Bigarren Programaren helburu bereziak hauek

(3) MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael eta BONETE, Rafael, *Introducción a la Unión Europea: un análisis desde la economía*, Alianza, Madril, 2002, 295 orr.

(4) CUENCA GARCÍA, Eduardo, *Economía de la Unión Europea*, Pearson-Prentice Hall, Madril, 2007, 419 orr.

ziren: ingurumen gaitan informazio prozedura bat abian jartzea eta «kutsatzen duenak ordaintzen du» printzipioaren aplikazio eraginkorra, hori guztia prebentzio neurriak hartzeko premia azpimarratuz, eta horretarako ingurumen inpaktuaren azterlanak egiteko prozedura egokiak ezarri.

Hala, Eratze Tratatuak estatu kideetarako ingurumen erregulazio baturik barnean hartzen ez zuten, lehendik zeuden legeria nazional desberdinek aldatu zituzten lehia askearen arauak. Egoera horren ondorioz, aurreneko bi Programek Zuzentzari ugarri onetsi zituzten legeria estatutal hurbiltzeko uraren eta airearen kutsadura, zarata eta hondakinak bezalako gaitan, eta era horretan ezarri ziren ingurumen kalitatearen hasierako estandar erkide batzuk. Horiek gabe, «ezinezkoa izango zen merkatuaren mekanismoetan oinarritutako jarduketaren erkideak ondoren planteatzea» (5).

1980ko hamarkadan zehar, ingurumenaren babesak gero eta protagonismo handiagoa hartu zuen EEEEn barruan. Eta horretan eragin nabaria izango zuen gai honi dagokionez Alemaniak bereganatutako aitzindaritzak, hark bultzatuko baitzuen Erkidegoetatik neurri berriak hartzea, Estatu guztiek norabide beretik aurrera egin zezaten saiatzeaz gainera (6). Hala, Hirugarren IEP izan zen horren aurreneko emaitza, 1983ko otsailaren 7ko Kontseiluaren Ebazpen bidez onetsia. Eta, berriro ere, aurreneko bi Programek hasitako lerroari jarraitzea izango zen bere helburu nagusia. Dena den, al-daketa kualitatibo nabarmenak barneratu zituen, ondorengo ekintza planen edukian eragina izango zutenak.

Era horretan, baliabide natural desberdinei lotutako ingurumen kalitate estandarrak finkatzeko prozesua jarraitu zuten zuzentzariarekin batera, politika erkideek aurrera eramandako ingurumen inpaktuaren kontrola arautu zen, proiektu handiek ingurumenaren gainean izango zuten ondorioak aztertze eskakizuna orokortzea ekarri zuena, bereziki Nekazaritza Politika Erkideari eta azpiegiturarako inbertsioei zegokienez. Hala, prebentzioaren printzipioa sendotu zen, ingurumen estrategia global bat abiarazteko oinarritzat hartuko zena. Aldi berean, «kutsatzen duenak ordaintzen du» printzipioaren profil zehatza finkatu zen, leheneratze betebeharrak barneratuz. Azkenik, aipatzekoa da gainera gauzatu egin zela «enfasi berri bat jarri aldaketan (sentsibilizazioa-informazioa-hezkuntza)» (7) eta ingurumen gaitan I+G ahaleginei zuzendutako laguntzak sortu zirela.

EEETako agintariak jabetuta zeuden gune eta baliabide naturalak behar bezala babestu eta kudeatzeko premiak iritzi publikoaren artean adierazten zuten gero eta kezka handiagoaz. Horregatik, ekosistema natu-

(5) *Ibidem*, 420 orr.

(6) ALBERTON, Mariachiara, «Environmental Protection in the EU Member States: Changing Institutional Scenarios and Trends», *L'Europe en formation*, 363 zenbakia, 2012, 290 orr.

(7) MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael eta BONETE, Rafael, *op. cit.*, 298 orr.

ralak hobeto zaindu eta babestera bideratutako ekintzak ezarri ziren, baita bereziki sentikorrek diren eskualdeen kudeaketa integratu bat ziurtatzera bideratutakoak ere, ingurumenari dagokionez garrantzi handikoak izategatik edo ekonomia-erazkunderako erakargarriak zirelako.

Hirugarren IEPren ekarpen handienetako bat izan zen programa horretatik abiatuta identifikatu zela politika guztietarako ingurumena babesteko helburu nagusia. Programaren aplikazioaren garapenean zehar ziurtatu ahal izan zenez, ingurumenari buruzko kontsiderazioek eragina zuten politika zehatz batzuetan —nekazaritza, energia, industria, garraio edo turismo politiketan, besteren artean— eta beraz, beharrezkotzat jotzen zen ingurumena babesteko estrategia global bat formulatzea. Horrek adierazi zuen, ingurumen politika espezifikoa ez ezik, gainerako politiketan ere barneratzen zirela ingurumen kezkak eta, zehazki, arazo sozioekonomikoen konponbideari lotzen zitzaizkiola ingurumeneko ekintzak. Hala, aurrerapen nabarmena igartzen hasi zen hasierako egoeraren aldean, ordutik aurrera gai honi lotutako arazo nagusia ez baitzen gehiago izango «estatu kideen arteko desadostasuna, merkatu erkidearen jardun egokian eragina izan zezakeena, araudi desberdinak zirela eta. Hala, ekonomia kontzeptuan bertan barneratu zen harrez geroztik ingurumenaren kalitatearekiko kezka» (8).

Kontsiderazio haiek Europako Akta Bakarra (EAB) berekin ekarri zuten negoziazioetan kontuan hartu ziren, eta hemen aztertzen ari garen gai honetan testu horrek adierazi zuen aurrerabidearen oinarria izan ziren.

III. Europako Akta Bakarra eta Laugarren IEP

EAB, 1986an negoziatua eta sinatua, 1987ko uztailaren 1ean sartu zen indarrean, eta Erkidegoak eratzekeko Tratatuak erreformatu zituen Europaren integrazioari bultzada berri bat emateko helburuz. Berrikuntza instituzional nabarmenak ekarri eta Europako Erkidegoaren (orain singularrean, EE) barne merkatua abian jartzeko beharrezko neurriak ezartzeaz gain, EABk politika berrietan egituratutako gaien erregulazioa barneratu zuen eremu erkidean, ingurumenarekin gertatu zen bezala (9). Testu horrekin, EBko buruzagiak erantzun bat bilatzen hasi ziren herritarrek planteatutako erronken aurrean, kontuan izanik herritarrek ingurumenaren alde eragindako presioa

(8) CUENCA GARCÍA, Eduardo, *op. cit.*, 421 orr.

(9) EABren helburuetako bat zen Europako merkatu erkidea behin betiko eratzea. Zentzu horretan, testuak, kontzeptu horretatik harago, nozio berri bat barneratu zuen: «barne-merkatua». Nozio horrek «barne-mugarik gabek espazio» bat adierazten zuen, non merkantzien, pertsonen, zerbitzuen eta kapitalen zirkulazio askea bermatuta geratzen zen Tratatuaren bitartez. Hala, erabat bateratutako espazio bat bezala agertu zen barne-merkatua, barne-aduanak eta aduana horiei zegozkien kontrol teknikoak, fisikoak, fiskalak eta monetarioak ezabatzean. Oztopo horiek guztiak ezabatzeak ingurumenekoak ere ezabatzea ekarri zuen berekin, beraz.

gero eta handiagoa zela hondamendi ekologiko gero eta izugarriagoen aurrean, eta bereziki Txernobylen gertatutako hondamendiaren aurrean(10). Hala, EAB mugarri bat izan zen Europako Erkidegoak ingurumenaren babesean beteko zuen zereginaren eboluzioan, gai honetan araudi espezifiko bat eta subsidiarioritasun printzipioa barneratu baitzituen, merkataritza, nekazaritza, energia edo ikerketa bezalako beste gai batzuekin lotuz, gainera(11).

Europako Erkidegoa bezalako merkataritza bloke baten eraketak, ingurumenaren babesari zegokionez eskakizun maila desberdinak zituzten herrialdeek osatua, jarraitu beharreko lerro nagusien diseinuan nazioz haraindiko ikuspegi bat hartzea komeni zela planteatzera eramán zituen estatu kideak. Gai horretan, EABrekin gáinditu nahi ziren merkantzien zirkulazio askerako sor zitezkeen oztupoak. Eta arazo haiek kontrakoak izan zitezkeen. Hala, batetik, hondakinak bezalako produktu arriskutsuen zirkulazio askeak, ingurumenean duten inpaktuarekiko gutxieneko bermerik gabe, edukiez gabetu zitzakeen eremu horretako eskakizun nazionalak, produktu nazionalen eta Erkidegoko beste estatu batzuetakoen artean bereizi ezin izatean. Bestalde, araudi nazionalen ingurumen eskakizun haiek distortsio nabarmenak sorrarazi zitzaketen merkataritzan xede protekzionistekin erabiliz gero. Arazo horiez gain, kontuan hartzen zen dumping ekologikoko egoerak ez ote ziren sortuko, eskakizun gutxiagoko ingurumen araudiak zituzten herrialdeek eskainiko lituzketen abantaila konparatiboetatik eratorriak. Aldi berean, horrek eramaten zuen pentsatzera ekoizpen jarduerak ingurumenean duen inpaktuak muga nazionalak gáinditzen dituen jardunbide multinazionala eraginkorragoa izango litzatekeela.

Akta Bakarrak Ingurumenari buruzko VII. Titulua barneratu zuen Europako Erkidegoa eratzeiko Tratatuaren (EET) Hirugarren Zatian. Hala, EABk «EEn jatorrizko zuzenbidean ezarri zuen ingurumenaren kontserbazioa eta adierazi zuen atxikita zegoela garapen ekonomikoari eta sozialari, bizi kalitateari eta Europako beste politika batzuen iraunkortasunari» (12). Ikusten denez, «garapen ekonomikoaren dimentsio ekologiko bat lortzeko programak prestatzea eta abian jartzea zen asmoa» (13).

Titulu berria osatu zuten hiru artikuluetatik (orduan 130 R, 130 S eta 130 T artikulua, EETrenak) Ekintza Programetan landu izan ziren funtsezko ideiak bildu zituen lehenak. Hala, ingurumenari dagokionez, ondokoak finkatu ziren Erkidegoaren helburutzat: ingurumenaren kalitatea zaintzea, babestea eta

(10) WOOD, David M. eta YESILADA, Birol A., *The Emerging European Union*, New York, Pearson Longman, 2006, 172 orr.

(11) GUSEV, Alexander S., «Climate Change Issues in a Transatlantic Context», *L'Europe en formation*, 369 zenbakia, 2011, 80 orr.

(12) NIETO SOLÍS, José Antonio, *La Unión Europea. Una nueva etapa en la integración económica de Europa*, Pirámide, Madril, 2005, 217 orr.

(13) CUENCA GARCÍA, Eduardo, *op. cit.*, 412 orr.

hobetzea; pertsonen osasuna babesten laguntzea; eta baliabide naturalak zuhurki eta zentzuz erabiltzea. Helburu horiek lortzeko, Erkidegoaren ekintzak printzipio hauetan oinarritu behar zuen: prebentziorako ekintzak, ingurumenarekiko erasoak zuzentzeko ekintzak (lehentasunez iturrian bertan) eta «kutsatzen duenak ordaintzen du» printzipioa. Era berean, aginduak zehaztu zuen «ingurumena babesteko eskakizunak Erkidegoko gainerako politiken osagai izango dira», Hirugarren Ekintza Programan zehaztu bezala.

Bestalde, Erkidegoaren oinarritzko araudi berriak ezarri zuenez, ingurumeneko bere ekintza lantzean ondokoak hartuko ziren kontuan: eskueran dauden datu zientifikoak eta teknikoak; ingurumenaren baldintzak Erkidegoko eskualde desberdinetan; ekitetik edo ez ekitetik sor daitezkeen abantailak eta kargak; Erkidegoaren garapen ekonomikoa eta soziala oro har, eta bertako eskualdeen garapen orekatua.

Azkenik, nabarmendu beharra dago EABk subsidiarioratasun printzipioa ezarri zuela gai honetan jarduteko erreferente gisa. Horren arabera, Erkidegoak ingurumeneko ekintza aurrera eramango du Europa mailan helburuak baldintza hobeagotan lortu behar badira, estatuak erabakiak bakarka hartu baino.

EAB indarrean sartu eta handik gutxira, 1987ko urriaren 19an, Laugarren IEP onesten zuen Ebazpena hartu zuen Kontseiluak(14). Bere aurrekariaren estrategia globalaren barruan inskribatzen zen, baina izaera osatua goa eta hedakorragoa zuen, EABk ezarritako oinarritzko araudi berriak eratorria. Hala, Hirugarren Programaren aplikazioan zehar hasitako leerroari jarraitu zion, hau da, ingurumenaren alderdiak beste politika erkidego batzuetan barneratzeari, eta aurreneko bi Programen betearazpen mailaz arduratu zen(15).

Aldi berean, Laugarren Programak ingurumen politikaren garapen egonkorra lortzeko tresna egokiak sortzeari ekin zion. Hala, elementu antolatzaileen artean nabarmentzekoa da Kopenhagen egoitza duen Europako Ingurumen Agentziaren sorkuntza 1990ean(16) eta elementu finantzarioen artean ingurumena babesteko LIFE finantzaketa tresnaren sorkuntza 1992an.

---

(14) Erabakia 87/C 328/91 zk., Europako Erkidegoetako Kontseiluarena, 1987ko urriaren 19koa, Europako Erkidegoko Aldizkari Ofiziala C 289, 1987/10/29.

(15) Horri dagokionez, neurriak proposatu ziren Erkidegoko estatu desberdinetan helburuak zein neurritara betetzen ziren ziurtatzeko, besteren artean: ingurumen hezkuntza sustatzea, ingurumen kalitateari buruzko arau zorrotzagoak ezartzea eta ingurumenari lotutako gaiei buruzko informaziorako sarbide orokorra.

(16) Erregelamendua (EEE) 1210/90 zk., 1990eko maiatzaren 7koa, Kontseiluarena, Europako Ingurumen Agentzia eta Ingurumenari buruzko Informazio eta Behaketarako Europako Sarea sortzen dituen. Testu horrek aldatetarik izan ditu behin baino gehiagotan, eta 2009an onetsi zen indarrean dagoen bertsio kodetua: Erregelamendua (EE) 401/2009 zk., Europako Parlamentuarena eta Kontseiluarena, 2009ko apirilaren 23koa, Europako Ingurumen Agentziari eta Ingurumenari buruzko Informazio eta Behaketarako Europako Sareari buruzkoa, Europako Erkidegoko Aldizkari Ofiziala 126/13 L.

IV. Maastrichteko Trataturia eta Bosgarren IEP

Ingurumen gaietan ekintzak garatzean eta Erkidegoaren araudian ingurumen helburuak progresiboki gehitzean onuragarria izan zen estatu aurreratuen alde aurreko esperientzia hazkunde ekonomikoa eta ingurumenarekiko errespetua bateragarriak izatea lortzeko zereginetan. Danimarkakoa zen kasu nabarmenena. Herrialde horren ingurumen kezka 90eko urteen hasieran Erkidegoko kide izateko negoziazioetan ziharduten iparraldeko beste bi herrialdeenaren antzekoa zen. Maastrichteko Trataturia berekin ekarriko zuten negoziazioetan Suedia eta Finlandia behatzaile izateak erraztu egin zuen ingurumena Gobernu arteko Konferentzian aztergai izatea. Gainera, ezin dugu ahaztu Erkidegoko estatuen ordezkaritzek 1992an izango ziren eztabaiden prestakuntzan egin zituzten lanen eragina Nazio Batuek Rio de Janeiron antolatutako Ingurumenari buruzko Gailurrean (Lurraren Gailurra deritzona).

1992ko otsailaren 7an Europar Batasunaren Trataturia (EBT) sinatu zen Maastrichten, baina aurreikusitakoa baino beranduago sartu zen indarrean —1993ko azaroaren 1ean—, trataturia berresteko arazoak izan zirelako. Gure aztergaiari dagokionez, Trataturia berriak hau ezarri zuen Batasunaren helburuen artean: «aurrerabide ekonomiko sozial orekatua eta iraunkorra sustatzea» (2. art. EBT). Helburu hori EETren 2. artikuluan egin zen erreforman gauzatu zen, adierazi zenean Erkidegoak xedetzat izango duela «ingurumena errespetatuko duen hazkunde iraunkorra eta ez inflazionista» sustatzea.

EETn jasotako ingurumen araudiak —XVI. Titulua izango zena— zenbait aldaketa izan zituen. Lehenik, ingurumenaren gaietan EABk zehaztutako hiru helburuei nazioartean hartuko ziren neurriak sustatzearena gehitu zitzaion, eskualdeetan edo munduan gertatzen ari ziren ingurumen arazoei aurre egiteko, baita gai horretan babes maila handia lortzearena ere. Bigarren, Batasunaren ekintzak oinarritzat hartu behar dituen printzipioei zuhertasunarena gehitu zitzaion. Hirugarren, kontsulta prozeduraren ordeztu, ingurumenari dagokionez hartu beharreko erabaki gehienetarako lankidetzat prozedura ezarri zen.

Azkenik, Maastrichteko Trataturiak ingurumena babesteko baliabide erkidetzeko hornitzeko aukera zabaldu zuen. Eredu horretan aspaldi batez agerikoa zen kontsiderazio bat hartu zen kontuan, Europar Batasuna ekonomia-aren garapen maila desberdina zuten herrialdeez osatuta egotean honakoa aintzat hartzekoa: «ingurumenari dagokionez gutxienezko batzuk bermatzeko premia planteatzen denean, ezinbestekoa da konpentsazioen bat abian jartzea, garapen maila baxuagoa duten herrialdeei lagunduko diena eta, hala eta guztiz ere, herrialde horien garapen mailarako ingurumen araudi aurreratuegia hartzea adieraziko lukeena» (17). Egoera horren au-

(17) MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael eta BONETE, Rafael, *op. cit.*, 297 orr.

rrean, diru-laguntzen funtsak sortzea planteatu zen herrialde horiek ingurumenarekiko errespetu maila jakin batzuk hartu ahal izateko, hain zuzen ere herrialde garatuagoei dagozkienak. Hala, goian aipatutako LIFE tresnarekin batera, ingurumena babesteko bideratzen hasi ziren neurri handi batean Funts Estrukturalen eta Kohesio Funtsaren ahalmen finantzarioa.

Maastrichteko Tratatuaren ondoren, ingurumeneko Bosgarren IEP iritsi zen, «Garapen iraunkor baterantz» izenekoa. Zehazki, ekintza programa hori onetsi zuen Ebazpena 1993ko otsailaren 1ean hartu zuen Kontseiluak(18) eta hamar urteko aldira arte luzatzen zuen bere indarraldia. Bere helburu nagusia zen Europako hazkunde eredia garapen iraunkorerrantz gutxika bideratzea, ekoizpen eta kontsumo ereduak aldatuz. Ingurumenaren eta jarduera eta garapen ekonomiko eta sozialaren planteamendu berri baterako esparru egoki bat sortzea zen asmoa. Era horretan, ingurumen politika horizontal bat ezarri nahi izan zen Batasunean, hau da, «bere edukia Batasunaren eta bertako Estatu guztien ekintza guztietara zabaltea, ahal den neurrian, ekosistemetan eta herritarren bizi kalitatean ondorio larriak saihestearren» (19).

Bosgarren IEPk 1990ean Dublinen egindako Europako Kontseiluaren Deklarazioa zuen oinarritzat, non garapen iraunkorra biltzen zuen Europako Erkidegoaren helburutzat, ondoren Maastrichteko Tratatuak eragindako erreformarekin ezarrita geratuko zena. Hala, honela definitu zuen garapen iraunkorra: orainaldiko premiak betetzen dituen garapena, baina betiere etorkizuneko belaunaldiak beren premiak betetzeko izango duten ahalmena arriskuan jarri gabe.

Programaren helburu espezifikoak lehentasunezko bost sektoretan zehazten ziren: industria, energia, garraioa, nekazaritza eta turismoa. Industriaren arloan, hauek ziren helburu zehatzak: enpresetan baliabideen zentzuzko kudeaketa garatzea; kontsumitzaileei informazio gehiago ematea; fabrikazio prozesuei eta produktuei buruzko arau erkideak ezartzea lehiaren distortsio posibleak saihestuz, barne-merkatuaren osotasuna zainduz eta Europako lehiakortasuna iraunaraziz. Energiaren arloan: energiaren eraginkortasuna hobetzea; erregai fosilen kontsumoa gutxitzea; energia berriztagarriak sustatzea. Garraioaren arloan hauek ziren lortu beharreko helburuak: batetik, azpiegituren, ekipamenduen eta erregaien kalitatearen kudeaketa hobetzea, eta bestetik, garraio publikoak garatzea. Nekazaritzak, Nekazal Politika Erkidearen erreformaz gain, hau zuen helburu: gero eta laborantza intentsibo handiagoaren, ongarrien erabileraren eta soberakinen metaketaren ondoriozko narriadura kontuan hartzea. Azkenik, turismoaren arloan, helburuak ziren masa-turismoaren kudeaketa

(18) Erabakia 93/C 138/01 zk., Kontseiluarena, 1993ko otsailaren 1ekoa, Europako Erkidegoko Aldizkari Ofiziala C 138, 1993/05/17.

(19) NIETO SOLÍS, José Antonio, op cit., 218 orr.

hobetzea eta turismo modu alternatiboak sustatzea informazioaren eta sentsibilizazioaren bitartez.

Helburu horiek lortzeko, Bosgarren Programak tresna ugari egituratu zituen, horien artean aipatzekoak: Ingurumen adierazleak lantzeko mekanismoak sortzea, baita emisioen eta isurketen inbentarioak ere; ingurumenari eta energiari buruzko I+G jardueretan inbertsioa handitzea; politika fiskaletan ingurumena babesteko betekizunak barneratzea eta ingurumena babesteko zerga-pizgarriak sustatzea; Funtz Estrukturaletan eta Kohesio Funtsean finantzaketa handitzea, baita LIFE programan eta Enpresa Txiki eta Ertainei laguntzeko mekanismo ekonomikoetan ere; ingurumenari buruzko informazio publikoa nabarmen zabaltzea, informazio horretara heltzeko bideak erraztuz; eta neurriak hartzea hezkuntza maila guztietan (oinarrizko prestakuntza, unibertsitate eta lanbide prestakuntza)(20).

Aldi hartan zehar, 1994an zehazki, Europako Ingurumen Agentzia hasi zen jardunean. EIA erakunde erkide gisa eratu zen, ingurumenari buruzko informazio irmoa eta independentea eskaintzeko, eta bertan, Europar Batasuneko estatu kideek ez ezik, Europako beste herrialde batzuek ere parte har zezaketen (21). Tratatuan bildutako jarraibideak betez, EIAk ingurumena hobetzeko diren erabakiak hartzeko modua erraztu nahi die Batasunari eta bertako herrialdeei, politika ekonomikoetan ingurumenari buruzko kontsiderazioak barneratuz eta iraunkortasunaren gaietan aurrera eginez (22).

V. Amsterdameko Trataturia, Lisboako Estrategia eta Seigarren IEP

1997ko urriaren 2an Amsterdameko Trataturia sinatu zen, eta 1999ko maiatzaren 1ean sartu zen indarrean. Kritika ugari jaso zituen testua izan arren, aitortu beharra dago ingurumenari dagokionez berritasun nabarmenak ekarri zituela, «politika horren erregulazioa era organiko eta sistematzatuz batean» egituratuko zutenak (23). EBTri dagokionez, Amsterdameko

(20) Dena den, tresna horiek ez ziren nahikoa, garapen iraunkorra lortzeko beharrezkoa baitzen «Erkidego osoaren, Erkidegoko estatuen, enpresa munduaren eta herritarren jokabideak zeharo aldatzea, Batzordeak gauzatu beharreko politika ekonomikoaren tresnak baino askoz ere asmo handiago-ko helburua, alegia». MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael eta BONETE, Rafael, *op. cit.*, 299 orr.

(21) Gaur egun, Europar Batasuneko 28 Estatu kideekin batera, hauek dira EIAren kide: Islandia, Liechtenstein, Norvegia, Suitza eta Turkia. Hauek dira herrialde kolaboratzaileak: Albania, Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Mazedonia, Montenegro eta Serbia.

(22) Dagozkion funtzioak garatzeko, EIAk urteanitzeko programak lantzen ditu, bere jardunean jarraitu beharreko estrategiak zehazten dituztenak, eta aldian behin Batasuneko ingurumenaren egoerari buruzko ebaluazio-txostenak egiten ditu.

(23) GIRÓN LARRUCEA, José Antonio, *La Comunidad Europea como Organización Internacional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madril, 1999, 115 orr.

Tratatuak bertako Hitzaurrean barneratu zuen garapen iraunkorraren printzipioa, estatu kideek printzipio hori kontuan har zezaten beren herrien garapen ekonomikoa eta soziala sustatzeko hartuko zuten erabakian. Ikusten denez, testu berriak Batasunaren helburu nagusien artean azpimarratzen zuen garapen iraunkorra, Europaren integrazio prozesuaren helburutzat behin betiko ezarri, eta ez bakarrik ingurumen politikaren helburutzat (24).

Bestalde, EETn barneratutako berritasunek EBren helburu gisa ezarzen zuten ingurumenaren babesa indartzea. Hala, EETren 2. artikuluan, zenbait eransketa gehitu zitzaizkion Batasunaren misioari, zeinak sustatu egingo dituen «jarduera ekonomikoen garapen harmoniatsua, orekatua eta *iraunkorra*», eta «ingurumenaren kalitatearen maila eta hobekuntza nabarmena». Ikusten denez, bi helburu bereizten dira: batetik, iraunkortasuna, honela ulertuta: «naturako eta ingurumeneko baliabideekin erlazio-natzeko modu bat (modu “adiskidetsu” bat, esan genezake), garapen ekonomikorako beharrezko baldintza adierazten duena —gizartearen zerbitzura, jakina— eta epe luzera iraungo duena»; bestetik, «ingurumenaren hobekuntza, herritarren bizi kalitatean eta bizi mailan aurrera egiteko beharrezko baldintza adierazten duena» (25). Era berean, agindu berri bat ezarri zen, 3C artikulua, non espezifikoki biltzen zen «ingurumena babes-teko eskakizunak Erkidegoaren politiken eta ekintzen definizioan eta egikaritzan barneratu behar dira (...), garapen iraunkorra sustatzeko helburuz bereziki» (26).

Ingurumen Politikak Titulu propio batean araututa jarraitu zuen, nahiz eta gerora XIX. Titulua (174-176. artikuluek osatua) izango zen. Amsterdameko Tratatuak barneratutako berritasunak aurrerapen nabarmena adierazi zuen politika horren demokratizazioan, gai horretarako lege-prozedura orokorra elkarrekin erabakitzeak bihurtuko zelarik, lankidetzaren prozeduraren orde. Era horretan, Europako Parlamentuaren esku-hartze handiagoa gaitu zen ingurumenaren gaitan.

2001eko Nizako Tratatuak ez zuen aldaketarik barneratu ingurumenaren Europako politikan. Aldiz, aldatu egin zuen EBren egitura, kontinentearen ekialderantz zabaltzea ahalbidetzeko eta hurrengo urteetan hamabi herrialde Batasunaren kide izatea errazteko. Horregatik, Seigarren IEP pres-tatu behar izan zenean, agintariak jabetzen ziren zabalkuntza horrek baldintzatu egingo zuela Batasunaren ingurumen politika, «ingurumenarekiko errespetu gutxiagoko historia zuten herrialdeak barnean hartzean, kasu

(24) WOOD, David M. eta YESILADA, Birol A., *op. cit.*, 172 orr.

(25) YÁBAR STERLING, Ana, «El desarrollo sostenible, principio y objetivo común de la sociedad y el mercado, en la UE de nuestros días», *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, 0 zenbakia, 2004, 82 eta 83 orr.

(26) Espezifikazio horrek hauxe adierazten zuen, EABk 130 R artikulua 2. ataleko lehen paragrafoaren amaieran bilduta zuen aipamena ezabatzea.

gehienetan Erkidegoko ia estatu gehienek praktikatutakoaren aldean» (27). Horregatik, Estatu orok Batasuneko kide izateko duen ondarea bere osotasunean barneratzeko betebeharraren barruan, bereziki azpimarratu zen Europako ekialdeko kide berriek Batasunaren ingurumen-legeria osoa barne-mailan egokitu zezaten.

Nizako Tratatuak berekin ekarriko zuten negoziazioak garatzen ari ziren bitartean, Lisboako Estrategia ezagutzera eman zuen EBk, Europar Kontseiluak 2000ko martxoaren 23-24an onetsia. Plan global bat zen, helburu zuena Europa 2010erako munduko ezagutzaren ekonomia lehiakorrena eta dinamikoena bilakatzea, enpleguan, erreforma ekonomikoan eta kohezio sozialean eragina izango zuena. Hasiera batean bildu ez bazen ere, ingurumen dimentsioa 2001eko ekainaren 15-16ko Göteborgeko Europar Kontseiluan gehitu zuten Lisboako Estrategien helburuetan, eta era horretan ezarri zen Garapen Iraunkorrerako Europako Estrategia (28).

Estrategia hura Batzordearen alde aurreko proposamenetik abiatzen zen, Seigarren IEP gisa Europar Kontseiluak ondoren onetsiko zuen proposamenarekin batera landu zen horretatik, alegia. Horregatik, programa horretan garatuko ziren Garapen Iraunkorrerako Estrategian finkatutako helburuak: klima aldaketaren aurka borroka egitea Kyotoko Protokoloaren konpromisoak betez; garraio politika iraunkor bat zehaztea; osasun publikoarekiko mehatxuei aurre egitea; baliabide naturalak modu arduratsuago batean kudeatzea. Aldi berean, ingurumena Europako politika guztietan barneratzearen ideia azpimarratzen zen, zegozkien estrategia sektorialak garatzeko eskatuz.

Lisboako Estrategiak ordurako azpimarratzen zuen ingurumenaren erronka handientzat jo daitekeen honek hartu zuen garrantzia: klima aldaketaren aurkako borroka. Gai horrek Europako Ingurumen Zuzenbidean hartuko zuen garrantziaren erakusgarri gisa adierazi behar da 2000. urtearen hasieran Batzordeak egitura bat abian jartzea proposatu zuela, klima aldaketaren aurka borroka egiteko neurriak identifikatzera eta prestatzera zuzendua (29). Hala, Klima Aldaketari buruzko Europako Programa eratu zen, alde interesatu guztiei ahalbidetuko ziena berotegi efektuko gasen emisioak gutxitzeko politiken eta neurrien prestaketa lanetan parte hartzea.

2002ko uztaillean, Parlamentuak eta Kontseiluak Seigarren IEP onetsi zuten 2002-2012 aldirako (30); azpimarratu beharra dago elkarrekin era-

(27) MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael eta BONETE, Rafael, *op. cit.*, 303 orr.

(28) 2001eko ekainaren 15 eta 16ko Göteborgeko Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, SN 2001/1/01 REV 1.

(29) EUROPAR BATZORDEA, 2000ko martxoaren 8ko komunikazioa, «*Hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático*» (PECC), COM (2000) 88 final, 2000.

(30) Erabakia 1600/2002/CE zk., Europako Parlamentuarena eta Kontseiluarena, 2002ko uztailaren 22koa, Europako Erkidegoko Aldizkari Ofiziala L 242/1, 2002/09/10.

bakita onetsitako aurreneko programa izan zela. «Geroa gure eskuetan dago» izeneko programak lau jardute-eremu zehazten zituen, eta horietako bakoitzean lortu beharreko helburu bat ezartzen zen. Lehenengo eremua, erronka nagusitzat hartua, klima aldaketa zen, eta eremu horretan Kyotoko Protokoloko helburuak lortzea erabaki zen epe laburrerako xedetzat(31). Bigarrenean, naturaren eta biodibertsitatearen eremuan, helburua zen sistema naturalen egitura eta funtzionamendua babestea eta lehengoratzeta, bai EBn bai munduan. Ingurumenaren, osasunaren eta bizi kalitatearen arteko erlazioari dagokionez, osasun publikoa bermatzen lagunduko duen ingurumenaren kalitate maila jakin bat lortzea ezarri zen helburutzat, kutsadura maila murriztuz giza osasunaren gainean ondorio kaltegarriak izan ez dezan. Azkenik, laugarren eremuak, baliabide naturalen eta hondakinen kudeaketan datzanak, baliabide berriztagarrien eta ez berriztagarrien kontsumoa zaintzea zuen helburu, kontsumo horrek ingurumenak jasan dezakeenaren atalasea gainditu ez dezan.

Ingurumen gaietan planteatzen diren erronkei aurre egitearren, Seigarren IEpk lege-ikuspegi soila gainditu eta horren ordeztu ikuspegi estrategiko bat hartzeko premia ezarri zuen. Era horretan, ekintza estrategikorako lehentasunezko bost ardatz proposatu ziren (horietako bakoitzerako ekintza espezifikoak proposatzen ziren): indarrean zegoen legeriaren aplikazioa hobetzea; ingurumena beste politika batzuetan barneratzea; merkatuarekin lankidetzan aritzea; herritarrak inplikatzeta eta haien jokabideak aldaraztea; lurraldearen ordenamenduari eta kudeaketari buruzko erabakietan ingurumena kontuan hartzea.

Lisboako Estrategia abian jartzetik, 2004an, Batasunak hiru urte lehenago Göteborgen ingurumenaren arloan zehaztu zituen planak eta helburuak berrikusteari ekin zion Batzordeak. Hala, 2005eko ekainean, Europar Kontseiluak Garapen Iraunkorrerako Berrikusitako Estrategiaren oinarriak finkatu zituen, eta urtebete geroago Lisboako Estrategiarekin sinergieie etekina ateratzeko modua ezarri zen(32). Funtsezko helburuek ingurumena babestea, kohesio soziala, aurrerabide ekonomikoa eta planetako garapen iraunkorrean laguntzea izaten jarraitzen zuten. Helburu horietatik lehenak Batasunaren jardura zehaztu zuen, hau da: «Lurraren ahalmena zaintzea bizitzeta forma guztiei eusteko, planetako baliabide naturalen mugak errespetatzeta eta ingurumenaren kalitatearen babes eta hobekuntza maila altua bermatzeta», baita «ingurumenaren kutsadura prebenitzeta eta

(31) EBren kasuan, helburua zen berotegi efektuko gasen emisioak % 8 murriztea 2008-2012 aldirako, 1990eko mailetik. Epe luzeagorako, 2020rako, beharrezkoa izango zen nazioarteko akordio eraginkor baten bitartez emisio horiek % 20 eta % 40 bitartean murriztea.

(32) EBren KONTSEILUA, *Revisión de la Estrategia de la UE para un desarrollo sostenible* (EDS UE), 10117/06, Brusela, 2006ko ekainak 9.

murritzeta eta kontsumo eta produkzio jasangarria bultzatzea hazkunde ekonomikoaren eta narriaduraren arteko lotura hausteko».

Estrategiaren berrikuspenaren ondorioz, eguneratu egin ziren erronka nagusiak, eta bakoitzerako helburu orokor bat zehaztu zen: klima aldaketa eta gizartearentzat eta ingurumenarentzat dituen kostuak eta ondorio negatiboak mugatzea; garraio jasangarriak bermatzea; kontsumo eta ekoizpen eredu jasangarriak bultzatzea; baliabide naturalen kudeaketa hobetzea eta beren gehiegizko ustiapena saihestea; osasun publikoa sustatzea mehatxu sanitarioen aurrean; gizarte inklusibo eta solidario bat sortzea; munduan garapen iraunkorra bultzatzea. Aldi berean, Batasunaren erabakiaren arabera, estatu kideek garapen iraunkorreko euren estrategia nazionalak landu behar zituzten, eta estrategia horiek urtean bitan berrikus- teko beharra ezarri zuen.

Ikusten denez, Europako ingurumen politika eta araudia zehaztuko zituzten oinarrien artean, berebiziko garrantzia hartzen zuen klima aldaketak eta bere ondorioak, eta hala ezarri ziren bere aurkako erronka eta borroka helburutzat. Beraz, Batzordeak, fenomeno horren ondorioak eta horri dagokionez ekintza baten kostuak eta onurak aztertu ondoren, klima aldaketaren aurkako borrokan Batasunaren jarduna garatu behar den eremuak ezarri zituen(33): borroka hori herrialde kutsatzaile guztietara eta inplikatu- tutako sektore guztietara hedatzea; berrikuntza eta teknologia berrien ga- rapena indartzea; merkatuan oinarritutako tresnak erabiltzea eta sendo- tzea (Batasunak barneratutako isurketa eskubideen merkataritza, besteak beste); eta klima aldaketara egokitzeko eta berau prebenitzeko ahaleginak egitea.

Lehen aipatu denez, Europako Jatorrizko Zuzenbideak eta zenbait pro- gramek ordurako zehazten zuten ingurumena babesteko eskakizunak Ba- tasunaren politiken egikaritzan barneratu beharra direla, garapen iraunko- rra bultzatzeko helburuz, batik bat. Hori bereziki nabarmena izan zen Europako energia politikari dagokionez, politika hori Tratatuetan ezarri ez bazen ere, estatu kideen arteko energiaren arloko lankidetzaren bitartez egituratu baitzen 70eko hamarkadako krisiaz geroztik. Orain arte ikusitako eboluzioaren eraginez, 1999az geroztik Europako energia politikaren ikus- pegi orekatu bat hartu zen, ingurumena ere kontuan hartzen zuena, lehia- kortasunarekin eta segurtasunarekin batera.

2007aren hasieran, Batasunak energia politika bat garatzeko estrategia aurkeztu zuen bi helbururekin, ingurumen politikari zuzenean lotzen zaiz- kienarekin: batetik, kontsumo baxuko ekonomia baten, energia segu- ruago, lehiakorrago eta iraunkorrago baten aldeko konpromiso irmoa; bestetik, politika horrek klima aldaketaren arazoari heltzeko balio izateko

(33) EUROPAR BATZORDEA, 2005eko otsailak 9ko komunikazioa, «*Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*», COM (2005) 35, 2005.

asmoa. Energiaren ekoizpenean eta giza kontsumoan ingurumenak zituen inplikazioak kontuan hartzearen emaitza izan zen Europako proposamena, eta beraz, ez zuen lekurik pentsatzeak «bere funtsezko osagaitzat iraunkortasuna kontuan hartuko ez duen energia politika batean, horniduraren segurtasuna eta lehiakortasuna bezalako alderdiekin —gutxienez— parekatuko ez den energia politika batean» (34).

Aipatutako energia politika berri horren oinarriak energiari buruzko 2006ko Liburu Berdean jaso ziren (35), Batasunak jardun beharreko sektoreak identifikatu zituen horretan. Oinarri horien erdiek lotura estua dute ingurumenarekin. Hala, energia konbinazio iraunkorragoa, eraginkorragoa eta anitzagoa lortzeko, energia iturri desberdinen abantaila eta desabantaila guztiak aztertzeari ekin zitzaion, eta energia iturri seguruen eta karbono-emisio baxuko aldekako apustu argia egin zen, hau da, energia berriztagarrien aldekoa. Klima aldaketaren aurkako borrokaren ikuspegi integratua lortzeko helburuz, energiaren eraginkortasuna lortzeko premia azpimarratzen zen, energia xahutzea murriztuz eta energiaren erabilera arduratsuagoa, merkeagoa eta zentzuzkoagoa bultzatuko duten neurriak hartuz. Azkenik, energiaren arloan berrikuntza sustatzeko, ikerketa indartzearen eta areagotzearen alde egin zen apustu. Energia politika ingurumen politikari lotuta geratzen zen horrela, iraunkortasuna izango baitzen bere helburu nagusia, lehiakortasunarekin eta horniduraren segurtasunarekin batera.

2007ko urtarrilean iraunkorki ezarriko zen ingurumenaren eta energiaren arteko lotura, batik bat klima aldaketaren aurkako borrokari dagokionez. Izan ere, Batzordeak klima aldaketaren aurkako borrokaren Europako estrategia zehaztu zuen (36), eta aldi berean bere proposamena ezagutzera eman zuen Europan energiaren arloan planteatzen ari ziren erronken aurrean —bereziki klima aldaketa eta horniduraren segurtasuna Batasunean— (37). Biak onetsi zituen Europar Kontseiluak (38), eta Lisboako Tratuarekin eremu horietan egingo zen erreforma zehaztuko zuten biek.

Era horretan, EBren alde bakarreko helburutzat finkatu zen berotegi efektuko gasen emisioak 1990. urtearekiko % 20 gutxitzea 2020ra arte. Eu-

(34) LÓPEZ SAKO, Masao Javier, «La política energética sostenible de la Unión Europea (1)», *Noticias de la Unión Europea*, 322 zenbakia, 2011, 81 orr.

(35) EUROPAR BATZORDEA, *Libro Verde: Estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura*, COM (2006) 105 final, 2006.

(36) EUROPAR BATZORDEA, 2007ko urtarrilak 10eko komunikazioa, *Limitar el calentamiento mundial a 2.°C – Medidas necesarias hasta 2020 y después*, COM (2007) 2 final, 2007.

(37) EUROPAR BATZORDEA, 2007ko urtarrilak 10eko komunikazioa, *Una política energética para Europa*, COM (2007) 1 final, 2007.

(38) 2007ko martxoak 8 eta 9ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, 7224/1/07 REV1.

ropar Kontseiluak gogoan hartu zuen herrialde garatuek konpromisoa hartu behar zutela, nazioarteko akordio baten esparruan, 1990. urtearekiko beren emisioak % 30 gutxitzea 2020ra arte, eta % 60 eta % 80 bitartean 2050era arte. Akordio horri azkena emanez gero, Batasunak 2020ra arteko emisioen % 30eko murrizketa helburutzat ezarriko luke.

Europar Kontseiluak energia politikari buruzko bere iritzia ere eman zuen, klima aldaketaren aurkako borrokan zuen garrantzia ikusita, eta 2020ean lortu beharreko ondoko helburuak finkatu zituen: energiaren eraginkortasuna handitzea Batasuneko energia kontsumoaren % 20 aurrezteko; Batasuneko guztizko energia kontsumoan energia berriztagarriek adierazten zuten portzentajea % 20ra eramatea; garraioak eragindako gasolinaren eta gasolioaren guztizko kontsumoan bioerregaiek adierazitako portzentajea % 10 igotzea.

VI. Lisboako Tratatu eta Europa 2020 Estrategia

2007ko abenduaren 13an Lisboako Tratatu sinatu zuten, eta 2009ko abenduaren 1ean sartu zen indarrean; hala, Europako oinarritzko araudia EBTK eta Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuak (EBFT) —EETren ordezkoa— osatuko zuten(39), biek maila juridiko berarekin (1. art. EBT). Arrakastarik izan ez zuen Europar Batasuneko Konstituzioak jadanik jasotako berritasun gehienak ekarri zituen Tratatu berriak, eta hori argi geratu zen islatuta ingurumenaren arloan eta, gainera, klima aldaketaren aurkako borroka barneratu zuen helburu espezifiko gisa. Era horretan, gaur egun, EBren funtsezko testu juridikoek Ingurumen Politika-ren legezko printzipioak biltzen dituzte, instituzioen jarduna bideratu eta mugatzen dutenak eta modu espezifikoagoan ingurumeneko ekintza programen eta horiek garatzen dituzten xedapenen bitartez arautzen direnak.

Garapen iraunkorra EBren helburu izatea ezartzen du EBTK, helburu hori «printzipio konstituzionaltzat aldarrikatzen duen» munduko eskualde bakarra izanik(40). Bere 3. artikuluan geratzen da horrela jasota, eta ikuspegi bikoitz batekin —bai barnekoa bai kanpokoak—. Izan ere, barne-merkatuari dagokionez, agindu horren 3. zenbakiak jasotzen du Batasunak «Europaren garapen iraunkorraren alde egingo du lan», eta hiru elementutan oinarrituko da: hazkunde ekonomiko orekatua, merkatu-ekonomia

(39) «Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», *Europar Batasunaren Aldizkari Ofiziala*, C 115, 2008/05/09. Lan honetan kontuan hartu da ere Eusko Jaurlaritzak egin dituen itzulpenak Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundearen Itzultzaile Zerbitzu Ofizialaren bidez (www.habe.euskadi.eus).

(40) TORRE-SCHAUB, Marthe, «L'apport du principe de développement durable au droit communautaire: gouvernance et citoyenneté écologique», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 555 zenbakia, 2012, 89 orr.

soziala eta «ingurumenaren babes-maila eta kalitatearen hobekuntza-maila handia». Eta, aurrerago, 5. zenbakiak adierazten du munduko gaine-rako herrialdeekin dituen harremanetan, Batasunak bere balioak adierazi eta sustatuko dituela, beste xede batzuen artean, «Lurraren garapen iraunkorra» lortzen laguntzea esan nahi duena.

Batasunaren helburutzat garapen iraunkorra ezartzeak, ingurumen po-litikan eremua gaindituz, politika horrek Batasunaren gainerako politi-ken gainean izango duen eragin nabarmena adierazten du. Horri dagokio-nez, EBFTk espresuki jasotzen du «Batasunak politikak eta ekintzak zehaztu eta gauzatzekoan, ingurumenaren babeserako eskakizunak sartu behar dira bertan, batez ere garapen iraunkorra sustatzeko» (11. art. EBFT). Horrek aurrerabide ekonomikoaren, justizia sozialaren eta ingurumen osa-suntsu baten arteko oreka proportzionatua eskatzen zuen, batera lortu beharrekoa: «Ingurumenaren aldeko politikak positiboak izan daitezke be-rrikuntzarako eta lehiakortasunerako. Aldi berean, hazkunde ekonomikoa sustatzen dute, funtsezkoa helburu sozialak betetzeko» (41).

Ohi denez Europako ingurumen politikaz hitz egiten den arren, kontua da ez gaudela Batasunari eskusiboki dagokion eskumen batetik eratorri-tako politika baten aurrean. Ingurumen politika Batasunaren eta estatu ki-deen artean partekatutako eskumena bada ere (4.2. art. EBFT), aintzatetsi beharra dago guztien artean koordinazio handia dagoela, EBFTren XX. Ti-tuluan jasotako araudi zehatzak, 191-193. artikuluek osatuak, erraztua. Dena den, eskumen partekatu bat bada ere, Batasunaren esku-hartzeak «garrantzi handia du politika aurreratuak ezartzerakoan (babes maila han-dikoak), oso kontzientziazio maila baxuetatik eta, ondorioz, babes maila baxuetatik abiatzen ziren herrialdeetan» (42).

EBFTren 191. artikulua bere 1. zenbakian ingurumenaren arloko Bata-sunaren politikaren helburu zehatzak ezartzen ditu: ingurumenaren kalita-tea zaintzea, babestea eta hobetzea; pertsonen osasuna babestea; balia-bide naturalak zuhurki eta zentzuz erabiltzea; eskualdeetako edo munduko ingurumen arazoei aurre egiteko eta bereziki klima aldaketaren aurka bo-rrroka egiteko neurriak nazioartean bultzatzea. Nazioarteko neurriekin klima aldaketaren aurka borroka egiteko premia Lisboako Tratatuak gehi-tutako alderdia da, Batasunarentzat arazo horrek hartu zuen garrantziaren erakusgarri.

Aipatutako EBFTren 191. artikuluko 2. zenbakiak adierazitakoaren ara-bera, Batasunak ingurumenaren babes maila handia lortu behar du, be-

(41) EUROPAR BATZORDEA, *Un medio ambiente de calidad. La contribución de la UE*, OPOCE, Bru-selas-Luxemburgo, 2006, 3 orr.

(42) BARBERÁN ORTÍ, Ramón eta EGEA ROMÁN, María Pilar, «Las Políticas de Medio Ambiente y de los Consumidores», JORDÁN GALDUFF, Josep María (koordinatzailea), *Economía de la Unión Eu-ropea*, Civitas, Madril, 2002, 405 orr.

tiere kontuan hartuta Europako lurraldeko eskualde desberdinetan dau- den egoera anitzak. Ikusten denez, politika honen asmoa da Batasuneko herritar guztiek ingurumen maila bera izateko duten eskubidea eta enpre- sek lehiakortasun baldintza beretan jarduteko duten eskubidea bermatzea; moldakortasunez, ordea, ahal den neurrian herrialde bakoitzaren zirkuns- tantzia desberdinak errespetatu behar baitira. Paragrafo berak ingurumen politikak oinarritzat dituen lau printzipioak adierazten ditu: zuhurtasun- printzipioa, prebentzioko ekintzak, ingurumenari egiten zaizkion erasoak sorburuan bertan zuzentzea, eta kutsatzen duenak ordaintzea (43).

Aurretik aipatu bezala, Europako araudiak ezarritakoaren arabera, in- gurumena babesteko eskakizunak Batasunaren politikak definitzean eta burutzean kontuan hartu behar dira, bereziki garapen iraunkorra susta- tzeko helburuz (11. art. EBFT). Horrek esan nahi du, batetik, ingurumena- ren arloko helburuak eta printzipioak Batasunaren gainerako politiketan lortu eta aplikatu behar direla, ingurumen politikan egiten den bezala; eta, bestetik, ingurumen araudia ikuspegi global batez ulertu eta interpretatu behar dela, gai horri buruzko legerian dagozkion helburu eta printzipio guztiak kontuan hartuz (44).

Ingurumen politikak beste politika batzuetan izan duen integrazioa be- reziki antzematen da gaur egungo Europako energia politikan, eta hori ondo geratu zen islatuta Lisboako Tratatuak ekarritako berritasunetako ba- tean, gai horretan erregulazio independente bat barneratzean zetzan ho- rretan. Erregulazio hori EBFTren XXI. Tituluan geratu zen jasota, hau da, ingurumen araudiaren ondoan, eta bere agindu bakarrak (194.1. art. EBFT) bi politiken arteko lotura islatzen du, Batasunaren energia politikaren hel- buruak ezartzen baititu «ingurumena zaindu eta hobetzeko eskakizuna da- goela kontuan izanik».

Energiaren merkatuaren funtzionamendua eta horniduraren segurtasuna bermatzeaz gain, eta energia sareen arteko lotura sustatzeaz gain,

(43) Horietako bakoitzaren esanahia identifikatzen du Batzordeak. Zuhurtasun-printzipioak adieraz- ten duenez, ingurumen arazo sortu berri baten aztarren argirik agertuz gero, kautelazko neurriak hartu behar dira, baieztapen zientifiko osaturik ez badago ere. Prebentzio ekintzaren printzipioak adierazten duenez, ingurumena babesteko politikarik eraginkorrena ingurumenaren edozein kutsa- dura edo narriadura bide saihesten saiatzean datza, ekintza kaltegarri baten ondorioak erremediari beharrean, ekintza hori gertatu eta gero eta kalteak saihestezinak direnean. Ingurumenari egindako erasoak sorburuan bertan zuzentzearen printzipioak dagokion soluziobidea berehala aplikatzea dakar berekin, erasoen ondorioak ahal den gehien neutralizatzeko eta horien progresio kontrolaezin posi- blea saihesteko. Kutsatzen duenak ordaintzen du printzipioak ezartzen duenez, zehaztu egin behar dira ingurumenaren gaineko ekintza narriatzaileak, erantzukizuna berekin ekarriko duten gertakariak izan daitezkeelarik horiek, baita erregelamentazio bat egituratzea ere, ordaindu beharreko kalteak dakartzaten arau-hausteak identifikatuko dituen eta arau-haustea egotziko zaien pertsonak indibi- dualizatuko dituen. EUROPAR BATZORDEA, *Un medio ambiente...*, op. cit., 4 orr.

(44) KULOVESI, Kati, MORGERA, Elisa eta MUÑOZ, Miquel, «Environmental integration and multi- faceted International dimensions of EU law: unpacking the EU's 2009 climate and energy package», *Common Market Law Review*, 48 zenbakia, 2011, 834 orr.

Tratatuak Europako energia politikaren helburu gisa biltzen du «energiaren eraginkortasuna eta aurrezpena eta energia berrien eta berriztagarrien garapena sustatzea» (45). Hala, energiaren arloaren eta ingurumenaren arloaren arteko lotura estua agerian geratu da baita ere bere alderdi arauemailean Europar Batasunaren Jatorrizko Zuzenbidean (46). Are gehiago, adierazi beharra dago Batasunean politika integratua garatzen dela energiaren eta ingurumenaren arloetan, eta bi arloen arteko loturak «beharrezko erregulazio-sinbiosi bat adierazten du» (47), beraz.

Kontua da Batasunaren araugintza ordurako islatzen hasia zela aipatutako berritasunak ekarri zituzten arloen arteko lotura estua: klima aldaketaren aurkako borroka eta energia, batik bat energia berriztagarriak bultzatuz, ingurumena babesteko oso neurri lagungarria, alegia. Izan ere, 2008ko urtarrilean, Batzordeak neurri-pakete global bat argitaratu zuen klimaren babesari eta energiari buruz, eta emaitzaz garrantzi handiko lege-gintzako egintzak onetsi zituzten Europako Parlamentuak eta Kontseiluak (48). Zehazki, energia berriztagarriak indartzearen eta garatzearen aldeko apustuak, hornidura ekonomikoaren segurtasuna eta fidagarritasuna hobetzea helburutzat hartzeaz gain, argi utzi zuen «inoiz baino gehiago, Europan, energia baliabide berriztagarrien garapena funtsezko faktorea da klima aldaketaren aurkako borrokan» (49). Are gehiago, harrez geroztik, «energia berriztagarriak Europa mailan onetsitako energia politika berrien funtsezko giltzarria dira, politika horiek ingurumenerantz bideratzeko, klimaren aldaketaren aurkako borroka nazioarteko estrategiaren esparruan» (50).

2010eko martxoaren 3an, Batzordeak jendartera atera zuen bere proposamena 2008an eztanda egin zuen nazioarteko krisi ekonomikotik atera-

(45) Alexander Gusev-ek azpimarratzen duenez, helburu hori zuzenean dago lotuta klimaren agendarekin eta, beraz, ingurumen politikaren helburuekin. GUSEV, Alexander S., *op. cit.*, 81 orr.

(46) Gai horren inguruan, ikus MOUSSIS, Nicolas, *EU Environment & Energy Policies: Two Interwoven Legislative Areas*, European Study Service, Rixensart (Belgika), 2009.

(47) LÓPEZ SAKO, Masao Javier, *op. cit.*, 81 orr.

(48) «Energia eta klima paketea» deritzon hori ondoko lege-gintza-egintza hauek osatzen zuten, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak onetsiak 2009ko apirilaren 23an (guztiak Europar Erkidegoko Aldizkari Ofiziala L 140an, 2009ko ekainaren 5ekoan): 2009/28/EE Zuzentaraua, iturri berriztagarrietatik eratorritako energiaren erabilera sustatzeari buruzkoa; 2009/29/EE Zuzentaraua, berotegi efektuko gasen emisioen eskubide-merkataritza hobetzen duena; 2009/31/EE Zuzentaraua, karbono-dioxidoaren metaketa geologikoari buruzkoa; 406/2009/EE Erabakia, Erkidegoko estatuek berotegi efektuko gasen emisioak murrizteko egin beharreko ahaleginari buruzkoa, 2020ra arte Erkidegoak bere gain hartutako konpromisoak betetzeko helburuz.

(49) EUROPAR BATZORDEA, 2009ko apirilak 24ko komunikazioa, *Informe de avance sobre la energía procedente de fuentes renovables*, COM (2009) 192 final, 11 orr.

(50) MORA RUIZ, Manuela, «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿Un sector en crisis?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 32 zenbakia, 2013, 2 orr.

tzeko eta, hurrengo hamarkadari begira, Europar Batasunaren ekonomia prestatzeko: Europa 2020 (51). Estrategia horrek Europako merkatuaren ekonomia sozialari buruzko ikuspegi bat aurkeztu zuen oraingo hamarkadarako, eta lehentasunezko hiru eremu ditu oinarri, elkarri lotuak eta elkarri indarra ematen dietenak: hazkunde adimenduna, ezagutzen eta berrikuntzan oinarritutako ekonomia garatuz; garapen iraunkorra, karbono-maila baxuko ekonomia bultzatuz, baliabideei eta lehiakortasunari begira eraginkorra izango dena; eta hazkunde integratzailea, gizartearen eta lurraldearen kohesioa bultzatuko duen enplegu-maila handiko ekonomia suspertuz.

Eremu horietan aurrera egiteko, estrategiak bost helburu nagusi zehaztu zituen: Gure aztergaiari dagokionez, helburu horietatik hirugarrena azpimarratu behar da, «20/20/20» helburu gisa ezagutzen duguna klimaren eta energiaren arloetan. Berotegi efektuko gasen emisioak % 20 gutxitzea —edo % 30, hori lortzeko baldintzak ematen badira—; energia berriztagarrien proportzioaren % 20 handitzea energiaren guztizko kontsumoan; eta energia kontsumoa % 20 gutxitzea energiaren eraginkortasun handiagoa lortzeko (52).

Hazkunde iraunkorrari buruzko helburu zehatzean, Europa 2020 estrategiak ekonomia eraginkorragoa, berdeagoa eta lehiakorragoa defendatzen du. Testuak honela definitzen du «baliabideei eraginkortasunez etekina aterako dion ekonomia, iraunkorra eta lehiakorra, Europaren aitzindaritzaz baliatuko dena prozesu eta teknologia berriak —teknologia berdeak barne— garatzeko bidean, EBn sare adimendunen garapena bizkortuko duena eta gure enpresen abantaila lehiakorrak sendotuko dituen (...) eta, gainera, kontsumitzaileei baliabideen erabilera eraginkorra baliosten lagunduko diena». Helburu honen garrantzia ondorioz ekar dezakeen emaitzaren arabera da; izan ere, «lagundu egingo dio EBri karbono-emisio gutxiarekin eta baliabide mugatuekin munduan aurrera egiten eta aldi berean eragotzi egingo ditu ingurumenaren narriadura, biodibertsitatearen galera eta baliabideen erabilera ez iraunkorra».

(51) EUROPAR BATZORDEA, 2010eko martxoak 3ko komunikazioa, «*Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*», COM (2010) 2020, 2010. Ekainan Europar Kontseilua proposamena onartu zuen eta berea egin zuen. 2010eko ekainak 17ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 13/10.

(52) Hauek dira 2020rako gainerako helburuak: EBko populazioaren % 75ak, 20-64 adin bitartekoak, enplegatuta egon beharko luke; EBren BPGren % 3 l+Gn inbertitu beharko litzateke; eskola-uztearen portzentajea % 10 baino txikiagoa izatea, eta belaunaldi gazteenaren % 40ak gutxienez goi-mailako ikasketak osatuta izatea; pobreziaaren arriskuak 20 milioi pertsona gutxiago mehatxatzea. Begien bistakoa da helburu horien elkarrekiko erlazioa, eta Batzordeak berak aipatzen du adibide gisa bigarren eta hirugarren helburuen arteko lotura. «Karbono-emisioak murriztea berekin ekarriko duten teknologia garbiagoetan inbertitzeak lagundu egingo dio gure ingurumenari, klima aldaketaren aurkako borrokan lagunduko du eta enpresa eta enplegu aukera berriak sortuko ditu». EUROPAR BATZORDEA, «*Europa 2020...*», *op. cit.*, 11 orr.

Hazkunde adimenduna, iraunkorra eta integratzailea lortzeko, estrategiak funtsezko ekimen bat biltzen du gai honetan. «Baliabideak eraginkortasunez erabiliko dituen Europa» deritzona, bere baliabideak eraginkortasunez eta karbono-emisio gutxirekin erabiliko dituen ekonomia baterako bidea urratuko duena, hazkunde ekonomikoa baliabideen eta energiaren erabileratik bereiziz, CO₂ emisioak gutxituz, lehiakortasuna indartuz eta energia arloan segurtasun handiagoa bultzatuz (53). Hazkundearen bidera itzultzeko estrategiak ekarri zituen tresnen artean bi nabarmenduko ditugu: batetik, klima aldaketaren aurkako borroka, baliabideen erabileran eraginkortasuna hobetzea eskatzen duena, kontuan izanik gainera emisioak murrizten nabarmen laguntzeaz gain, dirua aurrezte eta hazkunde ekonomikoa bultzatzea ahalbidetuko lukeela; bestetik, energia garbia eta eraginkorra, kontuan izanik eremu horretan Europako energiaren helburuen (20/20/20) lorpenak 2020ra arteko aurrezpen nabarmen bat emaitza gisa ekartzeaz gain, berotegi efektuko gasen emisioen ageriko murrizketa adieraziko lukeela.

VII. Zazpigarren IEP eta Energiaren eta Klimaren Esparrua 2030erako

Europa 2020 Estrategiaren ondoren, ingurumenaren arloko tresna espezifikoa, lehenik eta behin gai horri dagozkion helburuak garatu beharko lituzkeena, Zazpigarren IEP da, Seigarren Programak bere indarraldia amaitu zuenean indarrean sartu behar zuena, hasiera batean 2012ko uztai-lean, aurreikuspenen arabera. Dena den, Batzordeak ez zuen «Zazpigarren Programa kontuan hartu nahi, argudiatuz Europa 2020 Estrategiak eta bere ekimen enblematikoek jadanik heltzen zieten ingurumen kezkei, eta ez zegoela Programa berezi baten beharrik» (54). Horregatik, azaroan indarrean jarraitzen zuen oraindik Seigarren Programak, Batzordeak adierazi zuenez 2013ra arte, zehazki. Dena den, EBko Kontseiluak horri buruzko proposamen bat aurkezteko behin eta berriz eskatu eta gero, Batzordeak etorkizuneko Programaren oinarritzko lehenengo lerroak ezagutzera eman zituen (55).

Ingurumenari begira erronkarik handienak adierazteaz gainera, erronka haiek batera kontuan hartzeko premia aditzera ematen zen, hau

(53) Bigarren ekimena, «munduratzearen ararako industria politika» deritzona, industrian, Enpresa Txiki eta Ertainetan bereiziki, pentsatuz hartu zen. Enpresek beren ekoizpen-prozesuak karbono-emisio gutxiko ekonomia batera egokitu ahal izatean datza, eta munduratzearen eta ekonomia berdearen aukerez baliatu ahal izatean.

(54) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, «El Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea, 2013-2020», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42 zenbakia, 2013, 88 orr.

(55) EUROPAR BATZORDEA, *New Environment Action Programme to 2020 – questions and answers*, MEMO/12/908, 2012.

da, ingurumenarekin ez ezik ekonomiarekin eta gizarte arazoekin ere lotuta zeudelako. Politika eta sektore desberdinetan integratutako ekintzak bultzatzea zen asmoa, eta politika horien artean energia zen arlo nagusietako bat, Europa 2020 Estrategia garatzen zuten tresnetan antzeman zitekeenez (56).

Urtebete geroago, 2013ko azaroan, Zazpigarren IEP onetsi zuen EBk, «Ondo bizi, gure planetaren mugak errespetatuz» izenekoa (57). Bere birtatez, onartu egiten zen ingurumena ezin zela jadanik ekonomiarekin zerikusirik ez zuen gai bat balitz bezala hartu; hala, ekonomia eraldatu beharra zegoen baliabide gutxiagorekin balio handiagoa lortzeko eta kontsumo ereduak aldatzeko. Horretarako, programak «epe luzerako ingurumen estrategia bat ezartzen du, erronka anitzei erantzuteko behar bezain moldakorra eta malgua, (...) baliabide naturalak eta oraingo eta etorkizuneko belaunaldien osasuna zainduko dituen ekonomia berde eta lehiakor baterako norabidea finkatuko duena» (58).

Programa berriak, 2014-2020 aldirako indarrean, lehenetsunezko bederatzi helburu ezartzen ditu. Helburu horiek lortzeko, ingurumen politikak, oro har, oinarritzat dituen printzipioei, aurretik aipatutakoei (191.2. art. EBFT), eusten die programak.

Lehenetsunezko aurreneko hiru helburuek osatzen dituzte, berez, programaren eremu tematikoak. Guztietatik lehena Batasuneko kapital naturala babestu, zaindu eta hobetzea da, eta horrek biodibertsitatearen defentsa sendotzea adierazten du, baita lurzorua eta basoetako baliabideak babesteko eta lurraren erabilera iraunkorra bultzatzeko ekintzak burutzea ere. Bigarrenak, EB ekonomia hipokarboniko eta baliabideen erabileran eraginkor bilakatzean datzanak, «20/20/20» helburua lortzeko neurriak aplikatzea eskatzen du batik bat —dagoeneko Europa 2020 Estrategian finkatua—, baita 2020tik harago klima politikan eman beharreko pausoei buruzko akordio bat lortzea ere. Hala ere, hondakinak baliabide bihurtzea ere eskatzen du, prebentzioaren, berrerabileraren eta birziklatzearen alde apustu eginez, baita baliabideen erabileran eragin-kortasunaren adierazleak eta helburuak definitzea eta ekoindustriak bul-

(56) «Zazpigarren Programa, Batasunaren ingurumen politikak berrogei urtetan izandako lorpen garrantzitsuetan ez ezik, eremu horretako ekimen estrategiko berri batzuetan ere oinarritzen da, baita, katastrofismorik gabe, oso itxaropentsua ez den agertoki baterako ekonomia eta gizartearen prestatzen saiatzen diren beste batzuetan ere, argi eta garbi, eta ñabardura iraultzailerik gabe, karbono-emisio baxuko ekonomia baten alde apustu eginez, bestelako energia eredu batekin eta garrantzi handiko aurreikuspenekin gai hauetan: baliabideak, energia, energia berriztagarriak, biodibertsitatea, eko-berrikuntza, garraioak eta abar.» FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio, *op. cit.*, 93 orr.

(57) Erabakia 1386/2013/EB zk., Europako Parlamentuarena eta Kontseiluarena, 2013ko azaroaren 20koa, Europar Batasuneko Agiri Ofiziala L 354.

(58) EUROPAR BATZORDEA, *Un medio ambiente sano y sostenible para las generaciones futuras*, EBko Argitalpen Bulegoa, Luxenburgua, 2013, 15 orr.

tzatzea ere. Hirugarren ekintza eremua ingurumenari dagokionez Bata-suneko herritarrak babestea da, giza osasunerako eta ongizaterako ingurumen presioetatik eta arriskuetatik babestea, eta horretarako, ku-tsadura atmosferikoa eta akustikoa murrizteko konpromisoak ezartzen ditu programak.

Laugarrenetik zazpigarrenera bitarteko lehentasunezko helburuek hel-buru tematikoak burutzeko esparru instrumentala osatzen dute; haiek gaitu eta errazten dituzten helburuak dira, nolabait. Lehenik (lehentasu-nezko laugarren helburua), Batasuneko ingurumen legeriaren onurei ahalik eta etekin handiena ateratzea da asmoa, legeria horren aplikazioa hobetuz, hain zuzen ere. Bigarren (lehentasunezko bosgarren helburua), Batasuneko ingurumen politikari buruzko ezagutzaren eta informazioa-ren oinarria hobetzea lortu nahi da, eta horrekin batera, ingurumeneko aldaketen ikerketa zientifikoak, segimenduak eta informazioak ezaguera-oinarri bat ekartzea, Europako politikei ingurumenaren egoera egokiro ulertzea ahalbidetuko diena. Hirugarren (lehentasunezko seigarren hel-burua), klimari eta ingurumenari dagokien politikan inbertsioak ziurta-tzeko, besteren artean, beharrezkoa izango da kutsatzen duenak ordain-tzen du printzipioa era sistematikoago batean aplikatzea edo erabaki zehatzak hartzea, besteak beste EBren aurrekontuaren % 20 gutxienez klima aldaketa murriztera eta egokitzera bideratzea. Laugarren (lehenta-sunezko zazpigarren helburua), EBren ingurumen politikaren barruan Europako Akta Bakarretik abiatuta aldarrikatutako xedeetako bat biltzen da, hau da, ingurumenari dagozkion gaiek beste arlo batzuetan, hau da, nekazaritza, arrantza, garraio eta, bereziki, energia politiketan integrazio handiagoa izatea.

Azkenik, lehentasunezko azkeneko bi helburuak, helburu horizontal gehi-garritzat hartzen dira, tokiko, eskualdeko eta munduko erronkei erantzutea dutelako asmozat. Zortzigarrenak hiriak iraunkorragoak izan daitezela lor-tzea du helburua, batez ere hirien diseinuari eta plangintzari dagokienez. Bederatzigarrenak, aldiz, mundu mailan finkatzen ditu ingurumenari eta kli-mari lotutako erronkak, eta horretarako ezinbestekoa da ekimen globalen esparruan EBk beste herrialde eta eskualde batzuekin lankidetzan jardutea.

Paradoxikoki, Batzordearen esku geratu ohi den zeregina beregana-tuz, EBko Kontseilua izango da ekintza programa berriak Europa 2020 Estrategiaren iraunkortasunaren alderdia bultzatzeko beharraz ohartara-ziko duen erakundea(59). Izan ere, 2014ko urrian, Zazpigarren IEP inda-rrean sartu eta handik hamar hilabetera besterik ez, Ingurumen Kontsei-luak ezagutzera eman zuen Europa 2020 Estrategiaren ingurumen dimentsioa berresteari eta indartzeari buruzko bere kontsiderazioa, bere-

(59) EBko KONTSEILUA, *Dimensión ecológica del Semestre Europeo y la Estrategia Europa 2020 – Revisión intermedia*, 14200/14 Dokumentua, 2014/10/21.

ziki hazkunde berderako baliabideen erabilera eraginkorra hobeto integratuz eta ekonomia zirkularraren printzipioak eta enplegu berdearen ahalmena bultzatuz (60).

2014ko urtarrilean, «20/20/20» helburuaren lorpen partzialak aurkeztu zituen Batzordeak 2030era begira klimaren eta energiaren politiketarako esparru berri baterako proposamen baten esparruan (61). Batzordearen iritziz, Europa 2020 Estrategian ezarritako helburuaren betearazpenean nabarmen aurrera egin ahal izango zen 2030erako helburu espezifikoak eremu horretan zehaztuz. Ondoren ikusiko dugunez, energia politika baliatzeak, klima aldaketaren aurkako borrokaren tresna eraginkor gisa, lagundu egiten du ingurumena babesten.

Eta, izan ere, ondo bideratuta zegoen «20/20/20» helburuaren betearazpena: 1990aren aldean, 2012an berotegi efektuko gasen emisioak % 18 murriztu ziren eta 2020an murrizketa hori % 24koa izatea aurreikusten zen, eta % 32koa 2030ean; energia berriztagarrien kuota % 13 gehitu zen 2012an, energiaren azken kontsumoarekiko proportzioan, eta 2020an % 21era arte gehitzea aurreikusten zen, eta % 34ra arte 2030ean; EBk elektrizitatearen % 44 inguru iturri berriztagarrietatik sortutakoa izatea lortu zuen (energia hidroelektrikoa izan ezik) 2012aren amaieran; EBko ekonomiaren energi intentsitatea % 24 murriztu zen 1995 eta 2011 bitartean, eta karbono intentsitatea % 28 gutxiagotu zen.

Europar Kontseiluak «Klimaren eta energiaren gaineko jarduketa esparrua 2013ra arte» onetsi zuen 2014ko urrian (62), eta bertan EBren helburu propiotzat hartu zituen Batzordeak proposatutako helburuak. Lehenik, EBren helburu lotesletzat finkatu zen berotegi efektuko gasen emisioak % 40 gutxienez murriztea 2030erako, 1990eko balioekiko. Bigarren, helburu lotesle gisa baita ere, energia berriztagarrien kuota gutxienez % 27koa izatea ezarri zen, 2030eko EBren guztizko energia kontsumoaren barruan. Hirugarren, EB mailan, 2030ean energiaren eraginkortasuna gutxienez % 27 hobetzea adieraziko duen helburua finkatu zen, 2020a baino lehen berrikusiko dena, ahal izanez gero % 30era iristeko (63). Gainera, Europar Kontseiluak adierazi zuenez, berebiziko garrantzia du energiaren barne-merkatu bat gauzatzek, bete-betean jardungo duena eta erabat konektatuta

(60) Gai horren inguruan, ikus PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «La gestión eficiente de recursos en la Unión Europea: alcance e impacto de la normativa europea para una economía más sostenible y circular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 55 zenbakia, 2016, 781-817 orr.

(61) EUROPAR BATZORDEA, 2014ko urtarrilaren 22ko komunikazioa, *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030*, COM (2014) 15 final, 2014.

(62) 2014ko urriaren 23 eta 24ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 169/14.

(63) Bai bigarren helbururako bai hirugarrenarako, estatu kideek euren helburu nazionalak ezarri ahal izango dituzte, EB osoarentzako helburu orokorrak baino jasoagoak izango direnak.

egongo dena (64); eta horretarako, EBko herrialdeen artean % 15eko elektrizitate interkonexioa ezarri zen helburutzat 2030erako.

2030erako «40/27/27» helburu-pakete berri hori asmo handikotzat hartu zuen EBk berak. Hala eta guztiz ere, 2020rako «20/20/20» helburuen betearazpen maila ikusita, Batzordeak berak 2014ko urtarrilean ezagutzera emana eta goian dagoeneko adierazi duguna, ez dirudi asmo handiko helburuak direnik ez eta gehiegizko zailtasuna dakarten ahalegin gehigarririk eskatzen dutenik ere. Izan ere, ezarritako helburuak ondokoaren emaitza izan ziren: «oreka politikoa (...) ingurumenaren aldeko erabateko jarrera erakusten dutenen eta ekonomiaren lehiakortasunean izango duen inpaktua gehiago kezkatzen direnen artean» (65). Bestetik, elektrizitatearen sektoreko industri elkarrekin eta enpresek antza izan duten gehiegizko eragina kritikatu izan da, bereziki 2030erako energiaren eta klimaren esparrua berekin ekarri zuen kontsulta eta gogoeta aldian, Batzordeak, bere proposamenetan, energiaren enpresa handiak azken urteetan egiten aritu izan diren eskaeretatik askori jarraitu izanagatik (66).

2015ean, Energiaren Batasunerako estrategia sustatu zuen EBk, Batzordeak otsailean aurkeztutako proposamenetik abiatuta (67). Bere helburua zen «klimaren arloko asmo handiko politika batean oinarrituta, energia segurua, iraunkorra, lehiakorra eta eskuragarria» eskaintzea. Europako energia sistema integratua du xedetzat, «non mugetan zehar aske mugituko den energia, lehiakortasuna eta baliabideen ahalik eta erabilera onena oinarri hartuta, EBren mailako energia merkatuen erregulazio eraginkor batekin (...) ekonomia iraunkorra, hipokarbonikoa eta klimarekiko errespetu-

(64) 2012an, Batzordeak energiaren barne-merkatua 2014rako gauzatzea proposatu zuen; ezin izango zen halakorik lortu, ordea, estatu kide ugari atzeratu egin baitziren Europako araudia euren lekuetan ezartzeko eta aplikatzeko garaian. EUROPAR BATZORDEA, 2012ko urriaren 3ko komunikazioa, *Acta del Mercado Único II – Juntos por un nuevo crecimiento*, COM (2012) 573 final, 2012. Helburua ezarrita bazegoen ere, nabarmena zen «Estatuek ez dute energiaren arloan beren subiranotasuna galdu nahi eta, beraz, energiaren merkatuaren jarduna bermatzearen helburua eta energia sareen interkonexioa sustatzekoa, formalagoak eta teorikoagoak dira, praktikoak eta errealak baino». PÉREZ DE LAS HERAS, Beatriz, «Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 47 zenbakia, 2014, 23 orr.

(65) ARANZADI, Claudio, «UE 2030: objetivo clima y energía», *Política Exterior*, 29 liburukia, 163 zenbakia, 2015, 46 orr.

(66) Argudio horren arabera adierazten denez «klimaren helburuei uko egiteko premiaren ideia inposatu da industriaren lehiakortasuna bultzatzearen». MORENO REGAÑA, Ana, «Hegemonía y capital transnacional en la Unión Europea. El marco para el clima y la energía», *Relaciones Internacionales*, 31 zenbakia, 2016, 107 orr.

(67) EUROPAR BATZORDEA, 2015eko otsailaren 25eko komunikazioa, *Estrategia Marco para una Unión de la Energía resiliente con una política climática prospectiva*, COM(2015) 80 final. Europar Kontseiluak martxoan onartu zuen dagokion konpromisoa. 2014ko martxoaren 19 eta 20ko Bruselako Europar Kontseilua – Presidentetzaren Ondorioak, EUCO 11/15.

tsua izango den aldetik». Hortaz, agerikoa da energiaren eta ekintza klimatikoaren arteko lotura konstante bat dela dagoeneko EBren barruan.

Aurreikusitako jarduketa-dimentsioetako batzuek 2030erako energia-ren eta klimaren esparruan jadanik finkatutako helburuak dakartzate. Nabarmenezkoa da ekonomia-aren karbonogabetzea, batetik, EBn klimaren arloko asmo handiko politika bat eskatzen duena, berotegi efektuko gasen emisioak 2030erako gutxienez % 40 murriztetik hasita, 1990eko mailen aldean; eta bestetik, energia berriztagarrien aldeko apustu argia eskatzen duena, zehazki, 2030ean EBn kontsumitutako energia berriztagarriaren kuota gutxienez % 27ra igotzea. Dagoeneko adierazi bezala, oso nabarmena da helburu horiek ingurumenaren zaintzan izan behar duten ondorio positiboa.

VIII. Ondorioak

Kutsadurak ez du mugarik ezagutzen eta, beraz, ezin zaio bere kontrolari hertsiki politika nazionaletatik heldu. Europako oinarritzko ingurumen araudia ordenamendu juridiko erkide bat izateak dakartzan onuren adibide bat da, bere aplikazioak helburu erkide bat lortzea errazten baitu, hau da, garapen iraunkorra eta, oro har, Europako espazio partekatu bat sendotzea sustatzen du gainera.

Merkatu erkidearen ezaugarriek Europako Erkidegoek oinarritzko arau batzuk ezartzea eskatzen zuten, ingurumen araudi nazionalek merkatu erkidearen lehiakortasun askearen aurkako egoerak sorraraztea eragozteko. Jatorritzko Tratatueta bildutako erregulaziorik ezean, Tratatu aldarazleak izan dira Europar Batasuneko gaur egungo ingurumen politika itxuratu dutenak. Jatorritzko Zuzenbidean gai hau barnean hartu izanak politika erkide gisa egituratzen du, gai honen eskumena estatu kideekin partekatzen bada ere. Hazkunde ekonomikoa ingurumenaren babesari lotu izanak ekarri ditu aurrerapen garrantzitsuenak, garapen iraunkorra Batasunaren oinarritzko helburu gisa ezarri, baita Batasunaren gainerako politikak eta ekintzak definitzean eta burutzean helburu hori integratu izanak ere.

Orain indarrean dauden EBTk eta EBFTk ildo horri jarraitzen diote eta oinarritzko ingurumen erregulazioa biltzen dute, Europako instituzioek eta estatu kideek hartzen dituzten xedapenen oinarri izanik beren garapenerako. Garapen horretan, funtsezko elementuak dira Ingurumen Ekintza Programak eta horietatik eratorritako estrategiak. Europa 2020 Estrategia, Zazpigarren IEP eta klimaren eta energiaren esparrua 2030rako dira berrienak. Guztien asmoa da, besteak beste, datu adierazgarri hauei erantzutea: Europako herritarren % 60 ingurumena babesteko garaian Europar Batasunak estatu kideekin batera jardutearen alde dago, herrialdeek baskarka jardun beharrean; Europako herritarren % 77 ingurumena babes-

teko Europar Batasunaren legeak beharrezkoak direlaren ideiarene alde dago; eta Europako herritarren % 79 Europar Batasunak estatu kideetan ingurumenari buruzko legeak era egokian ezartzen direla egiaztatzearen alde dago (68).

Ingurumenari dagokionez, lan honetan aztertutako EBren oinarritzko araudia zehazten duten gidalerroen eta printzipioen eboluzioak aukera ematen du ondorioztatzeko hazkunde iraunkorraren kontzeptua giltzarri bat dela, funtsezkoa garapen ekonomiko orekatura bideratzen gaituen neurriak hartzeko planteamenduak zehazterakoan. Horretarako, gaur egun, emisio kutsatzaileen murrizketan, energia kontsumoan energia berriagarrien presentzia areagotzean eta energia eraginkortasun handiagoaren lorpenean oinarritzen da EBren jarduna. Izan ere, ingurumenaren arloko erronkarik handiena klima aldaketa delako eta fenomeno horren aurkako borrokaren tresna eraginkorrena energia politika delako.

Trabajo recibido el 4 de mayo de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

---

(68) EUROPAR BATZORDEA, *Special Eurobarometer: Attitudes of European Citizens towards the Environment*, 416 zenbakia, 2014, 27 orr.

LABURPENA: Ingurumen Zuzenbidearen eremuan, Europar Batasun osoaren oinarritzko araudia Europako Jatorrizko Zuzenbidean ezarritakoaren arabera dago zehaztuta, garatu beharreko helburuek eta printzipioek ezartzen dituzten tresnekin batera, Europako ingurumen sistema juridikoaren gailurra osatuz, ordenamendu nazionalen gainetik lehentasuna izatean. Lan honek ingurumen gaitan indarrean dagoen Europako araudiaren oinarrien garapena eta eboluzioa aztertzen ditu. Horretarako, Tratatuak, ekintza programak, eta estrategia nagusiak aztertu dira, ingurumenaren arloan hartutako aurrenetako erabakietatik gaurdaino.

GAKO HITZAK: Europar Batasuna. Ingurumen Zuzenbidea. Garapen iraunkorra. Europako ingurumen politika.

RESUMEN: En el ámbito del Derecho ambiental, la normativa básica en el conjunto de la Unión Europea viene determinada por lo establecido en el Derecho Originario europeo, que junto a los instrumentos que establecen los objetivos y principios a desarrollar, forman la cúspide del sistema jurídico ambiental europeo, al primar sobre los ordenamientos nacionales. El presente trabajo analiza el desarrollo y la evolución de los fundamentos de la normativa europea vigente en lo que respecta al medio ambiente. Para ello, se estudian los Tratados, los programas de acción, y las estrategias principales desde las primeras decisiones en materia medioambiental hasta la actualidad.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea. Derecho ambiental. Desarrollo sostenible. Política medioambiental europea.

ABSTRACT: In the area of environmental law, the basic legislation in the European Union is determined by the European Origin Law, which conforms the apex of the European environmental legal system, together with the instruments establishing the objectives and principles to be developed, and it is situated above national regulations. This paper analyzes the development and evolution of the fundamentals of the current European legislation on the environment. To this end, the Treaties, the action programs, and the main strategies are studied from the first environmental decisions to the present.

KEYWORDS: European Union. Environmental Law. Sustainable development. European environmental policy.

La buena administración como fundamento de actuación del empleado público

Pedro Padilla Ruiz

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.12>

Sumario: I. Introducción: la buena Administración como nuevo intento para encauzar la actuación administrativa hacia el ciudadano.— II. El Estatuto Básico del Empleado Público y su apuesta por la buena Administración. II.1. La conducta profesional y su conexión con el deber de buena Administración. II.2. La relación entre el derecho a una buena Administración y la evaluación del desempeño del empleado público.— III. Conclusiones.— IV. Bibliografía.

I. Introducción: la buena Administración como nuevo intento para encauzar la actuación administrativa hacia el ciudadano

Parece una obviedad pensar que la Administración Pública debe ser coherente con sus fines, tener presente en todo momento sus principios de actuación y proceder con ética y pensando en los ciudadanos, que son sus destinatarios finales⁽¹⁾. Sin embargo y por desgracia, esto no siempre es así; en ocasiones olvida su fundamento de actuación, produciéndose desviaciones no deseadas que obligan a incidir una y otra vez en aquellos principios y en la necesidad de encauzar determinadas prácticas que se suelen denominar de «mala Administración».

Esto ha llevado a la creación de nuevos derechos o principios de actuación como el de buena Administración, que aparecen ante la necesidad de conseguir, o más bien de renovar, la incesante búsqueda de esa Administración eficaz y eficiente que todos buscamos. Se trata de un concepto que no hemos de confundir con otro similar y también de aplica-

---

(1) Cfr. ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: *El derecho a una buena Administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. También GÁMEZ GÁMEZ, José Antonio: *El derecho a una buena Administración desde la perspectiva de la ética pública: el buen gobierno y la buena conducta administrativa*, 2009.

ción actual en el desarrollo de dichos objetivos, denominado de buena Gobernanza, de carácter más amplio y en el que participan distintas partes junto a la Administración. El de buena Administración, por su parte, queda más restringido al ámbito interno de actuación de las organizaciones públicas y por tanto, y como veremos, se encuentra más relacionado con la actuación del empleado público (2).

Como ha destacado CERRILLO I MARTÍNEZ, la diferencia entre ambos conceptos es que los «principios de buena administración se dirigen a los funcionarios y personal de los organismos públicos y regulan sus relaciones con los ciudadanos y, por tanto, tienen un ámbito más específico que los principios de buena gobernanza, que se refieren a las relaciones entre actores políticos» (3). Se da así una nueva vuelta de tuerca en la siempre complicada evaluación de la Administración y la incorporación de nuevos conceptos a su acervo.

Desde sus orígenes, a través del concepto clásico de buen gobierno, la acción administrativa ha venido presidida, al menos desde un punto de vista teleológico, por la intención de adecuarse a las necesidades de los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto, equilibrando el interés particular con el general. Sin embargo, esto no ha sido siempre fácil, pues como postula VILLORIA MENDIETA, en una sociedad cada vez más individualista chocan a menudo las exigencias particulares con la búsqueda del bien común (4). De este modo, se establecieron una serie de normas y

(2) A los meros efectos expositivos hablaremos de empleados públicos para hacer referencia tanto a los hombres como a las mujeres que forman parte de las Administraciones Públicas. En el mismo sentido aglutinador utilizamos el sustantivo neutro ciudadano, funcionario, etc. para referirnos a ambos sexos.

(3) CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, 1.ª edic., INAP, Madrid, 2005. p. 20. Se puede realizar una mayor aproximación a la buena Administración, entre otros, a través de AMILIVIA GONZÁLEZ, Mario y NALDA GARCÍA, José C.: «Principios de buena Administración y función consultiva», en *Revista española de la función consultiva*, n.º 9, 2008, pp. 17-30, DÍAZ MUIÑA, Manuel y MURILLO GARCÍA-ATANCE, Ignacio: «La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena Administración», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 32, 2008, pp. 133-170, LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.: «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», en *Revista Aragonesa de Administración Pública* n.º 30, 2007, pp. 445-458, MEILÁN GIL, José Luis: «La buena Administración como institución jurídica», en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n.º 87, 2013, pp. 13-50, MEMBIELA, Juan B. Lorenzo: «La buena administración en la Administración General del Estado», en *Actualidad administrativa*, n.º 4, 2007, pp. 405-414, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. «El derecho fundamental a la buena Administración en la Constitución española y en la Unión Europea», en *REGAP: Revista galega de Administración Pública*, n.º 40, 2010, pp. 235-264, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «Ética pública y buena Administración de instituciones públicas», en *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º 98, 2007, pp. 14-21, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena Administración de instituciones públicas», en *Revista de derecho público*, n.º 113, 2008, pp. 31-42.

(4) VILLORIA MENDIETA, Manuel: *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*, INAP, Madrid, 1996. p. 131.

principios procedimentales y de actuación que redundaran en la más eficaz y apropiada, en términos generales, atención de dichos intereses(5).

La buena Administración se ha convertido en los últimos años en un referente en la acción administrativa(6), sobre todo a partir de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) de 2000 o Carta de Niza(7), que la incluyó como derecho fundamental(8). Este principio o derecho, que como un deber de actuación de amplio rango impuesto a la Administración de manera abstracta, se ha ido perfilando poco a poco, no solo ha incluido en su seno un conjunto de deberes y derechos concretos que ya existían anteriormente como tales, relativos al procedimiento administrativo en general (motivación de los actos admi-

---

(5) El deber de buen gobierno o el más actual de buena Administración ya lo encontramos como concepto —más bien teórico— en textos clásicos de Platón, Cicerón, Aristóteles o Sócrates, cuando se referían a la necesidad de que los gobernantes buscasen el interés general y en definitiva, el bienestar de los ciudadanos. Con esta misma expresión tenemos referencias en nuestro Ordenamiento, como por ejemplo en el número extraordinario de la Gaceta de Madrid de 19 de marzo de 1820, donde se daba cuenta del Decreto Real de convocatoria del «Consejo de Estado, cuya asistencia es necesaria para las determinaciones que exige el buen gobierno de los pueblos». De más antigua es la referencia que hace la Gaceta de Madrid del 24 de junio de 1796 dando cuenta de diversas órdenes de buen gobierno y policía dictadas en Milán. O la mención a la actividad del Rey en el mantenimiento del «buen gobierno de este Reyno», hecha en la Gaceta de 21 de febrero de 1736. Todos estos documentos pueden consultarse en el portal web del BOE: www.boe.es. Pese a esos contornos abstractos en que se mueven los conceptos de buen gobierno o buena Administración podemos encontrar en nuestra legislación una definición de ese primer término, y concretamente en el artículo 2.d) de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, de la Comunidad Autónoma de Cataluña: «Buen gobierno: los principios, obligaciones y reglas sobre la calidad de los servicios y el funcionamiento de la Administración, y los principios éticos y buenas prácticas de acuerdo con los que deben actuar los altos cargos de la Administración, los cargos directivos y demás personal al servicio de la Administración, con el objetivo de que esta funcione con la máxima transparencia, calidad y equidad, y con garantía de rendición de cuentas».

(6) Encontramos la primera referencia al término «buena Administración», referida a la Justicia, en la Jurisprudencia europea de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 mayo 1988, Caso *Ekbatani* contra Suecia. (TEDH 1988/10), dentro de uno de los votos disidentes, poniéndolo en relación con «las necesidades de una administración de justicia rápida y económica por lo general». En referencia a la buena Administración propiamente dicha (excluida la de justicia) vemos una primera inclusión del concepto en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 9 de noviembre de 1994. Caso *The Scottish Football Association* contra Comisión de las Comunidades Europeas (TJCE 1994/191). En tal sentido, la entrada en vigor del Tratado de Maastricht dio lugar al concepto de ciudadanía europea, lo que supuso la aparición no solo de una serie de derechos ciudadanos sino de una serie de obligaciones para sus instituciones y la consiguiente creación de la figura del Defensor del Pueblo Europeo (Ombudsman) con unas funciones similares a las de sus homólogos nacionales en la defensa de los derechos de los ciudadanos de la Unión.

(7) Proclamada formalmente por el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo en diciembre de 2000. Carta que fue enmendada y proclamada nuevamente en 2007 con el fin de poder formar parte del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Diario Oficial de la Unión Europea, Serie C, de 17 de diciembre de 2007), y que entró en vigor en diciembre de 2009, adquiriendo el mismo peso jurídico que el resto de Tratados europeos. Dicha Carta forma parte del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa como Parte II del mismo.

(8) GUILLEM CARRAU, Javier: «La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 25, 2011, pp. 69-103.

nistrativos, deber de notificar, acceso a archivos...) sino también unos principios más generales de actuación donde destacan la eficacia y la eficiencia, que se venían imponiendo a aquella prácticamente desde las primeras regulaciones serias del Derecho Administrativo (9).

Como recuerda RODRÍGUEZ-ARANA, la buena Administración es aquella que sirve «con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se orienta continuamente al interés general, tratando de mejorar de manera continua el bienestar público» (10).

Por ello, lo que ha supuesto la buena Administración ha sido la unificación de esos derechos en un único concepto (11), en un «cesto» en función de esa finalidad común con el objeto primordial de reconocer la importancia del ciudadano y de poder «manejar» bajo un mismo paraguas un conjunto heterogéneo de derechos y principios, ofreciendo respuestas rápidas, económicas y eficaces a aquel (12), creando un principio o derecho informador de la actuación pública, lo que por otro lado plantea problemas de invocación ante los Tribunales (13).

Por su parte, en nuestro ordenamiento la Constitución de 1978 no menciona el derecho a la buena Administración como tal, ante todo por ser anterior a su reconocimiento, pero sí al menos debemos considerar que figura de manera implícita al incluir sus principios informadores en el artículo 103.1, o en el 105.c), como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en Sentencias como la de 20 de enero de 2014 (F.J. 2.º) o la de 19 de octubre de 2016 (F.J. 1.º), respectivamente (14):

(9) Sobre la relación entre procedimiento administrativo y buena Administración puede leerse a DÍAZ Y DÍAZ, María Cruz: *El empleado público ante el procedimiento administrativo: deberes y obligaciones de buena administración*, La Ley. Grupo Wolters Kluwer., 2011.

(10) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *El derecho a una buena administración para los ciudadanos: un modelo global de administración*, Netbiblo, INAP, La Coruña-Madrid, 2013. p. 18

(11) Sobre su naturaleza jurídica se discute si se trata de un derecho fundamental, ordinario, o si es un principio rector de la actuación de la Administración. En particular, TOMÁS MALLÉN considera que se trata de «una especie de *derecho-garantía* o *derecho instrumental*, que propicia la defensa de otros derechos»: TOMÁS MALLÉN, Beatriz: *El derecho fundamental a una buena administración*, 1.ª edic., INAP, Madrid, 2004. Para TORNOS sería un «mandato de optimización» impuesto a la Administración: TORNOS MAS, Joaquín: *El derecho a una buena administración [recurso electrónico]*, Barcelona, Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2007, p. 38 y ss. También es de sumo interés la lectura de CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1137-1165.

(12) TOMÁS MALLÉN, Beatriz: *El derecho fundamental a una buena administración*, 1.ª edic., INAP, Madrid, 2004. p. 41 y ss.

(13) FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel: «El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008, pp. 137-154. p. 151.

(14) También la STS de 2 junio 2009, F.J. 10.º: «derecho al procedimiento debido y a la buena Administración, que institucionaliza el artículo 103». Por otra parte, la Carta Magna ha incluido los principios informadores de la buena Administración también en su artículo 9.2, que obliga a los poderes públi-

«...el mandato constitucional contenido en el artículo 103 de la Constitución, a cuyo tenor la Administración Pública, que sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con el principio de eficacia y con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, le impone el deber de «buena administración», que comporta que en la tramitación de los expedientes administrativos respete las reglas y garantías establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.».

Tal exposición no deja margen de duda para considerar la importancia de ese derecho como fundamento de actuación del empleado público, íntimamente ligado a la eficacia, como también ha reconocido el Tribunal Constitucional (15), y de lo que fácilmente podemos concluir que la actuación del empleado público juega un papel esencial en la consecución de tal principio, que a la sazón ha sido incorporado a diversos Estatutos de Autonomía y a la legislación ordinaria (16).

Tampoco hemos de olvidar que será en el procedimiento administrativo donde la actuación del empleado público se va a hacer más patente

---

cos a permitir la participación ciudadana en los asuntos públicos; en el artículo 23.1, sobre el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos; en el artículo 105.b, sobre acceso de los ciudadanos a los archivos y registros; o en el 105.c, que exige la regulación legal del procedimiento administrativo. Será la legislación ordinaria la que establezca de manera más concreta los principios de actuación de la Administración; principios que por otro lado vienen siendo comunes y no suelen ofrecer discusión por tratarse de conceptos consolidados en las democracias occidentales.

Por su parte, podemos destacar también la temprana STS de 5 marzo 1979, que relacionaba eficacia administrativa con buena Administración.

(15) STC 93/2012 y 98/2012, de 7 de mayo. En ambos casos en su Antecedente 3.º, donde ponen en conexión la buena Administración y la eficacia en relación con la falta de respuesta en plazo por parte de la Administración, y por tanto con el principio de celeridad.

(16) Así, por ejemplo, entre los Estatutos de autonomía, Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, en Castilla León; Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, en Andalucía; Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, en Baleares; Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, en Extremadura; Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en Cataluña; la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, en Valencia; Ley Orgánica 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Entre otras, podemos también mencionar las siguientes normas de rango legal. Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En similares términos el artículo 4 de la antigua Ley 13/1995, de contratos de las Administraciones Públicas. Ley 11/2008, de 3 de julio, de participación ciudadana de la Comunidad Valenciana. Ley 8/2010, de 30 de agosto, de ordenación del sistema de salud de Castilla y León. Ley 5/2010, de 27 de diciembre, de medidas extraordinarias para la sostenibilidad de las finanzas públicas, de la región de Murcia. Menciona los principios de la buena Administración en su exposición de motivos como fin al que debe llegarse a través de mayores controles en el gasto público. Llama, sin embargo, la atención, que no haga ni una sola referencia a principios tan elementales en materia financiera como el de eficiencia. Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena Administración y del buen gobierno de las Islas Baleares.

frente al ciudadano, quien siendo destinatario final de los bienes y servicios administrativos tiene derecho y puede exigir un actuar diligente y conforme a los requisitos de la buena Administración. De hecho, uno de los grandes bloques en que se configura este nuevo principio/derecho, y que recuerda PONCE SOLÉ, es el de los Derechos del ciudadano en el procedimiento administrativo (17).

La buena Administración ofrece una idea exacta del carácter central que adopta la figura del ciudadano en el entorno de la acción administrativa como eje sobre el que gira su existencia y como concepto a tener en cuenta de manera activa. El ciudadano es protagonista en el desarrollo y razón de ser de la propia Administración, es su «cliente» en muchos ámbitos, y al igual que en el entorno privado, hay que *cuidarle*, respetarle y escucharle, pero con la particularidad de que la propia Administración le pertenece, por lo que existe un plus en la exigencia de un buen funcionamiento en el sentido más amplio. La buena Administración se sitúa en un ámbito nuevo en el que se ha pasado de no contar con los ciudadanos a que estos sean pieza clave de la actuación Administrativa y donde coincidimos con BAENA DEL ALCÁZAR cuando indica que «la Administración debe seducir a su público» (18).

Como señala PONCE SOLÉ, el «deber jurídico de buena Administración queda convertido en una auténtica obligación jurídica mediante la legislación procedimental común, que contiene, en consecuencia, un derecho de los interesados, e incluso de los ciudadanos en general, en determinados casos, al procedimiento administrativo debido» (19).

II. El Estatuto Básico del Empleado Público y su apuesta por la buena Administración

La ordenación del empleo público siempre ha sido uno de los puntos débiles de la estructura administrativa española, lo que se ha reflejado en los problemas que ha venido arrastrando en cuanto a su funcionamiento

(17) «El procedimiento administrativo se configura, así, como uno de los instrumentos jurídicos *posibilitadores* del cumplimiento del deber de buena Administración, como un factor, por tanto, de potenciación de las posibilidades de obtención de decisiones administrativas de calidad y, en definitiva, como un elemento de legitimación de las Administraciones Públicas». PONCE SOLÉ, Julio: *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, 1.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2001. p. 127.

(18) BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, 4.ª edic., Tecnos, 2000. p. 123.

(19) PONCE SOLÉ, Julio: *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, 1.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2001., p. 41.

a la hora de dar respuesta a las necesidades de la sociedad y en particular en el modo de actuar y lograr una verdadera satisfacción del ciudadano. Tampoco hace falta recordar que nos hemos regido hasta bien pasada la aprobación de nuestra Constitución por normas preconstitucionales y por soluciones parciales (véase la LMRFP) y poco decididas, y que cuarenta años después del mandato del artículo 103 CE, cuando por fin y tras algún que otro intento fallido (20), se ha aprobado un verdadero Estatuto del Empleado Público, aún continúan en gran medida los problemas que el empleo público viene arrastrando.

No obstante, el EBEP, al menos en su intención, ha apostado fuerte por dotar a las Administraciones de las herramientas necesarias para hacerlas más eficaces, eficientes e incluso competitivas, incorporando —entre otros— los principios de la buena Administración, pues como indica PADILLA RUIZ, «con los postulados del EBEP y la buena Administración se da respuesta de manera más decidida a la eficiencia y a la mencionada satisfacción del ciudadano; satisfacción que pasa por recibir un trato exquisito y controlable mediante la evaluación» (21).

La trascendencia de contar con un personal al servicio de la Administración que esté bien preparado, adecuadamente motivado e imbuido del sentido de servicio público es esencial en cualquier contexto de funcionamiento de aquella, pero hoy en día con más énfasis debemos reclamar un empleo público moderno y eficaz, dados los retos a los que se enfrenta la Administración Pública. Aplicando los postulados de GIERKE, los empleados públicos son los *brazos, ojos y cerebro* de las Administraciones (22), y como resulta lógico, si a estas se les está exigiendo un comportamiento excepcional basado en la Gobernanza y otros conceptos relacionados con la mejora de las Administraciones Públicas, todo ello debe calar todavía

---

(20) Nos referimos al proyecto de Ley de la Función Pública, de 1999 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, de 5 de julio de 1999).

(21) PADILLA RUIZ, Pedro: *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016. p. 41.

(22) Hemos de recordar aquí la Teoría del órgano de GIERKE, según la cual la Administración tiene personalidad propia y está investida de competencias, prerrogativas, derechos, deberes y obligaciones, que ejerce a través de órganos, que permanecen en el tiempo, siendo sus titulares, como personas físicas, un *simple* medio para lograr sus fines, actuando por cuenta de aquellos. Lo importante pues, no es la persona sino el puesto que ocupa, como conjunto de funciones y responsabilidades dentro de la organización, por lo que de acuerdo con esta idea las personas son mero instrumento para los fines de aquella. Sin perder de vista la limitación que esto supondría al papel de los empleados públicos, no podemos negar que son las personas quienes realizan las tareas que aquellas funciones representan, y su labor, bien la consideremos meramente instrumental o esencial, será tanto lo que cree la imagen que de la Administración tenga el ciudadano como el reflejo de lo que la misma está haciendo para que sus empleados sean mejores. La primera referencia que hace el citado autor a su Teoría del órgano es en VON GIERKE, Otto Friedrich. *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, Berlín, 1887. En nuestro derecho es interesante la crítica que se hace de dicha teoría por SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 40, 1984, pp. 43-86.

más dentro del tejido administrativo y por capilaridad hasta llegar a quienes realmente y en su mayor parte constituyen lo que la Administración es: su personal.

El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP hizo depender de los servidores públicos la existencia misma de una buena Administración (23), que además debe encontrarse presente en todas las etapas del sistema de empleo público: selección, formación, retribuciones... No puede ser de otra forma; los continuos cambios en la forma de ser y de actuar de la Administración y sobre todo en su relación con el ciudadano han llevado a reformar de manera seria (y esperemos que definitiva) el empleo como elemento esencial en toda esa compleja estructura cambiante.

Muy consciente de ello fue la Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, por la que se constituyó la citada Comisión, al indicar en su justificación que:

«...debe producirse un paulatino cambio de cultura administrativa hacia una nueva cultura de gestión de los servicios públicos en la línea de los principios inspiradores de la gobernanza, entendiendo ésta como el modo de gestión característico de nuestra era: principio de la apertura y la transparencia, de la participación, responsabilidad, eficacia y coherencia.».

Y son esos principios los que, entre otros, forman parte de la buena Administración y deben empapar el empleo público (24). Para RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, el ciudadano es la nota característica de la Administración (25). Por tal motivo la labor del empleado público adquiere un significado especial para dar una correcta atención a las demandas de aquel, cumpliendo a su vez los principios de la buena Administración.

El Informe de la Comisión tampoco dejó pasar la ocasión para destacar en su introducción la importancia del concepto, poniendo el énfasis

(23) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, CASES MÉNDEZ, José Ignacio, *et al.*: *Informe de la Comisión para el estudio del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP [versión electrónica], Madrid, 2005. p. 9.

(24) Podemos ver la relación eficacia-buena Administración la en la STS de 3 noviembre 2010 sobre reversión de un bien cedido por la Seguridad Social a una Comunidad Autónoma: «[...] otorgar el destino más conveniente posible desde el punto de vista de la eficacia y los principios de buena Administración (art. 4 del RDL 2/2004 de 16 de junio), y todo ello con pleno respeto al ejercicio de las competencias de una y otra Administración pública». F.J 2.º. También en la STS de 20 octubre 2011, F.J 4.º.

(25) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *El derecho a una buena administración para los ciudadanos: un modelo global de administración*, Netbiblo, INAP, La Coruña-Madrid, 2013. p. 24.

en la íntima relación existente entre una buena Administración y un empleo público de calidad ya desde el momento mismo de la selección, para lo cual se hace imprescindible contar no solo con los mejores profesionales sino que estos tengan unas motivaciones e incentivos que les permitan establecer un equilibrio adecuado entre sus derechos e intereses legítimos y sus deberes, obligaciones y responsabilidades, teniendo en cuenta que lo primordial es siempre garantizar el mejor servicio a la sociedad (26).

En atención a este panorama general la Exposición de Motivos del EBEP también llamó la atención sobre ese gran objetivo de buena Administración en su cuarto párrafo al recordar que,

«Las Administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que se va consolidando en el espacio europeo, y contribuir al desarrollo económico y social. Entre esos factores el más importante es, sin duda, el personal al servicio de la Administración.»

Se parte así del importante papel que adopta una adecuada estructura y organización en la prestación de todo aquello a que están obligadas las Administraciones para satisfacer ese derecho a la buena Administración. Esto no supone solamente un mero cumplimiento de las obligaciones de aquellas sino hacerlo de manera eficaz, transparente, etc. ahorrando recursos; todo lo cual, además, permite el meritado progreso en todos los ámbitos y no solo en el social y económico, pues el crecimiento económico y el desarrollo sostenible requieren que las Administraciones y toda su maquinaria sean fuertes, eficaces y eficientes, y por tanto que la Gobernanza y las diferentes formas de gestión pública colaboren en el logro de sus objetivos, como ha tenido ocasión de recordar la OCDE (27).

Y como indica el párrafo transcrito, el factor humano se convierte en el elemento vertebrador de la actividad administrativa, en uno de los pilares esenciales de las Administraciones Públicas como un todo, por lo cual resulta obvio que la buena Administración, como mecanismo de excelencia en el logro de los resultados a que aspiran y como fin en sí mismo por

---

(26) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, CASES MÉNDEZ, José Ignacio, *et al.*: *Informe de la Comisión para el estudio del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP [versión electrónica], Madrid, 2005. p. 9.

(27) OCDE. *Public Servants as Partners for Growth: Toward a Stronger, Leaner and More Equitable Workforce*, OECD Publishing, Paris, 2011. p. 9.

parte de aquellas, solo se consigue con una óptima organización y planificación estratégica, una adecuada conducta de sus miembros, así como con la evaluación y la mejora de su desempeño.

Podemos destacar lo que ya dijera SÁNCHEZ MORÓN sobre los problemas de funcionamiento de dicho sistema, que tal principio exige la profesionalidad de los servidores públicos y evitar riesgos tales como la excesiva politización, el clientelismo político, sindical o corporativista, la falta de productividad, el absentismo o la rigidez burocrática (28). La buena Administración y un óptimo sistema de empleo público no es solo eso pero pasa indefectiblemente por ello. Y esa labor de mejora hasta lograr una Administración *buena* en el más amplio sentido de la palabra no depende únicamente de que su personal trabaje mejor, rinda más o esté motivado. Los poderes públicos, los cargos electos, los directivos y todos los que desde los niveles superiores de decisión están implicados en que el sistema funcione deben procurarlo de manera activa (29).

Para lograrlo ha de establecerse, obviamente, un sistema adecuado de carrera, ofrecer posibilidades de promoción a los empleados públicos, formarlos, motivarlos, crear una cultura administrativa que tantas veces falta, y por supuesto desarrollar sistemas de evaluación del desempeño como modo de mejora del trabajo de la Administración y de sus miembros. En particular, es necesaria primeramente voluntad política e imbuir al personal al servicio de las Administraciones de ese carácter de servicio a la sociedad dando ejemplo, creando políticas de recursos humanos realistas y ofreciendo confianza en que, entre todos los sectores implicados, se logrará poner de una vez a la Administración mirando hacia un mismo objetivo: el ciudadano (30).

(28) SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, n.º 36, 2007, pp. 5-23.

(29) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: «Comentarios al artículo 103», en CASAS BAHAMONDE M.ª Emilia y RODRÍGUEZ PIÑEIRO Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1.682 y ss. p. 1686.

(30) Una buena muestra de los requerimientos de coordinación, comunicación y entendimiento entre todos los niveles de la Administración Pública se plasma, por ejemplo en la AGE, en los acuerdos entre el Gobierno Central y los Sindicatos para la Función Pública en el marco del diálogo social. Concretamente, el aprobado para los años 2010-2012 se centró de manera especial en el logro de una administración moderna, racional, que promueva la carrera profesional, la formación, la igualdad, etc., y que comience precisamente su contenido por la necesidad de impulsar la buena Administración, la modernización y la calidad de los servicios públicos.

Igualmente, el Acuerdo prevé el desarrollo del EBEP en lo que respecta a la aplicación del Código ético y de conducta del empleado público, así como del Sistema Integrado de Gestión de Personal y la aprobación de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, «que tendrá como objetivo contribuir a la mejor prestación de los servicios y a la utilización racional y eficiente de sus recursos materiales y tecnológicos».

Tampoco se olvida de la formación que «constituye una herramienta estratégica para la consecución de objetivos en el marco de un nuevo modelo productivo y de economía sostenible».

II.1. La conducta profesional y su conexión con el deber de buena Administración

El principio de buena Administración tiene, quizás, su máxima expresión en el logro de esa Administración cercana, eficaz y eficiente a través del código de conducta profesional aprobado por el EBEP, como nexo de unión entre los fundamentos de dicho principio y la actuación del empleado público.

No se trata de la incorporación de los principios éticos y de conducta como consecuencia de la aplicación de la buena Administración, pues hemos de recordar que incluso antes siquiera de considerarse la misma como marco de actuación pública en nuestro ordenamiento ya se hacía necesario legislar sobre un código de conducta que estableciera los requisitos necesarios para un buen desempeño de los empleados públicos, dadas las funciones de defensa del interés general a que estaban llamados.

También hemos de recordar que si bien ya existían algunas menciones a la necesidad de respetar unas normas de conducta profesional, estas eran muy genéricas en sus postulados, sin que se hubiese dado hasta el EBEP un verdadero *corpus* de las mismas. En este sentido podemos recordar el artículo 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que solo hacía una breve referencia a la conducta en su artículo 80 disponía que,

«Los funcionarios han de observar en todo momento una conducta de máximo decoro, guardar sigilo riguroso respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo, y esforzarse en la mejora de sus aptitudes profesionales y de su capacidad de trabajo.»

Lo que no puede negarse es que la aplicación de la buena Administración pasa necesariamente por la incorporación de un código ético y de conducta profesional que establezca un marco de actuación general, común y obligatorio para todos los empleados públicos y que permita ofrecer una actuación común ante el ciudadano⁽³¹⁾, concretando unas pautas de comportamiento con el fin de dar respuesta adecuada a las exigencias de tal principio. En este sentido, coincidimos con RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ al considerar que tal principio/derecho, contiene una indudable componente ética, que adquirió mayor relevancia durante la crisis ini-

---

(31) Aunque ciertamente, la descentralización que emana del EBEP y la posibilidad del legislador autonómico y estatal de decidir en cuanto a la conducta de sus empleados no ayuda a la creación de esa unidad en el servicio público.

ciada hacia 2008 (32). Por tanto, podemos concluir que buena Administración y código de conducta se complementan y convergen a la hora de dar respuesta a los desafíos del empleo público del siglo XXI.

Esa relación entre ambos elementos se reflejó, como indica MENDES, en el Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 2001, que constituye una guía de actuación tanto de las instituciones europeas como de sus órganos y funcionarios en sus relaciones con los ciudadanos (33), y que el EBEP introdujo en nuestro ordenamiento a través de los principios éticos y de conducta de los empleados públicos, teniendo como principal objetivo el desempeño diligente de las tareas encomendadas, velando por los intereses generales, actuando bajo una serie de principios que representan, en suma, la buena Administración (art. 52 y ss. EBEP).

Si bien es cierto que el código de conducta establece un marco general de desempeño profesional, incluyendo una amalgama de principios éticos y de conducta, podemos concretar de manera más específica la íntima relación existente entre aquel y la buena Administración dentro del procedimiento administrativo a través de ciertos principios, como pueden ser los de integridad, que resumiría todo aquello que se espera del empleado público (neutralidad, objetividad, transparencia...), accesibilidad, la persecución de la satisfacción del interés general, la buena fe, eficacia, economía y eficiencia, o el desempeño diligente de las tareas encomendadas.

Todo ello lleva aparejada una obligación especial de actuación personalizada en cada procedimiento para dar satisfacción a las necesidades concretas de los interesados, de manera que la suma de satisfacciones de estos con el servicio público recibido y con la actuación y conducta profesional de los empleados con los que interactúan denote la aplicación exitosa de la buena Administración.

Para finalizar, esa íntima relación entre esta y la actuación del empleado público se ha reflejado en la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena Administración, que destaca como principio de aquella la atención a la ciudadanía y cuyo artículo 3 define los derechos que la conforman, destacando en primer lugar el de recibir «un trato respetuoso, imparcial y sin discriminaciones», acorde con los postulados ya vistos al mencionar el código ético y de conducta.

---

(32) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *El derecho a una buena administración para los ciudadanos: un modelo global de administración*, Netbiblo, INAP, La Coruña-Madrid, 2013. p. 12.

(33) MENDES, J.: «Good administration in EU law and the European Code of Good Administrative Behaviour», en *EU Working Papers Law*, n.º 9, 2009. p. 3.

II.2. La relación entre el derecho a una buena Administración y la evaluación del desempeño del empleado público

La mal llamada evaluación del desempeño por el EBEP (34), regulada en su artículo 20, incluye resultados o rendimientos y conductas o desempeños *stricto sensu*, que en su conjunto permitirán saber si el empleado público, y por extensión la Administración, cumplen los criterios de calidad que se hayan fijado previamente mediante una adecuada planificación estratégica y de recursos humanos. En tal sentido, y puesto que la evaluación no es, ni más ni menos, que una herramienta que aporta información valiosísima para conocer si el empleado está haciendo bien su trabajo y de acuerdo con los parámetros fijados, podemos concluir sin temor a equivocarnos que esta institución constituye un elemento esencial para la medición del grado de cumplimiento de la buen Administración.

Hemos de reiterar la importancia fundamental que el factor humano tiene en la consecución de los objetivos de las organizaciones públicas, desde la planificación de políticas públicas hasta la satisfacción de la necesidad concreta del ciudadano individual. Desde el punto de vista del empleo público, su adecuada planificación y gestión se tornan en elementos esenciales para el éxito de aquellas políticas. Por su parte, la evaluación del desempeño, como área o función de dicha gestión, se convierte en un elemento de primer orden en la consecución de los postulados de la buena Administración, siendo así porque desde nuestro punto de vista constituye —además— elemento central en dicha planificación por la información que ofrece para llevar a cabo sus objetivos,

Y puesto que la ejecución de sistemas de evaluación del desempeño requiere de una planificación adecuada y del establecimiento de las dimensiones e indicadores necesarios para llevarlos a cabo, la correcta aplicación de este principio pasa también porque cada Administración sepa exactamente lo que quiere, cuáles son sus puntos fuertes y áreas de mejora y qué elementos de la actuación del empleado público quiere reforzar o mantener (dentro de la consecución del conjunto de sus obligaciones) para dar cumplimiento al marco de derechos ciudadanos establecido por la buena Administración.

Con ello no estamos diciendo que deba darse más prioridad a unos derechos sobre otros, sino precisamente que, dentro de la correcta garantía de todos ellos, todo sistema de evaluación debe centrarse en re-

---

(34) Nos referimos a que desempeño, en sentido estricto, hace referencia a la conducta profesional, si bien, como convención, se ha considerado generalmente el término evaluación del desempeño con un carácter amplio, incluyendo tanto aquella como los resultados o rendimientos. También suele conocerse como evaluación del rendimiento.

cabar información sobre aquellos puntos que la planificación considera de mayor importancia o que hay que reforzar tras un estudio de las necesidades que más preocupan al ciudadano, tanto en lo relativo a resultados cuanto a trato personal. Y esto tiene mucho que ver con un requisito esencial de todo modelo de evaluación que veremos más adelante, la relevancia.

Partiendo de la consideración de que el modo en que actúan los empleados públicos (cómo hacen su trabajo, frente a qué hacen) constituye uno de los fundamentos del principio de buena Administración —aunque no es el único— y de que la conducta profesional es, precisamente, uno de los dos objetos de la evaluación del desempeño, cabe ahora realizar una breve aproximación a la concreta relación existente entre dicho principio y la evaluación de aquella.

El EBEP ha considerado que junto con la obtención de rendimientos y resultados el otro factor central para conseguir una Administración eficaz, eficiente y «buena» es tener en cuenta la conducta del empleado público. Y ello es así porque la satisfacción del ciudadano con los servicios públicos no solo se expresa a través de la correcta y pronta respuesta a sus necesidades; se refleja también, y de manera especial, en el trato que recibe de los empleados públicos. Todo ello, en conjunto, da lugar a la valoración que el ciudadano tiene de los servicios públicos y no tanto de los empleados que le hayan atendido, con lo que las Administraciones deben prestar una atención especial a la forma de actuar de estos.

El modo de evaluar la conducta es complejo por estar íntimamente relacionada con la psicología humana y encontrarse sometida a una serie de sesgos que dificultan sobremanera su buena ejecución. Por ello, lograr una gestión de personas que dé respuesta a los postulados de la buena Administración es complicado, pero queremos también insistir en la necesidad de aplicar sistemas de evaluación del desempeño en nuestras Administraciones, no solo porque con ella se podrá mejorar la eficacia y eficiencia de la propia gestión del personal sino sobre todo, y como objetivo más amplio, se estarán alcanzando las exigencias de aquel principio, que a la vez tratan de lograr esa misma Administración eficiente y eficaz, produciéndose un óptimo círculo que nos lleva a considerar que a través de la evaluación del desempeño se mejora la gestión del personal de las Administraciones Públicas, lo que al mismo tiempo servirá para alcanzar un mejor servicio público, consiguiendo dar cumplimiento al principio de buena Administración.

Respecto a la evaluación de resultados y rendimientos nos encontramos con una situación similar aunque por su carácter más objetivo es quizás más fácil de evaluar y por tanto de comprobar su adecuación a los criterios exigidos por la buena Administración. Rendimientos y resultados sí pueden conectarse más sencillamente con las exigencias más claras

que establece el procedimiento administrativo y una respuesta directa a las necesidades del ciudadano (sin menospreciar el trato), pues suelen aplicarse varias dimensiones que reflejan preocupaciones constantes de aquel en todo procedimiento: tiempo (celeridad), coste y cantidad. La mejora de los resultados de la evaluación en estas dimensiones es un reto constante para cualquier Administración y una buena manera de medir su eficacia y eficiencia.

Ahora bien, vistos los dos elementos esenciales que configuran el objeto de la evaluación debemos mencionar uno de sus requisitos, la relevancia, que afecta a lo que se pretenda conseguir con cualquier sistema evaluador. PADILLA RUIZ recuerda que se trata de uno de los requisitos esenciales de todo sistema de evaluación del desempeño, por el que únicamente se deberán valorar aquellas tareas significativas (relevantes) de la actuación del evaluado (35). Habrá que restringir aquella primero a lo que esté en la mano del empleado, lo que dependa de su desempeño personal y no de otros; y además tiene que ser una tarea relevante, no cualquier cosa que realice. Hay que priorizar e ir a lo importante y necesario para saber de manera fiable si se cumple con lo esperado y por tanto si se aplica correctamente el principio de buena Administración.

Por tanto, podemos concluir que la evaluación del desempeño se torna en un apoyo imprescindible para dar cumplimiento al principio de buena Administración pues aquella, atendiendo a los aspectos más relevantes del trabajo de los empleados públicos, responde perfectamente a sus exigencias al tener presente todo cuanto esta exige en su desempeño profesional, tanto desde el punto de vista de la conducta cuanto del rendimiento.

III. Conclusiones

La introducción del principio de buena Administración en el ordenamiento jurídico denota una vez más las grandes carencias que vienen arrastrando nuestras Administraciones Públicas desde hace décadas, unas de carácter estructural y otras debidas en parte a los nuevos desafíos con que se encuentran para dar respuesta a los cada vez más rápidos avances de la sociedad.

Consideramos la buena Administración como un marco en el que se engloban una serie de derechos del ciudadano y coetáneas obligaciones de las Administraciones y empleados públicos, configurado como un

---

(35) PADILLA RUIZ, Pedro: *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016. p. 70 y ss.

principio o marco general de actuación que trata de dar mayor consistencia a esa necesidad de actuar conforme a los principios éticos y de conducta en que se plasma, sin perder de vista los derechos y garantías concretos que deben respetarse dentro del procedimiento administrativo.

Con objeto de dar cumplimiento a los tan ansiados objetivos de eficacia y eficiencia administrativa el legislador del EBEP por fin fue consciente de la importancia de aplicar los principios de la buena Administración en el empleo público. Con el fin de ofrecer un marco imprescindible para el buen desempeño de los empleados públicos se crearon los principios éticos y de conducta, que si bien no son los únicos elementos a tener en cuenta sí al menos constituyen una herramienta necesaria para explicar dicho principio.

Además, con este código se ofrece un imprescindible apoyo a la fundamental institución de la evaluación del desempeño en su faceta de control sobre cómo realiza su trabajo el empleado público, algo imprescindible para poder medir ese desempeño *stricto sensu*, a la vez que se logra el mencionado punto de partida para el logro de la Administración eficiente y preocupada por el interés general que todos queremos.

Finalmente, no hay que perder de vista que la buena Administración también se fundamenta en los aspectos o derechos más objetivos de cuanto hace el empleado público dentro del procedimiento administrativo, como los resultados y rendimientos. Estos forman parte también consustancial de la evaluación del desempeño, reforzando así su estrecha relación, formando un círculo entre el empleado público, su evaluación y el logro de la buena Administración.

IV. Bibliografía

- AMILIVIA GONZÁLEZ, Mario y NALDA GARCÍA, José C.: «Principios de buena Administración y función consultiva», en *Revista española de la función consultiva*, n.º 9, 2008, pp. 17-30.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco J.: *El derecho a una buena Administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: *Curso de Ciencia de la Administración*, Vol. I, 4.ª edic., Tecnos, 2000.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio: «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en SANTAMARÍA PASTOR Juan Alfonso (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 1137-1165.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí: *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, 1.ª edic., INAP, Madrid, 2005.

- DÍAZ MUIÑA, Manuel y MURILLO GARCÍA-ATANCE, Ignacio: «La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena Administración», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 32, 2008, pp. 133-170.
- DÍAZ Y DÍAZ, María Cruz: *El empleado público ante el procedimiento administrativo: deberes y obligaciones de buena administración*, La Ley. Grupo Wolters Kluwer., 2011.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel: «El derecho a la buena administración en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 15, 2008, pp. 137-154.
- GÁMEZ GÁMEZ, José Antonio: *El derecho a una buena Administración desde la perspectiva de la ética pública: el buen gobierno y la buena conducta administrativa*, 2009.
- GUILLEM CARRAU, Javier: «La buena administración en la UE tras el Tratado de Lisboa: ¿más por menos?», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n.º 25, 2011, pp. 69-103.
- LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.: «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 30, 2007, pp. 445-458.
- LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.: «La buena administración en la Administración General del Estado», en *Actualidad administrativa*, n.º 4, 2007, pp. 405-414.
- MEILÁN GIL, José Luis: «La buena Administración como institución jurídica», en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n.º 87, 2013, pp. 13-50.
- MENDES, J.: «Good administration in EU law and the European Code of Good Administrative Behaviour», en *EUI Working Papers Law*, n.º 9, 2009.
- OCDE.: *Public Servants as Partners for Growth: Toward a Stronger, Leaner and More Equitable Workforce*, OECD Publishing, Paris, 2011.
- PADILLA RUIZ, Pedro: *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*, Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- PONCE SOLÉ, Julio: *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, 1.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2001.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *El derecho a una buena administración para los ciudadanos: un modelo global de administración*, Netbiblo, INAP, La Coruña-Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «El derecho fundamental a la buena Administración en la Constitución española y en la Unión Europea», en *REGAP: Revista galega de Administración Pública*, n.º 40, 2010, pp. 235-264.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: «Ética pública y buena Administración de instituciones públicas», en *Revista de estudios locales. Cunal*, n.º 98, 2007, pp. 14-21.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime: «El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena Administración de instituciones públicas», en *Revista de derecho público*, n.º 113, 2008, pp. 31-42.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Consideraciones generales sobre el Estatuto Básico del Empleado Público», en *Justicia Administrativa*, n.º 36, 2007, pp. 5-23.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Comentarios al artículo 103», Casas Bahamonde M.^a Emilia y Rodríguez Piñeiro Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española: XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1.682 y ss.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, CASES MÉNDEZ, José Ignacio, et al.: *Informe de la Comisión para el estudio del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP [versión electrónica], Madrid, 2005.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 40, 1984, pp. 43-86.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz: *El derecho fundamental a una buena administración*, 1.^a edic., INAP, Madrid, 2004.
- TORNOS MAS, Joaquín: *El derecho a una buena administración [recurso electrónico]*, Barcelona, Sindicatura de Greuges de Barcelona, 2007.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia*, INAP, Madrid, 1996.
- VON GIERKE, Otto Friedrich: *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Weidmann, Berlín, 1887.

Trabajo recibido el 3 de mayo de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Herritarrei emaitza onak eskaintzeko orduan, Administrazio Publikoa ez dute beti gidatu izan bere xede eta betebeharrekin bat egiten duten jarduera-ereduek, eta administrazio txarra deritzona ekarri du horrek. Horren ondorioak ahultzeko, administrazio ona edukitzeko eskubidea eta administrazio onaren printzipioa agertu ziren, administrazioak jarduteko esparru gisara. Hala ere, enplegatu publikoek jarduteko esparrua izateko sortu ziren batez ere, horietatik baitira gizarteak eskatzen duen administrazioaren benetako egileak.

Kontzeptu horretara hurbildu ondoren, eta hortik abiatuta, printzipio horren eta enplegatu publikoek kalitateko administrazioa lortzeko egiten duten jardueraren arteko harremana aztertuko dugu. Zehazki, printzipioak enplegatuen jarrera profesionalarekin eta lanaren gaineko ebaluazioarekin duen lotura aztertuko dugu; izan ere, ebaluazio hori funtsezko tresna da, administrazio on horren betetze-maila egiaztatzeko informazioa ematen du-eta.

GAKO HITZAK: Administrazio ona. Enplegatu publikoa. Lanaren ebaluazioa. Eraginkortasuna. Efizientzia.

RESUMEN: La Administración Pública no siempre se ha guiado por modelos de actuación acordes con sus objetivos y obligaciones a la hora de ofrecer resultados satisfactorios a los ciudadanos, dando lugar a lo que se ha venido en llamar una mala Administración. Para contrarrestar sus defectos apareció el derecho-principio de buena Administración como marco de actuación de aquella, pero sobre todo de los empleados públicos, verdaderos artífices de la Administración que reclama la sociedad.

Partiendo de una aproximación a tal concepto, analizamos la relación existente entre dicho principio y la actuación del empleado público para el logro de una Administración de calidad, abordando en particular su conexión con la conducta profesional y con la evaluación del desempeño, herramienta esencial, por otra parte, por la información que ofrece a la hora de comprobar el grado de cumplimiento de esa buena Administración.

PALABRAS CLAVE: Buena Administración. Empleado público. Evaluación del desempeño. Eficacia. Eficiencia.

ABSTRACT: Public Administration has not always been guided by models of action according to its objectives and duties in order to offer satisfactory results to the citizens. This has gave rise to what it has been called a bad Administration. In order to counteract its shortcomings the right-principle of good Administration has appeared as a framework of the Administration action, but above all of the public employees, real authors of the Administration that the society demands.

On the basis of an approach to this concept we analyze the existing relationship between this principle and the public employee performance in order to achieve the quality in the Public Administration, addressing, in particular, its con-

nection with professional behaviour and job evaluation, which is an essential tool, on the other hand, due to the information it offers to verify the degree of compliance of that good Administration.

KEYWORDS: Good Administration. Public Employee. Job evaluation. Efficacy. Efficiency.

La evaluación del desempeño en la normativa autonómica sobre función pública

Juan José Rastrollo Suárez

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.13>

Sumario: I. Introducción.—II. La evaluación del desempeño en la normativa autonómica. II.1. Aragón. II.2. Principado de Asturias. II.3. Baleares. II.4. Castilla-La Mancha. II.5. Castilla y León. II.6. Comunidad Valenciana. II.7. Extremadura. II.8. Galicia. II.9. País Vasco.—III. Conclusiones.—IV. Bibliografía.

I. Introducción

La evaluación del desempeño fue introducida en el ámbito de la función pública estatal a través de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, hoy convertido en Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (en adelante TREBEP). Su Exposición de motivos la identificó como «elemento fundamental de la nueva regulación» llamado a introducir «un factor de motivación personal y de control interno» en consonancia las reformas que se habían emprendido en Europa, la misma venía a dar cumplimiento al principio de eficiencia en el seno de la Administración, incompatible con dispensar a todos los empleados el mismo trato sin tener en cuenta su rendimiento y su actitud ante el servicio. La evaluación aparece, además, ligada al principio de eficacia que, directamente vinculado a la cláusula de Estado Social, aparece en la Constitución Española como su vertiente instrumental⁽¹⁾,

---

(1) ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 186 y ss.

y como principio general que debe aplicarse, sin distinción, a todas las Administraciones.(2)

Sin embargo, el carácter novedoso de la evaluación del desempeño solo es relativo. La misma cuenta ya con una dilatada historia en el seno de diversas administraciones y, por mucho que durante un tiempo se identificara la evaluación con una herramienta «neogerencialista» encaminada a la «empresarialización» de la función pública(3), sus orígenes se remontan en el tiempo mucho más allá de la década de los ochenta y su introducción en el ámbito de la Administración puede y debe encaminarse a su sostenibilidad, incrementado derechos como los de participación ciudadana o buena administración y principios como el de transparencia(4).

La primera experiencia en materia de evaluación del desempeño de empleados públicos estadounidenses de la que existe constancia es, muy posiblemente, la relativa a los militares estadounidenses que formaban parte del Departamento de Guerra durante 1813, sometidos a evaluación por parte de su general, que les otorgaba calificaciones en función del desempeño de sus tareas(5). Dicha experiencia se extende-

(2) Como puso de manifiesto, entre otras la Sentencia 85/1983, de 25 de octubre del Tribunal Constitucional. Véase, sobre el complejo proceso de incorporación del mismo a la Constitución, PAREJO ALFONSO, L.: «La eficacia como principio jurídico de actuación de la Administración Pública», Documentación Administrativa 218-219, 1989, pp. 15 a 66, que relata el proceso de incorporación del principio a la Norma Fundamental a lo largo del proceso de elaboración de la misma, «La eficacia, principio de la actuación de la Administración», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, 1995, pp. 89 a 152. De las posibles formas de materialización del principio en el ámbito de la función pública ya ha dado cuenta el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos. Así, el FJ3 de la STC 178/1989 de 2 noviembre declara, al referirse a la obligación de «dedicación exclusiva» de los funcionarios públicos, que el principio de eficacia «debe presidir, como es obvio, lo que es previo a la actividad administrativa, la «organización» y, en consecuencia, el aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública, entendida ésta en sentido amplio».

(3) En buena medida vinculada a diversos informes de la OCDE, entre los que puede consultarse *Administration as Service: The Public as Client* (1987) *The Control and Management of Government Expenditure* (1987) *Flexible Personnel Management in the Public Service* (1990) *Public Management Developments: Survey 1990* (1990) *Public Management Developments: Update 1991* (1991) *Public Management Developments: Update 1992* (1992) *Public Management Developments: Survey 1993* (1993) *Private Pay for Public Work: Performance Related Pay Schemes for Public Sector Managers* (1993) *Public Management: OECD Country Profiles* (1993) *Pay Flexibility in the Public Sector* (1993) o *Performance appraisal: practice, problems and issues* (1993), entre otros.

(4) En tal sentido puede hacerse referencia a la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, que en conexión con otras normas autonómicas y el Estatuto de autonomía establece, complementando las medidas de buena administración, «un sistema de evaluación permanente de los servicios y con el reconocimiento del derecho de la ciudadanía a formular propuestas y sugerencias».

(5) BELLOWES, R.M. y ESTEP, M.F.: *Employment Psychology: The Interview*, Rinehart, New York, 1954, apud WIESEL, D. S. y BUCKLEY, M. R.: «The evolution of the performance appraisal process», *Journal of Management History*, Vol. 4 Iss 3, 1998 p. 235.

ría a lo largo del siglo XIX, de forma progresiva y aislada, a diversos ámbitos de la Administración federal, en los que se comenzaría a utilizar el mecanismo de las calificaciones de mérito o índices de eficiencia en relación con la medición de la competencia, fidelidad o atención de los empleados públicos. Las calificaciones de los empleados, plasmadas en diversos informes, llegarían a ser requeridos por el Congreso estadounidense durante las décadas de los 40 y los 50 del siglo XIX (6). En el siglo XXI, tras diversas etapas de evolución a lo largo del siglo XX, la evaluación del desempeño sigue siendo habitual en diversas Administraciones estadounidenses. Objeto de una constante reinención, algunas de las transformaciones que ha sufrido en las últimas décadas han ido encaminadas a dotarla de una mayor homogeneidad y a incrementar de las cotas de aceptación y de éxito en relación a los fines que pretende conseguir (7).

Por su parte, distintos países europeos han llevado a cabo profundos procesos de reforma de su función pública a lo largo de las primeras décadas del siglo XXI centrados, en gran medida, no tanto en la introducción sino en la «reinención» de la figura (8). Es el caso de

(6) Concretamente a partir de 1842, como indican WHITE, L.D., *The Jacksonians*, The Macmillan Co., New York, 1954 apud NYWIESEL, D. S. y BUCKLEY, M. R.: «The evolution...» *op. cit.* p. 235

(7) Aprovechando, por ejemplo, las ventajas de incorporar algunas características propias de la evaluación llevada a cabo bajo los parámetros del Total Quality Management, como indican NIGRO, LL. G. y KELLOUGH, J. E.: *The new public personnel administration*, Cengage, Boston, 2013, p. 159 o CONDREY, S. E.: «Public human resource management: how we get where we are today» en RICCUCCI, N. M.: (Dir.) *Public personnel management. Current concerns, future challenges*, Longman, Boston, 2011, pp. 23 y ss. En relación a la necesidad de simplificación de los sistemas de evaluación del desempeño pueden consultarse las conferencias de John BERRY, ex director de la United States Office of Personnel Management, como la ofrecida en la Maxwell School de la Universidad de Siracusa: <https://www.opm.gov/news/speeches-remarks/a-merit-system-for-the-21st-century/> (consultado el 31 de octubre de 2016).

(8) A lo largo del siglo XX, diversas Administraciones europeas incorporaron mecanismos de evaluación de los empleados públicos. Por ejemplo, la *notation*, o calificación de los funcionarios, nació en Francia con el primer *Statut général de la Fonction Publique* de 1946. A partir del mismo se institucionaliza un sistema de calificación de los funcionarios públicos que seguiría vigente, sin grandes modificaciones, hasta el siglo XXI. En los mismos términos, se instauró el *Rapporto informativo e giudizio complessivo* por el artículo 42 del *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato* italiano de 10 de enero de 1957. La norma estableció la necesidad de emitir un informe motivado al final de cada año que debía hacer referencia a la calificación cada empleado estableciéndose que aquel empleado que hubiera sido objeto de una sanción disciplinaria durante el año no podía recibir una calificación superior a «buono». Sobre el primer estatuto general de la función pública francés véase GRÉGOIRE, R.: *La fonction publique*, A. Colin, Paris, 1954 y sobre la evolución de la relación estatutaria en la función pública francesa, véase ROUBAN, L.: *Le statut des fonctionnaires comme enjeu socio-historique*, *Revue Française d'Administration Publique*, 132, 2009, pp. 673 a 687. En relación a la evolución de la función pública en Italia desde la entrada en vigor del Estatuto Albertino hasta la fecha de publicación de dicha norma —con especial atención a los elementos que han singularizado el empleo público italiano, como la relevancia del Consejo de Estado— ORTEGA ÁLVAREZ, L. I.: «La función pública en el ordenamiento histórico italiano», *Revista de Administración Pública* 96, 1981, pp. 71 a 178.

Francia (a través del *Décret n.º 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'Etat* desarrollado por la *Circulaire du 23 avril 2012*, que contemplaría la aplicación de una nueva forma de evaluación, superando la tradicional *notation* desde el 1 de enero de 2012)(9), Gran Bretaña (a través del *Civil Service Reform Plan* de 2012), Italia (a través de la *Legge 4 marzo 2009, n. 15 che delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti*, vinculada a la reforma Brunetta)(10) o Portugal (a través de la *Resolução do Conselho de Ministros n.º 95/2003, de 30 de julho* y de la *Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2004, de 21 de abril*)(11).

En España pese a que las normas estatales no hacían referencia a un prístino sistema de evaluación que si existía en otros países como Francia (desde 1946) o Italia (desde 1957), el Decreto 316/1964 estableció la posibilidad de premiar a aquellos funcionarios que se distinguieran notoriamente en el cumplimiento de sus deberes a través de tres mecanismos: la mención honorífica, los premios en metálico y las condecoraciones y honores, con reflejo en la hoja de servicios del funcionario a tener en cuenta como mérito en los concursos (artículo 66)(12).

(9) Cuya interpretación y alcance deben complementarse con lo referido en la *Circulaire relative aux modalités d'application du décret n.º 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'Etat*

(10) Véase BACCI, A., BUONAURO, C., CAROSI, A., CLARICH, M., De ANGELIS, L. M., MATTARELLA, B., NADDEO, A., PANOCCHIA, I. y VERBARO, F.: *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Promo P. A. Fondazione, Lucca, 2010, pp. 181 a 193

(11) Véase MADUREIRA, C.: «Sistema integrado de avaliação de desempenho na administração pública portuguesa (SIADAP). Balanço de uma década», *Lusíada. Economia & Empresa*. 20, 2015, pp. 171 a 194.

(12) Además se pretendía premiar la innovación, al establecerse la necesidad de consignar en los Presupuestos Generales del Estado créditos destinados a la concesión de premios para recompensar iniciativas y sugerencias en relación a la mejora de la Administración, «servicios eminentes» y todo mérito relevante o que redundara en una mejora de la eficacia administrativa. También es escasa la referencia en la norma de 1964 y en la Ley 31/1965, de 4 de mayo, sobre retribuciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado al reflejo de ese especial rendimiento en la masa salarial del funcionario, más allá de la definición recogida en el artículo 101. 4 de la Ley articulada, determinando que los incentivos remuneraban «un rendimiento superior al normal en el trabajo» y que se establecerían «cuando la naturaleza del servicio permita señalar primas a la productividad.» Véase, sobre la historia del régimen retributivo de los funcionarios públicos en España previa a la entrada en vigor de la constitución NIETO GONZÁLEZ, A.: «La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad», *Revista de Occidente*, Madrid, 1967 y, con posterioridad a la misma CASTILLO BLANCO, F.: «¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos? Una reflexión mirando a la historia.», *Revista Española de Derecho Administrativo* 112, 2001, pp. 493 a 532.

Desde 2007 es el artículo 20 del actual TREBEP el que define la evaluación del desempeño como el procedimiento que —adecuándose a los criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación— mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados de los empleados públicos. Las escasas referencias que le dedica la norma estatal sirven para vincularlo a la carrera horizontal, identificando el resultado de la evaluación como uno de los criterios a valorar a la hora de determinar el grado de progresión del funcionario de carrera en la misma (artículo 17. b TREBEP), la provisión y mantenimiento de los puestos de trabajo y a la determinación de una parte de las retribuciones complementarias (artículos 22.3 y 24. c) TREBEP). Además, el Estatuto determina expresamente que las normas que fijan los criterios y mecanismos generales en relación con los procesos de evaluación del desempeño, son materia de negociación colectiva (artículo 37. 1. d) TREBEP).

II. La evaluación del desempeño en la legislación autonómica sobre función pública

A lo largo de las siguientes páginas hacemos referencia a determinadas Comunidades Autónomas que, bien han incorporado la figura de la evaluación del desempeño a su ley autonómica en materia de función pública (fundamentalmente por haber sido aprobada con posterioridad a 2007), o bien cuentan con un Reglamento relevante y con vocación de generalidad en el seno de la Administración, como ocurre en el caso Principado de Asturias. Además, recogemos la regulación de la evaluación del desempeño contenida en aquellos Anteproyectos y Proyectos de ley autonómicos en materia de función pública que incorporan la referencia a un sistema de evaluación (13).

II.1. Aragón

El Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (TRLO-FPA) hace referencia a diversas cuestiones vinculadas a la evaluación del

---

(13) Véase sobre la legislación autonómica en materia de función pública dedicada a la evaluación del desempeño ADIEGO SAMPER, C.: «Evaluación del desempeño. Un sistema integral» en VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J. y HERRERA DÍAZ-AGUADO, L. (Coords.): Cooperación en la formación entre instituciones, INAP, Madrid, 2015pp. 211 a 315 y PADILLA RUIZ, P.: Gestión del empleo público, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 139 y ss.

desempeño, sin que en la norma se dé una definición del mismo o se haga referencia expresa al procedimiento a seguir para llevarla a cabo (14). La Comisión es configurada como el órgano técnico de coordinación e información sobre la ordenación y gestión del personal (artículos 10 y 13). Llama en este sentido la atención, la falta de alusión expresa a la participación de los sindicatos o cualquier representante de los trabajadores.

El artículo 31. 3 TRLOFPA, por su parte, prevé legalmente una consecuencia en la relación de servicio derivada de una evaluación del desempeño de carácter negativo. Concretamente, hace alusión a la posibilidad de que el funcionario sea removido de su puesto de trabajo, obtenido por concurso, por ser su rendimiento notoriamente insuficiente «mediante resolución motivada, previa audiencia del interesado y oída la Junta de Personal que corresponda» (15). Complementando dicho pronunciamiento, el artículo 19 del Decreto 80/1997, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos, de trabajo, carrera administrativa y promoción profesional de los Funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, matiza que el rendimiento insuficiente al que hace referencia la Ley aragonesa como causa de remoción no debe comportar inhibición e impedir realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto.

(14) Sí establece quién tiene la competencia en relación a su configuración, al reconocer en su artículo 12. 2 c. la del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales de Impulsar en relación a la coordinación y, en su caso, establecimiento y ejecución de los «planes, medidas y actividades tendentes a mejorar el rendimiento en el servicio, la formación y promoción del personal.» Por su parte, el artículo 13. 3. c) otorga a la Comisión Interdepartamental de la Función pública la competencia en relación a la formulación de propuestas orientadas a «la mejora de la organización, las condiciones de trabajo y el rendimiento del sistema de recursos humanos de la Comunidad Autónoma».

Como observaremos en páginas posteriores, la Comunidad Autónoma de Aragón viene trabajando durante algunos años en la reforma de su normativa en materia de función pública, haciéndose referencia en el Anteproyecto a la incorporación de sistemas de evaluación del desempeño en las Administraciones. Véase en este sentido RECIO SÁEZ DE GUINOA, J. M. y FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, L.: «Líneas generales de la nueva ley de empleo público de Aragón», *Revista Aragonesa de Administración Pública* 13, 2011, pp.65 a 95 y, más concretamente en relación con la incorporación del procedimiento objeto de nuestro estudio GORRITI BONTIGUI, M: «La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas. Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón», *Revista Aragonesa de Administración Pública* 13, 2011, pp.297 a 320.

(15) De entre los mismos, son los que se encuentran en esta situación a consecuencia de la falta de rendimiento los únicos a los que no se les asegura, cuando no obtienen otro por los sistemas de concurso o libre designación, ser «adscritos provisionalmente a otro puesto propio de su Cuerpo, Escala y Clase de especialidad, con carácter preferente en el mismo área de especialización del puesto de procedencia, cuyo nivel de complemento de destino asignado no será inferior en más de dos niveles al de su grado personal consolidado, en la misma localidad y con el mismo régimen de dedicación, percibiendo las retribuciones complementarias del puesto suprimido o cuyo contenido haya sido alterado, salvo que puedan percibir otras superiores por el desempeño provisional de un puesto que las tenga atribuidas» (artículo 43. 2). Esta posibilidad se reserva únicamente para los trabajadores removidos por otras causas o cuyo puesto de trabajo se ha suprimido. Ello puede suponer un agravio comparativo no suficientemente justificado en la medida en que en la norma aragonesa con rango de Ley no se menciona el procedimiento a seguir para la evaluación ni se hace referencia a la formación como posible consecuencia de una evaluación negativa.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de la Función Pública de Aragón incorpora interesantes novedades en la materia, introduciendo la gestión del rendimiento en la función pública aragonesa. En primer término, el artículo 6. 2. i) le atribuye al Gobierno de Aragón, a propuesta del Consejero competente en la materia, el establecimiento del sistema de gestión del rendimiento de acuerdo a lo establecido en la norma. A su vez, reconoce como competencia propia del Instituto Aragonés de Administración Pública en relación con los servicios y empleados públicos de la Comunidad Autónoma «La gestión del rendimiento de los empleados públicos, en el marco de su progresivo desarrollo profesional, conforme al sistema establecido para ello en la Administración de la Comunidad Autónoma» (10. 3. I).

El Capítulo III del Título III está íntegramente consagrado a la gestión del rendimiento vinculada, tanto a la carrera horizontal como a las retribuciones complementarias. En el mismo se determinan su concepto, su finalidad y sus efectos, así como su extensión al ámbito del personal directivo, que habrá de ser evaluado conforme a los criterios de eficacia, eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados y conforme a los objetivos fijados en la convocatoria del procedimiento para su designación (artículo 36). Tras introducir el deber de las distintas Administraciones de incorporar sistemas de gestión del rendimiento, la norma establece la necesidad de que contribuyan al desarrollo profesional, la mejora del rendimiento, la motivación, la formación y la adquisición de nuevas competencias, consagrando como criterios fundamentales a partir de los que desarrollarlos los de relevancia de los contenidos, fiabilidad de los instrumentos, transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, debiéndose aplicar con pleno respeto a los derechos de los empleados.

Como incorporación reseñable del Anteproyecto Aragonés está la referencia a las Comisiones de Garantías, órganos colegiados de carácter técnico encargados de conocer de las revisiones que los trabajadores soliciten en relación a los procesos de evaluación. Su composición y el resto de sus funciones se reserva al desarrollo reglamentario —no sin antes advertir de la necesidad de que sus miembros cumplan con los criterios de imparcialidad, idoneidad y profesionalidad—, determinando el quinto epígrafe del artículo 34 la necesidad de negociación previa al establecimiento de los criterios y mecanismos para la evaluación.

Respecto a los efectos de la evaluación, tan solo nos encontramos con la referencia a los ámbitos en los que pueden materializarse: promoción profesional, formación, provisión de puestos de trabajo, continuidad en el puesto y retribuciones complementarias de los empleados. No obstante, se consagra como efecto negativo el que no se tendrán en cuenta méritos de experiencia y antigüedad durante el periodo evaluado en procesos de selección, provisión y promoción profesional.

El artículo 47. 5 incorpora la necesidad de tener en cuenta el cumplimiento del Código de Conducta en el apartado de valoración de la conducta del empleado. Por su parte, el artículo 92. 1 b) establece que el rendimiento notoriamente insuficiente puesto de relieve a través de evaluaciones negativas del rendimiento, puede conducir a la remoción de los empleados que hayan obtenido un puesto de trabajo por concurso (artículo 111. 1. b). Además, se tienen en cuenta los resultados de la gestión del rendimiento para prolongar la permanencia en el servicio activo hasta los setenta años.

II.2. Principado de Asturias

Asturias es una de las Comunidades Autónomas que cuenta con un régimen jurídico más desarrollado en materia de evaluación, si bien dicho desarrollo se encuentra fundamentalmente en el ámbito reglamentario. No obstante, la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias (LOFPAS), define en su artículo 49 quáter (incorporado por Ley 5/2009, de 29 de diciembre, de séptima modificación de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública, para la regulación de la carrera horizontal) la evaluación del desempeño en los mismos términos en los que lo hace la norma básica estatal, determinando que los sistemas a implantar atenderán en todo caso a los principios marcados por el TREBEP. Este mismo artículo, incorpora la obligación de establecer dichos sistemas —que habrán de desarrollarse, como ha ocurrido, por vía reglamentaria— en toda la Administración del Principado (16).

(16) En relación al ámbito competencial, es el artículo 15. 1 el que atribuye al Consejero de la Presidencia la función de «impulsar, coordinar y, en su caso, establecer y ejecutar los planes, medidas y actividades tendentes a mejorar el rendimiento del personal.» Como el resto de normas autonómicas que dedican parte de su articulado a la evaluación del desempeño, la norma asturiana destaca los efectos que puede tener sobre diversos aspectos de la relación de servicio la evaluación. En primer término cabe destacar la estrecha vinculación que el artículo 49. bis. 2 establece entre carrera horizontal y evaluación del desempeño, la cual se determina como uno de los méritos a valorar. En segundo término, debemos hacer mención al complemento de productividad, reconocido a los funcionarios como retribución complementaria destinada a retribuir el especial rendimiento (artículo 78. 3 c). Por último, podemos destacar que la Ley asturiana reconoce expresamente la necesidad de someter a los directivos públicos —incorporados al ordenamiento jurídico asturiano a través de la Ley del Principado de Asturias 7/2014, de 17 de julio, de medidas en materia de función pública y organización administrativa— a evaluación en los mismos términos en que lo hace el TREBEP (artículo 8. bis. 2 LOFPAS) y que los artículos 91. f y 92. c) tipifican como faltas muy graves o graves, respectivamente, la «notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas» y «la disminución grave de rendimiento en la ejecución de los trabajos encomendados». Además, en relación al los directivos públicos, la norma de 2014 estableció como causa de cese a partir de la modificación del artículo 55. 1 la «Evaluación negativa del plan anual de objetivos de los titulares de los puestos directivos».

Por su parte, el Decreto 37/2011, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias consagra al procedimiento objeto de nuestro estudio su Título II, describiéndolo ampliamente. Pero, además, encontramos diversas referencias a la figura a lo largo del resto del articulado.

Lo primero que destaca es la consideración de la evaluación del desempeño como procedimiento que debe realizarse de forma individualizada y —como norma general— anualmente. Ello aunque se establezcan objetivos, tanto de carácter individual como de carácter colectivo (artículo 25 y 26 en relación con los artículos 46 y siguientes). Siguiendo la lógica establecida en la LOFPAS, se vinculan evaluación del desempeño y carrera horizontal (pues es necesaria la incorporación al sistema de progresión en la misma), estando dentro del ámbito subjetivo de aplicación del procedimiento los funcionarios de carrera de la Administración autonómica (incluyendo sus organismos públicos y entes públicos) en situación de servicio activo u otra que suponga reserva de plaza, y los de otras Administraciones que ocupen puestos en la Administración autonómica a partir de sistemas de concurso o libre designación (17).

La evaluación del desempeño en la Administración asturiana se realiza por el superior jerárquico y no por un órgano colegiado que aúne distintos intereses como en otras legislaciones (18). Debe tratarse, como norma general, de personal fijo. Sin embargo, también se contempla la posibilidad de que los altos cargos se conviertan en evaluadores, únicamente en el caso de que los evaluados presten servicios bajo su dependencia directa (19). Además de evaluador y evaluado, interviene un tercer actor en

(17) Por lo tanto, el ámbito de aplicación del reglamento es restringido: se reduce a la Administración autonómica y, dentro de la misma, a los funcionarios de carrera incorporados al sistema de progresión en la carrera horizontal. Se establece una última condición: el desempeño efectivo de los puestos de trabajo de forma continua o no durante al menos el 30% de su jornada laboral.

(18) La jurisprudencia ha dejado de manifiesto la necesidad de que el evaluador tenga unos conocimientos en cuanto a la actividad desarrollada reflejados en una titulación similar en resoluciones como las STSJ Madrid 901/2011 de 8 de noviembre o STSJ Andalucía (sede de Granada) 374/2016 de 15 de febrero, dejando de manifiesto la imposibilidad de que un diplomado en enfermería pueda ocupar el cargo de Director/a de la Unidad de Gestión Clínica (UGC) de Cuidados Críticos y Urgencias por llevar aparejado el cargo, entre otras, la función de evaluar el desempeño de la actividad desarrollada por el personal médico. El Tribunal Supremo reafirmó además el contenido de las primeras de las sentencias a través de la STS de 30 de mayo de 2014 (Recurso 2983/2012)

(19) Estos además, como resulta lógico, deben encontrarse en el ejercicio efectivo de su cargo cuando se produzca la evaluación pues en caso contrario se produce un vicio procedimental invalidante, como ha dejado de manifiesto la STS Madrid 10176/2009 de 18 de noviembre de 2009 (FJ 3).

el proceso de evaluación: el superior jerárquico del evaluador, que será el encargado de aprobar el informe de evaluación definitivo en vista de la labor realizada por el evaluador y de las alegaciones presentadas por el evaluado (20).

Del articulado del Reglamento asturiano se desprende que las fases del procedimiento de evaluación previstas en la norma son las de: 1) Configuración de la unidad de evaluación en los términos anteriormente vistos, 2) Realización de la entrevista de evaluación 3) Realización de la evaluación en base a la técnica reglamentariamente establecida —que a continuación examinaremos—, 4) Remisión de la evaluación al responsable superior, 5) remisión de las alegaciones por parte de los evaluados al superior del evaluador, en su caso, 6) notificación de la evaluación a los funcionarios después de que la misma haya obtenido la conformidad del superior y, por último, 7) Proposición de acciones de mejora por parte del evaluador (en el supuesto de que se haya obtenido una evaluación negativa en el área de desempeño de tarea).

Una vez determinada la composición de las unidades de evaluación, será preciso llevar a cabo la entrevista. En ella, evaluador y evaluado intercambiarán pareceres, pudiendo los evaluados pronunciarse en relación a sus capacidades, la calidad del trabajo llevado a cabo o las condiciones laborales, apoyándose para ello, en su caso, en una memoria.

En el procedimiento de evaluación del desempeño recogido por el Reglamento Asturiano deben valorarse dos áreas: desempeño de tarea y desempeño contextual y organizacional. La primera de ellas hace referencia a la competencia con la que los evaluados desarrollan las actividades propias de su puesto de trabajo. La misma se concreta en una

---

(20) Estos tres tipos de actores componen lo que la norma asturiana define como unidad de evaluación: superior jerárquico del evaluador, evaluador (superior jerárquico de los evaluados) y evaluados, estando este último grupo conformado por el conjunto de funcionarios asignados a un determinado evaluador. La unidad viene determinada por la Consejería competente en la materia, a propuesta de las Secretarías Generales Técnicas de las distintas Consejerías y de las Direcciones o Gerencias de los organismos y entes públicos (artículo 39). Los funcionarios, evidentemente, tienen derecho a ser informados de la unidad de evaluación a la que pertenecen. Esta «jerarquización» de la evaluación del desempeño, que implica que la evaluación sea llevada a cabo por el superior jerárquico, se considera la más acertada para su implantación en las Administraciones públicas por algunos autores como GOITIRRI BONTIGUI, que en base a determinados estudios (fundamentalmente el de HUNTER, J.E. y SCHMIDT, F.L.: *Methods of meta-analysis: Correcting for error and bias in research findings*, Sage, Newbury Park, CA 1990. Según afirma el autor) «la fiabilidad de las medidas es uno de los principales handicaps a la hora de implantar una ED en las AAPP. La fiabilidad habla de la consistencia interna del instrumento (α), estabilidad en el tiempo y grado de acuerdo entre evaluadores (fiabilidad interjueces). Si ya es un cambio cultural hacer una ED en las AAPP, más lo es hacerlo dos veces, preguntar a varios, preguntar lo mismo en distintos periodos de tiempo o a compañeros de trabajo (pares).» «La evaluación de desempeño en la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 50, 2011, p. 353.

serie de dimensiones que varían en función del grupo al que pertenezcan los funcionarios evaluados(21). El segundo área se centra en las conductas o comportamientos del evaluado que «contribuyen a la eficacia de la administración ayudando al contexto social y humano, con actitudes que definen el ambiente del puesto de trabajo y sirven como catalizadores y facilitadores del desempeño de las tareas, propias y de otros, así como las conductas y acciones realizadas voluntariamente por los funcionarios que resultan relevantes para los legítimos intereses de la Administración». Las dimensiones vinculadas al mismo son similares para todos los trabajadores, con independencia del grupo al que pertenezcan. Concretamente, el artículo 34. 1 del Reglamento se refiere a las de orientación a objetivos y resultados, iniciativa, compromiso con la organización, colaboración y cooperación con compañeros, compartir y transmitir conocimientos, mantenimiento voluntario del rendimiento laboral, mantenimiento voluntario de la calidad del trabajo, uso adecuado del tiempo y los recursos laborales, asistencia al trabajo y uso eficiente del tiempo y ritmo voluntario eficiente del trabajo (22).

Cada una de las dimensiones debe valorarse en el informe en base a una escala que va de 1 a 4, siendo negativas aquéllas evaluaciones de área que no superen el 2. Evidentemente es precisa su motivación en tal

---

(21) Así, para los funcionarios de los grupos A1 y A2, se contemplan la evaluación sobre las capacidades de toma de decisiones y organización planificación y resolución de problemas, además de evaluarse los conocimientos técnicos y la productividad, que la norma define como la cantidad y calidad de trabajo. Para los funcionarios de los grupos C1 y C2 y para las agrupaciones funcionariales, se contemplan las áreas de capacidad de aprendizaje, minuciosidad y responsabilidad, esfuerzo y perseverancia, conocimientos técnicos y productividad entendida en los mismos términos que en el caso anterior. Posiblemente, la necesidad de evaluar las mismas dos áreas en relación a todos los grupos de funcionarios, con independencia de que estas contemplen dimensiones diferentes, es un punto de rigidez que nunca debe ser excesiva en los procedimientos de evaluación del desempeño, como ha puesto de manifiesto NOGUER PORTERO, M. C. en «La evaluación del desempeño», en DEL REY GUANTER, S. (dir.). *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 303 a 326.

Sobre el valor ponderado de cada uno de los aspectos a valorar en los procedimientos de evaluación del desempeño desarrollados en la Administración pública asturiana véase SALGADO VELO, J. y LUIS CABRAL, A.: «Evaluación del desempeño en la Administración Pública del Principado de Asturias: análisis de las propiedades psicométricas», *Revista de psicología del trabajo y de las organizaciones/ Journal of work and organizational psychology* 2, 2011, pp. 75 a 91.

(22) Dicho de otra manera: si la primera de las áreas a evaluar hace referencia a la forma en la que el evaluado cumple las tareas asignadas a su puesto de trabajo, la segunda valora tanto la contribución del mismo al buen clima laboral y organizacional, como la innovación y creatividad que el funcionario demuestre en su desempeño, siempre que esta redunde positivamente en el funcionamiento de la Administración El anexo III lleva a cabo una descripción pormenorizada de las distintas dimensiones evaluables en las distintas áreas como capacidad de toma de decisiones, capacidad de organización y planificación o capacidad de resolución de problemas. La abstracción y generalidad de estos criterios fueron examinados por la STSJ Asturias de 17 de julio de 2012 que estimó parcialmente las pretensiones de la asociación Conceyu por otra función pública n'Asturies.

caso (23). Una vez elaborado, debe darse traslado al funcionario para que lleve a cabo alegaciones en el plazo de tres días, que pueden ser tenidas en cuenta por parte del superior jerárquico del evaluador para modificar las puntuaciones obtenidas. Posteriormente, el superior jerárquico procederá a la elaboración del informe (que debe remitir tanto al superior como a la Dirección General competente en materia de evaluación de recursos humanos con la conformidad del anterior), ello con anterioridad al 20 de diciembre de cada año.

Si existe disconformidad con el contenido el informe, el funcionario tiene la posibilidad de recurrir ante la Comisión de Revisión, que se configura como órgano competente para conocer de las solicitudes interpuestas por los funcionarios a consecuencia de su disconformidad con el contenido del informe emitido por su evaluador (24).

II.3. Baleares

La Exposición de motivos de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, (LFPiBAL) en su epígrafe primero ya hace referencia a la, denominada en Baleares, evaluación del rendimiento, como uno de elementos estratégicos a partir de los cuales conseguir los objetivos de profesionalizar y modernizar la función pública autonómica, mejorando asimismo la calidad del servicio

---

(23) Cabe poner de manifiesto en este punto que, además de la inseguridad jurídica que puede derivarse de la excesiva abstracción, generalidad y falta de concreción que puede resultar inherente a algunos de los criterios establecidos por la legislación para proceder a la valoración, es necesario que los mismos hagan referencia a objetivos que den alguna medida dependan del evaluado. En este sentido, el Procedimiento Abreviado n.º 268/11 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 1 de los de Gijón, que dio la razón a un funcionario que entendía que no procedía evaluar determinados indicadores (número de servicios no incendios y números de incendios a los que acudió) por ser ajenos a su desempeño habitual y no gozar de transparencia, objetividad, transparencia y no discriminación. No obstante, la STS Asturias 90321/2012 de 24 de octubre de 2012 dio la razón al Ayuntamiento en apelación.

Sobre la relevancia de tener en cuenta en el proceso evaluador los méritos con la mayor validez predictiva véase BASOREDO LEDO, C. y LÓPEZ BASTERRA, J.: «Bases de un modelo de evaluación de méritos profesionales en la administración pública centrado en el desempeño» *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria/Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 5, 2013, pp. 8 a 19.

(24) Esta se define en el artículo 43 del reglamento como un órgano colegiado de carácter técnico y permanente. Su presidente es el Director General competente en materia de evaluación del desempeño, estando conformada además por el titular de la Inspección General de Servicios, un letrado del servicio jurídico del Principado, el titular del servicio competente en materia de evaluación del desempeño, el titular del servicio competente en materia de administración de personal y un secretario, funcionario de carrera de la Dirección General competente en materia de evaluación del desempeño. Además de conocer de las solicitudes derivadas de la disconformidad de los funcionarios evaluados en relación con el informe emitido, la Comisión conoce de cualquier queja formulada en relación al procedimiento, de la aplicación de los criterios que deben regir el procedimiento o de emitir un informe anual en relación con el conjunto de quejas planteadas.

público. En el ámbito competencial, la norma balear atribuye al consejero o consejera competente en materia de función pública las funciones de impulso, coordinación y ejecución —en su caso— de planes y programas tendentes a la mejora del rendimiento (si bien esta función se atribuye a los consejeros competentes en materia de función pública docente y sanitaria en relación al ámbito particular de sus competencias). Asimismo, el artículo 10. 3 le atribuye a la Inspección General de Calidad la supervisión de la aplicación de estos sistemas. Además —y esto es una novedad con respecto al resto de normas autonómicas— reconoce expresamente la vinculación que puede darse entre instrumentos de ordenación de planificación de distinto tipo referenciados en la norma y el resultado de los distintos sistemas de evaluación (artículo 38. 4 y disposiciones adicionales tercera y cuarta).

La norma balear hace alusión expresa a un necesario desarrollo reglamentario posterior (artículo 39) pero en este precepto, consagrado al procedimiento objeto de nuestro estudio en la LFPIBAL, determina expresamente que las Administraciones de las Islas deben implantar progresivamente sistemas de evaluación del cumplimiento, vinculándolo a la mejora de la motivación, del rendimiento y de la calidad de los servicios. El artículo 39 hace además alusión a que dichos procedimientos son públicos y sus resultados deben ser objetivos e imparciales (lo cual se reconoce expresamente como derecho del empleado público en el artículo 115. 1. f), estableciendo, además, que el resultado de los mismos tendrá efecto en la carrera y en la determinación de retribuciones complementarias. Se citan como elementos a tener en cuenta a la hora de llevar a cabo la evaluación tanto los resultados, como los comportamientos y conductas y proyectos implantados o ejecutados.

Respecto a las consecuencias de una evaluación negativa, la norma balear contempla la posible finalización de la comisión de servicios (artículo 88. Ter. 2. d) o la remoción del puesto de trabajo obtenido por concurso (artículo 92. 1. a). Por su parte, el complemento de productividad que se vincula directamente a la obtención de una evaluación del rendimiento positiva (39. 2) se configura como una retribución complementaria que «retribuye la especial dificultad técnica, la responsabilidad, la dedicación o la incompatibilidad que concurren en determinados puestos de trabajo, o las condiciones especiales en las que se ejercen las funciones», reconociéndose de forma expresa tan solo a funcionarios de carrera.

En relación a los efectos positivos sobre la carrera, el artículo 64 c) cita expresamente la adquisición del grado personal por procedimientos de evaluación del rendimiento. Además, cabe destacar de la LFPIBAL liga expresamente, como hace el TREBEP, la continuidad en el puesto del directivo profesional al resultado positivo de la evaluación (artículo 35) y men-

ción entre las faltas muy graves y graves la falta notoria de rendimiento en los artículos 137 h) y 138 i).

II.4. Castilla-La Mancha

Castilla-La Mancha es una de las Comunidades Autónomas que cuenta en su norma general sobre función pública con uno de los regímenes jurídicos más completos en materia de evaluación del desempeño. Ya la Exposición de motivos de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, (LEPCM), presenta la regulación de los sistemas de carrera y promoción profesional, provisión de puestos de trabajo y movilidad a lo largo de los Títulos V y VI en una doble vertiente: como un derecho a la progresión individual de los destinatarios y como un «sistema ordenado y orientado a la mejora en la prestación de servicios públicos», centrada por tanto en los ciudadanos. Afirma además la Exposición, que la evaluación del desempeño se concibe como principio informador vinculado a la responsabilidad en la gestión con un carácter transversal (por afectar, según afirma, a la práctica totalidad de los aspectos que rodean el empleo público) y permanente en el tiempo, por ser un instrumento encaminado a la mejora constante del empleo público autonómico.

El artículo 66 LEPCM está consagrado a la evaluación del desempeño. El segundo de sus epígrafes contiene una definición de la misma que no se separa un ápice de la contenida en el artículo 20 TREBEP. El artículo establece, además, que la puesta en marcha de procedimientos de este tipo es un deber para las Administraciones públicas de la Comunidad. A la hora de determinar los criterios que deben regir el desarrollo del procedimiento la LEPCM, después de citar expresamente los referidos en la normativa estatal, hace alusión a la discrecionalidad técnica que en todo caso estará presente en el proceso y a la exigencia de que esta se aplique sin lesionar los derechos del personal funcionario (25). Es elogiable la re-

(25) Respecto a las Comisiones de valoración en el ámbito de la evaluación del desempeño, cabe advertir que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los márgenes de discrecionalidad técnica entre los que debe producirse la actuación de las mismas, así la STSJ Andalucía (Sede de Granada) 1608/2013, de 6 de mayo, se pronunció dejando de manifiesto que «No se discute por ser reconocida por ambas partes la facultad discrecional de la Comisión de valoración, como órgano técnico especializado cuyos conocimientos técnicos son necesarios para la individualización y distribución del complemento a cada funcionario que en este caso concreto son los que poseen los distintos jefes de servicio, especialmente designados para formar parte de la misma por su capacidad de valoración individual en la percepción diaria, personal, inmediata y directa del trabajo de los funcionarios a su cargo. Los principios generales no son más que los grandes parámetros que deben guiar su evaluación. Sin embargo, es importante determinar cual sea el margen preciso de esa indiscutible facultad discrecional que escapa a cualquier control judicial por ser solo ellos los que ostentan ese conocimiento referido a la percepción inmediata y continua del trabajo y esfuerzo de cada funcionario de su ámbito. Y lo que en definitiva constituye su ámbito discrecional es el margen de valoración

ferencia expresa que la norma hace a la necesidad de que, con carácter previo al desarrollo de los sistemas de evaluación, se lleve a cabo un análisis y descripción de puestos de trabajo en las que se haga referencia a sus funciones y sus estándares e indicadores de rendimiento (información que debe estar a disposición de quienes ocupen el puesto de trabajo en el momento de su incorporación a la función pública) (26).

La norma hace una referencia expresa a los factores que, como mínimo, habrán de tenerse presentes para llevar a cabo la evaluación. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que adolecen de cierta vaguedad en su definición, e incluso en algunos supuestos de falta de conexión con el objeto de los procedimientos (27).

En relación a los órganos que llevarán a cabo la evaluación, el artículo 66. 6 permite que formen parte de los mismos personas superiores jerárquicamente, personas jerárquicamente dependientes o personas sin relación de jerarquía. En todo caso, lo que sí se establece expresamente es que estas deberán constituir un órgano colegiado del que deben formar parte los sindicatos integrantes de la mesa de negociación correspondiente al ámbito del personal evaluado. Este órgano colegiado, además de funciones de evaluación, tiene como labor la proposición de medidas de revisión y control para la mejora del procedimiento y la competencia para resolver los recursos presentados frente las resoluciones relativas a la misma, sustituyendo a los ordinarios regulados en la LPA (28).

---

y decisión en la atribución o no a cada funcionario de los cinco criterios predeterminados legalmente (...) ahora bien, (...) lo que sí le vincula es el uso de los mismos y no otros criterios, así como la puntuación que deba corresponder a cada uno y esto sí deberá expresarse y es controlable por constituir un hecho determinante por ser circunstancias de hecho previstas en la norma aplicable, que deben aplicarse y consignarse pues en caso de no hacerlo se incurrirá en arbitrariedad o en un resultado de agravio comparativo» (FJ 7).

(26) No obstante, la relevancia que puede tener dicha aseveración se limita considerablemente, toda vez que no existe ninguna referencia expresa en la Ley al procedimiento a partir del cual se puede llevar a cabo el análisis (o al menos a los elementos esenciales del mismo), que se configura fundamento del sistema de evaluación a partir del cual pueden verse condicionados los derechos y obligaciones del empleado público, ni a cómo se pueden o deben determinar los estándares de rendimiento o a cuál debe ser su contenido. Además, entendemos que la información relativa a las cuestiones anteriormente mencionadas debería estar, en virtud del principio de transparencia expresamente enunciado en relación a los sistemas de evaluación, a disposición de todos los ciudadanos y no solo de los trabajadores públicos.

(27) Concretamente los de: a) Grado de cumplimiento de los estándares de rendimiento del puesto de trabajo. b) Cumplimiento de objetivos y metas de carácter colectivo. c) Responsabilidad y autonomía que se asume en el puesto. d) Actitud en la organización y trabajo en equipo. e) Orientación a las personas destinatarias del servicio. f) Creatividad e iniciativa. g) Competencia personal (artículo 66. 5)

(28) Lo que critica, entendemos que acertadamente GORRITI BONTIGUI cuando afirma que «preocupante es cuando en el Art. 66.7. incluye a las organizaciones sindicales en los órganos colegiados para la revisión y análisis de las ED realizadas y para resolver las reclamaciones...La ED es esencialmente un proceso técnico, pero muy susceptible de contaminaciones si esta técnica se obvia.». Véase «La evaluación de desempeño en la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha», Revista jurídica de Castilla – La Mancha, 50, 2011, p. 365.

Además, el artículo 151. 1. d) reconoce la evaluación del desempeño como materia de negociación colectiva (en relación con las competencias de cada Administración y con el alcance que legalmente proceda) y el artículo 163. f) le otorga a la Comisión de coordinación del empleo público de Castilla-La Mancha la función de promover medidas de cooperación y asistencia técnica. Ello con el fin de solucionar las carencias que, en razón de su dimensión, puedan tener algunas Administraciones públicas autonómicas en relación con los sistemas objetivos de evaluación del desempeño (29).

El resto de epígrafes y artículos se consagran a la determinación de los efectos de la evaluación del desempeño en muy distintos aspectos. A la obtención de una evaluación positiva se vinculan las retribuciones complementarias (artículo 85. 1), expresamente reservadas a los funcionarios públicos y de las que se excluye de forma explícita al personal eventual (artículo 92. 4), el reconocimiento de los tramos para la progresión en la carrera horizontal (64. 6 c) o la obtención de un puesto de trabajo a través del procedimiento de concurso, teniéndose como mérito evaluable los resultados positivos obtenidos en la evaluación del desempeño, a los que obligatoriamente debe referirse la convocatoria (artículo 68. 7).

La obtención de una evaluación negativa se vincula asimismo a muy variados aspectos, tales como la denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta la edad máxima de jubilación (artículo 60. 4. b), el no reconocimiento del periodo de tiempo evaluado como experiencia en procedimientos de provisión y los procesos selectivos convocados por los sistemas de concurso-oposición, concurso o designación de personal directivo profesional (artículo 66.8), la remoción del puesto de trabajo obtenido mediante concurso (artículo 69.1) o el deber de formación (artículo 112).

II.5. Castilla y León

El sistema de evaluación del desempeño recogido en la legislación autonómica en materia de empleo público de Castilla y León, tiene como particularidad que solo está dirigido a los puestos directivos y unidades con rango igual o superior a la jefatura de servicio que integran la Admi-

(29) Se trata este último de un órgano colegiado de carácter técnico (muy similar al previsto en el ámbito estatal por el artículo 100 TREBEP) que, regulado por la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, por la que se constituye la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Castilla-La Mancha, tiene como finalidad coordinar las políticas en materia de empleo público en la Comunidad Autónoma en el que están presentes representantes de las Administraciones autonómica y local, pero no de las organizaciones sindicales.

nistración autonómica(30). Así lo establece el artículo 70, Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función pública de Castilla y León (LFPCyL). Ello implicará que los efectos positivos y negativos derivados de la misma se proyectarán exclusivamente sobre los empleados públicos de mayor rango (y por lo tanto, en algunos casos, especialmente cercanos a los dirigentes políticos).

En tal sentido cabe recordar que el artículo 48. 2. b) de la norma castellano y leonesa prevé que la libre designación «constituye el sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo, mediante el cual podrán proveerse los puestos iguales o superiores a Jefes de Servicio y los de Secretarías de Altos Cargos, así como aquellos otros que, por la importancia especial de su carácter directivo o la índole de su responsabilidad, y en atención a la naturaleza de las funciones, se determinen en las relaciones de puestos de trabajo». (31)

La norma castellano y leonesa hace referencia tanto a la periodicidad con la que debe efectuarse el procedimiento, como a los principios que tienen que regir el proceso y los elementos que deben ser valorados. En relación a la primera de las cuestiones, se determina que la evaluación tendrá un carácter anual. En relación a la segunda, se mencionan, a parte de los expresamente referidos en el TREBEP, los de igualdad —lo cual parece contradecir el rasgo más significativo del sistema castellano y leonés—, mérito, capacidad, eficacia administrativa y seguridad jurídica(32).

En relación a la tercera cabe destacar que la norma determina que, para llevar a cabo la evaluación, se tiene en cuenta la cantidad y calidad del trabajo realizado en base a dos parámetros: «a) La organización de la unidad sometida a evaluación, o de las unidades sobre las que despliega sus efectos el puesto directivo en el caso de ser éste el sometido a evaluación, y el resultado obtenido en relación con los medios personales y materiales de que se dispone así como en relación con los objetivos propuestos» y «b) La capacidad organizativa así como las propuestas y mejoras introducidas en la unidad y en su funcionamiento a instancia de su

---

(30) Si bien esto resulta contradictorio, no solo con la efectiva proyección del principio de eficacia en el seno de la Administración, sino con lo determinado por diversas normas internacionales sobre la gestión de calidad, como la norma ISO 9001:2000 o la norma 220 de la Federación Internacional de Contabilidad. Véase en este sentido FOMBELLIDA ARAGÓN, R.: La gestión de personas a través del desempeño de competencias, *Auditoría Pública* 43, 2007, pp. 40 y ss.

(31) Existe una excepción en relación al personal estatutario médico, respecto al cual la Ley 2/2007, de 7 de marzo, del Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León liga desarrollo profesional y evaluación del desempeño en distintos artículos.

(32) La proyección del principio de transparencia en el procedimiento, presente también en la legislación básica en la materia, implica necesariamente poner a disposición del trabajador evaluado información sobre el desarrollo del procedimiento de evaluación. Si esta puesta a disposición se negase o dificultase el procedimiento no sería conforme a dicho principio, como deja de manifiesto la STSJ Andalucía (Sede de Granada) 1608/2013, de 6 de mayo (FJ7)

titular. En el supuesto de evaluación de puestos directivos, la capacidad de dirección, organización y mejora de las diferentes unidades y funciones comprendidas en su ámbito de actuación introducidas a instancia del titular del puesto directivo».

De esta manera, se deja aún más de manifiesto la particularidad característica de la regulación del sistema de evaluación del desempeño de la función pública castellano y leonesa, exclusivamente dirigido a la evaluación de cargos directivos (artículo 70. 2 LFPCyL). Se determina, además, por vía legal el órgano que tendrá que llevar a cabo la valoración que no es otro que una Comisión de Evaluación del Desempeño, creada por Decreto de la Junta. (33)

Por último, la norma castellano y leonesa, establece las consecuencias aparejadas a la evaluación del desempeño: en un sentido punitivo, el artículo 50. 5 establece la posibilidad de remover al funcionario que acceda a su puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, entre otras causas, «por una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto». En todo caso, dicha sanción solo puede imponerse previo expediente contradictorio y mediante resolución motivada del órgano que le nombró, oída antes la Junta de Personal. Además, los artículos 81 y 82 identifican la falta de rendimiento como falta grave o muy grave en función de la incidencia que tenga en el funcionamiento de los servicios. Como recompensa, en el supuesto de una evaluación positiva, dentro de las retribuciones complementarias (reconocidas únicamente a funcionarios públicos) se hace una referencia expresa al complemento de productividad que, entre otros conceptos, retribuye el especial rendimiento —al que separa como concepto del interés e iniciativa demostrados— (34).

---

(33) La Comisión está formada por un mínimo de cinco miembros, siendo nombrado uno de ellos a propuesta de las Centrales Sindicales presentas en la Mesa General de negociación, que deben actuar de forma independiente en el desempeño de sus funciones. Respecto al procedimiento, la norma castellano y leonesa establece la necesidad de emitir la evaluación previa audiencia del evaluado, dándole traslado a la misma con posterioridad a la Dirección General de Función Pública y al órgano directivo al que se encuentre adscrita la Inspección General de Servicios (artículos 70. 3 y 70. 4 LFPCyL).

(34) En el ámbito reglamentario es preciso tener en cuenta, si bien en un aspecto prácticamente anecdótico, lo expresamente previsto por el Decreto 67/1999, de 15 de abril, por el que se aprueba el reglamento de ingreso y provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de Castilla y León o el Decreto 213/1991, de 18 de julio, por el que se aprueban las normas reguladoras de la carrera administrativa de los funcionarios. El primero hace referencia en su artículo 60 a la posible remoción del funcionario que acceda por concurso a un puesto de trabajo. El segundo en su artículo 3 a que «El desempeño del puesto de trabajo con carácter provisional no se computa a efectos de adquisición del grado personal».

II.6. Comunidad Valenciana

La Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, (LOGFPV), es una de las normas autonómicas que con más profundidad y de manera pionera ha abordado el régimen jurídico de la evaluación del desempeño a nivel autonómico. Ya su Preámbulo identifica la misma como una de las novedades más relevantes en el nuevo modelo de la función pública valenciana. Según el mismo, dichos sistemas se orientan a la mejor gestión de las administraciones, al control y reducción del absentismo, al progreso y desarrollo profesional y a la motivación de los empleados, a partir de su implicación en los objetivos fijados(35).

El artículo 121, bajo el epígrafe «evaluación del desempeño» establece la obligación de que las Administraciones implanten sistemas para su medición teniendo en cuenta, tanto la valoración de la conducta personal como la medición del rendimiento o los resultados obtenidos. Una vez reconocidos sus fines en los mismos términos en que lo hace el preámbulo de la norma y enunciados los criterios a partir de los cuales debe desarrollarse el procedimiento (similares a los marcados por el TREBEP), advierte de la necesidad de que los mismos se desarrollen sin lesionar los derechos de los trabajadores(36). A renglón seguido, establece la necesidad de desarrollo reglamentario de este artículo en relación a la determinación del sistema y el procedimiento y la composición y funcionamiento del órgano encargado de llevarla a cabo, así como en relación los efectos que puede comportar. Y en este punto, cabe destacar que la Comunidad Valenciana ha sido una de las primeras en desarrollar reglamentariamente la evaluación de los funcionarios, como después examinaremos. Por último, se apunta en este artículo 121 como posible consecuencia negativa de la evaluación la remoción del puesto de trabajo obtenido por concurso por el funcionario de carrera, dándose audiencia en todo caso al interesado y a partir de una resolución motivada.

El artículo 3. 5 empieza por declarar que el artículo 121 de la norma valenciana, relativo a la evaluación del desempeño, es aplicable al personal

---

(35) El Preámbulo resalta, además, que la evaluación, además de concebirse como un elemento clave en relación a la carrera profesional, es una «pieza capital de toda la arquitectura organizativa y en un cambio en la cultura de gestión de personal», por sus implicaciones en aspectos tan variados como las retribuciones, la formación o la provisión de puestos de trabajo. Reconoce, además, que a través de la norma se ha perseguido la consecución de un cambio de cultura en la organización administrativa, que debería girar en torno a la consecución de resultados una vez abandonado el «presencialismo» (Considerando IX).

Véase en relación a la misma MANZANA LAGUARDA, R. S.: *La nueva función pública. Una injustificable demora*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 229 y ss.

(36) *Ibidem*, pp. 278 y ss.

docente y estatutario de igual manera que al resto de empleados públicos de la Generalitat, con independencia de su normativa específica. El artículo 66. c), por su parte, contempla como derecho de todos los empleados públicos, sin excepción, el derecho a la implantación de sistemas de evaluación del desempeño objetivos y transparentes (mención que refuerza las obligaciones de información pasiva y activa que la Administración tiene durante el procedimiento). Como contrapartida, en el artículo 94 establece un deber de formación de los mismos a results de la obtención de un resultado negativo en el procedimiento de evaluación del desempeño.

El artículo 100. 2. f) identifica como uno de los méritos que podrán valorarse en el concurso en los términos reglamentariamente dispuestos el «resultado de la evaluación del desempeño en destinos anteriores». En sintonía con dicha previsión, el artículo 103. 2 establece la falta de una evaluación positiva como posible causa para la remoción del puesto de trabajo del personal funcionario de carrera titular de un puesto obtenido por dicho sistema de provisión.

Como en el caso de otras normas autonómicas, la prolongación en el servicio activo también aparece vinculada a los buenos resultados en la evaluación del desempeño también en la Comunidad Valenciana. En dicho sentido, el artículo 63. 5. a) identifica como uno de los extremos a tener en cuenta para la aceptación o denegación de la prolongación por parte de la Administración el «Informe emitido por el órgano que ostente la jefatura superior de personal en la Consellería u organismo en el que preste servicios la persona funcionaria que solicite prolongar la permanencia en el servicio activo, en el que se valore su implicación en los objetivos fijados por la organización, el rendimiento o los resultados obtenidos (...)».

Dentro de los efectos que puede tener una evaluación positiva sobre la relación de servicio, se contempla expresamente en la norma la vinculación de la misma a la obtención de retribuciones complementarias, que en principio solo se reconocen al personal funcionario. Como indica el artículo 121. 3, dentro de las mismas es el complemento de actividad profesional el que gratifica una evaluación del desempeño positiva, describiéndose este en el artículo 76 de la norma como aquel «que retribuye el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el personal funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos».

En relación al mismo, la norma además aclara que no tiene un carácter fijo (como es evidente) pero tampoco periódico, y que exige —como no puede ser de otra forma— la planificación de los objetivos a alcanzar y la posterior evaluación de resultados. Además, determina que es necesaria su consignación presupuestaria en el correspondiente programa y la determinación de su cuantía individual por parte de la persona res-

ponsable del centro directivo en que preste sus servicios el funcionario. Este será el encargado de evaluar el «grado de interés, iniciativa, esfuerzo y compromiso profesional con la organización» en la consecución de los objetivos(37).

En el ámbito de la función pública valenciana pueden ser objeto de negociación colectiva «las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño» (154. 2 c). Además, se establece la obligación de remitir a las juntas de personal información acerca de los programas de mejora del rendimiento (artículo 151. a).

Como adelantábamos antes, la Comunidad Valenciana es una de las pocas que ha abordado un profundo desarrollo reglamentario de la evaluación del desempeño. Este se lleva a cabo fundamentalmente a través del Decreto 186/2014, de 7 de noviembre, por el que se regula el sistema de carrera profesional horizontal y la evaluación del desempeño, del personal funcionario de carrera de la Administración de la Generalitat y de la Orden 2/2015, de 3 de diciembre, por la que se desarrolla el sistema de evaluación del desempeño, así como el acceso y el procedimiento de progresión dentro del sistema de carrera profesional horizontal del personal empleado público de carácter fijo de la Administración de la Generalitat. (38)

El primero regula la evaluación del desempeño en relación a la progresión del funcionario en su carrera horizontal, sin hacer referencia ni al personal laboral al servicio de la Administración, ni a la regulación de la misma en relación a la formación, al complemento de actividad profesional o la provisión de los puestos de trabajo(39). El Decreto hace menciones vagas y aisladas a los procedimientos en relación a cada uno de los ámbitos a valorar de forma concreta, limitándose fundamentalmente a

---

(37) El artículo 76. C) establece además que «En la administración de la Generalitat, la aplicación del complemento de actividad profesional se efectuará de acuerdo con los criterios establecidos por el CIR de conformidad con lo previsto en el artículo 10.4.a. La percepción de este complemento deberá ser autorizada, previamente, por el Consell u órgano competente de la administración pública correspondiente.»

(38) Y ello resulta fundamental de cara a asegurar que se concretan los márgenes de discrecionalidad en la actuación de la Administración durante el desarrollo del procedimiento de evaluación. Así lo deja de manifiesto la STS Madrid 968/2012 de 21 de diciembre, que deniega la posibilidad de aplicar por analogía los criterios legislativamente desarrollados para la evaluación de Asesores Técnicos y funcionarios docentes destinados en el exterior y no a quienes ejercen funciones directivas en este ámbito.

(39) La STSJ Valencia 803/2015 de 21 de diciembre de 2015, ha reconocido expresamente el derecho de los funcionarios interinos a recibir el complemento de carrera profesional, al constituir una discriminación no basada en razones objetivas que se les excluyera de esta posibilidad, contraviniendo el principio de igualdad y lo establecido por la cláusula 4.^a de Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. En el mismo sentido la STS Valencia 14/2016 de 15 de enero reconoció a los interinos el derecho a la percepción de complementos retributivos por formación permanente cuando procedan a condiciones objetivas de trabajo.

definir el contenido de los mismos. El artículo 19.1 se refiere a los ámbitos de cumplimiento de objetivos, profesionalidad en el ejercicio de las tareas asignadas, e iniciativa y contribución en la mejora de la prestación del servicio público. Pero además, el texto menciona otros ámbitos a valorar como desarrollo de conocimientos y transferencia de conocimientos. Todos se valoran en relación a todos los grupos de funcionarios, si bien no de la misma manera.

En relación al cumplimiento de objetivos, los artículos 21 y siguientes diferencian entre objetivos colectivos e individuales, si bien el cumplimiento de los segundos está directamente vinculado a la consecución de los primeros. La determinación de la consecución de los objetivos colectivos se lleva a cabo a partir del examen de la actividad que ha venido siendo desarrollada por el Equipo de Gestión de Proyectos o EGP (40). La agrupación de funcionarios en los EGP se determina por el órgano competente en materia de personal de cada Conselleria u organismo equivalente, pudiendo un funcionario pertenecer a varios EGP.

El Reglamento valenciano distingue entre objetivos colectivos de mejora en el servicio público y objetivos colectivos específicos de los EGP. Los objetivos colectivos se plasman en el denominado documento de compromiso de objetivos (o DOCO), que se suscribe anualmente por los responsables de los EGP y cuyo contenido debe ser comunicado a todos sus integrantes.

Por su parte, el documento de compromiso de objetivos individuales (DOCI) es firmado —«cuando se considere conveniente», advierte la norma— por el responsable del Equipo y el funcionario al que se le imponen individualmente (artículo 25. 2). Los modelos normalizados en relación a ambos documentos son aprobados por la Consellería competente en materia de función pública. Resulta muy criticable que se incorpore la mención al DOCI a la que hacemos referencia, por fomentar la inseguridad jurídica y poder dar lugar a una grave lesión de los derechos del trabajador en la medida en que se debilita la base en relación a la cual formular posibles reclamaciones sobre una evaluación negativa. La evaluación es llevada a cabo, en relación a los objetivos colectivos, por parte del «órgano competente», a partir de lo determinado por el responsable del EGP en el informe final de resultados en el que hará constar el grado de cumplimiento de los objetivos. En relación a los objetivos individuales la evaluación se realiza por parte del responsable del EGP, a partir de un cuestionario normalizado también aprobado por la Consellería.

---

(40) Agrupación de funcionarios, con independencia de su adscripción que tengan encomendada «la realización de un conjunto de tareas coordinadas e interrelacionadas para el cumplimiento de un objetivo específico»

El segundo de los ámbitos que mide el procedimiento de evaluación del desempeño valenciano previsto en el decreto es el de la profesionalidad en el ejercicio de las tareas asignadas. El artículo 27 identifica la profesionalidad con la «competencia con el que el personal funcionario de carrera (...) desarrolla las actividades que contribuyen a producir los servicios que son el núcleo de la gestión de la organización». La misma se establece en relación a tres parámetros: capacidades, conocimientos y habilidades en el desempeño de las tareas del puesto de trabajo, que deberán evaluarse a través de un cuestionario normalizado rellenado por los titulares de las unidades correspondientes (que a su vez serán valorados por su superior jerárquico o comités de evaluación «en aquellos ámbitos que se determinen»). Se refiere el Decreto además, en este punto, a la introducción de un factor de corrección vinculado al absentismo injustificado durante el periodo evaluado.

El tercero de los ámbitos evaluados es la «iniciativa y participación para la mejora de la calidad del servicio público». El Decreto «premia» en relación al mismo la participación voluntaria en programas de calidad, grupos de expertos, equipos de trabajo para la modernización y otras actividades que se entienda redundan en la calidad del servicio (41).

Respecto a la formación, se describe en función de los objetivos que pretende conseguir (el mantenimiento y la mejora de la competencia profesional, con el fin de contribuir a mejorar el servicio, el desarrollo profesional del empleado y la consecución de los objetivos estratégicos de la Administración). Se reconoce expresamente que la competencia para coordinar su establecimiento, organización y desarrollo le corresponde al Instituto Valenciano de Administración Pública. A efectos de la evaluación se determina que solo se valorarán los impartidos u homologados por el IVAP, los cursos o másteres universitarios en la medida en que guarden relación con la acción de la Administración y los organizados por sindicatos y otras organizaciones promotoras en base a los acuerdos de formación firmados.

En relación al último área, se conceptúa la innovación y transferencia de conocimientos como «el conjunto de actividades realizadas por el personal físico y dirigidas a la difusión del conocimiento técnico y organizativo y la investigación, divulgación y desarrollo en relación a los distintos ámbitos de la Administración». El artículo 32 identifica como transferencia de conocimiento tres aspectos: la docencia presencial u online dirigida a empleados públicos en el marco de acciones formativas llevadas a

---

(41) A su vez, también se valora la participación en el programa «tutorització del valencià», previsto por el Plan de Fomento del Conocimiento y del uso del valenciano y a través del cual se pretende que los funcionarios con conocimientos oficiales de valenciano los transmitan a la persona tutorizada.

cabo por escuelas o institutos de formación de personal, la tutoría individual o grupal en relación al personal de la Administración y la coordinación o participación en grupos de trabajo «para la elaboración y puesta en práctica de un proyecto profesional sobre una temática de interés para la Administración».

La investigación e innovación, siempre en relación a la actividad profesional e institucional, hace referencia a la dirección o realización de trabajos de investigación, innovación o calidad. La difusión del conocimiento, por su parte, se refiere a la participación en congresos, jornadas y conferencias y a las publicaciones digitales y en papel, todas ellas relacionadas con la actividad profesional e institucional. Desarrollo de conocimientos y transferencia de conocimientos conforman un único área o dos áreas en función de que sean evaluadas a los funcionarios de los grupos C1 y C2 y agrupaciones profesionales funcionariales o a funcionarios de los grupos A1, A2 o B.

El primero de los elementos a destacar de la Orden 2/2015, de 3 de diciembre, por la que se desarrollan tanto el sistema de evaluación del desempeño, como el acceso y el procedimiento de progresión dentro del sistema de carrera profesional horizontal del personal empleado público de carácter fijo de la Administración de la Generalitat, es que es de aplicación también al personal laboral fijo (artículo 2). Ello sin perjuicio de lo que les resulte de aplicación en base al convenio colectivo suscrito.

La norma reglamentaria establece la obligación de incorporar al expediente los méritos obtenidos en relación a la evaluación de cada una de las áreas. Respecto al cumplimiento de objetivos y la profesionalidad, estos méritos se incorporan de oficio. En relación a la iniciativa y contribución, desarrollo de conocimientos y transferencias, será necesario su evaluación y la comprobación de que cumplen los requisitos para ser evaluados por parte de la dirección general competente.

La Orden establece implícitamente la existencia de una aplicación informática a la que se incorporan los distintos méritos a tener en cuenta para el procedimiento de evaluación del desempeño. La aplicación facilita una consulta permanente al expediente por parte del empleado, así como la petición de subsanación de cualquier error detectado. La norma reglamentaria concreta, además, las puntuaciones que los empleados pueden obtener en relación a cada mérito y la calificación mínima exigida en relación a cada una de las áreas evaluadas para acceder a un grado de desarrollo profesional superior en desarrollo de la carrera horizontal.

Puede concluirse por lo aquí expuesto que la valenciana es una de las legislaciones autonómicas más completas en materia de evaluación del desempeño. Sin embargo, entendemos que en ella pueden introducirse mejoras tendentes a limitar la incertidumbre e incrementar la transparencia en el proceso.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Empleo Público de la Comunidad Valenciana incorpora relevantes novedades en materia de evaluación del personal. Sin lugar a dudas la más relevante de estas novedades es la creación de la Oficina de Supervisión, Control Interno y Evaluación del Personal de la Administración de la Generalitat, encargada de llevar a cabo la supervisión y el control interno del cumplimiento de las normas sobre función pública y de los deberes profesionales de los empleados públicos, competencias que no dejan de estar atribuidas, no obstante, a la Consellería competente en materia de función pública (artículo 12). Para la realización de estas funciones, la Oficina se crea como un órgano formado por funcionarios de carrera, con la cualidad de autoridad pública y con autonomía e independencia respecto a los órganos a controlar. Para la realización de dichas funciones, la Oficina tiene reconocida la capacidad de requerir cuanta información, datos, estadísticas, documentos y expedientes consideren necesarios a las distintas unidades, órganos, organismos vinculados o dependientes de las Consellerías y consorcios adscritos a la Generalitat.

Entre las funciones expresamente atribuidas a la Oficina, que no obstante requerirán desarrollo reglamentario (artículo 12. 5) están, tanto el análisis de la estructura organizativa de las unidades administrativas y la Administración y la formulación de propuestas de reforma y mejora, informando sobre las actuaciones que proyecten realizar en materia de planificación y reorganización (12. 3. a), como la evaluación del desempeño de los empleados públicos «para optimizar la utilización de los recursos humanos y proponer, en su caso, medidas de reasignación de efectivos.» No obstante, solo se contempla que desempeñen tales funciones cuando así les sea expresamente encomendado. La Oficina, además, tiene obligaciones de información, al tener el deber de remitir una memoria de actividades al titular de la Consellería competente en materia de función pública, para su elevación por el Consell. Esta, junto con la información general que pudiera resultar procedente, debe publicarse en la página electrónica de la Generalitat (12. 6).

Resulta criticable que en la norma con rango de Ley no se establezcan los mecanismos que garantizan la independencia del personal que forma parte de la Oficina, ni se establezca como una competencia propia de este órgano, supuestamente independiente, la de desarrollar los procesos de evaluación sin una encomienda expresa. De esta manera nos encontramos con un órgano instrumental, al servicio de la Consellería competente, que más allá de impulsar la evaluación del desempeño —exclusivamente en la Administración autonómica—, no tiene un carácter verdaderamente autónomo garantizado por la Ley. A renglón seguido el Anteproyecto crea, en su artículo 13, la Escola Valenciana

d'Administració Pública (EVAP), sucesora del sucesora del Institut Valencià d'Administració Pública, como centro encargado de planificar, coordinar y gestionar las políticas relacionadas con la formación y aprendizaje profesional del personal empleado público de las Administraciones valencianas.

Además, el Anteproyecto valenciano incorpora una nueva regulación de la evaluación del desempeño, si bien no supone importantes novedades. En base a un recorrido ordenado por su articulado, debemos de poner de relieve en primer término que atribuye la competencia en materia de diseño y organización de los procesos de evaluación a la Conselleria competente en materia de función pública (artículo 9. 1. h). En segundo lugar amplía a los Directivos públicos el régimen de evaluación del desempeño previsto en la Ley (artículo 19. 7).

El Anteproyecto establece como requisito necesario para la prolongación de la permanencia en el servicio activo —siempre y cuando el solicitante disponga de cotizaciones suficiente para causar derecho a la pensión íntegra de jubilación—, entre otros un informe emitido por el Órgano que ostente la jefatura superior de personal en la Conselleria u Organismo en el que trabajador preste sus servicios. En dicho informe, además de otras cuestiones, debe valorarse la implicación del trabajador en los objetivos fijados por la organización, el rendimiento, los resultados obtenidos y los resultados negativos en la evaluación del desempeño durante los tres años anteriores a la solicitud (artículo 72. 5. b. 1).

El artículo 75. 1. c) contempla entre los derechos del funcionario el que tiene a la implantación de sistemas de evaluación del desempeño objetivos y transparentes. Por su parte, el artículo 96. 2 establece expresamente que el cumplimiento del Código de Conducta por parte de los empleados puede ser tenido en cuenta en la evaluación del desempeño. Cabe destacar, además, que el artículo 105 consagra un deber genérico de formación, entre otros supuestos, cuando se detecte una necesidad formativa como consecuencia de los procedimientos de evaluación del desempeño.

El artículo 109. 2. a) reconoce los resultados de la evaluación del desempeño como un posible mérito a valorar en el concurso. Resulta destacable que los resultados de la evaluación del desempeño son considerados mérito preferente, debiendo tenerse en cuenta en caso de empate. Por su parte, el artículo 114 en conexión con el artículo 135. 5, reconoce como causa de remoción del personal funcionario de carrera titular de un puesto de trabajo obtenido por concurso, la evaluación negativa del desempeño mediante resolución del órgano que realizó el nombramiento, oída la junta de personal y previo expediente contradictorio.

El artículo 135 está íntegramente consagrado a la evaluación del desempeño, estableciendo unos principios de carácter genérico a tener en cuenta en el procedimiento. Como ya sabemos, dicha evaluación cuenta con un profundo desarrollo reglamentario en la Comunidad. Así, en primer término, el artículo define la evaluación como «el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados». Resulta bastante significativa la forma de concluir dicha definición, pues el Anteproyecto valenciano concreta que la finalidad de la misma es la individualización y diferenciación de la contribución de los empleados públicos. De esta manera, se pone de relieve la elección de un modelo de evaluación que pretende el reconocimiento en distintos ámbitos de la singularidad del trabajador, tanto en relación a su conducta como en relación a la consecución de objetivos o resultados.

El artículo establece la necesidad de que todas las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación del Anteproyecto (Administración autonómica, consorcios, Administración local y Universidades públicas) implanten sistemas de evaluación. Estos deben orientarse a la mejor gestión de las administraciones, al progreso y desarrollo profesional de los empleados públicos y al favorecimiento de su motivación, implicándoles en los objetivos previamente fijados por la organización en virtud de lo reglamentariamente establecido (artículo 135. 2).

Como principios del procedimiento (inherentes a los instrumentos que conformen los sistemas de evaluación) se consagran los de transparencia, publicidad, objetividad, fiabilidad y relevancia de contenidos, imparcialidad y no discriminación y respeto a los derechos de los empleados públicos. Procedimiento, periodicidad, composición y funcionamiento de los órganos que la llevan a cabo, efectos de su resultado sobre carrera horizontal, formación, provisión de puestos de trabajo y percepción de complemento de actividad profesional se reconocen como materias de desarrollo reglamentario en las que la Ley no profundiza.

II.7. Extremadura

El Título VII de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, (LFPEX), es el encargado de regular la promoción profesional y la evaluación del desempeño, conceptos que aparecen ligados en la norma extremeña. El epígrafe IX de su Exposición de motivos ya nos adelanta que la evaluación del desempeño se vincula a la carrera horizontal y que es obligatoria en todas las Administraciones extremeñas. Más allá de que algunos de sus aspectos más relevantes se dejen a desarrollo regla-

mentario, la LFPEX incorpora importantes previsiones en relación a la misma. El artículo 2. h) identifica como uno de los principios y fundamentos de actuación que ordenan la función pública extremeña los de evaluación del desempeño y responsabilidad en la gestión, ligando ambos conceptos. En los preceptos siguientes aborda el ámbito competencial en relación al procedimiento objeto de nuestro estudio, atribuyéndole al Consejo de Gobierno las funciones de impulsar la unificación de criterios en la materia y promover la cooperación administrativa con las entidades locales en la materia. Además, la Consejería competente en materia de función pública tiene atribuida la función de realizar propuestas encaminadas a la continua mejora del sistema.

Los artículos 105 y 113 al abordar la evaluación del desempeño lo hacen ligándola a la carrera horizontal, constituyéndose la primera en uno de los elementos a valorar para determinar la progresión en la segunda. Sin embargo, acertadamente, la norma extremeña no reconoce expresamente tan solo la ligazón entre dicha modalidad de carrera y la evaluación del desempeño sino que, a diferencia de la práctica totalidad de normas en materia de función pública, menciona expresamente la necesaria vinculación de la evaluación del desempeño con cualquiera de las modalidades de carrera reconocidas en la Ley como propias de la función pública extremeña que se implante en la correspondiente administración (artículo 113.7)(42). La LFPEX no describe el procedimiento de evaluación, remitiéndose a un posterior desarrollo reglamentario (artículo 113. 5), pero si lleva a cabo una regulación básica de algunos aspectos fundamentales de la evaluación.

El artículo 113, además de establecer la obligatoriedad de que las administraciones extremeñas establezcan procedimientos de evaluación del desempeño, lo define como el «instrumento que posibilita la evaluación y valoración de la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados de cada empleado público.» El mismo, además, alude a la necesidad de llevar a cabo un procedimiento de descripción y análisis de los puestos previo a la implantación de la evaluación del desempeño. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones autonómicas e incluso en la legislación estatal, el deber establecido por la norma extremeña no es un deber genérico (43). En su segundo epígrafe se reproducen como criterios rectores los que ya cita el TREBEP y en el tercero se establecen como ob-

(42) Sobre la posible vinculación de la evaluación del desempeño con la carrera vertical, véase ARROYO LLANES, L. M.: «La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos», *Revista Catalana de Dret Public* 45, 2012., pp. 118 y ss.

(43) La disposición transitoria primera concreta que esa obligación de las Administraciones extremeñas de implantar sistemas de evaluación del desempeño debe materializarse en un plazo máximo de cuatro años a partir de la entrada en vigor de la misma (a partir, por tanto, del 8 de abril de 2016).

jetivos de los sistemas de evaluación la mejora del rendimiento, la motivación y la formación. La norma extremeña establece la obligación de utilizar los datos derivados de las evaluaciones en la revisión de puestos y en el diseño y revisión de los procesos de formación y selección.

La LFPEX identifica en su artículo 57. 2. a) las retribuciones complementarias de puesto de trabajo, que reconoce expresamente a todos los funcionarios, con independencia de que sean fijos o interinos e incluso al personal eventual (artículo 63. 2), pero no al personal laboral, al menos no sin que lo reconozca expresamente y de forma previa el pertinente convenio colectivo. Entre las mismas se citan el componente específico del complemento de puesto de trabajo, el complemento de carrera profesional o el complemento variable vinculado a objetivos, que pueden vincularse de una u otra manera a la carrera horizontal. La LFPEX establece que «las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño» son objeto de negociación colectiva (artículo 79). También la evaluación del desempeño positiva se reconoce expresamente como mérito valorable en los concursos para la provisión de puestos de trabajo (artículo 117.1. e).

La norma extremeña configura la formación como un derecho y como un deber, asociando ambas vertientes a la mejora del desempeño (artículos 70 y 71). La asistencia a actividades formativas —siempre vinculadas a las tareas que le sean propias al empleado público— es obligatoria y únicamente está justificado no asistir a las mismas en base a causa justificada. Vinculada a la obtención de una evaluación negativa se contempla también la posibilidad de denegar la prolongación de la permanencia en el servicio activo (artículo 85. 4. a) o la de, motivadamente y previa audiencia del interesado, abandonar un puesto de trabajo obtenido por concurso (artículos 113. 6 y 120). Se reconoce además la posibilidad expresa de que la evaluación del desempeño sea uno de los criterios a tener en cuenta en un proceso de reasignación de efectivos (artículo 127) y se configura la falta injustificada de rendimiento como una posible falta grave (artículo 153. g).

II.8. Galicia

La norma gallega es, junto con la castellano-manchega o la valenciana una de las leyes autonómicas en materia de función pública que con mayor detalle aborda el objeto de nuestro estudio (44). Ya el epígrafe VII de

---

(44) Véase sobre la evaluación del desempeño en la norma autonómica gallega sobre función pública MÍGUEZ MACHO, L.: «La carrera administrativa: la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional. La evaluación del desempeño de los empleados públicos» en MARTÍNEZ-CAMPOS, S. y FERNÁNDEZ FARRERES, G. J.: *El empleo público en tiempo de reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 85 a 111.

su Exposición de motivos liga la figura a la de la carrera horizontal, aunque la evaluación del desempeño también afecta a otros ámbitos de la relación de servicio. Pese a aludir expresamente al desarrollo reglamentario de la figura, la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, (LEPGAL), establece una serie de principios básicos comunes, fundamentalmente en lo referido a su configuración como procedimiento individualizado en relación a cada empleado y no global de las unidades administrativas (como se contempla en la legislación de otras Comunidades Autónomas, señaladamente en el desarrollo reglamentario de la norma asturiana), que se lleva a cabo en base a criterios y procedimientos de carácter colectivo.

La sección 2.^a del Capítulo II se encuentra íntegramente consagrada a la evaluación del desempeño, que se define en la norma gallega en los mismos términos que en el TREBEP. Se reconocen los mismos criterios inspiradores y se establece la obligación de implantación de sistemas de evaluación del desempeño en todas las Administraciones gallegas. Si bien no se determina un plazo concreto para el establecimiento efectivo de estos sistemas, sí que se prevé expresamente la obligación, por parte de la Dirección General competente en materia de Administración local de la Xunta, de colaborar con las Entidades Locales en la implantación de sistemas de evaluación del desempeño.

Con el fin de garantizar la efectiva defensa de los derechos de los empleados públicos, el artículo 83 incorpora dos referencias destacables: la primera que en el diseño y establecimiento de los sistemas de evaluación han de ser oídas las organizaciones sindicales. No obstante, el artículo 157. 1. a) reconoce expresamente la competencia de juntas y delegados de personal para recibir información acerca de los programas de rendimiento a implementar en las distintas unidades administrativas. La segunda, que los sistemas se aplican por órganos especializados dotados de autonomía funcional.

El régimen jurídico de la evaluación del desempeño configurado por la norma gallega determina necesariamente dos criterios a tener en cuenta y se calcula en relación a la consecución de dos fines. Son criterios necesariamente a tener en cuenta para llevar a cabo la evaluación, tanto el grado de cumplimiento de los deberes profesionales impuestos por la Ley a los empleados, como «el grado de interés, iniciativa y esfuerzo con el que los empleados realizan su trabajo y, en particular la implicación de los mismos en la actualización y perfeccionamiento de su cualificación profesional». Son fines en relación a cuya consecución se realiza la evaluación —siempre individual— del empleado, tanto la consecución de los objetivos de la unidad administrativa como «la mejora en la organización y gestión administrativas mediante la participación en procesos de inno-

vación y buenas prácticas en favor de la excelencia y la normalización y racionalización de procesos».

El artículo 85 establece el carácter periódico de la evaluación (sin entrar en mayores detalles), determinándose como consecuencia de una evaluación negativa, tanto la no percepción del complemento de desempeño como la obligación de formación, además de la posible pérdida del puesto de trabajo obtenido por concurso (artículo 94)(45). Sin embargo, no son estos los únicos efectos aparejados a una evaluación del desempeño negativa recogidos en la norma. El artículo 68. 4. a) determina que puede no concederse la prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo a consecuencia de los resultados de la evaluación del desempeño (46). Entre los efectos que puede tener en la relación de servicio una evaluación del desempeño positiva están, lógicamente, los vinculados a la promoción profesional en el ámbito de la carrera horizontal (artículo 77. b) y la obtención del complemento de desempeño al que hace referencia expresa el artículo 137. 2. c), que se reconoce expresamente a todos los funcionarios (incluidos los funcionarios en prácticas), pero no al personal laboral ni tan siquiera al personal directivo. Las normas que fijen criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño son objeto de negociación colectiva como expresamente señala el artículo 153. d).

II.9. País Vasco

Pese a no definir ni tratar con profundidad el régimen jurídico de la evaluación del desempeño, la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, (LFPVAS) sí hace referencia, como muchas de las legislaciones autonómicas que entraron en vigor con anterioridad al TREBEP, tanto a aspectos competenciales como a una serie de consecuencias sobre la relación de servicio derivadas del sentido de la evaluación practicada al

---

(45) El artículo 34. 6, por su parte, reconoce expresamente la vinculación directa que existe entre la conservación del puesto de trabajo de directivo profesional y la obtención de evaluaciones de desempeño positivas, como también hace el TREBEP.

(46) Y en relación a la misma, el TSJ Galicia 00409/2016 de 14 de junio de 2016, ha declarado que al anudar la regulación legal «la aceptación o denegación de las solicitudes de prolongación de servicio activo a los «resultados de la evaluación del desempeño de la persona solicitante», sin que imponga el legislador la existencia de motivos o circunstancias tasados ni requisitos específicos. Así la «evaluación negativa» se alza en concepto jurídico indeterminado cuya existencia puede discutirse y debe ser objeto de prueba.». Dicha Sentencia avala una Resolución de 2 de Febrero de 2015 de la Xunta en relación a la denegación de la prolongación en la vida activa de un recurrente, profesor responsable de la expulsión de 136 alumnos durante un solo curso académico.

empleado público (47). En relación al primero de los aspectos, el artículo 6. 1. b) le atribuye al Departamento de Presidencia, Justicia y desarrollo la competencia para la promoción, coordinación y en su caso ejecución de medidas e iniciativas tendentes a la mejora del rendimiento en el servicio y su promoción.

Respecto a los efectos de una evaluación del desempeño de carácter negativo, la norma vasca cita como causa de remoción de aquellos funcionarios que accedan a un puesto de trabajo mediante el procedimiento de concurso «una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto» (50. 3). Esta solo puede tener lugar previo expediente e informe del órgano de representación y mediante resolución motivada del órgano que llevó a cabo el nombramiento.

En cuanto a las consecuencias aparejadas a una evaluación del desempeño de carácter positivo, cabe destacar que en relación al concurso (sistema normal de provisión en el ámbito de la función pública autonómica vasca), se determina como mérito a tener en cuenta «la valoración del desempeño de puestos de trabajo anteriormente ocupados» (artículo 46. 4). También es preciso destacar la referencia al complemento de productividad (artículo 79. 1), que, como retribución complementaria solo se reconoce en la norma vasca expresamente a los empleados con la condición de funcionario y que tiene como objeto la retribución del «especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su puesto de trabajo.»

Además se lleva a cabo una referencia velada a la evaluación del desempeño al hacer referencia a los deberes y faltas de los funcionarios. Entre los primeros se encuentra el desempeño eficaz de las funciones encomendadas (artículo 73. 1) y entre las segundas la notoria falta de rendimiento, que será muy grave o solamente grave en función de que implique o no inhibición en el cumplimiento del trabajo encomendado (artículos 83. f y 84. j).

Por último, cabe destacar que el artículo 97.3 conceptúa el cumplimiento del perfil lingüístico como exigencia obligatoria para el desempeño del puesto de trabajo (perfil que, dentro de la función pública autonómica, determina «el conjunto de los niveles de competencia

---

(47) Sobre la necesidad de elaboración de una nueva ley de empleo público para el país vasco y de que esta haga referencia a la profesionalización de la función pública y una cultura de responsabilidad por la gestión, especialmente en momentos de restricciones económicas y necesarias reformas administrativas de cara a asegurar su sostenibilidad, véase JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Una nueva Ley de Empleo Público para Euskadi: inercia versus innovación» *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria/Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 1, 2011, pp. 11 a 34

lingüística en euskera necesarios para la provisión y desempeño de puestos de trabajo).

El Proyecto de Ley de Empleo Público Vasco introduce definitivamente con carácter general la evaluación del desempeño en el ámbito del empleo público autonómico, incorporándola en el artículo 2. 2. h) como uno de los principios de actuación y gestión del empleo público vasco. El artículo 14 le reserva al Gobierno Vasco el establecimiento del sistema de evaluación de acuerdo a lo establecido en la Ley y la determinación de los efectos de la misma a propuesta del Departamento competente en la materia, al que el artículo 15. 2. f) le confiere el impulso, la dirección la coordinación y la puesta en práctica de la política de análisis y racionalización de puestos de trabajo, así como el establecimiento de criterios para la evaluación en base a la normativa. Por su parte, el artículo 10 crea la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Euskadi, adscrita al Departamento competente en materia de empleo público, como órgano de consulta y coordinación en materia de empleo público. Entre sus atribuciones está el impulso a la unificación de criterios en materia de evaluación (artículo 12. f).

Resulta interesante la inclusión expresa del personal interino en los sistemas de evaluación del desempeño que lleva a cabo la norma vasca, en la medida en que el artículo 26. 3. c) reconoce el rendimiento insuficiente derivado de los procedimientos de evaluación como posible causa de cese. Asimismo, el artículo 27. 5 reconoce la sumisión del personal directivo a los procedimientos de evaluación del desempeño.

A la evaluación del desempeño se consagra íntegramente el artículo 54 del Proyecto, determinando la necesidad de que las Administraciones Públicas Vascas establezcan reglamentariamente dichos procedimientos. El Proyecto configura la evaluación como instrumento en los mismos términos que el TREBEP, incorporando como criterios a tener en cuenta en su diseño los de relevancia de los contenidos, fiabilidad de los instrumentos, objetividad de las medidas, transparencia, no discriminación respecto a los derechos del personal empleado público y, para cuyo desarrollo es necesaria la previa descripción de los puestos de trabajo (artículo 54. 4).

El Proyecto indica expresamente la posibilidad de utilización de los datos en la revisión de puestos de trabajo, y en el diseño y revisión de procesos de formación y selección. Como en otros casos vistos a lo largo de páginas precedentes, el Anteproyecto vasco simplemente enumera los ámbitos en los que la evaluación puede tener consecuencias, remitiéndose al reglamento para la determinación de las mismas (carrera profesional, promoción interna, formación, provisión de puestos de trabajo, la continuidad en el puesto y las retribuciones complementarias a las que hacen referencia los artículos 136.2 B) y 136.2 C,

que requerirán en todo caso la previa regulación y aprobación de los sistemas).

La norma fija otra consecuencia de la evaluación positiva: el ascenso en el grado de desarrollo profesional con independencia —y esta es una incorporación positiva y relevante— del sistema de carrera vigente en cada Administración (artículo 94. 8). Por su parte, una valoración de carácter negativo traerá aparejada tanto la no valoración del mérito de experiencia durante el período evaluado en la selección y provisión como —al tener un carácter continuado— la remoción del puesto obtenido por concurso, previa audiencia y en base a una resolución motivada (105. 1. b). Hay que tener en cuenta, además, que el artículo 104. 1. a) establece la necesidad de tener en cuenta el resultado de dicha evaluación en los concursos para la provisión, siempre y cuando esta exista. La evaluación negativa también puede llevar aparejada la revocación de la Comisión de Servicio (artículo 112. e) y se tiene en cuenta para la reasignación de efectivos (artículo 117. 2).

El Proyecto vasco reconoce la evaluación del desempeño negativa —durante los tres años anteriores— como posible causa para la denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta los setenta años (artículo 68. 4. a). El mismo le otorga la competencia para el diseño, organización y evaluación de programas formativos vinculados a necesidades localizadas a partir de los procesos de evaluación del desempeño.

III. Conclusiones

Una década después de la incorporación de la evaluación del desempeño al ordenamiento jurídico estatal, muchas Comunidades Autónomas aún no han introducido la figura en su normativa general sobre función pública. Esa es la razón por la que, a lo largo de este estudio, no hemos hecho referencia a las legislaciones andaluza, catalana, canaria, cántabra, riojana, madrileña o murciana. Ello supone un primer aspecto sobre el que llamar la atención: el incumplimiento del mandato contenido en el artículo 20. 1 TREBEP. Si bien ello no implica que en el ámbito de estas Comunidades la evaluación del desempeño sea inexistente, esta se contempla de forma sectorial y en relación con determinados ámbitos, especialmente el sanitario.

Si la normativa básica en materia de evaluación del desempeño establecida en el TREBEP es escasa y ello es criticable, también lo resulta a su vez que las Comunidades Autónomas, que tienen la capacidad y la obligación de desarrollar dichos preceptos, no lo hagan en su norma general sobre función pública. No olvidemos que la evaluación del desempeño en

el ámbito del empleo público está o puede llegar a estar ligada a aspectos tan relevantes como las retribuciones, la formación, la continuidad en el puesto obtenido por concurso o el desarrollo de la carrera administrativa.

De las Comunidades que han completado el régimen jurídico básico en materia de evaluación, podemos destacar determinados aspectos que estimamos debería haber previsto el propio TREBEP. En primer lugar se hace preciso poner de manifiesto la necesidad, expresamente prevista, por ejemplo por el artículo 66. 4 LEPCM, de llevar a cabo un análisis y descripción de los puestos de trabajo previo a la puesta en marcha de todo procedimiento de evaluación (48).

Otro aspecto relevante es la necesidad de evitar la excesiva referencia a multitud de conceptos jurídicos indeterminados en la legislación general en materia de evaluación del desempeño. En tal sentido entendemos que los criterios referenciados en el artículo 66. 5 LEPCM resultan insatisfactorios, al ser excesivamente diversos y poco homogéneos para ser de aplicación general (49). Por el contrario, parece más acertada la técnica legislativa empleada en la redacción del artículo 84. 1 LEPGAL. Este determina que el procedimiento de evaluación del desempeño en dicha Comunidad tendrá necesariamente en cuenta como criterios dos factores: «el grado de cumplimiento de los deberes profesionales que esta ley impone a los empleados públicos» y «el grado de interés, iniciativa y esfuerzo con los que los empleados públicos realicen su trabajo y, en particular, la implicación de los mismos en la actualización y perfeccionamiento de su cualificación profesional». Esta opción contrasta con la elegida por otras legislaciones, como la castellano y leonesa, que, pese a referirse también a dos criterios se ciñe a aspectos que únicamente ponen en valor la capacidad organizativa de las unidades (50).

---

(48) Véase, sobre la relevante autonomía en relación a la ordenación de puestos de trabajo existente en las Administraciones españolas ARROYO LLANES, L. M.: «La evaluación del desempeño en la función pública: ámbito de operatividad y contexto administrativo» en FUENTETAJA PASTOR, J. A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dirs.): *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 224 y ss.

(49) En el mismo sentido GORRITI BONTIGUI, M. en «La evaluación de desempeño en la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 50, 2011, p. 350, que acertadamente señala además que «esto puede ser contradictorio cuando se establece que es el análisis de puestos el que determinará los contenidos de la medida. Además, puede ser un corsé que limite la especificidad de la medida de puestos de diferente naturaleza»

(50) Concretamente, el artículo 70. 2 LFPCyL hace referencia a «la organización de la unidad sometida a evaluación, o de las unidades sobre las que despliega sus efectos el puesto directivo en el caso de ser éste el sometido a evaluación, y el resultado obtenido en relación con los medios personales y materiales de que se dispone así como en relación con los objetivos propuestos» y a «la capacidad organizativa así como las propuestas y mejoras introducidas en la unidad y en su funcionamiento a instancia de su titular. En el supuesto de evaluación de puestos directivos, la capacidad de dirección, organización y mejora de las diferentes unidades y funciones comprendidas en su ámbito de actuación introducidas a instancia del titular del puesto directivo.»

En cuanto a los mecanismos de recurso, se hace precisa una referencia expresa a los mismos, y que las distintas legislaciones prevean la creación de órganos independientes llamados a resolverlos. Se trataría de entes como la Oficina de Supervisión, Control Interno y Evaluación del Personal de la Administración de la Generalitat, prevista por el Proyecto de Ley valenciano o la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Euskadi prevista por el Proyecto de Ley Vasco, que no cuenta con estas funciones expresamente atribuidas. En relación a la misma y a otros órganos de similar naturaleza, debería asegurarse legalmente su independencia y la autonomía en relación al ejercicio este tipo de funciones.

Las Comunidades Autónomas tienen la obligación de diseñar procedimientos de evaluación integrales, que no generen desigualdades intolerables entre los distintos empleados públicos. Sin embargo, determinadas legislaciones autonómicas únicamente contemplan la evaluación del desempeño para determinados empleados públicos, como en el caso de Castilla y León, que la reserva expresamente a puestos directivos y unidades con rango igual o superior a la jefatura de servicio que integran la Administración autonómica⁽⁵¹⁾

No obstante, otras legislaciones autonómicas hablan expresamente de la extensión de los procedimientos de evaluación del desempeño a todos los empleados públicos, con independencia de su tipología, si bien no lo hacen todas con la misma claridad. Entre las menos transparentes podemos citar el caso del artículo 66 de la norma castellano-manchega, que resulta contradictorio en sus dos primeros epígrafes al establecer la generalización en relación a su personal de los sistemas de evaluación del desempeño para describirlo en el segundo de sus epígrafes como un procedimiento aplicable exclusivamente a los funcionarios, o el artículo 113 LFPEX (aunque en este supuesto cabrían interpretaciones, dada la ligazón que el mismo artículo establece entre la evaluación del desempeño y la carrera profesional, derecho que se reconoce exclusivamente al funcionario de carrera, como indican tanto

(51) En este sentido, debemos recordar el contenido del FJ IV de la STS de 3 de marzo de 2006 que, al abordar la posible nulidad de las retribuciones variables por objetivos a las que hacía referencia el Decreto 2/2003, aprobado por Acuerdo del CGPJ de 3 Diciembre de 2003 relativo al régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal puso de manifiesto que «el otorgamiento de una auténtica tutela judicial efectiva, exige a jueces y magistrados la intervención, examen y resolución perfectamente individualizada y motivada en relación con el concreto y particular asunto objeto de controversia, y ese estudio pormenorizado ha de traducirse necesariamente en criterios de calidad y atención individualizada, incompatibles en ocasiones con únicas referencias cuantitativas en cuanto a número de asuntos resueltos, según parámetros que resulten puramente productivistas, y por tanto ajenos o alejados de un estudio ponderado y reflexivo.»

El alcance por parte de jueces y magistrados de los objetivos de rendimiento impuestos para alcanzar determinados incrementos retributivos ha sido profusamente tratado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de Sentencias como las de 23 de junio de 2011, en base a los recursos 549/2010, 550/2010, 558/2010 o 560/2010.

el artículo 16 TREBEP como el propio artículo 102 de la norma extremeña). Algo muy similar ocurre, tras una lectura del conjunto del texto autonómico consagrado a la función pública, en relación con el artículo 39 LFPIBAL.

Esta evidente lesión al artículo 14 de la Constitución Española contraría, además, lo expresamente establecido por la cláusula 4.^a de Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (52). La misma es de aplicación directa en España desde que el 10 de julio de 2002 transcurrió su plazo de transposición al ordenamiento jurídico estatal. Recordando la necesidad de que la diferencia de trato entre los trabajadores no se justifique en función de la temporalidad en el seno de la Administración, se pronunciaron las STJUE de 13 de septiembre de 2007 (*Del Cerro Alonso contra Servicio Vasco de Salud*, asunto C-307/05), que en su epígrafe 26 establece que el propósito de la Directiva es «no sólo establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, sino también mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respecto del principio de no discriminación.» (53)

Más adelante y en relación con el Reglamento autonómico en materia evaluación del desempeño se ha llegado a una solución similar por parte de los tribunales españoles. Así, la sentencia 803/2015 de 21 de diciembre del TSJ de Valencia en relación con el recurso 66/2015, interpuesto por la Asociación de Interinos de la Generalitat Valenciana contra el Decreto 186/2014, en la medida en que excluía a los interinos con más de cinco años de antigüedad de la posibilidad de percibir el complemento de carrera

---

(52) Según la misma:

Principio de no discriminación (cláusula 4)

1. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.
2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*
3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales.
4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

(53) Reafirmando la posibilidad de aplicar este principio de igualdad al seno de la Administración la STJUE de 8 de septiembre de 2011 (Francisco Javier Rosado Santana / Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, asunto C-177/10).

profesional. La justificación está en la inexistencia de «razones objetivas» —como la naturaleza de las tareas o el cumplimiento de un objetivo de política social—, que justifiquen un trato desigual a los trabajadores temporales en relación con los indefinidos. En un sentido similar, la STS de 30 de junio de 2014 desestimó un recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla y León en relación con la Sentencia que anuló la disposición adicional segunda del Decreto Autonómico 43/2009. Esta, rechazaba la posibilidad de que los estatutarios sanitarios interinos de larga duración accedieran al complemento de carrera profesional.

IV. Bibliografía

- ADIEGO SAMPER, C.: «Evaluación del desempeño. Un sistema integral» en VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J. y HERRERA DÍAZ-AGUADO, L. (Coords.): *Cooperación en la formación entre instituciones*, INAP, Madrid, 2015 pp. 211 a 315.
- ARROYO JIMÉNEZ, L.: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- ARROYO LLANES, L. M.: «La carrera profesional y la evaluación del desempeño de los funcionarios públicos», *Revista Catalana de Dret Public* 45, 2012, pp. 94 a 128.
- «La evaluación del desempeño en la función pública: ámbito de operatividad y contexto administrativo» en FUENTETAJA PASTOR, J. A. y CANTERO MARTINEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 219 a 259.
- BACCI, A., BUONAURO, C., CAROSI, A., CLARICH, M., De ANGELIS, L. M., MATTARELLA, B., NADDEO, A., PANOCCHIA, I. y VERBARO, F.: *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Promo P. A. Fondazione, Lucca, 2010, pp. 181 a 193.
- BASOREDO LEDO, C. y LÓPEZ BASTERRA, J.: «Bases de un modelo de evaluación de méritos profesionales en la administración pública centrado en el desempeño» *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria/Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 5, 2013, pp. 8 a 19.
- BELLOWS, R.M. y ESTEP, M. F.: *Employment Psychology: The Interview*, Rinehart, New York, 1954.
- CASTILLO BLANCO, F.: «¿Es precisa una reforma del sistema retributivo de los funcionarios públicos? Una reflexión mirando a la historia.», *Revista Española de Derecho Administrativo* 112, 2001, pp. 493 a 532.
- CONDREY, S. E.: «Public human resource management: how we get where we are today» en RICCUCCI, N. M.: (Dir.) *Public personnel management. Current concerns, future challenges*, Longman, Boston, 2011, pp. 1 a 13.

- FOMBELLIDA ARAGÓN, R.: «La gestión de personas a través del desempeño de competencias», *Auditoría Pública* 43, 2007, pp. 39 a 50.
- GORRITI BONTIGUI, M.: «La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas. Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón», *Revista Aragonesa de Administración Pública* 13, 2011, pp. 297 a 320.
- «La evaluación de desempeño en la Ley de Empleo Público de Castilla-La Mancha», *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 50, 2011.
- GRÉGOIRE, R.: *La fonction publique*, A. Colin, Paris, 1954, pp. 343 a 370.
- HUNTER, J.E. y SCHMIDT, F.L.: *Methods of meta-analysis: Correcting for error and bias in research findings*, Sage, Newbury Park, CA 1990.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: «Una nueva Ley de Empleo Público para Euskadi: inercia versus innovación» *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria/Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 1, 2011, pp. 11 a 34.
- MADUREIRA, C.: «Sistema integrado de avaliação de desempenho na administração pública portuguesa (SIADAP). Balanço de uma década», *Lusíada. Economia & Empresa*. 20, 2015, pp. 171 a 194.
- MANZANA LAGUARDA, R. S.: *La nueva función pública. Una injustificable demora*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MÍGUEZ MACHO, L.: «La carrera administrativa: la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional. La evaluación del desempeño de los empleados públicos» en MARTÍNEZ-CAMPOS, S. y FERNÁNDEZ FARRERES, G. J.: *El empleo público en tiempo de reformas*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 85 a 111.
- NIETO GONZÁLEZ, A.: «La retribución de los funcionarios en España. Historia y actualidad», *Revista de Occidente*, Madrid, 1967.
- NIGRO, LL. G. y KELLOUGH, J. E.: *The new public personnel administration*, Cengage, Boston, 2013.
- NOGUER PORTERO, M. C.: «La evaluación del desempeño», en DEL REY GUANTER, S. (dir.). *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 303 a 326.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. I.: «La función pública en el ordenamiento histórico italiano», *Revista de Administración Pública* 96, 1981, pp. 71 a 178.
- PADILLA RUIZ, P.: *Gestión del empleo público*, Bosch, Barcelona, 2016.
- PAREJO ALFONSO, L.: «La eficacia como principio jurídico de actuación de la Administración Pública», *Documentación Administrativa* 218-219, 1989, pp. 15 a 66.
- «La eficacia, principio de la actuación de la Administración», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, Madrid, 1995, pp. 89 a 152.
- RECIO SÁEZ DE GUINOVA, J. M. y FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, L.: «Líneas generales de la nueva ley de empleo público de Aragón», *Revista Aragonesa de Administración Pública* 13, 2011, pp. 65 a 95.

- ROUBAN, L.: *Le statut des fonctionnaires comme enjeu socio-historique*, *Revue Française d'Administration Publique*, 132, 2009, pp. 673 a 687.
- SALGADO VELO, J. y LUIS CABRAL, A.: «Evaluación del desempeño en la Administración Pública del Principado de Asturias: análisis de las propiedades psicométricas», *Revista de psicología del trabajo y de las organizaciones/ Journal of work and organizational psychology* 2, 2011, pp. 75 a 91.
- WHITE, L.D., *The Jacksonians*, The Macmillan Co., New York, 1954.
- WIESEL, D. S. y BUCKLEY, M. R.: «The evolution of the performance appraisal process», *Journal of Management History*, Vol. 4 Iss 3, 1998.

Trabajo recibido el 16 de abril de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Enplegatu Publikoen Oinarrizko Estatutuak sartu zuen, estatutuan, enplegatu publikoen lanaren gaineko ebaluazioaren irudia. Hainbat herrialdetako administrazioan erabiltzen da tresna hori, eta, beste xede batzuen artean, enplegatuek erakundeari egiten dioten ekarpena neurtzea edo egon daitezkeen prestakuntza-premiak hautematea ahalbidetzen du. Ebaluazio hori Estatutuan sartzeak eta dauden administrazioen eremuan orokortzeak ondorio garrantzitsuak izan ditzake, bai langileei dagokienez (ordainsarien edo karreraren arloan), bai herritarrei dagokienez (administrazio-jardueraren hartzaileak diren heinean). Onartu eta hamar urtera, arau autonomiko gutxik garatu dituzte Estatutuak lanaren ebaluazioari eskaintzen dizkion agindu bakanak. Bestalde, funtzio publikoari buruzko legedi autonomikoetan, enplegatuen gainean hainbat eragin dituzten ebaluazio-sistema ezberdinak aurki daitezke. Ikerketa honetan bilduko ditugu.

GAKO HITZAK: Administrazio publikoko langileak. Lanaren gaineko ebaluazioa. Autonomia-erkidegoko zuzenbidea. Administrazio-antolamendua. Eraginkortasuna.

RESUMEN: El Estatuto Básico del Empleado Público introdujo a nivel estatal la figura de la evaluación del desempeño de los empleados públicos. Se trata de una herramienta utilizada en la Administración de diversos países que, entre otros fines, permite medir la aportación de los empleados a la organización o detectar posibles necesidades de formación. Su incorporación al Estatuto y su generalización en el ámbito de las distintas Administraciones puede tener relevantes consecuencias, tanto para los trabajadores (en materia de retribuciones o de carrera), como para la ciudadanía (destinataria de la actividad administrativa). Diez años después de su aprobación, son pocas las normas autonómicas que han desarrollado los escasos preceptos que el Estatuto dedica a la evaluación del desempeño. Por su parte, en las distintas legislaciones autonómicas sobre función pública, pueden encontrarse distintos sistemas de evaluación con diferentes efectos sobre los empleados que recopilamos a lo largo del presente estudio.

PALABRAS CLAVE: Empleados públicos. Evaluación del desempeño. Derecho autonómico. Organización administrativa. Eficacia.

ABSTRACT: The Basic Statute for Public Employees introduced the figure of performance assessment at the central state level. This is a tool employed by public administrations in several countries, which allows, among other goals, to measure the contribution of employees to the organization, or detect possible training necessities. The incorporation of this figure to the Statute, and its generalization to diverse public administrations, can have relevant consequences, both for the workers (in terms of their compensation and careers), and for the citizenship (the addressee of administrative activity). Ten years after its approval, few legal norms of autonomous communities have developed the small number

of dispositions that the Statute contains regarding performance assessment. In the several legal systems of autonomous communities regarding public employment, diverse methods of performance assessment can be found, with different impact on employees, which we summarize in the present study.

KEYWORDS: Public Employees. Performance assessment. Autonomous communities law. Administrative organization. Effectiveness.

Semblante jurídico de la democracia deliberativa local y sus aspectos polémicos

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.14>

Sumario: I. Introducción a la democracia deliberativa local.—II. La participación local y su proceso de construcción jurídica.—III. Sistema participativo local. III.1. Problemática jurídico constitucional en torno a su esfera subjetiva y objetiva. III.2. Taxatividad o *numerus apertus*. Las consultas populares desde una perspectiva jurisprudencial.—IV. Democracia deliberativa local: entre el ser y el deber ser.—V. Bibliografía.

I. Introducción a la democracia deliberativa local

Como premisa, la participación local se debate entre su presente en construcción y enfoque en términos de prospectiva jurídica, con especial detenimiento en el recorrido actual de los procesos, deberes y derechos participativos.

El estadio vigente de la participación exige contextualizar la Administración local en el marco de una atmósfera de corrupción que según los Informes de la Fiscalía (2014) afecta a los municipios, especialmente, a través del desarrollo urbanístico y la contratación pública. Paralelamente, un estudio de la Comisión Europea (2014) concluye que las administraciones pequeñas propenden en superior proporción a la corrupción, como anticipó el Informe Stoker para el Comité de Ministros del Consejo de Europa (2000), advirtiendo de las debilidades de la democracia participativa local.

En paralelo al deterioro de la democracia representativa local, y mientras la participación directa permanece desactivada por el Tribunal Constitucional como derecho fundamental mediante una interpretación *contra libertate* y antiliteral del artículo 23 CE, emerge la democracia deliberativa a modo de *tertium genus*. De este modo, se reinventa a sí misma y re-masteriza la democracia, como antídoto frente a la corrupción local y revulsivo de regeneración democrática. La democracia deliberativa, según Habermas, constituye un proyecto para realizarse en ámbito pequeños, en relación a un número determinado de personas, y por esta razón, los ayuntamientos son cauces óptimos de participación ciudadana.

El desarrollo del principio democrático (artículo 1.1. CE) se canaliza institucionalmente por la Administración local a través de la democracia participativa o deliberativa. La fragmentación, complejidad e interdependencia de nuestras sociedades actuales provocan la necesidad de compatibilizar la *democracia representativa* con nuevas formas de *democracia participativa*, más directa y deliberativa, es decir, con alternativas que den «voz y rostro» a la ciudadanía plural (Ganuza Fernández/Gómez Fortes). Se trata de fortalecer la democracia mediante una nueva manera de tomar decisiones, que conciba a los ciudadanos con capacidades y, por tanto, que *les transfiera el poder y la responsabilidad en los asuntos públicos* (1).

No obstante, el riesgo de traspaso de las endemias y descrédito actual de la democracia representativa a la deliberativa en base al control de esta última por los representantes políticos, pueden lastrar el despliegue jurídico y aceptación social de la participación local (2).

La gravedad de las disfunciones y patologías que se han venido manifestando en nuestro sistema político y democrático, la contaminación de las instituciones y de la democracia representativa, plantean la necesidad de un nuevo modelo de gestión local en torno a la participación ciudadana y el control social. La inoperancia de los mecanismos participativos constitucionales justifica adicionalmente la apertura a nuevas modalidades de participación en la vida local (3).

La reactivación del derecho constitucional a participar en los asuntos públicos constituye *a priori* la respuesta precisa a las expectativas y demandas ciudadanas en el actual contexto de desafección social (4). La

(1) Vid., COLINO DEL PINO, «Democracia participativa en el nivel local: Debates y experiencias en Europa», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 37, 2008, pág. 249, con la idea de que, como declaraba el experto británico en participación ciudadana J. Stewart en una comparecencia ante el Parlamento, «la salud de la democracia representativa y de la democracia participativa están interrelacionadas».

(2) Vid., PASTOR SELLER, *Participación ciudadana y gestión de las políticas sociales municipales*, Universidad de Murcia, 2009, pág. 67.

(3) Destaca SOLA GARCÍA/CASELLAS LÓPEZ, «El papel de las Administraciones locales en la participación ciudadana», *Intervención Psicosocial*, Vol. 13, N.º 2, 2004, pág. 276, para quien el marco legal existente, desde las leyes orgánicas hasta los reglamentos de participación, no ha sido aprovechado en toda su extensión: existen déficits en el cumplimiento estricto de algunas normas, no se dedican suficientes recursos ni atención al funcionamiento de los mecanismos de participación establecidos. Como ejemplo, los mecanismos tradicionales de participación individual (derecho de petición, iniciativa popular, referéndum, participación en los consejos de barrio) apenas se han desarrollado; aun así, los esfuerzos se dirigen a innovar en este ámbito que se considera de una importancia emergente.

(4) Según la OCDE «tan importante es la capacidad de consulta para mejora, credibilidad y legitimidad de la acción de gobierno como su capacidad para conseguir el soporte de los grupos implicados en el proceso de decisión y una aceptación más grande de la normativa». Vid., COLINO DEL PINO, «Democracia participativa en el nivel local...», *cit.*, la participación «como contrapeso a ciertas tendencias incívicas o al excesivo individualismo, a través de la generación y potenciación de la idea de comunidad... su potencial educativo, el fortalecimiento de la cooperación y del esfuerzo por definir el interés

participación ciudadana posibilita la superación de los déficits democráticos e institucionales y contribuye a reforzar la legitimidad de las actuaciones públicas, al margen de reportar ventajas electorales promoviendo la confianza de la ciudadanía (5). Si bien como reverso de la democracia deliberativa puede esgrimirse el riesgo de manipulación de la ciudadanía para alcanzar una legitimidad artificiosa, mediante el control de las asociaciones y órganos de participación ciudadana (6).

El actual sistema participativo local implica pues, el análisis de un tema de dudosa reputación jurídica y exigua credibilidad científica, con más sombras que luces. La participación en la Administración local plantea el estudio de su dimensión constitucional y también *paraconstitucional*, sus méritos y deméritos, infradesarrollo, controversias, problemáticas, lagunas y límites

II. La participación local y su proceso de construcción jurídica

Como hipótesis de partida se cuestiona la existencia de un sistema participativo local, con unos principios definidos e integradores, normas de obligado cumplimiento, derechos y deberes, procedimiento administrativo, garantías y un régimen sancionador y de responsabilidades, en orden a su aplicación por los operadores jurídicos. En la actualidad, la participación local se enfrenta aún a su construcción jurídica como principio, norma y derecho bajo la cobertura proporcionada por la reglamentación municipal, la jurisprudencia y los informes de Defensores del Pueblo.

El principio de participación se impulsa en las recientes leyes administrativas (artículo 3 c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, necesariamente concatenado al principio de transparencia y como manifestación del principio democrático (ar-

---

(5) *Vid.*, PASTOR SELLER, *Participación ciudadana...*, cit., págs. 46 y 47, sobre las ventajas de la participación, mejora la legitimidad política de las decisiones, renueva la confianza entre los ciudadanos y los responsables de las tomas de decisiones, mejora el proceso decisional y la implementación de las actuaciones, mejora la resolución de conflictos en el periodo de ejecución de decisiones, fortalece la democracia, estimulando ciudadanía más activa, acerca sociedad civil al gobierno local, permite mejorar las condiciones de vida, reconquistar espacio público, refuerza la legítima decisión, dialogar con la población.

(6) Para FONT/BRUGUÉ/GOMÀ, *Participación y Democracia: Asociaciones y Poder local*; Universitat Autònoma de Barcelona, la legitimidad de una decisión depende del grado de aceptación que genera entre los ciudadanos y, por lo tanto, parece claro que si éstos han sido informados y consultados la legitimidad se verá reforzada; GAVENTA, «Hacia un gobierno local participativo: evaluación de las posibilidades de transformación», *Temas Sociales* N.º. 58, 2006, el análisis del poder es fundamental si se quiere entender el grado en que pueden usarse los nuevos espacios para una gobernanza participativa cuya meta es generar un compromiso transformador, o si es más probable que sean instrumentos para reforzar la dominación y el control existentes.

título 1.1. CE). Estos principios reflejan una implementación recíproca puesto que sin accesibilidad a la información pública, los ciudadanos no pueden participar plenamente en la Administración local, desactivando el principio del Estado democrático (7). En consecuencia, la aplicación restrictiva de la transparencia en las Ordenanzas y Reglamentos municipales repercute negativamente en el ejercicio de los derechos de participación así como en el control ciudadano de los poderes públicos (8).

Paralelamente, destaca el infradesarrollo normativo de la participación local con repercusiones negativas en su cumplimiento y aplicación. En este sentido, el Informe Especial «Normativa sobre Participación Ciudadana en las Diputaciones Provinciales y en los Grandes Municipios de Andalucía (Diciembre de 2009) del Defensor del Pueblo Andalúz, admite la ausencia de Reglamentos de Participación Ciudadana, la demora en su actualización y un déficit de cumplimiento estricto de tales normas. Considera que su regulación actual desatiende la Normativa Internacional concretada en incumplimiento de los principios y medidas contenidas en la Carta Europea de la Autonomía Local (1985) así como las acciones para favorecer la participación de los ciudadanos en la vida local, basadas en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa (2001) y de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

En el fondo de estas críticas imputables al régimen normativo de participación local subyace la autorregulación a través de disposiciones voluntarias no vinculantes pertenecientes al campo del *soft law*. Esta previsión legal y reglamentaria *suave* obedece a que «las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización, no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que correspondan a los órganos representativos regulados por Ley» (artículo 69 LBRL).

Paralelamente, la influencia derivada de la confusión entre promoción (artículos 9.2 CE y 69 LBRL) y derecho a participar (artículo 23 CE), genera una falta de compromiso jurídico de las Corporaciones locales y la percepción por

(7) Vid., AA.VV., *La ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno...*, cit., pág. 40 la transparencia permite una mayor participación de los ciudadanos; VILLORIA, M., *Ética pública y corrupción: Curso de Ética administrativa*, Madrid, 2000, pág. 138, la transparencia para que las decisiones sean justas es preciso que no sean cerradas o den falsa imagen de apertura y con participación real de los afectados.

(8) Vid., MORETÓN TOQUERO, «Los límites del derecho de acceso a la información pública», *Revista Jurídica Castilla León*, N.º 33, 2014, pág. 11, una «participación informada» exigencia del principio democrático y a la vez actúa como contrapoder, contribuyendo a disuadir de las conductas inapropiadas y, en último término, a disminuir la corrupción.

los ciudadanos de su escasa utilidad (9). En los Reglamentos y Ordenanzas locales prevalece la promoción local de la participación sobre su aplicación como derecho pese a que incluso, suelen clonar la regulación del derecho fundamental (artículo 23 CE) en detrimento de su rango constitucional.

El artículo 18 LBRL regula el derecho de participación con sujeción a lo dispuesto en las leyes y a que la colaboración voluntaria de los vecinos sea interesada por los órganos y administración municipal. En base a este precepto, los derechos de participación permanecen a expensas de su configuración reglamentaria, reducidos entretanto a simples expectativas y asimilables a concesiones «graciosas» por la Administración local (10). Desde esta perspectiva, resulta incoherente que siendo la participación un derecho político se ejercite no frente al poder político sino desde el mismo, mediante una vocación de la Administración a la ciudadanía.

La discrecionalidad administrativa (o presunta arbitrariedad) en relación a la convocatoria, los procesos participativos, los sujetos participantes o las materias participables genera, no obstante, un derecho *aparticipativo* en el marco local. Respecto al límite de esta potestad discrecional administrativa, la STS de 10 de marzo de 1989, considera que «si las leyes o los reglamentos establecen vías demasiado estrechas que en la práctica hagan imposible o muy dificultoso la participación real en asuntos públicos, podría cuestionarse la constitucionalidad de las leyes o reglamentos».

Al margen de la naturaleza como derechos de configuración local, su carácter prestacional confiere una condición dual también como derechos sociales. Desde esta perspectiva, el usuario de servicios municipales puede actuar simultáneamente como titular de derechos, posibilitando la accesibilidad de los ciudadanos a la configuración de las políticas sociales a través del ejercicio del derecho a participar (11). En torno a esta

---

(9) El nuevo párrafo *n*) del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, dispone que corresponde a los Ayuntamientos la promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Aunque el deber de los entes locales de promover la participación no se traduce en un derecho vinculante y exigible por la ciudadanía.

(10) *Vid.*, SOLOZABAL, «Los derechos fundamentales en la Constitución española», *Revista de Estudios Políticos*, N.º 5, 1999, pág. 14, el Tribunal Constitucional para reiterar hasta la saciedad que éste es un típico derecho de configuración legal, sin la cual no es factible su ejercicio. El Alto Tribunal recuerda, no obstante, que no toda infracción de la legalidad constituye lesión del derecho fundamental.

(11) Para BARRERA, A., «Innovación política y participación ciudadana. Tendencias democráticas en los gobiernos locales», biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/campus/poggiese/11barre.pdf, la invocación a la participación social está basada en el deseo de romper con la inercia de exclusión y segregación de la mayoría de la población, y sobre todo de los sectores populares, en la toma de decisiones de las políticas públicas que afectan su vida y posibilidades de desarrollo. La construcción y el afianzamiento de la institucionalidad democrática, entendida como el conjunto de normas, entidades y mecanismos que aseguran los principios básicos del Estado social de derecho, encuentran en lo local un amplio campo de innovación.

cuestión, Cunill Grau advierte que una de las críticas tempranas al Estado de Bienestar mostró, sin embargo, que más bien éste estimulaba la despolitización social, la creación de «ciudadanos privados», en tanto no sólo era incapaz de imponerles una obligación de participar en la vida pública, sino que incluso podía inhibirla con su énfasis en derechos pasivos (12). La participación como derecho político y social de la ciudadanía sujeto a configuración reglamentaria local plantea en la fase actual de construcción jurídica su condición bipolar, tasada o de *numerus apertus*, y la polémica admisión de derechos atípicos 14. En particular, la constitucionalidad y licitud de figuras jurídicas híbridas o por el contrario, su instrumentalización como «*fraus legis o constitutionem*», a propósito de las consultas locales cuya problemática se aborda a continuación.

Por último, como límite a la configuración local de los derechos de participación destaca el título competencial de los municipios y en particular, su incompetencia sobre derechos fundamentales (v.gr. STS 14 febrero 2013, entre otras) (13). En efecto, la regulación por los Reglamentos locales de participación de ciertos derechos fundamentales de petición o iniciativa normativa, aunque sea reproduciendo fielmente la literalidad del texto constitucional debe criticarse cuando menos, como defecto de técnica jurídica (14). Al margen de la incompetencia municipal para regular derechos

(12) Destaca GAVENTA, «Hacia un gobierno local participativo: evaluación de las posibilidades de transformación», *Temas Sociales* N.º. 58, 2006, las reflexiones amplían aún más la idea de «un derecho a la participación», al plantear que si los derechos y la ciudadanía se obtienen a través de la 'actoría', y no son simplemente concedidos por el Estado, entonces el derecho a participar —esto es, el derecho a demandar derechos— es un derecho anterior, necesario para la materialización de otros derechos. Y en tanto las versiones liberales de la ciudadanía siempre han incluido nociones de participación política como un derecho, ampliar esto para incluir la participación en la vida social y económica *politiza* los derechos sociales, al re-constituir a los ciudadanos como sus creadores activos

(13) El artículo 57 Reglamento de Participación de Pamplona señala que la gestión municipal se sustentará en la participación ciudadana sobre programas concretos para la consecución del desarrollo sostenible de la ciudad y la protección y defensa de los derechos humanos, en especial de los grupos más vulnerables, de los más desprotegidos, fomentará la defensa de la libertad, la democracia y el respeto al Estado de Derecho, así como el diálogo entre culturas y actuará frente a la violencia, la intolerancia, el racismo y la xenofobia.

(14) En el Reglamento de Participación del Ayuntamiento de Pamplona se dispone que las personas vecinas mayores de edad que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales de Pamplona podrán ejercer la iniciativa popular, en los términos legalmente establecidos. Así se infiere del artículo 8 Reglamento de Participación de Cádiz señalando que «todas las personas tienen derecho a usar los locales, equipamientos y espacios públicos provinciales para ejercer el derecho de reunión sin más condicionantes que los derivados de las características del espacio y las ordenanzas municipales, así como del cumplimiento de los requisitos exigidos cuando se trate de reuniones en lugares de tránsito público o manifestaciones, de acuerdo con la Ley Orgánica 9/1983 Reguladora del Derecho de reunión». También el artículo 12 Reglamento de participación de León reproduce el contenido del derecho fundamental de petición en materias de competencia municipal y con presumible defecto de técnica jurídica, prevé como objetivo el desarrollo efectivo de la participación ciudadana, con arreglo a lo previsto en el art. 9.2 y 23.1 de la Constitución.

fundamentales por vía reglamentaria y por razón de la materia, ni siquiera bajo la excusa jurídica de promocionar derechos participativos (15).

Pero la sujeción de los municipios a la competencia objetiva y territorial colisiona con las cláusulas reglamentarias que permiten extender la participación a asuntos de «interés local» (16). Estas disposiciones implican el riesgo de derechos participativos con extralimitación competencial fundamentada en el criterio de *interés local*, con el riesgo de conflictos con otras Administraciones habilitadas por razón de competencia.

III. Sistema participativo local

III.1. Problemática jurídico constitucional en torno a su esfera subjetiva y objetiva

Desde una perspectiva subjetiva, los Reglamentos de participación plantean una problemática jurídico-constitucional relevante sobre aspectos diversos como la legitimación, desigualdad, discriminación o transparencia.

La democracia representativa no participativa adolece de similares deficiencias de una democracia participativa no representativa. En relación a esta última, las restricciones y desigualdades subjetivas de la participación ciudadana en los asuntos públicos, presenta visos de inconstitucionalidad ante el riesgo de consecuencias discriminatorias.

En general, las normas reglamentarias restrictivas de la titularidad y ejercicio de la participación ciudadana en el marco local sin una justificación objetiva, razonable y proporcionada, como también las regulaciones neutras ajenas a las desigualdades reales entre ciudadanos por discriminación indirecta. Particularmente, la discrecionalidad administrativa en la determinación de los ciudadanos que pueden participar en ciertos procesos participativos (jurados o paneles ciudadanos) y su carácter excluyente, se desvía del artículo 23 CE como parámetro constitucional o al menos, de su espíritu.

---

(15) Según la STC 119/1995, FJ 4 *in fine*, constituyendo «mera manifestación del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales» (STC 103/2008, FJ 2).

(16) En esta línea, el Reglamento Orgánico de Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Madrid dispone que *todos* los ciudadanos tienen el derecho a dirigirse individual o colectivamente a cualquier autoridad u órgano municipal para elevar propuestas de actuación, comentarios o sugerencias en materia de competencia municipal o de interés local; y el Ayuntamiento de Barcelona (artículo 20) reconoce a todos los/as ciudadanos/as tienen el derecho a dirigirse a cualquier autoridad u órgano municipal para elevar propuestas de actuación o sugerencias no sólo en materias de competencia municipal sino también de interés local.

Con frecuencia la titularidad de los derechos de participación local se identifica con el concepto administrativista de *interesado* o se atribuye a «personas que se relacionan con la administración a título individual o en nombre de organismos», siendo susceptible de provocar exclusiones injustificables e inconstitucionales. Al margen de que el concepto de interesado para ser titular o ejercitar los derechos participativos no resulta coherente con la imprevisión jurídica del *procedimiento administrativo* en materia de participación, con tramitación y garantías exigibles por los ciudadanos.

La legitimación activa para el ejercicio del derecho a participar suele reconocerse extensivamente sin exigencia de nacionalidad o residencia a todas las personas o vecinos y asociaciones (17). Aunque determinados Reglamentos de participación exigen un interés legítimo pese a carecer este derecho de soporte procedimental y también la inscripción en un Registro de las asociaciones para obtener ciertos derechos, requisitos que en apariencia implican una distorsión del texto constitucional por no preverse en el artículo 23 CE ni promover la participación en los términos del artículo 9 CE (18).

La participación debe operar como instrumento de cohesión social pues *a sensu contrario* puede ser un factor de discriminación o desigualdad real (v.gr. la brecha digital participativa entre la ciudadanía) (19). La transversalidad recíproca entre igualdad y participación justifica el recurso de los entes locales a las acciones positivas en favor de inmigrantes, discapacitados, mujeres o colectivos en riesgo de exclusión, para promover el ejercicio de derechos participativos sin discriminaciones (20).

Las acciones correctoras de desigualdades pueden coadyuvar a facilitar la participación de asociaciones, grupos o sujetos vulnerables con especiales dificultades participativas (21). El Reglamento de Participación de

(17) El artículo 3 Reglamento de Participación y de Juntas Municipales de Distrito de Córdoba atribuye el derecho a intervenir en la gestión de los asuntos públicos participar a todas las personas y todas las asociaciones ciudadanas sin exigirse requisito de inscripción.

(18) Destacan artículo 9 Reglamento de Participación de Cádiz y artículo 14 Reglamento de Participación de Córdoba, los derechos de participación, a excepción del de consulta popular o referéndum, se pueden ejercer por cualquier persona y/o asociación ciudadana, que tenga un interés legítimo respecto de los asuntos que tienen que ver con la actividad del Ayuntamiento.

(19) Según COHEN, J., *Deliberación y legitimidad democrática*, en A. Hamlin y P. Pettit (eds.), *The GoodPolity*, Oxford, Blackwell, 1989, las desigualdades de riqueza, y la ausencia de medidas institucionales diseñadas para reparar las consecuencias de esas desigualdades, pueden servir para destruir la igualdad que la deliberación misma requiere.

(20) En concreto, el Ayuntamiento de Córdoba prevé fomentar el asociacionismo de las personas y de los grupos que se encuentran en peor situación de interlocución y la participación de los inmigrantes, puesto que los procesos participativos deberán favorecer la inclusión social (artículo 14).

(21) Para COHEN, J., «Deliberación y legitimidad democrática», en A. Hamlin y P. Pettit (eds.), *The GoodPolity*, Oxford, Blackwell, 1989, los participantes son sustantivamente iguales en el sentido de que la distribución existente de poder y recursos no configura sus oportunidades para contribuir a la deliberación, ni juega un papel definitivo en ella.

Valencia pretende conceder una atención especial a la situación de las clases de ciudadanos y ciudadanas que se enfrentan a las mayores dificultades para participar activamente o que quedan al margen de la vida pública local. (10) y reconocer la importancia de una representación equitativa de las mujeres en la política local (12). En estos términos, el citado Informe del Defensor del Pueblo andaluz (2009) se pronuncia sobre el deber de incluir en tales Reglamentos la creación, funcionamiento y régimen jurídico, de los Consejos Sectoriales que, además de otros ya establecidos, se consideren necesarios para articular la participación en los respectivos ámbitos locales, de los sectores de la ciudadanía que estén en situación de dificultad o desventaja para participar (personas con discapacidad, menores, tercera edad, mujeres, grupos necesitados de integración desempleados, drogodependientes, extranjeros, etc.).

Especial detenimiento requiere la discriminación por razón sexo en el ámbito de la participación local, planteando la extrapolación de la democracia paritaria a la deliberativa a través de la feminización de los órganos participativos. La Jurisprudencia constitucional sobre igualdad sustantiva en la representación política puede aplicarse analógicamente a los órganos participativos locales, extrapolando idéntico argumento a la participación como «un elemento definidor de la noción de ciudadanía». A raíz de la STC 12/2008, de 29 de enero de 2008, se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 44 bis y concordantes de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, redactados por la Disposición Adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El Tribunal Constitucional aborda la vulneración del derecho a la igualdad en las candidaturas electorales equilibradas por sexos y asevera que la participación equilibrada de mujeres y hombres en las listas electorales que impone la Ley de Igualdad no favorece ni discrimina a ninguno de los sexos ni supone una «discriminación compensatoria» a favor de la mujer, sólo establece una fórmula de equilibrio entre sexos.

Como argumento «las exigencias de las listas paritarias no suponen un tratamiento peyorativo ni diferenciado en razón del sexo de los candidatos, ya que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. El artículo 9.2 de la Constitución autoriza a exigir de los partidos políticos que integren en sus candidaturas una participación equilibrada de ambos sexos, para que la libertad y la igualdad de individuos y grupos sean «reales y efectivas».

La traslación de esta sentencia al plano de la democracia deliberativa vincularía a la Administración local a promover una composición paritaria de los órganos participativos en términos similares a la democracia representativa en base al mandato del artículo 9.2 CE (artículo 69 Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi). La exigencia a

las entidades locales de una participación equilibrada entre sexos resulta especialmente necesaria en el ámbito participativo local, no sólo como acción positiva sino para evitar incoherencias con la paridad de las candidaturas electorales. (22).

La aplicación de esta doctrina constitucional a la participación deliberativa permitiría aproximar ambas modalidades participativas a través de un denominador común basado en la igualdad de género y en la composición equilibrada por razón de sexo ¹⁹. Considerando incluso, que el agravio comparativo entre la democracia representativa y deliberativa a efectos de igualdad, puede derivar en inconstitucionalidad por la inaplicación a esta última de la doctrina constitucional sobre paridad. La proporcionalidad por sexos debería prolongarse pues, a la elección de los miembros de los órganos participativos, en incluso, promoverse entre las asociaciones y entidades ciudadanas con derechos participativos.

Al respecto, la exigencia a los partidos políticos de este equilibrio podría extrapolarse a las asociaciones y entidades ciudadanas que participen en los procesos e instrumentos participativos mediante fórmulas jurídicas adecuadas, sujetando las subvenciones y la atribución de derechos a su nivel de compromiso con la igualdad.

Las acciones positivas constituyen, en suma, un medio constitucional legítimo para superar las desigualdades de género y la corrección de los desequilibrios emergentes en el ámbito de la participación directa. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R (92) 6, se refiere a la «política de la participación en lo referente a una representación más equilibrada de algunas categorías de ciudadanos, y especialmente de las mujeres, en los órganos electos.

Sin embargo, en la actualidad los Reglamentos locales sólo promueven la igualdad de trato entre los ciudadanos y ciudadanas (artículo 5 Proyecto Ley de Transparencia, Participación y Buen Gobierno del País Vasco), sin regular un auténtico derecho de igualdad en la participación (23). Menos aún prevén la discriminación indirecta de colectivos en situación de desigualdad real causada por la neutralidad e indiferencia de la normativa local aplicable. Por esta razón, resulta conveniente la regulación anti-

(22) Según el Tribunal Constitucional «se pretende, en suma, que la igualdad efectivamente existente en cuanto a la división de la sociedad con arreglo al sexo no se desvirtúe en los órganos de representación política con la presencia abrumadoramente mayoritaria de uno de ellos. Una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos».

(23) De igual modo el artículo 67 del Reglamento Orgánico de Participación del Ayuntamiento de Madrid incluye entre las buenas prácticas la gestión municipal sustentada en el permanente diálogo civil sobre programas concretos para la consecución del desarrollo sostenible de la ciudad y la protección y defensa de los derechos humanos, en especial de los grupos menos favorecidos y del diálogo entre culturas y actuará frente al racismo y la xenofobia.

discriminatoria de participación entre determinados colectivos o sectores poblacionales como los inmigrantes, impulsando simultáneamente la cohesión social.

En particular, los inmigrantes que hayan adquirido la condición de ciudadanos pueden ser titulares del derecho a participar en los asuntos públicos locales al desplazarse el criterio de nacionalidad por el de vecindad civil. Excepcionalmente, el Tribunal Constitucional admite la posibilidad de que el derecho otorgado a los ciudadanos se extienda también a quienes no lo son (Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio de 1992). Esta posición se proyecta en el ámbito autonómico como resulta, entre otras, de la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunidad valenciana (modificada por la Ley 2/2016, de 4 de mayo) señalando que «la Generalitat favorecerá, en los casos que proceda, la representación de las personas inmigrantes en los instrumentos de participación ciudadana previstos en la Ley de Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana, individualmente o a través de sus entidades asociativas más representativas» (artículo 18).

Del mismo modo, la diversificación de la participación en individual y colectiva puede generar una discriminación originada a raíz de la desigualdad de trato entre ciudadanos y asociaciones o entidades. Los Reglamentos de participación no equilibran ambas modalidades subjetivas puesto que con carácter general son proclives a la participación asociativa en detrimento de la individual (24). Esta posición se traduce en un desigual trato de los ciudadanos y asociaciones en la titularidad y ejercicio de los derechos de participación local, con base en el fomento del asociacionismo (25). Así lo reconoce el Informe del Defensor del Pueblo andaluz (diciembre 2009), admitiendo una cierta prevalencia respecto de la promoción y regulación de figuras o técnicas de participación asociativa, esto es, de aquellas medidas de participación en la que los sujetos activos serían las entidades y asociaciones civiles.

Como argumentaciones en contra puede recurrirse a la dudosa representatividad actual de las asociaciones, además de los posibles efectos discriminatorios con el riesgo de monopolización de espacios de participación por grupos sociales en detrimento de los ciudadanos no organiza-

---

(24) Excepcionalmente, algunos ayuntamientos prefieren una participación individual «de todos los hombres y mujeres que quieran implicarse en los problemas que les afectan, aportando puntos de vista, inquietudes y soluciones» (Ayuntamiento Cambil).

(25) Artículo 9 Reglamento Participación de Cádiz, la Diputación fomentará el asociacionismo de las personas y de los grupos que se encuentran en peor situación de interlocución social y promoverá la participación de los inmigrantes.

dos (26). Al respecto según Pindado *se presume que* las asociaciones son representativas aunque el carácter representativo de las asociaciones es hoy discutible y un elevadísimo porcentaje de personas no quieren participar o no pueden y hay que mejorar el tejido asociativo (27). Este déficit de representatividad resulta extrapolable a los órganos participativos, por esta razón el Consejo de la Ciudad de Barcelona incluye en su composición hasta quince personas de especial representación y relevancia ciudadana, nombradas por el Plenario del Consejo Municipal a propuesta del alcalde o alcaldesa, ciudadanos y ciudadanas, nombrados por el alcalde o alcaldesa y escogidos aleatoriamente de entre un registro de ciudadanos y ciudadanas que hayan manifestado su voluntad de participar en el mismo.

El artículo 23 CE como referente del derecho de participación, sea o no fundamental, impide restricciones y privilegios por la amplitud jurídica de su ámbito subjetivo, sin que las entidades locales puedan efectuar una interpretación y aplicación limitativa de la titularidad y ejercicio, puesto que además vulneraría el deber de promoción (artículo 9.2 CE) y el derecho constitucional de igualdad (artículo 14 CE).

Esta argumentación constitucional se opone a la traslación del criterio de representatividad en los mismos términos que en la democracia representativa mediante la opción preferente e incluso, excluyente por la intermediación y participación de asociaciones y organizaciones empresariales o sindicales, en detrimento de los ciudadanos a título individual.

Una participación genuinamente democrática debe evitar que una práctica propia de un sistema democrático basada en la interlocución política con entidades y organizaciones representativas, excluya o relegue a los ciudadanos. Con el consiguiente riesgo de que un grupo/s alcancen un dominio decisivo en la participación «ciudadana» como auténticas oligarquías y a modo de administración paralela, controlando la democracia deliberativa.

El trato desigual de entidades, asociaciones y ciudadanos a efectos de participación puede derivar en discriminaciones bajo la cobertura reglamentaria desarrollada por los entes locales. Ante esta posibilidad, la regulación de los derechos de participación ha de realizarse sin distinciones entre cualquier persona y/o asociación ciudadana, que tenga un interés legítimo respecto de los asuntos que tienen que ver con la actividad del Ayuntamiento (artículo 14 Reglamento de Participación del Ayuntamiento de Córdoba).

---

(26) Vid. PASTOR SELLER, *Participación ciudadana y...*, cit., pág. 47.

(27) Destaca PINDADO, F., *La participación ciudadana en el ámbito local*, INAP, 2004, pág. 5, es discutible el carácter representativo de las asociaciones.

La compleja delimitación entre el fomento de las asociaciones y su trato privilegiado destinado a esta finalidad en términos comparativos con los ciudadanos, requiere atender a las posibles consecuencias discriminatorias como límite a la promoción por los ayuntamientos de la participación colectiva (Plan de apoyo a asociaciones de Barcelona).

Desde una perspectiva jurídico-constitucional, parece discutible la exclusión de los ciudadanos a título individual del ejercicio de derechos como la iniciativa reglamentaria que sólo puede realizarse mediante asociaciones (artículo 17 Reglamento de Participación de Pamplona) (28).

Paradójicamente, la promoción municipal de la participación colectiva y la atribución de beneficios no se acompaña de un control de las asociaciones y sus fines, ni tampoco de su funcionamiento interno. Excepcionalmente el Reglamento de Participación de Córdoba prevé que el Ayuntamiento y el Consejo del Movimiento Ciudadano deberán ser garantes del funcionamiento democrático transparente y participativo de las asociaciones inscritas en el Registro Municipal, mediante una comisión de control con consecuencias ante quejas o reclamaciones, como amonestación o baja en el Registro de Asociaciones.

Particular atención jurídica reclama la imprevisión de medidas supervisoras de la actividad de las entidades ciudadanas como lobbies para evitar que la participación local se convierta en un cauce institucionalizado de los grupos de presión para fines particulares contrarios al interés general. En efecto, los Reglamentos de participación no eliminan el riesgo de infiltración de intereses privados en las decisiones municipales mediante la simple declaración por las entidades de utilidad pública de que sus fines estatutarios tienden a promover el interés general o sectoriales de los ciudadanos y la mejora de su calidad de vida y vengán realizando programas y actividades que redunden en beneficio de los ciudadanos/as (artículo 27 Reglamento de Torredonjimeno, Jaén). Aunque el Reglamento de Participación de León (artículo 36) considera como interés público municipal y social para la ciudadanía de León que la actividad de la asociación no este restringida exclusivamente a beneficiar a sus asociados y asociadas, sino abierta a cualquier otra persona.

La posible intervención de las asociaciones, incluso las vecinales, como lobbies constituye una práctica frecuente en los municipios, que impide trazar una frontera nítida entre los grupos de interés y las entidades ciudadanas, especialmente si actúan ocasionalmente como tales. Recientemente se ha previsto un Registro de lobbies en Cataluña (artículos 45 y siguientes Ley 19/2014, de 29 de diciembre, Transparencia, Acceso a

---

(28) El artículo 18 Reglamento de Participación de Pamplona, cualquier persona, a través de una Asociación o Entidad inscrita en el Registro municipal de Asociaciones o Entidades Ciudadanas podrá plantear una iniciativa, en los términos antes referidos

la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña) cuya utilización por los entes locales sin coste económico, permite dar publicidad a las actuaciones de los grupos de interés, reuniones y audiencias con autoridades y cargos públicos del municipio. Si bien el régimen sancionador se reduce a estas asociaciones y sólo por incumplimiento de sus obligaciones de registración, sin que de otra parte, los responsables políticos locales que actúen en connivencia con lobbies sean objeto de penalización jurídica.

Respecto a la participación ciudadana en la Administración local paralela presenta un estadio de infradesarrollo reconociendo el Informe del Defensor del Pueblo que «en raras ocasiones se contempla la posibilidad de intervención de las personas ante los órganos de gestión de los entes instrumentales de las Administraciones Locales consultadas y, en pocas ocasiones los representantes están presentes en los Consejos de Administración de las Empresas Públicas Municipales» (29) .

Por contra, se prevé de modo aislado la entrada en escena de figuras participativas híbridas, como los colectivos, plataformas, coordinadoras que «responden a nuevas realidades ciudadanas o nuevos núcleos de interés» (Reglamento de Participación de Córdoba), como la Agrupación electores que ha introducido un sistema de voto digital durante el Pleno municipal (Llodio) (30). En particular, el Reglamento de Participación de Córdoba incluye la previsión de participación mediante colectivos, plataformas o coordinadoras ciudadanas, distinguiendo: si son de ciudadanos/as afectados/as, se derivarán hacia los mecanismos de participación existentes y tendrán el mismo tratamiento que el resto de asuntos que afectan a un determinado número de ciudadanos; y si responden a nuevas realidades ciudadanas o a nuevos núcleos de interés, se procurará su inclusión en el Reglamento de la forma más adecuada, según su naturaleza (31).

(29) En el referido informe se incluye la participación de los vecinos en los órganos de gestión de los entes instrumentales o el establecimiento de fórmulas de gestión concertada de servicios públicos o de gestión por los vecinos

(30) La participación directa local se reduce a los supuestos de ausencia de asociaciones o colectivos mediante asambleas ciudadanas, cuando los colectivos u órganos que los representan no existen o no ejercen su función, o bien, de acuerdo con la institución, en función de la relevancia del asunto o ante la dificultad de definir una única posición ciudadana, se crea necesario apelar a conocer la opinión del conjunto de la ciudadanía» (Reglamento Participación de Córdoba).

(31) Así, *vid.*, GANUZA FERNÁNDEZ/GÓMEZ FORTES, *Control político y participación en democracia: los presupuestos participativos*, Estudios de Progreso Fundación Alternativas 38/2008, pág. 396, si bien su diseño y aplicación ha sido en muchos casos específica de un determinado municipio, la extensión de las buenas prácticas, el *benchmarking*, ha hecho posible una progresiva extensión de mecanismos específicos, los cuales en la mayoría de los casos se han dirigido a ampliar el sujeto de la participación, habitualmente monopolizado por los grupos sociales corporativos, dando entrada a grupos sociales informales y poco representados por los canales formales, además de vincular tales instrumentos a procesos de deliberación y, en algunos casos, también a procesos de toma de decisiones. De esta manera se ha pretendido extender la participación hacia grupos sociales tradicionalmente fuera de los canales formales de participación, además de vincular la participación a los diseños de las políticas públicas, buscando una mayor concertación e implicación de la pluralidad ciudadana.)

Desde una perspectiva constitucional, resulta cuestionable la primacía de la participación colectiva sobre la individual y especialmente controvertida, la privación de voto a los ciudadanos a título individual en el seno de órganos participativos locales y la desigualdad de derechos con las asociaciones (32). Al respecto, los Reglamentos locales suelen atribuir exclusivamente a las entidades asociativas el derecho a intervenir en las sesiones públicas municipales (artículo 9 Reglamento de Participación Córdoba); efectuar exposiciones ante el Pleno, excluyendo a los ciudadanos a título individual (artículo 138 Reglamento de Participación Ayuntamiento Málaga); turno de ruegos y preguntas (art. 35 Reglamento de Participación de Sevilla); asistencia directa o asesoramiento para desarrollar su actividad de manera más eficaz (Ayuntamiento de Mairena del Aljarafe); o un espacio reservado en la web municipal sólo para las diferentes Asociaciones de vecinos del municipio (Ayuntamiento de Cabra); celebrar reuniones informativas con Concejales Delegados sobre asuntos de su competencia, la inclusión de proposiciones en el orden del Día del Pleno y a iniciativas ciudadanas con inferior número de firmas (artículo 18 Reglamento de Participación de Sevilla); actividades de sensibilización, divulgación, formación, subvenciones (Ayuntamiento Alcalá la Real); exposiciones ante el Pleno en asunto del orden del día (artículo 44 Reglamento de Barcelona y 14 Reglamento Participación Pamplona); recepción en su domicilio social convocatorias y órdenes del día (Reglamento Participación León); turno de ruegos y preguntas en las sesiones del pleno (artículo 17 Reglamento de Baeza, Jaén); opción de disponer de una cuenta privada de usuario a través de la cual publicar sus propias noticias, información. Sin embargo, suele atribuirse indistintamente a los ciudadanos y asociaciones la gestión de centros cívicos o de equipamientos municipales equiparando así la participación colectiva e individual (artículo 9 Reglamento Córdoba).

Por otra parte, el trato discriminatorio puede verificarse no sólo entre entidades y ciudadanos sino entre asociaciones mediante una aplicación desigual o excluyente de derechos participativos. En esta línea se inscribe el recurso de determinados sindicatos ante el Tribunal Supremo contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana sobre el Reglamento de la Ley 7/2015, de Participación y Colaboración Institucional, alegándose vulneración de los derechos a la igualdad y a la libertad sindical por limitar la participación institucional a la patronal y otros sindicatos. El fallo estimatorio declara nulo el artículo 9 (del Reglamento Participación) por infracción del derecho fundamental

---

(32) El artículo 73 del Reglamento de Participación del Ayuntamiento de Málaga, incluye a las personas, a título individual o en representación de colectivos, por su especial relevancia profesional o científica, invitadas por el Presidente, técnicos municipales y personas a título individual.

contenido en los artículos 14 y 28.1 de la Constitución Española y reconoce la igualdad de derechos del resto de sindicatos representativos.

Por otra parte, la concesión de subvenciones o ayudas a las asociaciones con exclusión de los ciudadanos a título individual se aparta del mandato de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social previsto en el artículo 9.2 CE y del artículo 72 LBRL.

También la neutralidad subjetiva puede cuestionarse en el ámbito de las ayudas a asociaciones y entidades ciudadanas, puesto que con excesiva frecuencia los reglamentos participativos se reservan la posibilidad de concesión sin régimen concurrencia. La politización y discrecionalidad en la concesión de subvenciones suele utilizar comúnmente esta fórmula jurídica: «cuando por razón de la naturaleza de la actividad a subvencionar o de las características de la entidad que haya de ejecutar aquella, no sea posible promover la concurrencia pública, las subvenciones se otorgarán mediante resolución o acuerdo motivado del órgano competente para concederlas», aun debiendo hacer constar las razones que justifiquen la excepción de la convocatoria en régimen de concurrencia artículo 42. De este modo se diseña una participación local potencialmente afín al poder, exenta del régimen general de concurso público y sin control jurídico.

Los Reglamentos de participación no suelen incorporar la baremación en la concesión de ayudas atendiendo al menos a criterios de representatividad, como tampoco la necesidad de transparencia interna de las asociaciones subvencionadas (33). Al efecto, resultan excepcionales los criterios de valoración basados en la representatividad, grado de interés, utilidad ciudadana por fines y capacidad, siendo particularmente discutibles la concesión de subvenciones a entidades juveniles de partidos políticos (Reglamento de participación del Ayuntamiento de Sevilla).

De otro lado, también debería ponderarse la democracia interna y participativa de las asociaciones respecto de sus miembros para eludir la incoherencia de fomentar mediante subvenciones aquellas que actúen con un régimen autoritario. Por esta razón, el artículo 39 Reglamento de Participación de Sevilla señala que podrá denegarse el otorgamiento de subvención a aquellas entidades que no garanticen un funcionamiento democrático, la participación de sus asociados.

---

(33) En términos similares el artículo 48 del Reglamento Orgánico de Participación del Ayuntamiento de Madrid, señala que los convenios de colaboración para el desarrollo de programas de interés ciudadano general, tienen en cuenta las entidades ciudadanas que representen el interés general y acrediten suficiente representatividad y trayectoria en la defensa de los intereses de la ciudad, siempre que se encuentren inscritas en el Registro. El Ayuntamiento de Sevilla que prevé «en sus bases de ejecución se establecerán los criterios de distribución de la misma que, en todo caso, contemplarán su representatividad, el grado de interés o utilidad ciudadana de sus fines, su capacidad económica autónoma y las ayudas que reciban de otras Entidades públicas o privadas»

Otra laguna reglamentaria afecta a la rendición de cuentas de las subvenciones concedidas por los ayuntamientos (salvo artículo 42 del Reglamento de Participación de Sevilla), con la imposibilidad de controlar el destino de los recursos públicos mediante un deber a las entidades beneficiarias de presentar una memoria en la que conste la descripción de la actividad realizada explicando los objetivos logrados, resumen económico explicativo de los gastos realizados imputables a la subvención percibida (34)

El control político de las asociaciones y entidades ciudadanas a través de subvenciones y derechos *ex professo* permite dominar el espacio de la participación ciudadana a través de sus funciones de canalización de quejas y sugerencias, informes y propuestas sobre líneas de gestión municipal (Ayuntamiento Málaga). En consecuencia, las asociaciones y entidades ciudadanas pueden contribuir a legitimar las actuaciones de los representantes locales, consolidando una democracia deliberativa paralela y dócil a la representativa (35).

Pero el riesgo de control de la participación local no sólo se ejerce dominando las asociaciones sino también simultáneamente, los órganos participativos mediante la colonización política por los representantes locales. La composición orgánica en la democracia deliberativa (Consejos Sectoriales, de la Ciudad...) integra a los mismos representantes políticos, alcalde, concejales, y a otros miembros afines nombrados por poderes públicos.

La *participación* de entidades y organizaciones sociales, sindicales, profesionales y empresariales representativas de la ciudadanía en los órganos participativos bajo control de los representantes políticos (concejales, alcalde, representantes de administraciones públicas) *politiza* sus actividades y funciones, infiltrándose en informes, quejas, sugerencias, estudios, propuestas, planes, ordenanzas, reglamentos, procesos participativos, metodologías participativas... La institucionalización municipal de la participación colectiva tiende a relegar la ciudadanía puesto que el nombramiento de sus miembros o representantes se realiza a través de los órganos controlados por responsables políticos. Esta clonación de la democracia representativa por la deliberativa tiende a la confusión jurídica entre ambas y a una fusión por absorción de esta última, ignorando

---

(34) GAVENTA, «Hacia un gobierno local participativo: evaluación de las posibilidades de transformación», *cit.*, sobre temas cruciales como la legitimidad de la representación, los sistemas de rendición pública de cuentas, el cabildeo...

(35) Por estas razones, cobra especial relevancia la formación de las entidades ciudadanas como presupuesto necesario para evitar manipulaciones o influencias de los políticos locales, garantizando su independencia y capacidad de control del poder, así como para desarrollar su función evaluadora de la receptividad, respeto y cumplimiento de los derechos participativos.

su funcionalidad complementaria y enriquecedora *en potencia del sistema representativo*.

La tendencia a la politización de la participación ciudadana se manifiesta pues, a través de la composición de los órganos participativos. La representación política local extiende su ámbito de poder sobre la representación directa mediante el control de los organismos destinados a la participación. En efecto, los representantes locales dominan por mayoría los Consejos Sectoriales, Sociales de la Ciudad y demás órganos participativos, sea integrando los mismos o mediante la designación de sus miembros. Aunque la intermediación política en la participación ciudadana desnaturaliza el carácter directo de esta última bajo cobertura de la democracia deliberativa local (36). Sólo excepcionalmente se opta por una democracia directa a través de asamblea ciudadana o consulta directa a la ciudadanía, cuando los colectivos u órganos que los representan no existen o no ejercen su función, o bien, de acuerdo con la institución, en función de la relevancia del asunto o ante la dificultad de definir una única posición ciudadana, se crea necesario apelar a conocer la opinión del conjunto de la ciudadanía (Reglamento de Participación Baza).

La duplicidad competencial y funcional de los representantes políticos locales también como miembros de los órganos participativos tiende a desactivar la eficacia de la participación local, con el riesgo de que la desconfianza ciudadana se propague a la democracia deliberativa. Particularmente contraproducente puede ser la politización de la Comisión de Reclamaciones mediante su composición por los Concejales pertenecientes a todos los Grupos Políticos que integran el Pleno del Ayuntamiento (artículo 20 Reglamento Participación Ayuntamiento de Málaga), al margen del potencial conflicto de intereses en un órgano de garantía de la participación local.

La dependencia de los órganos participativos de la iniciativa de los representantes políticos locales les transfiere el riesgo de disfunciones y de inaccesibilidad directa por la ciudadanía, monopolizando la democracia deliberativa. En particular, los Consejos Sectoriales se crean a propuesta del Pleno de la Corporación, con la finalidad de canalizar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales.

---

(36) JORBA GALDÓS, «Ciudadanos y esfera pública: Una revisión de los modelos de implementación de la democracia deliberativa», *Revista Española de Ciencia Política*. N.º 14, Abril 2006, arguye por el rechazo a los grupos y asociaciones intermedias, que se perciben como corporaciones de intereses en conflicto y competición y que, por lo tanto, pueden distorsionar la búsqueda del bien común y acabar decantándose hacia formas de negociación en detrimento del diálogo y que las asociaciones formalmente constituidas representan un tanto por ciento muy pequeño de la población, cuestionando así su representatividad del conjunto de la ciudadanía. Este modelo deliberativo, incluso con la intención de concebir una ciudadanía consciente y crítica, puede acabar relegando al ciudadano a un rol de pasividad observacional, demasiado vulnerable al poder político.

Además del riesgo de manipulación y politización de la participación ciudadana se agrega un exceso de burocratización que, conjuntamente, frustran la finalidad de control social de la administración local (37). En este sentido, destaca la STS de 8 noviembre de 1988 la participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en el derecho a la fiscalización de las actuaciones municipales, y el control de análisis, estudios e información de los antecedentes obrantes en los servicios municipales, tanto para esa labor de control como para documentarse con vistas a adoptar decisiones en el futuro.

El organigrama y funcionamiento de los órganos participativos contribuye a la burocratización de la participación ciudadana, ralentizando su eficacia y resultados sin vinculación ni sujeción de la gestión pública (38). En especial, la democracia ciudadana también se enfrenta a la influencia de la tecnocracia y de los técnicos municipales en los procesos deliberativos, con la posibilidad de actuar como testaferros del poder político y desactivar el control ciudadano de la administración local, reservándose un espacio ni siquiera atribuido a los ciudadanos a título individual. La Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (artículo 76.4) regula la intervención en el proceso deliberativo de personas expertas en el objeto de la política pública, tratando de equilibrar cada una de las posiciones defendidas con diferentes especialistas, *incluso optando por una tecnocracia de género*, si fueran varias las personas expertas, en el proceso de designación se promoverá una representación equilibrada de mujeres y hombres.

Para contrarrestar una excesiva interposición orgánica, ciertos Ayuntamientos (v.gr. Puerto de Santa María) prevén canales de acceso rápido con el fin de desincentivar una participación local burocratizada y el recurso a instrumentos o medios de presión directa no institucionalizados pero legítimos constitucionalmente, como las manifestaciones (39). En esta línea, el Reglamento de Participación del Ayuntamiento de Córdoba dispone que hay que respetar los ámbitos propios de la sociedad civil evitando que los órganos de participación ciudadana solapen su actuación.

---

(37) *Vid.*, MEDINA GUERRERO, *La promoción de...*, *cit.*, pág. 14, las restricciones o limitaciones de carácter institucional dificultarán la rendición de cuentas por medio del control social.

(38) Véase el artículo 3 del Reglamento de Participación Ciudadana de la FEMP: Todas las personas y todas las asociaciones ciudadanas tienen derecho a intervenir en la gestión de los asuntos públicos locales utilizando los órganos y canales de participación establecidos en las leyes y en este Reglamento.

(39) Destaca COLINO DEL PINO, «Democracia participativa», *cit.*, pág. 275, de burocratización, derivada de la tensión estructural de muchos mecanismos participativos que, por un lado, necesitan crear reglas y procedimientos claros, asignar recursos que hagan posible una verdadera deliberación y la preparación real de los participantes, evitando una espontaneidad poco efectiva en la práctica y, por otro, la posible burocratización o ritualización inoperante a que puede llevar un exceso de regulación.

Por consiguiente, la traslación a la democracia deliberativa de las enfermedades adquiridas por la representación política exige una regulación por los entes locales no sólo del conflicto de intereses y las incompatibilidades, sino de criterios de calidad democrática en el funcionamiento de los órganos participativos y deberes de ética pública de sus miembros, con la previsión de un régimen sancionador.

Entre las deficiencias de calidad democrática de los órganos participativos pueden señalarse la privación de voto a los ciudadanos a título individual y la desigualdad con las asociaciones en el seno de los órganos participativos (40); la excepcionalidad de los controles sobre sus miembros (como en el supuesto de que perciban retribuciones, no lo hagan con cargo a fondos públicos, artículo 36 Reglamento de León); la imprevisión de la infiltración en su composición de grupos de presión o lobbies y la presión de éstos en las decisiones que adopten (41); la transparencia en sus actuaciones (asuntos objeto de reclamaciones, procurando información sobre la incoación de expedientes sancionadores y disciplinarios) y publicidad activa de las retribuciones, dietas, comisiones, o desplazamientos de sus miembros; el deber de sigilo impuesto a los consejeros en el ejercicio de sus funciones respecto de los trabajos y actuaciones de los órganos del Consejo Social de la Ciudad, que se declaran reservados; y la ausencia de normas de conflictos de interés y de incompatibilidades o declaraciones de bienes, junto a posibles causas de suspensión o remoción (artículo 45 Reglamento Participación Ciudadana de Pamplona, los Miembros de los Consejos de Barrio cesarán por renuncia, expiración del mandato, incapacidad sobrevenida, fallecimiento o mandato legal o judicial); y la coordinación entre órganos de participación dentro del Municipio y con otras administraciones.

(40) El artículo 73 Reglamento de Participación del Ayuntamiento de Málaga, incluye a las personas, a título individual o en representación de colectivos, por su especial relevancia profesional o científica, invitadas por el Presidente, técnicos municipales y personas a título individual.

(41) Destaca VILLORIA MENDIETA, «Govern obert, Transparencia y gobierno abierto: ¿qué gobierno quiere el gobierno abierto?», XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012, la corrupción existe cuando un responsable de un puesto público, con unas funciones y atribuciones definidas, es inducido, por medios monetarios o de otra naturaleza, a traicionar sus deberes y a actuar favoreciendo a quien proporciona el beneficio y, por ello, dañando al público y a sus intereses. Esta definición podría incluir toda política pública o programa que se adopta o implanta considerando los intereses de sólo una parte afectada, debido a los beneficios extraordinarios que esta parte puede proporcionar a los políticos o empleados públicos responsables de la decisión. Desde los años noventa, se ha asentado un modelo asimétrico de institucionalización de la actividad de muchos grupos de interés que varía enormemente en función de las actividades a las que se dedican, pero que ha hecho proliferar formas institucionales de interacción e influencia cotidiana con los decisores públicos (Molins y Casademunt, 2001). Todas estas normas procuran a los grupos un acceso especial a ciertos comités, consejos o foros que influyen en las regulaciones sectoriales, con independencia de la influencia más opaca de los representantes de empresas específicas o grupos de interés muy sectoriales

En última instancia, la participación local se ha construido como doblemente indirecta e intermediada a través de asociaciones y también de órganos participativos, dejando escaso margen de maniobra a los ciudadanos para participar directamente en los asuntos públicos (42).

Desde una perspectiva objetiva, la democracia deliberativa presenta un nivel de infradesarrollo participativo por la infrecuente intervención de los ciudadanos en la selección de las materias y procesos participativos. La institucionalización de la participación ciudadana, intrínseca a la democracia deliberativa, se ha centrado en la competencia no compartida de las formas, medios y procedimientos de participación, sustentada legalmente en el ejercicio de su «potestad de autoorganización» y en la imposibilidad de «menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley» (artículo 69.2 LBRL).

Estos argumentos jurídicos han influido negativamente en la participación local, derivando en arbitrariedad respecto de las materias objeto de participación como resulta de su escasa relevancia ciudadana. La ausencia de motivación por los responsables municipales en la determinación de los asuntos locales participables impide conocer la causa y razones de por qué unos y no otros.

El criterio de interés público como fundamento jurídico del principio de transparencia no se proyecta, sin embargo, sobre el principio de participación, pese a que el acceso a la información pública conforma el presupuesto del derecho a participar. La vertebración de la transparencia en torno al interés público debería prolongarse a la participación local por la continuidad y concatenación entre ambos derechos (43). La participación no «participativa» puede calificarse como manifiestamente arbitraria por apartarse del criterio de interés público y no solo discrecional.

La escasa relevancia ciudadana de los asuntos de la vida local expuestos a participación, normalmente sobre materias secundarias del municipio sin verdadero interés para la ciudadanía ni posibilidad de vinculación de los entes locales, sobrepasa el marco de la discrecionalidad administrativa por inmotivada (44). De modo «casual» la participación local se extiende a

---

(42) Al respecto, el artículo 13 Reglamento de Participación de Pamplona «todos los vecinos/as tienen derecho a intervenir directamente o a través de sus Asociaciones en los asuntos públicos de competencia municipal mediante su participación en los correspondientes órganos municipales, con arreglo al procedimiento establecido en este Reglamento y en las leyes *Vid.*, PINDADO, F., La participación...», *cit.* págs. 6 y 7, sobre la partidificación de la vida municipal y la necesidad de trabajar ambos ámbitos representación política y participación directa.

(43) Destaca PASTOR SELLER, *Participación ciudadana y...*, *cit.*, págs. 48 y 49, la participación en la vida política local estaría en declive y erosión en proceso de descomposición cívico y problemas en torno a la participación social, declive del interés público, la dificultad de implicar más al público.

(44) Por influencia del desarrollo autonómico de la participación, limitada a materias como planes de desarrollo regional, de empleo, actuación social (Asturias), educación, sanidad, transporte, medio ambiente, turismo, desarrollo rural (Cantabria).

programas, políticas o planes, desprovistos de vinculación con la ciudadanía por basarse en objetivos sin compromiso ni exigibilidad. Por lo que a la dimensión no vinculante de la participación ciudadana se suma la ausencia de compromiso del objeto seleccionado por la Administración local (programas y planes). Al amparo de que la participación no puede menoscabar las facultades decisorias de los órganos representativos, la Administración local aparece exenta de vínculos hacia la ciudadanía y del riesgo de arbitrariedad. No obstante, la reciente Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (artículo 77) juridifica el proceso participativo en relación al deber de previsión a través de la potestad normativa local o de acuerdo del pleno de su iniciativa y desarrollo y también de motivación, *especialmente en aquellos casos en que la entidad local acuerde apartarse de las conclusiones del proceso de deliberación participativa*, y de este modo se reduce la arbitrariedad en la participación local.

Paralelamente la vinculación de los poderes públicos locales con la participación local se desactiva por la intangibilidad legal de la capacidad decisoria de los representantes políticos (artículo 69 LBRL) (45). Aunque el protagonismo de los ciudadanos en la Administración local y sus servicios no pretenda sustituir sino compartir el poder de los representantes políticos y técnicos municipales, mediante la participación en los mecanismos participativos, metodología y materias objeto de preocupación social. También ha contribuido a este descafeinado ámbito objetivo de la participación ciudadana la Jurisprudencia constitucional, excluyendo a «determinadas materias, por lo delicado de su naturaleza o por las implicaciones que entrañan, queda reservado a la mediación de los representantes políticos» (STC 76/1994, de 14 de marzo).

En la práctica, las entidades locales no posibilitan la participación ciudadana en la decisión sobre los asuntos de la vida local que se someten a procesos participativos ni tampoco en la selección de estos últimos. El origen de la participación local obedece a los acuerdos y resoluciones unilaterales de los responsables políticos siendo absolutamente aparticipativa en cuanto a su objeto y procedimiento. Paradójicamente, la participación local no es participada en sus elementos clave, cuestionando la credibilidad de los derechos participativos y su eficacia.

La participación local se reduce a objetivos estratégicos como también a cuestiones de segundo orden como ocio, festejos, voluntariado o cultura, pero también los procesos participativos seleccionados destacan

(45) Para EXPÓSITO, E., *Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XIV, Zaragoza, 2013, pág. 392, dotar de eficacia a la participación parece entrar en contradicción con el límite inexcusable de su naturaleza no vinculante. Ahora bien el carácter no vinculante del proceso participativo no lleva implícito su ineficacia... el instituto participativo en su límite infranqueable: la no sustitución de la capacidad de decisión del órgano representativo

por su baja intensidad predominando encuestas o consultas, quejas y sugerencias. Especialmente en los servicios municipales, los instrumentos participativos suelen consistir únicamente en la formulación por la ciudadanía de propuestas de mejoras y sugerencias a requerimiento de la Administración local o de reclamaciones y quejas, lejos de alcanzar un nivel máximo de codecisión. Desde la perspectiva de la participación electrónica, destaca su burocratización por enfocarse exclusivamente a operaciones como trámites personales «on-line», consulta de datos recibos, padrones, calendario fiscal, duplicados recibos, documentos de ingreso, y otras funcionalidades.

La resistencia de los Ayuntamientos a compartir espacios de poder con la ciudadanía se manifiesta en la relegación de instrumentos participativos vinculantes y la monopolización por los representantes políticos locales de los órganos participativos (46). La articulación de la participación en los municipios puede calificarse de primaria o desarrollada según la opción por sus diversas modalidades, reglamentos, presupuestos participativos, encuestas de satisfacción, consejos ciudadanos, grupos de discusión, teledemocracia, planes estratégicos, talleres proyectivos, planes integrales, presupuestos participativos...

La superior receptividad de la Administración local y su vinculación con las decisiones u opiniones ciudadanas, desde las encuestas o sugerencias hasta la codecisión ciudadanas, sin órganos participativos politizados o asociaciones sin base representativa, contribuyen a una participación auténticamente democrática. Aunque las experiencias negativas de los vecinos en la participación local bien por prescindirse de sus opiniones, desatención a los resultados de los procesos participativos o manipulación por los representantes políticos, sin atender a sus demandas o expectativas, pueden generar frustración y hastío en la ciudadanía (47). La selección de los procesos participativos, las materias y políticas participables, las decisiones que pueden adoptarse por los ciudadanos, su ejecución, evaluación, y la composición de los órganos intervinientes, influyen en el éxito, fracaso o frustración de la participación en el ámbito municipal. En consecuencia, los ciudadanos no adquieren la condición de titulares de derechos sino de sujetos pasivos o usuarios de servicios locales, por no intervenir en la toma de decisiones vertebrales de la participación.

---

(46) Vid., MEDINA GUERRERO, *La promoción de...*, cit.,, pág. 14, en ocasiones, la actitud de los gobiernos locales respecto de la participación tiende más a convertirla en una mera función de consulta que en una verdadera intervención de la comunidad en la toma de decisiones. Es relativamente frecuente, por tanto, que los nuevos canales institucionales que se crean para articular la participación tengan un carácter estrictamente consultivo.

(47) Vid., MEDINA GUERRERO, M., *La promoción...*, cit.,, pág. 24, de una parte, la comunidad puede ver defraudadas las expectativas que se había creado en torno a la participación, generándose así cierta «fatiga» participativa.

En la actualidad, las entidades locales no adoptan expresiones participativas que impliquen un empoderamiento de la ciudadanía ni fomentan el control social, sin que las decisiones públicas resulten permeables a los resultados de los procesos participativos (48).

La inmadurez presente de la participación local imposibilita, en suma, que se sometan a escrutinio y control ciudadano temas particularmente controvertidos o que puedan cuestionar el quehacer de los representantes políticos.

En relación a las garantías, los procesos participativos adolecen de un procedimiento administrativo como soporte jurídico y protección de los ciudadanos, de igual modo que los derechos de participación local carecen de un régimen por vulneración o incumplimiento. Por esta razón, el Sindic de Greuges de Cataluña reconduce al campo de las buenas prácticas «el deber de garantizar respeto a las reglas de todas las partes implicadas y del proceso normativo para no debilitar su normatividad, legitimidad ni confianza en proceso participativo». El déficit procedimental de la participación local determina un vacío en cuanto a las garantías propiciado por la voluntariedad del régimen participativo. Aunque debe diferenciarse entre la discrecionalidad administrativa en la selección de cauces, mecanismos participativos y materias participables, y de otro lado que iniciado el proceso de participación, los ciudadanos adquieren derechos legales que como tales, deben garantizarse por la Administración local con sujeción a control judicial.

Excepcionalmente como garantía de los derechos de participación, se prevé un sistema de defensa de la ciudadanía, basado en una especial protección a los derechos relativos a participación ciudadana, reconocidos en la Constitución, en las leyes y en el Reglamento, por parte de los ayuntamientos que exigirán las responsabilidades adecuadas al personal y a las autoridades municipales que no los respeten o vulneren su ejercicio. Los órganos de participación ciudadana, preferentemente, la Oficina de atención Ciudadana, la comisión especial de quejas y reclamaciones y la posibilidad de reunirse con los responsables políticos respecto temas de su competencia son las piezas que conforman este sistema de defensa y protección de los derechos sin perjuicio de los

---

(48) Según MEDINA GUERRERO, *La promoción de..., cit.*, pág. 14, es fundamental evitar que los mecanismos participativos no entren en conflicto o competencia con las nuevas autoridades locales representativas; ha de eludirse que la puesta en marcha de tales mecanismos debilite el gobierno local democrático o merme su legitimidad. Así pues, la asunción de fórmulas participativas no puede configurarse de tal modo que supongan el desplazamiento, sustitución o erosión de la democracia representativa: la preservación de la autoridad y legitimidad de las instancias gubernamentales locales es un valor esencial sin el cual no puede operar exitosamente un Estado políticamente descentralizado. Las vías participativas, pues, lejos de concebirse como fórmulas sustitutivas de dicho modelo de democracia, han de configurarse como mecanismos que vienen a completarla o mejorarla.

recursos administrativos o jurisdiccional (art. 25 Reglamento de Participación del Ayuntamiento de Córdoba).

En la actualidad, los defensores del pueblo asumen competencias en defensa de los derechos de participación local sobre reclamaciones ciudadanas, como también los defensores ciudadanos, entre cuyos objetivos destacan ser cauce de diálogo, estudio y seguimiento de los problemas de los/las ciudadanos/as ante la Administración Municipal, cumpliendo sus funciones con independencia y objetividad, investigando y resolviendo los expedientes iniciados de oficio y las quejas que le formulen los/las ciudadanos/as (*Guía de Participación Ciudadana, FAMP*).

Por último, respecto de la tutela judicial de los derechos de participación se relega estrictamente a los supuestos de vulneración de derechos fundamentales conexos como la igualdad, manifestación o libertad de información.

III.2. Taxatividad o *numerus apertus*. Las consultas populares desde una perspectiva jurisprudencial

El problema en torno a las modalidades participativas se centra en dilucidar su carácter taxativo o de *numerus apertus* mediante un análisis multinivel (autonómico, local y jurisprudencial).

En principio, los Estatutos de Autonomía confieren cobertura jurídica a modalidades participativas atípicas e imprevistas por la Constitución (Andalucía, Aragón y Cataluña), disponiendo el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por ella misma o por los entes locales en el ámbito de sus competencias de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular, con la excepción del referéndum.

Respecto de la regulación local avala una posición flexible y no taxativa proclive a derechos atípicos y heterogéneos de participación, por tratarse de un derecho de configuración legal o reglamentaria que incluso, posibilita dentro de los límites legales la desfiguración de los existentes. En esta línea, el artículo de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (artículo 76) impone que la deliberación participativa adoptará en cada caso las formas y características más adecuadas a la naturaleza y peculiaridades de la propuesta normativa, la política pública o el asunto concreto sobre el cual se pretenda abrir el debate o el proceso de reflexión; como también prevé para las consultas populares la regulación por las ordenanzas o reglamentos municipales o, en su defecto, a través de acuerdo del pleno, de aquellos aspectos procedimentales que afecten a la votación y escrutinio y de control del proceso, así como otros de carácter técnico (82.7).

Sin embargo, la Jurisprudencia constitucional en relación a las manifestaciones de la participación directa, se muestra restrictiva y en particular, la STC 31/2015, de 25 de febrero de 2015 reconoce que «aun si se admitiera que la Ley puede ampliar los casos de participación directa, los supuestos habrían de ser, en todo caso, excepcionales en un régimen de democracia representativa como el instaurado por nuestra Constitución, en el que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa» (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3, con cita de la STC 76/1994, de 14 de marzo, FJ 3).

Según el Tribunal Constitucional «nuestra Constitución acoge algunos instrumentos característicos de la democracia directa, como el régimen del Concejo abierto (art. 140 CE), la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE) y, bajo distintas modalidades, la institución del referéndum (art. 92.1 CE y demás supuestos que el propio texto constitucional contempla, y a los que después se aludirá). También agrega que pueden sumarse *todas aquellas fórmulas de participación ciudadana que instituya el legislador ordinario —estatal o autonómico— en el marco de sus competencias* (así, cuando el art. 29.6 EAC dispone que «los ciudadanos de Cataluña tienen derecho a promover la convocatoria de consultas populares por parte de la Generalitat y los Ayuntamientos, en materia de las competencias respectivas, en la forma y las condiciones que las leyes establecen»).

Aunque los procesos y derechos participativos previstos por los Ayuntamientos no serían «expresiones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 CE», sino «manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en la democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6)». Las consultas populares que se planteen por los Ayuntamientos requieren la autorización del gobierno, la competencia municipal y el carácter local, lo que cercena notablemente su ámbito aplicativo (49).

Las consultas populares han sido pues, un instrumento participativo normalizado sin conflictividad jurídica hasta fechas recientes aunque no exentas de infrautilización (aproximadamente veintisiete consultas). Sin embargo, ante el riesgo de configurarse como una vía para generar una democracia paralela a la representación política y una legitimidad perpendicular a la constitucional, el Tribunal Constitucional adopta una posición restrictiva para contener la presión de consultas sobre iniciativas de contenido político y polémica constitucionalidad en el ámbito autonó-

---

(49) El artículo 71 LBRL establece que «[...] los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos.

mico (autodeterminación de País Vasco y secesión en Cataluña). Su repercusión en la esfera local también se ha resentido tras la Ley catalana 10/2014, de 26 de septiembre, de Consultas Populares No Referendarias y otras Formas de Participación Ciudadana, en base al art. 122 del Estatuto catalán. La pretensión de sortear el escollo del referéndum y sus requisitos derivó en una posición contundente del TC para cerrar cualquier puerta a replantear el principio de unidad a través de consultas locales (artículo 3 del citado texto). La consolidación de una Jurisprudencia constitucional opuesta a las consultas populares se fundamenta en argumentaciones jurídicas tendentes a impedir el fraude legal y constitucional a través de subterfugios como la mutación nominal y su extracción del estricto campo del referéndum.

En particular, la ampliación del concepto de referéndum a cualquier convocatoria por el poder público para emitir opinión incluso, sin carácter vinculante ni efectos jurídicos, con las garantías del proceso electoral en el ámbito local (FJ 6). El Tribunal Constitucional presume el carácter de referendarias de las consultas generales y la inconstitucionalidad de las no referendarias, imposibilitando ambas en la práctica. Concluye que las llamadas «consultas generales» en la Ley 10/2014 son verdaderos «llamamientos para la participación política, a través de un procedimiento electoral, de un cuerpo de electores que vendría así a expresar, mediante el sufragio, el parecer de los ciudadanos de Cataluña en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 23.1 CE y no como meros administrados. En ese cuerpo electoral *sui generis* (...) está sin duda comprendido o integrado el electorado, estatutario y legal, de Cataluña (...). Por ello, y aun cuando una determinada consulta general se acotara, exclusivamente, a las «personas legitimadas» (...), estaría siendo convocado a las urnas el cuerpo electoral de Cataluña, o de la correspondiente entidad local, aunque no sólo él» (FJ 8).

Desde la actual Jurisprudencia constitucional podría cuestionarse inclusive, la constitucionalidad *ex post facto* de las consultas generales realizadas al cuerpo electoral sobre planificación urbanística y otros temas de interés local (50). Paralelamente deja en barbecho jurídico la normativa vigente (el art. 71 LBRL y las normas autonómicas (de Navarra y Andalucía) sobre consultas municipales, por vulnerar la reserva de Ley orgánica (51).

---

(50) Bajo ha sido el número de consultas populares municipales promovidas en España (127), y más reducido aún es el de las autorizadas (28, el 22%). Entre los factores que lo explican es de suponer que haya incidido de manera relevante el rigorismo de los requisitos exigidos por las normas que las regulan, que movilizan a los Gobiernos municipales en pleno, y requieren los acuerdos del Consejo de Ministros, que debe pronunciarse sobre su autorización.

(51) El reproche de constitucionalidad que la STC 31/2015 aprecia en las consultas generales que establece la Ley catalana 10/2014 se extiende a la totalidad de las modalidades de consulta general previstas en la Ley, incluidas la de ámbito local y supramunicipal.

Sólo quedaría espacio para consultas sectoriales municipales no consideradas inconstitucionales si bien la STC 31/2015, FJ 10, señala que «el legislador estatal puede regular los aspectos básicos de las consultas sectoriales de ámbito local, aplicando el título competencial que le proporciona el art. 149.1.18 CE». Conforme a esta sentencia las consultas generales son un ejercicio del derecho fundamental de participación y necesariamente referendarias y «aun no siendo la consulta municipal un referéndum consultivo en sentido constitucional, sí es oportuna (aunque no constitucionalmente necesaria) una autorización previa del Gobierno» para esquivar una presunta inconstitucionalidad». La regulación de las consultas populares en el artículo 71 LBRL exige un acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, además de la competencia propia municipal y de carácter local.

De otro lado, la STC 137/2015, de 11 de junio de 2015, sobre la impugnación del Decreto del Gobierno de Canarias 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias, declara su inconstitucionalidad tanto por conculcar de manera directa las normas competenciales, como por vulnerar disposiciones del Estatuto de Autonomía de Canarias. Sin perjuicio de la descalificación de las consultas populares no reconducibles al referéndum, considerando el Tribunal Constitucional que no son un derecho fundamental de participación (artículo 23.1 CE) sino manifestación, por el contrario, de una democracia participativa cuyo fundamento constitucional último está en el art. 9.2 CE.

Ahora bien, esta amplia doctrina jurisprudencial (SSTC 103/2008, 31/2010 y 42/2014) desincentiva la participación local incluso, sobre materias de competencia municipal y cualquiera que sea el nombre o la vía participativa utilizada (v.gr. preguntas directas), contrariamente al deber de promoción por los poderes públicos (artículo 9.2 CE) (52). En consecuencia, se cercena por el Tribunal Constitucional la desfiguración de los derechos de participación, sus perfiles y reglas aplicables así como la creación por los entes locales de derechos atípicos.

La trayectoria de la Jurisprudencia constitucional sobre participación manifiesta un proceso de radicalización en términos comparativos respecto de su postura inicial, que admitía la importancia de los instrumentos de democracia directa como mecanismos de refuerzo de la democracia representativa, pese a su carácter «especial o extraordinario por oposición

---

(52) Según la STC 31/2015, «ni un referéndum dejará de serlo tan sólo porque la norma legal que lo prevea le niegue la condición de tal, ni el derecho ex art. 23.1 CE a la participación directa en los asuntos públicos perderá su fuerza vinculante porque la ley, de nuevo, niegue haber procedido a su regulación o desarrollo» (FJ 7).

al ordinario o común de la representación política» (SSTC 76/1994 (FJ 3) y 119/1995 (FJ 3)). El Alto Tribunal reconocía que «cabén, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales «se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos» distintos de los que cualifican una consulta como referéndum [...]. Si a ello se añade que las consultas previstas en el precepto se ciñen expresamente al ámbito de las competencias autonómicas y locales, es evidente que no puede haber afectación alguna del ámbito competencial privativo del Estado» (STC 31/2010 FJ 69). De igual modo, se ha venido sosteniendo la posibilidad de formas de participación, bien expresa (entre otros, arts. 27, 51, 105, 131 de la CE), o implícitamente a través de las previsiones del artículo 9.2 de la CE (53) .

En teoría, el gobierno local como «escenario privilegiado para poner en marcha experiencias de participación por su cercanía y accesibilidad con los actores sociales», puede diseñar derechos participativos atípicos, con un nivel de compromiso oscilante (54). La reciente Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (artículo 82) limita las consultas a políticas públicas, decisiones o asuntos de la competencia de los municipios, excluyendo los aspectos vinculados con los ingresos públicos, salvo que se refieran a los aspectos de competencia municipal referidos a los tributos locales; y les atribuye carácter vinculante, *siempre que no existiera norma legal que impidiera total o parcialmente su realización* (artículo 80.6).

También la práctica local posibilita modalidades participativas y procesos novedosos para ejercitar derechos de participación ciudadana derivados y específicos en cada caso (55). En esta línea, el Informe del Defensor del Pueblo andaluz (2009) considera que los Reglamentos de Participación Ciudadana de las Entidades consultadas, dando una vuelta de tuerca más, han establecido otros institutos participativos, que entendemos más progresistas y avanzados: la iniciativa popular que contenga iniciativa de consulta (popular), la audiencia pública, la iniciativa vecinal, etc.

---

(53) Vid., EXPÓSITO, *Participación ciudadana...*, cit., págs. 369 y 370.; GARCÍA SEGADOR, La Participación Ciudadana como elemento de modernización del Gobierno Local. Modelo de Participación Ciudadana de la Ciudad de Madrid, pág. 18. El fomento de la participación ciudadana pasa por la creación de vías y foros donde esta participación se concrete, de participación formalizados, la existencia de cultura de participación y de un tejido asociativo consistente.

(54) Vid., PASTOR SELLER, *Participación ciudadana y...*, cit., pág. 26

(55) Según MEDINA GUERRERO, M., *La promoción de la rendición de cuentas*, cit., pág. 44, pocas dudas hay que albergar acerca de la conveniencia de extender la praxis participativa a los nuevos modos de gestión y prestación de los servicios, como sucede con el fenómeno de la *colaboración público-privada*¹⁶. La inclusión de todos los sectores afectados —usuarios de los servicios, sindicatos, grupos de interés, etc., en las políticas y procedimientos de *partneri*ado público-privado genera importantes beneficios, de entre los cuales descuellan la mejor definición de las necesidades existentes en relación con el servicio concernido. PASTOR SELLER, *Participación ciudadana y...*, cit., pág. 64.

IV. Democracia deliberativa local: entre el ser y el deber ser

La democracia deliberativa local muestra síntomas de agotamiento aún antes de haber iniciado su desarrollo jurídico lastrado por la representación política y el hastío ciudadano que provoca, la desmotivación hacia los procesos participativos, la lentitud en su ejecución, su deficiente protección y débil credibilidad social. Sin que el abstencionismo electoral haya sido reconducido a la democracia deliberativa, configurándose esta en un medio de captación de la ciudadanía descontenta con la representación política; planteando su capacidad para que participen en las deliberaciones locales quienes no intervienen en la elección de la representación política.

En la actualidad, la participación local presenta un perfil experimental y desjuridificado que interfiere en su consolidación. Entre los factores que interfieren y obstaculizan su despliegue jurídico se concitan la burocratización e intermediación política, sin procedimiento ni garantías, ni vinculación o al menos receptividad por el poder local. La democracia participativa ha adoptado las endemias de la democracia representativa y paradójicamente, confirma una tendencia a no ser auténticamente participada en los órganos, materias ni en la selección de los procesos deliberativos.

En paralelo, la uniformidad en la aplicación de la participación local constituye un denominador común a las entidades locales, especialmente a los pequeños municipios, bajo el riesgo de brecha digital. Al respecto, la oportunidad de redemocratizar la Administración local a través de la participación electrónica y las posibilidades participativas derivadas de las nuevas tecnologías, no encuentran cobertura legal, desaprovechando los municipios su capacidad innovadora.

La permeabilidad de las decisiones públicas a los resultados de los procesos participativos permanece en un estadio embrionario sin sujetarse a evaluación por los propios entes locales, predominando su resistencia a compartir espacios de poder.

La participación en los servicios municipales de los ayuntamientos permanece sin desarrollo por la ausencia de planificación y transversalidad en las áreas municipales, aunque conviene dejar espacio a la espontaneidad para la atención de la problemática cotidiana que vaya surgiendo en el municipio.

Respecto del deber ser, de modo similar a la transparencia con su doble vertiente activa y pasiva, la participación debería gozar de una dimensión dual: pro activa desarrollada por los entes locales y simultáneamente, como derecho exigible por la ciudadanía. Pero además de ambas participaciones locales a través de los órganos y procesos deliberativos, hay una participación contraria a su reconducción a través de los cauces institucionales de la Administración local. La participación se debate

pues, entre una participación formal y real, sin que en la actualidad el sistema participativo local permita un control por los ciudadanos de los poderes públicos. La participación oficialista prolonga el control de los representantes políticos sobre la ciudadanía invirtiendo el principio democrático (artículo 1.1 CE). Pese a las deficiencias de la participación local y la frustración de su deber ser, este derecho tiende a conformar un indicador de calidad en la gestión, inescindible de la calidad democrática.

Al margen de políticas participativas, también es precisa una comunicación y coordinación interadministrativa e interna que implique a todos los niveles de la organización local. La cooperación de las distintas administraciones competentes por razón de la materia, permite promover y plantear conjuntamente procesos participativos con superior eficiencia e inferior coste económico.

Como indicador clave de la calidad democrática en la Administración local, la participación ciudadana refuerza el debate democrático y la adaptación de las decisiones públicas a la voluntad ciudadana e intereses vecinales.

La normalización participativa puede contribuir a la desconflictivización social y también a la distensión política, si bien implica asumir el riesgo de una democracia paralela o traicionada desde los órganos participativos y las asociaciones afines a los representantes políticos, y en consecuencia, una legitimidad artificiosa mediante la posible manipulación de la opinión y voluntad ciudadana.

V. Bibliografía

- AA.VV., Calidad Democrática y Participación Pública, Documento Final de la Jornada Pamplona, 24 septiembre 2010.
- ALDEGUER BERNABÉ, *Participación pública y sostenibilidad financiera. Tendencias y perspectivas contemporáneas en las relaciones de tutela financiera y control presupuestario local*, Universidad de Alicante, vol. 1, n.2 2014.
- ALGUACIL GÓMEZ, «La democracia participativa como estrategia para la gestión relacional», *Intervención Psicosocial*, vol. 13 n.º 3, 2004.
- BARRERA, A., «Innovación política y participación ciudadana. Tendencias democráticas en los gobiernos locales», biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/campus/poggiese/11barre.pdf.
- CASTEL GAYÁN, *Gobierno abierto en el Estado Autonómico: Régimen Jurídico y estrategias*, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013.
- COHEN, J., «Deliberación y legitimidad democrática», en A. Hamlin y P. Pettit (eds.), *The GoodPolity*, Oxford, Blackwell, 1989.

- COLINO DEL PINO, «Democracia participativa: Debates y experiencias en Europa», *Revista catalana de Dret Públic*, núm. 37, 2008.
- CONTRERAS CASADO, «Parlamento y Participación directa de los ciudadanos», *Anuario jurídico de La Rioja*, N.º 3, 1997.
- EXÓSITO, E., *Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, XIV, Zaragoza, 2013.
- FONT/BRUGUÉ/GOMÁ, *Participación y Democracia: Asociaciones y Poder local*; Universitat Autònoma de Barcelona.
- GALAIS/NAVARRO/FONT CUBERTÁ, «La calidad de los procesos participativos locales: indicadores y factores explicativos contextuales. El caso de Andalucía», *Revista Española de Ciencia Política*, N. 32, 2013.
- GANUZA FERNÁNDEZ/GÓMEZ FORTES, «Control político y participación en democracia: los presupuestos participativos», *Estudios de Progreso, Fundación Alternativas* 38/2008.
- GARCÍA AZORÍN, «La calidad de los servicios públicos en la Administración local», Conferencia impartida el día 22 de noviembre de 1999, en el marco de los «V Encuentros de Desarrollo local», organizados por el Ayuntamiento de Culleredo (A Coruña).
- GARCÍA RUBIO, *Reforma y Retos de la Administración local*, INAP, 2013.
- GAVENTA, «Hacia un gobierno local participativo: evaluación de las posibilidades de transformación», *Temas Sociales* N.º 58, 2006.
- JORBA GALDÓS, «Ciudadanos y esfera pública: Una revisión de los modelos de implementación de la democracia deliberativa», *Revista Española de Ciencia Política*. N.º 14, Abril 2006.
- MARTÍN NUÑEZ E., «Los derechos de participación política y administrativa en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía; Especial referencia al Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Espaço Jurídico*, Vol. 14, N.º 3, 2013.
- MEDINA GUERRERO, M., *La promoción de la rendición de cuentas y la participación ciudadana en los procesos de descentralización*, FIIAPP, 2006.
- MOLINA MOLINA, *Presupuestos participativos. Un modelo para priorizar objetivos y gestionar eficientemente la Administración Local*, Navarra, 2011.
- MONSIVÁIS, «Democracia deliberativa y teoría democrática: una revisión del valor de la deliberación pública», *Rev. Mex. Sociol* vol.68, N.º 2, México abr./jun. 2006.
- MORETÓNTQUERO, «Los límites del derecho de acceso a la información pública», *Revista Jurídica Castilla León*, N.º 33, 2014.
- NEGRI, *Democracia deliberativa: Una crítica*, Postdata [online]. 2015, vol.20, n.2 Scielo, 2015.
- OSZLAK, O. «Gobierno abierto: Promesas, supuestos, desafíos», VIII Conferencia Anual INPAE 2012: «Gobierno Abierto: Por una gestión pública más transparente, participativa y colaborativa», San Juan de Puerto Rico, 25 de abril de 2012.

- PASTOR ALBALADEJO, «Participación y gobernabilidad democrática. Análisis de la participación ciudadana en los espacios institucionales del área de asuntos sociales de la Comunidad de Madrid», III Congreso Anual de la Red Española de Política Social. Pamplona, 24-26 Noviembre 2011.
- PASTOR SELLER, E., *Participación ciudadana y gestión de las políticas sociales municipales*, Universidad de Murcia, 2009.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C., «Análisis de la participación ciudadana en España», *Revista Digital CEMCI*, N.º 21, octubre-diciembre 2013.
- PÉREZ ZAFRILLA, «La necesaria rehabilitación del sistema representativo en las propuestas de reforma democrática», *Revista de filosofía moral y política*, N.º 42, 2010
- PINDADO, F., *La participación ciudadana en el ámbito local*, INAP, 2004.
- RAMÍREZ-ALUJAS, «Gobierno Abierto y Modernización de la Gestión Pública», *Revista Ciencia Política y Administración Pública*, IX (15), 2011.
- REYES ALBERDI, «Democracia participativa. A propósito del Anteproyecto de Ley de Participación Ciudadana», *Cuadernos de la Fundación Giménez Abad*, N.º 8, 2013.
- ROYO MONTAÑÉS, «La calidad de los procesos participativos locales: indicadores y factores explicativos contextuales. El caso de Andalucía», *Centro de Estudios Andaluces*, 2011,
- RUBIO GUERRERO, «El modelo de los entes locales en España. Problemas y perspectivas de reforma», *Cuadernos de Pensamiento Político*, enero-marzo, 2013.
- SOLA GARCÍA/CASELLAS LÓPEZ, «El papel de las Administraciones locales en la participación ciudadana», *Intervención Psicosocial*, Vol. 13 N.º 2, 2004.
- VILLORIA, M., «Govern obert, Transparencia y gobierno abierto: ¿qué gobierno quiere el gobierno abierto?», XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. – 2 Nov. 2012.
- VIZIOLI, «La democracia paritaria en la legislación regional italiana», *Revista Catalana Dret Públic*, N.º 48, 2014.

Trabajo recibido el 17 de marzo de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 26 de mayo de 2017

LABURPENA: Tokian parte hartzeko egungo sistemak deliberazio-demokrazia-ren itzal juridikoak islatzen ditu, eta konstituzio-esferara iristen dira horiek. Alderdi eztabaidagarrien analisiak (hala nola parte hartzeko eskubideen izaera zalantzagarria, oinarrizko eskubideak udalek erregulatzea, diskriminazio-arriskua, administrazio-prozedurarik egon ezean agertzen diren berme urriak) arazo multzo zabala planteatzen du eraikuntza juridikoan. Konstituzioaren 23. artikulua hitzez hitzez-kotasunaren eta espirituaren bidez, konstituzio-jurisprudenzia zorrotzaren bidez eta tokiko eskumenen bidez garatzen dira tokian parte hartzeko mugak. Tokiko parte-hartzea politizatzeak eta ordezkaritza politikoaren endemiak deliberazio-demokraziara eramateak tokiko parte-hartze horren zilegitasunean eta sinesgarritasun juridikoan eragiten dute.

GAKO HITZAK: Toki-administrazioa. Deliberazio-demokrazia. Parte-hartzea. Eskubideak.

RESUMEN: El actual sistema de participación local refleja las sombras jurídicas de la democracia deliberativa, con proyección en la esfera constitucional. El análisis de aspectos controvertidos como la discutible naturaleza de los derechos participativos, la regulación por los municipios de derechos fundamentales, el riesgo de discriminaciones, las deficientes garantías sin un procedimiento administrativo, plantea una extensa problemática en su construcción jurídica. Los límites a la participación local se desarrollan a través de la literalidad y espíritu del artículo 23 de la Constitución, la severa Jurisprudencia constitucional y las competencias locales. La politización de la participación local y la traslación a la democracia deliberativa de las endemias de la representación política interfieren en su legitimidad y credibilidad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Administración local. Democracia deliberativa. Participación. Derechos.

ABSTRACT: The current system of local participation reflects the legal shadows of deliberative democracy, with projection in the constitutional sphere. The analysis of controversial aspects such as the questionable nature of participatory rights, the regulation by municipalities of fundamental rights, the risk of discrimination, poor guarantees without an administrative procedure, poses an extensive problem to their legal construction. The limits to local participation are developed through the literal and spirit of Article 23 of the Constitution, the severe constitutional jurisprudence and local competencies. The politicization of the local participation and the transfer to the deliberative democracy of the endemics of the political representation Interfere with their legal legitimacy and credibility

KEYWORDS: Local administration. Deliberative democracy. Participation. Rights.

Bibliografía

LÓPEZ ÁLVAREZ, L. F.: *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016, 212 páginas.

El pasado 27 de abril de 2016 se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

El Reglamento establece un único marco normativo en todo el territorio de la Unión Europea, de forma que se garantiza un nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de los datos personales equivalente en todos los Estados miembros. El Reglamento, que deroga la Directiva 95/46/CE, es una norma compleja y que requiere un importante esfuerzo de adaptación por las empresas, que disponen para ello hasta el 25 de mayo de 2018, fecha a partir de la cual les resultará aplicable (art. 99.2). Entre tanto, mientras realizan el señalado esfuerzo de adaptación, las empresas estarán sujetas a la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos Personales (LOPD) y el Real Decreto 1720/2007, que la desarrolla.

En consecuencia, la publicación de un libro que explique el Reglamento, lo ponga en relación con la vigente normativa sobre protección de datos, sistematice y analice la jurisprudencia europea y nacional y la doctrina de las autoridades de control... re-

sulta muy conveniente. Al publicar en su colección Claves prácticas la obra *Protección de datos personales: adaptaciones necesarias al nuevo Reglamento europeo*, Ediciones Francis Lefebvre cumple con «su objetivo de ofrecer una información jurídica y práctica para el abogado, la empresa y sus asesores».

La editorial acierta igualmente al encargar su redacción a Luis Felipe López Álvarez, doctor en Derecho, profesor de Derecho administrativo de la Universidad a Distancia de Madrid – UDIMA, y Socio Director de Syntagma, Centro de Estudios Estratégicos, pues su conocimiento del Reglamento viene avalado por estudios previos, en concreto, el artículo «Consideraciones sobre la protección de datos y los servicios de cloud. Referencia al nuevo reglamento europeo», publicado en *Revista de privacidad y derecho digital*, núm.1, 2015, y el capítulo «La responsabilidad del responsable» de la obra dirigida por J.L. Piñar Mañas *Reglamento general de protección de datos: un nuevo modelo europeo de protección de datos* (Madrid: Reus, 2016, pp. 275-294).

El libro consta de 9 capítulos (Objeto y ámbito de aplicación; Definiciones; Principios del tratamiento de datos; Derechos de los titulares de los datos objeto de tratamiento; Categorias especiales de datos; Seguridad de los tratamientos de datos personales; Transferencias internacionales de datos; Procedimientos; Tipologías de las responsabilidades derivadas de los tratamientos: Infracciones y sanciones), que se corresponden *grossa*

modo con la estructura del Reglamento. Incluye una sucinta bibliografía y un índice analítico (tabla alfabética), muy completo, que ha de ser de gran ayuda a quien consulte el libro.

Como regla general, los temas se introducen a partir del enunciado de la normativa vigente, haciéndose referencia a la evolución legislativa y a sus antecedentes, para pasar después a la consideración de las disposiciones del Reglamento y la indicación, en su caso, de las adaptaciones organizativas y técnicas a realizar por las empresas y los organismos públicos. El análisis incluye la consideración de la jurisprudencia comunitaria y española y de la doctrina de las autoridades de control, como la Agencia Española de Protección de Datos. De este modo, las disposiciones estudiadas quedan debidamente contextualizadas, lo que resulta, como se ha adelantado, muy útil para quien consulte esta obra.

Aun no siendo el objeto de esta obra ser un estudio doctrinal del contenido de la normativa sobre protección de datos ni de las novedades introducidas por el Reglamento (ampliación del ámbito de aplicación territorial, nuevos derechos de los interesados, la responsabilidad proactiva de las empresas, el delegado de protección de datos...) el lector, como se ha dicho, podrá encontrar las claves para conocer la génesis, el objeto, las excepciones... de estas figuras. La obra se ha centrado en ofrecer una síntesis clara y sistematizada de una normativa recientemente reformada a través de un Reglamento complejo, cuya aplicación no sólo requerirá de un importante esfuerzo por las empresas, precisas de asesoramiento legal, sino que, como advierte el autor en la Introducción, abrirá también numerosas oportunidades profesionales.

Santiago RIPOL CARULLA

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.108.2017.15>

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del

EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO