REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1>

ESTUDIOS

- 21 **Cobrerros Mendazona, Edorta:** La reparación del incumplimiento del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una posible consecuencia para el estatus de los derechos fundamentales.
- 59 **Compains Silva, Eneko:** El impacto del *Brexit* sobre el estatus jurídico-político de Irlanda del Norte: ¿una oportunidad para la reunificación de Irlanda?
- 99 **Cubero Marcos, José Ignacio:** Responsabilidad ambiental por el cese de la actividad: problemas actuales y necesidad de una regulación integradora.
- 133 **Gil Ruiz, Juana María:** Crisis del Estado de Bienestar y desafíos del siglo XXI: dualismo vital y brecha ciudadana.
- 163 **Marina Jalvo, Belén:** Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- 189 **Pérez Monguió, José María:** Actividades privadas compatibles de los altos cargos en la Administración General del Estado.
- 225 **Quintía Pastrana, Andrei:** El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización.
- 269 **Torres López, M. Asunción:** La publicidad directa al público de los medicamentos con receta: el justo equilibrio entre los beneficios y los riesgos.

NOTAS

- 311 **Abellán López, María Ángeles y Aldeguer Cerdá, Bernabé:** Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de las Relaciones Intergubernamentales.
- 339 **González Bustos, M.ª Ángeles:** Marco regulador para la regeneración urbana.
- 361 **Iriarte Irureta, Izaskun:** La experiencia del proceso participativo de la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial de la CAPV: un caso de buena gobernanza y de participación «tridimensional» en la gestión de las políticas públicas.

- 389 **Nabaskues Martínez de Eulate, Iker:** Panorama actual de la calidad normativa en el ordenamiento tras la aprobación de la Ley 39/2015.
- 421 **Mohamed Vázquez, Rashid:** La formación de los empleados públicos desde el punto de vista jurídico y organizacional. Dos perspectivas necesariamente entrelazadas.
- 439 **Padilla Ruiz, Pedro:** Desafíos pendientes para la definitiva implantación de la evaluación del desempeño.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

- 469 **García Castro, David:** El interés casacional objetivo como requisito único a acreditar en los escritos de preparación de recursos de casación ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Un análisis de la incipiente jurisprudencia de la Sala de Admisión del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la LO 7/2015.

BIBLIOGRAFÍA

- 497 Saiz Arnaiz, A. (Dir.); Solanes, J.; Roa, J. (coords.), *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, España, (2017). (**Andrés Cervantes Valarezo**)
- 503 De Benito Llopis-Llobart, Marco, *Justicia o Burocracia*, Civitas, Madrid, 2017. Prólogo de Michele Taruffo, 287 páginas. (**Javier Oliván del Cacho**)
- 506 Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *Derecho Público en Euskal Herria*, Editorial IVAP/Lete, Bilbao, 2017, 484 páginas. (**Iñaki Serrano Lasa**)
- 510 López Ramón, Fernando (coordinador), *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2017. (**José Antonio Tardío Pato**)
- 514 Rico Motos, Carlos, *Deliberación parlamentaria y democracia representativa*. Congreso de los Diputados. Madrid, 2016. (**Manuel Zafra Víctor**)
- 529 Moreno García, Javier, *Los distintos estatutos jurídicos del subsuelo*, HAAE/IVAP, Oñati, 2015, 413 págs. (**Jasone Urkola Iriarte**)
- 536 Jiménez Asensio, Rafael, *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia*. Ed. Catarata e IVAP, 2017. 189 páginas (**Martín María Razquin Lizarraga**)

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA

DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.eus/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del

Oñati (Gipuzkoa)

IRAILA
ABENDUA

2017 SEPTIEMBRE
DICIEMBRE 109-I

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 FERNÁNDEZ TORRES (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).

KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

1. Herri Arduralaritzaren Euskal Aldizkariak Zuzenbideari buruzko azterlanak zabaldu nahi ditu, jatorrizkoak, betiere herri-administrazioak eta, oro har, aginte publikoak aztergai hartuta; dena den, ildo bereko beste arlo batzuk ere jorra litezke, interesgarri direlakoan, argitaratzeko modukotzat joz gero. Hartzaileei dagokienez, unibertsitateari, mundu akademikoari eta herri-administrazioetan diharduten langileei dago zuzendua, batez ere.

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. «*Azpimarra*» ez da sekula erabiliko.
- D) Erreferentzia bibliografikoek era honetan 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: AGOUES 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) Hizkuntza ez sexista erabiltze aldera [*Europako Kontseiluaren gomendioa CM/Rec (2007)17*], IVAPek ohar batzuk argitaratu ditu *IVAPeko estilo-liburuan* (Oñati, 2005, 169-176 orr.), erabilgarri izan daitezkeenak.

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

3. Lanek jatorrizkoak izan beharko dute, eta, gutxienez, Herri Ardularitzaren 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 Ardularitzaren Euskal Erakundeari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreproduktzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne. IVA Pek bere web orrian jarriko ditu Herri Ardularitzaren 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

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 académico, universitario y a personas que prestan sus servicios en las administraciones públicas.

2. Los trabajos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- A) Su extensión no sobrepasará 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»; nunca podrá utilizarse el «subrayado».
- D) Las referencias bibliográficas estarán unificadas de la siguiente manera:
 - APELLIDOS, Nombre, *Título del libro*. Editorial. Lugar, año, pág. [Ejemplo: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. Ivap. Oñati, 1988, pág. 59].
 - APELLIDOS, Nombre, «Título del artículo», en *Título de la Revista* núm. año, pág. [Ejemplo: AGOUES MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», en *RVAP* núm. 73 (I), 2005, pág.11].
- E) Siempre deberá acompañarse 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, págs.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 siempre serán originales, resultarán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al 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 distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos. El IVAP incluirá los trabajos publicados en la Revista Vasca de Administración Pública en su página web, a efectos de general 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 109-I

Estudios

- COBREROS MENDAZONA, Edorta:** La reparación del incumplimiento del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una posible consecuencia para el estatus de los derechos fundamentales 21
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.01>
- COMPAINS SILVA, Eneko:** El impacto del *Brexit* sobre el estatus jurídico-político de Irlanda del Norte: ¿una oportunidad para la reunificación de Irlanda? 59
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.02>
- CUBERO MARCOS, José Ignacio:** Responsabilidad ambiental por el cese de la actividad: problemas actuales y necesidad de una regulación integradora 99
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.03>
- GIL RUIZ, Juana María:** Crisis del Estado de Bienestar y desafíos del siglo XXI: dualismo vital y brecha ciudadana 133
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.04>
- MARINA JALVO, Belén:** Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 163
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.05>
- PÉREZ MONGUIÓ, José María:** Actividades privadas compatibles de los altos cargos en la Administración General del Estado 189
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.06>

QUINTIÁ PASTRANA, Andrei: El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización	225
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.07	

TORRES LÓPEZ, M. Asunción: La publicidad directa al público de los medicamentos con receta: el justo equilibrio entre los beneficios y los riesgos . .	269
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.08	

Notas

ABELLÁN LÓPEZ, María Ángeles y ALDEGUER CERDÁ, Bernabé: Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de las Relaciones Intergubernamentales	311
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.09	

GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Ángeles: Marco regulador para la regeneración urbana.	339
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.10	

IRIARTE IRURETA, Izaskun: La experiencia del proceso participativo de la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial de la CAPV: un caso de buena gobernanza y de participación «tridimensional» en la gestión de las políticas públicas	361
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.11	

NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE, Iker: Panorama actual de la calidad normativa en el ordenamiento tras la aprobación de la Ley 39/2015	389
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.12	

MOHAMED VÁZQUEZ, Rashid: La formación de los empleados públicos desde el punto de vista jurídico y organizacional. Dos perspectivas necesariamente entrelazadas.	421
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.13	

PADILLA RUIZ, Pedro: Desafíos pendientes para la definitiva implantación de la evaluación del desempeño	439
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.14	

Jurisprudencia

GARCÍA CASTRO, David: El interés casacional objetivo como requisito único a acreditar en los escritos de preparación de recursos de casación ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo. Un análisis de la incipiente jurisprudencia de la Sala de Admisión del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la LO 7/2015	469
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.15	

Bibliografía

SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.); SOLANES, J.; ROA, J. (coords.), <i>Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i> , Editorial Tirant Lo Blanch, España, (2017). (Andrés CERVANTES VALAREZO)	497
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.16	

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco , <i>Justicia o Burocracia</i> , Civitas, Madrid, 2017. Prólogo de Michele TARUFFO, 287 páginas. (Javier OLIVÁN DEL CACHO).	503
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.17	
LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki , <i>Derecho Público en Euskal Herria</i> , Editorial IVAP/Lete, Bilbao, 2017, 484 páginas. (Iñaki SERRANO LASA)	506
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.18	
LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coordinador), <i>El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica</i> . Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2017. (José Antonio TARDÍO PATO)	510
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.19	
RICO MOTOS, Carlos , <i>Deliberación parlamentaria y democracia representativa</i> . Congreso de los Diputados. Madrid, 2016. (Manuel ZAFRA VÍCTOR) .	514
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.20	
MORENO GARCÍA, Javier , <i>Los distintos estatutos jurídicos del subsuelo</i> , HAEE/IVAP, Oñati, 2015, 413 páginas. (Jasone URKOLA IRIARTE)	529
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.21	
JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael , <i>Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia</i> . Ed. Catarata e IVAP, 2017, 189 páginas. (Martín María RAZQUIN LIZARRAGA).	536
DOI: https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.22	

Colaboran en este número

Edorta COBREROS MENDAZONA. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (e.cobrerros@ehu.eus).

Eneko COMPAINS SILVA. Doctor en Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (eneko.compains@ehu.eus).

José Ignacio CUBERO MARCOS. Profesor Agregado de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (joseignacio.cubero@ehu.eus).

Juana María GIL RUIZ. Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Granada (jgil@ugr.es).

Belén MARINA JALVO. Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá (belen.marina@uah.es).

José María PÉREZ MONGUIÓ. Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz (josemaria.monguió@gmail.com).

Andrei QUINTIÁ PASTRANA. Investigador. Universidad de Santiago de Compostela (z.andrei.quintia@gmail.com).

M. Asunción TORRES LÓPEZ. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Granada (atorres@ugr.es).

María Ángeles ABELLÁN LÓPEZ. Profesora de Ciencia Política y de la Administración. Universidad Miguel Hernández de Elche (UMH) (ma.abellan@umh.es).

Bernabé ALDEGUER CERDÁ. Profesor de Ciencia Política y de la Administración. Universidad de Alicante (bernabealdeguer@gmail.com).

M.ª Ángeles GONZÁLEZ BUSTOS. Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal. Universidad de Salamanca (mgbustos@usal.es).

Izaskun IRIARTE IRURETA. Responsable de Planificación y Coordinación y exvice-consejera de Administración y Planificación Territorial del Gobierno Vasco (izaskun-iriarte@euskadi.eus).

Iker NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE. Profesor del Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (iker.navaskues@ehu.eus).

Rashid MOHAMED VÁZQUEZ. Funcionario del Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social (rashid@usal.es).

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

David GARCÍA CASTRO. Doctor en Economía y Empresa y Graduado en Derecho. Técnico de Gestión de la Secretaría Técnica de la Diputación Foral de Álava y Profesor Asociado del Departamento de Economía Financiera II. Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (david.garciac@ehu.eus).

Estudios

La reparación del incumplimiento del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una posible consecuencia para el estatus de los derechos fundamentales*

Edorta Cobreros Mendazona

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.01>

Sumario: I. Introducción.—II. La inicial solución «endoprocesal» adoptada en la *Sentencia Baustahlgewebe c. Comisión*: 1. Solicitud de compensación por las dilaciones indebidas constatadas en un proceso ante el Tribunal de Primera Instancia. 2. La propuesta del Abogado General del remedio a través de la acción de indemnización. 3. La solución adoptada por la *S. Baustahlgewebe c. Comisión*: rebaja la sanción fijada en la sentencia recurrida.—III. Evolución de los pronunciamientos posteriores en relación con el plazo razonable: 1. Continuidad con *Baustahlgewebe*. 2. Primeros distanciamientos.—IV. La posterior y definitiva interpretación que remite a la vía del recurso de indemnización: 1. El punto de inflexión: las sentencias *Gascogne Sack Deutschland c. Comisión* y otras. 2. Otros pronunciamientos que ratifican esta interpretación.—V. Aplicación efectiva del recurso de indemnización en el caso de dilaciones indebidas: 1. Primeras sentencias. 2. Sentencias posteriores. 3. Algunas consideraciones sobre esta nueva vía compensatoria.—VI. Una consecuencia de gran alcance: la lesión del derecho fundamental al plazo razonable constituye una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea a efectos de responsabilidad patrimonial: 1. La violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión como requisito para la indemnización. 2. El incumplimiento del plazo razonable como violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea.—VII. Una (posible) deducción más general: la conculcación de un derecho fundamental constituye *per se* una violación suficientemente caracterizada del ordenamiento de la Unión.—VIII. Conclusiones finales de este largo proceso.

* Trabajo realizado para el merecido homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Excelente universitario y mejor persona, el prof. Parejo siempre ha desarrollado sus numerosas tareas en el servicio público con gran responsabilidad; somos muchos los que apreciamos, además, su afabilidad y ausencia de engreimiento.

I. Introducción

Está muy extendida y es recurrente la preocupación por unos procesos judiciales que se lleven a cabo en un tiempo «útil». En este sentido, la aplicación judicial del Derecho sin retrasos no es un problema reciente sino que viene de lejos. Acotada en sus comienzos al ámbito de la jurisdicción penal⁽¹⁾, la necesidad de atajar el retraso en *todos* los ámbitos jurisdiccionales resultará, sin embargo, cada vez más patente. Conocida es, así, la rotunda proclamación que, en su comienzo, efectúa el decisivo art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». Texto del que, además de otras importantes particularidades, destaca que no se refiere sólo a los procesos penales, sino también, expresamente, a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil⁽²⁾.

En el ámbito de la Unión Europea —que es el que más directamente interesa en este trabajo—, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (formulada como «Carta de Niza» en 2000 e introducida como Derecho originario vinculante a partir del art. 6 TUE, con el Tratado de Lisboa en diciembre de 2009) establece también, en su art. 47 (que encabeza su Título VI, «Justicia»), el derecho de toda persona a que su causa sea oída «en un plazo razonable».

A estos nudos datos normativos conviene añadir que las preocupaciones al respecto se orientan en una triple dirección: a) cómo evitar, en el seno de un proceso, que se produzcan dilaciones indebidas, y que se traducirá, en su caso, en la existencia de mecanismos (normalmente procesales) a los que acudir cuando exista tal riesgo y que pudieran impedir su

(1) Baste ahora con recordar, por ejemplo, el capítulo dedicado en 1764 a la «Prontitud de la pena» por el Marqués de BECCARIA [*De los delitos y de las penas*. (Prefacio y notas de P. Calamandrei. Traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerredín). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974, págs. 152-155]; o la VI Enmienda a la Constitución Americana, de 1791, para proclamar que «en toda causa criminal el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial» (el conocido *right to speedy and public trial*).

Más cercano en el tiempo, y enmarcado ya en la protección internacional de los derechos fundamentales, tenemos el art. 14.3,c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que proclama —con expresión que, años más tarde, se nos hará propia— que, durante el proceso, toda persona acusada de un delito tiene derecho «a ser juzgada sin dilaciones indebidas».

(2) En la interpretación amplia —conviene añadir— de que ha sido objeto por la jurisprudencia europea esta exigencia del carácter *civil* de los derechos o las obligaciones judicialmente reclamados.

consumación; b) cómo reparar los supuestos en los que ya se ha producido, efectivamente, el indebido retraso; y c) en una línea más reciente y proactiva, cómo establecer mecanismos que garanticen unos tiempos óptimos de desarrollo de los procesos y una previsibilidad de su desarrollo temporal(3).

Aquí vamos a ocuparnos de la segunda de las vertientes —la reparadora—, acotándola al ámbito de actuación del Tribunal de Luxemburgo. El interés de este análisis radica no sólo en la importancia del sujeto y en el amplio ámbito de su eficacia sino también en que su construcción no ha sido ni lineal ni monolítica llegando hasta nuestros días los intentos (jurisprudenciales) de su definición, lo que demuestra las dificultades que tienen los mecanismos compensatorios cuando se refieren a las más altas instancias jurisdiccionales. En efecto, hace casi veinte años el Tribunal de Justicia (entonces, de las Comunidades Europeas) dictó su primera resolución al respecto. Con posterioridad, se ha producido un notable cambio en su interpretación que ha empezado a materializarse (y no sin resistencias) este año 2017.

Pero, además de las claves de este proceso evolutivo, que se ha extendido en el tiempo hasta nuestros días, veremos también que quizá se puede originar una consecuencia de largo alcance para el ordenamiento de la Unión Europea —más concretamente, para la posición de los derechos fundamentales en dicho ordenamiento— y que la construcción jurisprudencial objeto de análisis ha desvelado, como es que su conculcación —la de los derechos recogida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— pueda considerarse, con las cautelas que se dirán, una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión a efectos de su reparación patrimonial.

Ambos aspectos se desarrollarán a continuación, con el inevitable detenimiento y el necesario matiz que requieren la novedad y el calado de alguna de las cuestiones puestas de manifiesto.

(3) Respecto de los dos primeros aspectos, y en relación con la exigencia de que los Estados tengan un recurso nacional de reparación de una eventual lesión del derecho al plazo razonable que pueda considerarse un recurso «nacional efectivo» (ex art. 13 CEDH), pueden tener interés las consideraciones efectuadas en la reciente STEDH de 24 de enero de 2017, *as. Hiernaux c. Bélgica*, núm. 28022/15, aptdos. 45 a 48, donde se recuerda su jurisprudencia consistente en que los Estados gozan de un margen de apreciación a la hora de asumir los remedios contra tales violaciones del derecho al plazo razonable del art. 6.1 CEDH, pudiendo tratarse tanto de recursos preventivos como indemnizatorios.

En referencia al tercer aspecto, debemos mencionar los trabajos desarrollados por la Comisión Europea Para la Eficacia de la Justicia (más conocida como CEPEJ, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp), creada en el seno del Consejo de Europa por Resolución del Comité de Ministros de 18 de septiembre de 2002 [Resolución (2002)12].

II. La inicial solución «endoprocesal» adoptada en la *Sentencia Baustahlgewebe c. Comisión*

1. Solicitud de compensación por las dilaciones indebidas constatadas en un proceso ante el Tribunal de Primera Instancia

La primera vez que el Tribunal de Luxemburgo se enfrenta con el problema de la conculcación del plazo razonable en su propia jurisdicción tiene lugar en la conocida *Sentencia Baustahlgewebe c. Comisión* (4). Sintéticamente planteado, el asunto fue el siguiente.

La Comisión impuso unas multas a una serie de empresas por prácticas colusorias de la competencia; más concretamente, una de 4,5 millones de ecus a la empresa alemana que da nombre a este asunto. Ésta planteó, inicialmente, un recurso de anulación ante el (entonces) Tribunal de Primera Instancia, que resolvió en su sentencia mantener la multa (aunque reduciendo su importe a 3 millones de ecus) (5).

Contra esta resolución judicial, la empresa recurrió ante el Tribunal de Justicia. Su recurso de casación lo fundamentó en seis motivos, el primero de los cuales era, precisamente, la conculcación del plazo razonable, por la excesiva duración del proceso judicial *a quo* —casi cinco años y medio, de los que cerca de veintidós meses se dedicaron a deliberaciones—, con mención expresa del art. 6.1 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos.

Por esta razón la recurrente entendía que debía anularse la Decisión sancionadora de la Comisión, solicitando subsidiariamente que se minorase su cuantía. Éstos eran, pues, los términos en los que se planteaba el asunto ante el Tribunal de Justicia.

(4) Sentencia de 17 de diciembre de 1998, C-185/95P, sobre cuya importancia me pareció pertinente llamar la atención en su momento: *vid.* COBREROS MENDAZONA, E., «Las dilaciones indebidas en los procesos judiciales. Un problema generalizado y de no fácil solución», en *RVAP* núm. 58 (II), 2000, espec. págs. 181 y 182; y de la que me ocupé con detenimiento en «Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su compensación y dos consecuencias importantes», en *RVAP* núm. especial 99/100, 2014, vol. I, espec. págs. 923-927 (trabajo del que aquí se parte y completa). También se ha ocupado de esta sentencia MOREIRO, C.J., en *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia*. Dykinson. Madrid, 2012, págs. 76 y ss.

Con bastante anterioridad a su inclusión en 2010 como atenuante en el vigente art. 21.6 del Código Penal, esta sentencia fue aducida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en sus iniciales intentos de «remediar» las dilaciones indebidas en el proceso penal por la vía, *ex analogía*, de una atenuante modificativa de la responsabilidad criminal. *Vid.* la STS (2.^a) de 8 de junio de 1999, rec. núm. 1731/1998, ponente Bacigalupo.

(5) *Sentencia Baustahlgewebe c. Comisión*, de 6 de abril de 1995, T-145/89.

2. La propuesta del Abogado General del remedio a través de la acción de indemnización

Tiene interés, por lo que luego se verá, analizar la interpretación propuesta por el Abogado General Léger en sus Conclusiones(6), que —se adelanta ya— no será la que luego siga la sentencia, aunque sí la que se impondrá años más tarde.

Desde un comienzo pone de relieve la importancia que tiene, de todos los motivos esgrimidos, el basado en la inobservancia del plazo razonable y, además, plantea las tres posibilidades que, en hipótesis, le caben al Tribunal de Justicia al resolver un recurso de casación de este tipo: a) anular la multa, b) reducirla o, c) si no dispone de elementos suficientes, devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia.

Descartada esta última posibilidad, por razones obvias, el Abogado General examina las soluciones arbitradas en los ordenamientos jurídicos de los Estados, para ver si existe una «tradición jurídica común» en la que pudiera inspirarse el Tribunal de Justicia, llegando a la conclusión de que existen soluciones diversas, aunque —señala— en la mayoría de ellos la constatación de la vulneración del plazo razonable «carece de incidencia en la validez de los procedimientos de que se trata. Tan sólo permite interponer ante el órgano jurisdiccional competente un *recurso de indemnización*» (7).

En este mismo sentido, considerará que la solución más compartida entre los Estados miembros, para resolver los casos de inobservancia del plazo razonable, es el reconocimiento al justiciable de un derecho a ser indemnizado; a lo que añade que la vía consistente en repercutir sobre la sanción penal no le parece una solución adecuada. En efecto, para el Abogado General, será la aplicación errónea del Derecho por parte del Tribunal de Primera Instancia la que le confiere al Tribunal de Justicia la facultad de anular, total o parcialmente, la sentencia recurrida (y, así, suprimir o reducir la multa impuesta); pero no era ése el caso, claramente (8).

En tales circunstancias, a juicio del Abogado General, no hay relación entre la falta de respeto del plazo razonable y un nuevo examen de la cuestión de fondo —esto es, de la legalidad de la multa impuesta por la

(6) Presentadas el 3 de febrero de 1998. De manera puramente incidental (porque la referencia se hacía a un aspecto que aquí no interesa), podemos señalar que estas Conclusiones fueron mencionadas por nuestro Tribunal Constitucional en su Auto de planteamiento de la primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo (*vid.* ATC núm. 86/2011, de 9 de junio, FJ 6).

(7) Apto. 53 de las Conclusiones *cit.* (la cursiva aparece en el original).

(8) Ya que, por mucho que sea el tiempo dedicado por el Tribunal de Primera Instancia a examinar la legalidad de la Decisión recurrida, no afecta ni a la comprobación de los hechos imputados ni a la apreciación de su responsabilidad en las prácticas indebidas, ni a la aplicación efectuada del Derecho comunitario aplicable (*vid.* apto. 58 de las Conclusiones *cit.*).

Comisión—, y tal «inexistencia de relación se opone a que este Tribunal se atribuya el derecho, *a falta de una disposición que le autorice expresamente para ello*, de basarse en el incumplimiento del “plazo razonable” para reducir o anular, mediante la revocación de la sentencia impugnada, la multa» (9). Además, la lógica de la compensación, significaría deducir de una pena la cuantía de una reparación, lo que no deja de ser algo extraño.

Por todas esas razones, el Abogado General concluirá que el motivo no puede prosperar, proponiendo al Tribunal de Justicia que lo desestime sin ulterior examen (10). Ahora bien, esta respuesta le parece insuficiente y dedica también una parte destacada de sus Conclusiones a la alternativa que propone, que no es sino el ejercicio de la acción de indemnización (11).

A estos efectos, la primera dificultad que hay que soslayar es que la competencia para conocer de las acciones de indemnización contra una Institución de la Unión Europea está atribuida, precisamente, al propio Tribunal General (entonces Tribunal de Primera Instancia) (12). Pero, como esto iría en contra del principio de imparcialidad (que se opone a que sea el propio órgano jurisdiccional el que aprecie y enjuicie su comportamiento), una interpretación pro justiciable exigiría —en su opinión— que se completasen las previsiones normativas sobre los asuntos de que conoce el Tribunal de Justicia, considerando que también tiene atribuida la competencia para conocer de las reclamaciones indemnizatorias imputables al Tribunal de Primera Instancia (13).

Así, pues, para el Abogado General, la solución no está en minorar o anular la multa (es decir, «aprovechar» el recurso de casación para intentar garantizar la eficacia del art. 6.1 CEDH), sino en *reenviar a la afectada a un recurso de indemnización*, aunque ante el Tribunal de Justicia y no

(9) Apto. 59 de las Conclusiones *cit.* (la cursiva está añadida).

(10) Apto. 61 de las Conclusiones *cit.*

(11) «Dado que el recurso de casación no constituye un respuesta válida a la efectividad del “plazo razonable”, soy del parecer de que ha de buscarse en la acción indemnizatoria el medio para evitar que dicho principio del Convenio no pase de ser letra muerta cuando se invoca contra un procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia» (apto. 63 de las Conclusiones *cit.*).

(12) Para valorar debidamente lo propuesto por el Abogado General, adviértase que, en el momento de emitirse estas Conclusiones, las competencias del Tribunal de Primera Instancia venían establecidas por la Decisión 88/951 del Consejo, modificada por la Decisión 93/350 CECA, CEE y Euratom. Posteriormente ya lo serán por Derecho originario: en la actualidad es el art. 256 TFUE el decisivo.

(13) Concluyendo así: «Procede, por tanto, tal y como le autoriza a este Tribunal el párrafo segundo del artículo [340 TFUE], inspirarse en esta tradición común para reconocer una forma idéntica de resolución de los litigios [refiriéndose a la de los ordenamientos de los Estados] que venga a completar, en el área que le corresponde, el ámbito abarcado por el recurso de casación. Se trata, pues, tan sólo de suplir las insuficiencias de este recurso para dar respuesta a un motivo específico en un ámbito que, por lo demás, se aproxima más al del funcionamiento de la justicia que al del ejercicio de la actividad jurisdiccional» (apto. 74 de las Conclusiones *cit.*).

ante el propio Tribunal de Primera Instancia (14). Vemos, pues, cómo se plantea la «clásica» discusión sobre el acierto de la compensación por las dilaciones indebidas en el seno del mismo proceso en que tuvieron lugar (en forma de minoración o incluso eliminación de la medida punitiva discutida) o en otro proceso distinto (con la lógica puramente indemnizatoria del perjuicio causado).

Debe destacarse, asimismo, que el Abogado General menciona expresamente el sistema de responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Comunidad, infiriéndose, así, una admisión de la responsabilidad extracontractual del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Lo que, en ese momento, constituye, ciertamente, un aspecto novedoso (15).

Como se ha adelantado, esta tesis no será la que prospere en aquel momento, pero sí la que (con algún matiz) acabe imponiéndose.

3. La solución adoptada por la *Sentencia Baustahlgewebe c. Comisión*: rebaja de la sanción fijada en la sentencia recurrida

Tras una referencia al art. 6.1 CEDH, la primera y rotunda afirmación que se contiene en esta sentencia —que ya se ha señalado que se dicta en recurso de casación contra la dictada previamente por el Tribunal de Primera Instancia en un recurso de anulación— es que «el principio general del Derecho comunitario», según el cual toda persona tiene derecho a un *juicio justo*, es un principio que se inspira en los derechos fundamentales garantizados por el Convenio de Roma (16); y, más

(14) *Vid.* los aptdos. 71 y 72 de las Conclusiones *cit.*

(15) En la doctrina había muy pocas referencias a esta posibilidad, ciertamente. Una de ellas aparece mencionada en las propias Conclusiones (nota 32), y es el trabajo de DU BAN, B., «Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté», en *Cahiers de droit européen*, núm. 4, 1977, espec. págs. 403 y ss.; pero que se refiere únicamente a la hipótesis de lo que —con nuestras categorías— llamaríamos «error judicial», mas no al caso de un «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia».

(16) Repárese en que, en el momento en el que se hace esta afirmación (1998) nos encontramos en la fase evolutiva del ordenamiento comunitario de exclusiva (y acertada, aunque insuficiente) creación jurisprudencial, a efectos de la aplicación de los derechos fundamentales, incluida su inspiración en el Convenio Europeo y en la propia jurisprudencia de Estrasburgo (como se hace meridianamente en esta sentencia). Fase bastante lejana aún en el tiempo de los tres apartados del actual art. 6TUE.

Desde la otra vertiente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionará más tarde esta *S. Baustahlgewebe c. Comisión*, para referirse a la atención prestada por el Tribunal de Luxemburgo a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (al enjuiciar el célebre *caso Bosporus*, Sentencia de 30 de junio de 2005, as. 45036/98, en la nota 8, donde se planteaba, precisamente, el posible control por aquél de las actuaciones de los Estados cuando ejecutaban el Derecho comunitario). E incluso (aunque por referencia indirecta) para referirse precisamente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en su STEDH de 23 de mayo de 2016, *caso Avotins c. Letonia*, núm. 17502/07, aptdo. 41.

concretamente, que el *plazo razonable* es aplicable en el marco de un recurso jurisdiccional contra una Decisión de la Comisión por la que se impone a un empresa una multa por violación del Derecho de la competencia (17).

Para analizar, entonces, si se había respetado este principio del plazo razonable por parte del Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Justicia utiliza los mismos criterios, conocidos y ya clásicos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando aplica aquél artículo (18): la trascendencia del asunto para la afectada, la complejidad del pleito, la propia conducta de la recurrente y, finalmente, el comportamiento, en el caso, del Tribunal de Primera Instancia.

A la vista de las circunstancias, la sentencia considerará, textualmente, que «es preciso reconocer que, aun teniendo en cuenta la relativa complejidad del asunto, el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia rebasó las exigencias relacionadas con el respeto del plazo razonable» (aptdo. 47).

En escueta argumentación de la propia sentencia —y apartándose de la propuesta ya considerada del Abogado General—, la consecuencia será la siguiente: «Por razones de economía procesal y para garantizar una protección inmediata y efectiva contra dicha irregularidad del procedimiento, debe declararse que el motivo referente a la duración excesiva del procedimiento es fundado» (aptdo. 48). Ésa es, pues, la razón para estimar el recurso.

Ahora bien, «a falta de cualquier indicio de que la duración del procedimiento haya tenido alguna incidencia en la solución del litigio», no procederá la anulación de la totalidad de la sentencia (aptdo. 49). Y, entonces, el Tribunal de Justicia considerará que la cantidad de cincuenta mil ecus «constituye una compensación equitativa, en razón de la excesiva duración del procedimiento» (aptdo. 141), razón por la cual reduce la multa a 2.950.000 ecus (aptdo. 142). Debemos llamar la atención sobre la primera razón —si el retraso no incide en la solución que se debía haber adoptado en Derecho, no se debe anular en casación la sentencia recurrida en su totalidad; pero sí en parte, como vemos que hace esta Sentencia (19)—, porque en este punto radicará buena parte de la argumentación que acabará llevando al Tribunal a cambiar su jurisprudencia.

(17) Como era el caso (aptdo. 21 de la *S. Baustahlgewebe c. Comisión cit.*).

(18) Si bien remitiéndose a sus sentencias «por analogía» (*S. Baustahlgewebe c. Comisión cit.*, aptdo. 29).

(19) En contra del criterio del Abogado General, que ya conocemos (*vid. supra* aptdo. II.2).

Y también hay que subrayar que la sentencia adopta esta solución, como ya se ha recogido, para otorgar una «compensación» por el retraso.

Vemos pues que, para dar una solución más efectiva, el Tribunal de Justicia reduce la multa establecida en la sentencia recurrida (20) a efectos, se insiste, de compensación y, por tanto, con la misma *ratio* de una indemnización. Pero lo hace *dentro del propio proceso en vía de recurso* (21); sin reenviar, por tanto, a un nuevo proceso indemnizatorio, que era lo propuesto por el Abogado General. Adviértase que, si bien se habla de una «compensación equitativa» (22), no hay mención expresa alguna en la sentencia a una posible responsabilidad extracontractual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como sí la había en la Conclusiones del Abogado General —y que, en definitiva, sería el fundamento de tal compensación indemnizatoria—; ni, por lo tanto, tampoco referencia alguna a los requisitos jurisprudenciales acuñados para aplicar las previsiones del (actual) art. 340TFUE.

III. Evolución de los pronunciamientos posteriores en relación con el plazo razonable

Tras la sentencia anterior, el Tribunal de Justicia se pronunciará en diversas ocasiones sobre la violación del plazo razonable en vía jurisdiccional y sus consecuencias, lo que repasamos sumariamente a continuación, destacando el *iter* interpretativo seguido.

1. Continuidad con *Baustahlgewebe*

Podemos agrupar en este apartado cuatro sentencias —que abarcan un periodo de siete años (de 2002 a 2009)— que tienen en común que el Tribunal de Justicia ratifica expresamente en todas ellas su construcción *Baustahlgewebe*, pero en las que no se reconoce la existencia de violación del plazo razonable en los respectivos procesos judiciales seguidos ante el Tribunal General y, por lo tanto, no tienen que «compensar» daño alguno. Se trata de las siguientes sentencias:

(20) Que, a su vez, ya había reducido algo el Tribunal de Primera Instancia en el recurso de anulación judicial, como se ha mencionado.

(21) De ahí la calificación de solución «endoprosesal» que hemos utilizado para designar esta primera interpretación del Tribunal de Luxemburgo.

(22) Lo que recuerda no poco a la «satisfacción equitativa», prevista en el art. 41 CEDH, a efectos de la completa reparación de la violación de un derecho protegido por el Convenio.

- A) *Sentencia LVM y otros c. Comisión*(23).
- B) *Sentencia Corus c. Comisión*(24).
- C) *Sentencia Sumitomo y Nippon c. Comisión*(25).
- D) *Sentencia Paperfabrik y otros c. Comisión*(26).

2. Primeros distanciamientos

En 2008 y 2009 se pueden detectar ya los primeros pronunciamientos que marcan, claramente, distancia con la *solución Baustahlgewebe*. Merece referir con algún detenimiento las sentencias principales.

(23) De 15 de octubre de 2002, asuntos acumulados C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P, C-252/99P y C-254/99P, dictada también en vía casacional contra una sentencia dictada en recurso de anulación contra una serie de decisiones de la Comisión en el marco del Derecho de la competencia.

Contiene esta sentencia una interpretación —en la que el Tribunal de Justicia insistirá en posteriores ocasiones— consistente en considerar que la lista de estos criterios no es exhaustiva y que la apreciación de la razonabilidad del plazo no requiere un examen sistemático de todas las circunstancias del asunto en función de cada uno de ellos cuando la duración se revela justificada en función de uno solo; y que, a la inversa, también puede considerarse que un lapso de tiempo sobrepasa los límites admisibles en función de uno solo de los criterios. Esta interpretación la efectúa al analizar los conocidos criterios con respecto al procedimiento *administrativo* seguido por la Comisión y no al tratar del proceso *judicial* seguido ante el Tribunal de Primera Instancia (aptdo. 188).

Además, esta sentencia ofrece una consideración adicional que puede ser representativa de su forma de ver las cosas a este respecto: «es preciso subrayar que el deseo de celeridad que debe animar a la Comisión, en la fase de la investigación, y al órgano jurisdiccional comunitario, en la fase de los procedimientos jurisdiccionales, no debe menoscabar los esfuerzos realizados por cada institución para aclarar plenamente los hechos controvertidos, ofrecer a las partes afectadas todas las facilidades para presentar sus pruebas y sus observaciones y para pronunciarse únicamente tras una madura reflexión sobre la existencia de las infracciones y las sanciones» (aptdo. 234).

(24) De 2 de octubre de 2003, asunto C-199/99P. Dictada también en relación con una multa impuesta por la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia no admite el motivo basado en la excesiva duración del proceso (casi cinco años) ante el Tribunal de Primera Instancia —con cita expresa de la *S. Baustahlgewebe*—, debido a la complejidad del proceso (con numerosas partes, cuatro lenguas de procedimiento y diversas cuestiones jurídicas planteadas en relación con el acceso a la documentación).

(25) De 25 de enero de 2007, asuntos acumulados C-403/04P y C-405/04P. Asimismo en relación con una multa impuesta por la Comisión por prácticas colusorias de la competencia. En el recurso de casación se alega la excesiva duración del proceso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia (cuatro años y tres meses). La sentencia recuerda *Baustahlgewebe* y concluye que no ha habido vulneración del plazo razonable.

Repárese en que esta sentencia «continuista» es posterior en el tiempo a las dos primeras sentencias que se mencionan en el apartado siguiente.

(26) De 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07P, C-327/07P y C-338/07P. Resolución en la que no se aprecia ningún dato novedoso: se trata de un recurso de casación con origen en una sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada en recurso de anulación contra sanciones impuestas por la Comisión en materia de Derecho de la competencia, de una duración del proceso judicial de cinco años y que, con remisión a la *doctrina Baustahlgewebe*, termina por desestimar al interpretar que no había habido violación del plazo razonable en atención a que los recursos (que luego se acumularon) fueron planteados por nueve empresas y tramitados en cuatro lenguas de procedimiento distintas.

A. SENTENCIA FIAMM Y FEDON C. COMISIÓN(27)

A diferencia de los supuestos anteriores, en este caso el recurso de casación que conoce el Tribunal de Justicia lo es contra una sentencia desestimatoria del Tribunal de Primera Instancia, en un recurso de indemnización planteado por sendas empresas contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión (por un recargo aduanero exigido por los Estados Unidos de América y abonado por las recurrentes).

Pues bien, esta resolución primero confirma formalmente la vigencia de la *doctrina Baustahlgewebe*, pero a continuación pone de manifiesto las diferencias existentes entre una sentencia que condena al pago de una cantidad y otra que deniega una indemnización por no reunirse los requisitos para ello (como era el caso de las saga *Baustahlgewebe* y como es el caso de esta *S. FIAMM y Fedon*, respectivamente).

El Tribunal de Justicia desestimaré, finalmente, la pretensión compensatoria, por resultarle inencajable en una sentencia que ratifica la desestimación de una indemnización: «De ello resulta que la anulación de dicha sentencia no puede llevar a conceder una compensación equitativa en virtud de la exclusiva duración del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, por medio de la modificación de la sentencia recurrida, dado que en tal procedimiento no se pedía en ningún caso al Tribunal de Primera Instancia, como tampoco se pide en casación al Tribunal de Justicia, que condene a las partes recurrentes al pago de una cantidad de la que pudiera deducirse en su caso esa compensación equitativa» (28).

Como se ve, la distancia interpretativa con *Baustahlgewebe* resulta bastante clara, pero la diferencia de proceso (y, por lo tanto, de pretensión) judicial parecen pesar no poco en su fondo argumental.

B. SENTENCIA DER GRÜNE PUNKT C. COMISIÓN(29)

En este asunto se plantea la cuestión del plazo razonable en la instancia (cinco años y diez meses), en un asunto relativo a prácticas colusorias de la competencia, en el que había recaído una Decisión de la Comisión —pero consistente no en una multa, sino en una obligación de modificación de las actuaciones de determinada empresa (la diferencia es importante)—, objeto del recurso de anulación inicial.

(27) De 9 de septiembre de 2008, asuntos acumulados C-120/06P y 121/06P.

(28) *S. FIAMM y Fedon c. Comisión cit.*, aptdo. 210. Además, de añadir, a mayor abundamiento, que en el caso no se había conculcado el principio del plazo razonable, en atención a los criterios del comportamiento de la autoridad competente y del grado de complejidad del asunto.

(29) De 16 de julio de 2009, asunto, C-385/07P.

Pues bien, en este caso el Tribunal de Justicia, con los criterios habituales y, como novedad, con mención expresa del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —formalmente aún no en vigor, se recuerda—, a la vista de las circunstancias del caso, considera que sí se había producido lesión del plazo razonable(30). A partir de aquí conviene que nos detengamos en lo que se interpreta y decide por la Gran Sala en este nuevo rumbo.

La recurrente solicitaba de manera expresa que el Tribunal de Justicia modificase lo dicho en *Baustahlgewebe*, precisamente en lo relativo a que sólo procedía la anulación de la sentencia recurrida por violación del plazo razonable en la hipótesis de que la excesiva duración del proceso hubiera tenido alguna incidencia en la solución del litigio(31). La sentencia no lo estimará oportuno(32); sino incluso contraproducente(33). Y, finalmente, desestimaré el recurso de casación en su integridad.

Ahora bien, constatada la lesión del plazo razonable (y así declarada en la propia sentencia), la cuestión no podía quedarse ahí sino que había que ofrecer una salida a tal circunstancia. Para ello, el Tribunal reenviará a la recurrente al recurso por indemnización sobre la base de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (actuales arts. 268 y 340 TFUE)(34); pero lo hará sin mayores precisiones, salvo una escueta referencia a lo dicho por el Abogado General(35). Veamos, por tanto, qué es lo que éste había sugerido.

En sus Conclusiones, el Abogado General Bot señaló que la violación del plazo razonable sólo puede dar lugar, en su caso, a una pretensión in-

(30) Y lo hace, además, de incontestable manera: «El procedimiento desarrollado ante el Tribunal de Primera Instancia incumplió las exigencias derivadas del respeto de una duración razonable del procedimiento» (aptdo. 188).

(31) *Vid. supra* (II.3) lo dicho a propósito del aptdo. 49 de la *S. Baustahlgewebe c. Comisión cit.*

(32) Y lo hará con nitidez, en estos términos: «En la medida en que no existe indicio alguno que deje traslucir que la falta de respeto de una duración razonable del procedimiento pudo tener alguna incidencia sobre el resultado del litigio, la anulación de la sentencia recurrida no repararía la violación del principio de tutela judicial efectiva [en el que el Tribunal, desde hacía dos años, venía englobando el art. 47 CDFUE] cometida por el Tribunal de Primera Instancia» (aptdo. 193).

(33) En efecto, «dada la necesidad de respetar el Derecho comunitario de la competencia, el Tribunal de Justicia no puede permitir, por la mera falta de respeto de una duración razonable del procedimiento, que la parte recurrente ponga en cuestión la existencia de una infracción, pese a haber sido desestimados por infundados todos los motivos que invocó contra las afirmaciones hechas por el Tribunal de Primera Instancia a propósito de dicha infracción y del correspondiente procedimiento administrativo previo» (aptdo. 193).

Más claramente aún lo había dicho el Abogado General Bot: «la sanción de la violación del plazo razonable del procedimiento no puede, en ningún caso, conducir a que una empresa pueda continuar o reanudar un comportamiento que ha sido declarado contrario a las normas comunitarias» (aptdo. 306 de sus Conclusiones presentadas el 31 de marzo de 2009).

(34) *Vid. S. Der Grüne Punkt c. Comisión cit.*, aptdo. 195.

(35) En los aptdos. 307 y ss. de sus Conclusiones *cit.*

demnizatoria del perjuicio soportado; perjuicio que, en el caso de la empresa infractora, en ningún momento le supuso un daño económico (aptdo. 308). Pero también es cierto que el derecho a que su causa sea vista en un plazo razonable tiene tanta importancia que, el mero hecho de privar a una persona física o jurídica de esta garantía, constituye —a su juicio— un perjuicio autónomo por sí solo (aptdo. 313). Entonces, ¿cómo y ante quién habrá de materializarse su reparación? Aquí viene la novedosa aportación del Abogado General.

Lo primero que señala es que no existen en el ordenamiento comunitario disposiciones específicas sobre las acciones de indemnización causadas por el funcionamiento de la justicia comunitaria y que la sugerencia del Abogado General en *Baustahlgewebe* —que fuese el propio Tribunal de Justicia el que la asumiese (lo que, como sabemos, éste no admitiría) (36)—, tras Niza, no podría sostenerse porque iría en contra de las competencias atribuidas por el Derecho originario al Tribunal de Primera Instancia, entre las que está, expresamente, el conocimiento del recurso de indemnización contra las instituciones europeas o sus agentes (ahora, *ex art.* 256.1 TFUE). Se plantea, entonces, si el conocimiento de un recurso de indemnización de los de este tipo por el propio Tribunal de Primera Instancia podría ir en contra del principio de imparcialidad; y, tras repasar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la imparcialidad objetiva, llega a la conclusión de que «le parece razonable sostener su competencia [la del Tribunal de Primera Instancia, ahora Tribunal General se entiende], *bajo la condición expresa de que la composición que conoce del recurso sea distinta* de la que adoptó el acto o de la que resultó el perjuicio alegado» (37). Esto es, así, lo dicho por el Abogado General, al que se remite discretamente la sentencia.

Como se ve, en este importante pronunciamiento de la Gran Sala, ya se asienta una doble interpretación clave, en el caso de que el (entonces) Tribunal de Primera Instancia no respete el plazo razonable en sus procesos: 1.^a) se cierra definitivamente el paso a la pretensión de obtener una reparación en el proceso casacional ante el Tribunal de Justicia (esto es, hay una rectificación en toda regla de la solución «endoprocesal» arbitrada en *Baustahlgewebe*); 2.^a) la violación del plazo razonable por parte del Tribunal de Primera Instancia «puede dar lugar a una pretensión de indemnización» al amparo de un recurso de indemnización (38). Haría falta alguna precisión más, con respecto a este (nuevo) recurso de indemnización a emprender por la parte perjudicada, pero la sentencia no la aporta

(36) *Vid. supra* aptdo. II.2.

(37) Aptdo. 337 de las Conclusiones *cit.* (la cursiva está añadida).

(38) *S. Der Grüne Punkt c. Comisión cit.*, aptdo. 195.

—aunque sí el Abogado General, como hemos visto— y tendremos que esperar más de cuatro años hasta que el Tribunal de Justicia explicite su nueva interpretación (que, se adelanta ya, lo hará en el sentido propuesto por el Abogado General).

C. SENTENCIA GOGOS c. COMISIÓN(39)

Esta sentencia tiene un interés limitado a los efectos que aquí interesan, pero quizá no esté de más mencionarla, por lo que al asunto aportó la Abogada General. El ámbito material del recurso que origina esta sentencia es muy distinto de todo lo ya visto, pues se dicta en un recurso de casación contra otra del Tribunal de Primera Instancia que había desestimado a un funcionario la anulación de una Decisión «de clasificación» de la Comisión que afectaba a su estatus funcional. Se reitera ante el Tribunal de Justicia la tacha de violación del plazo razonable (cuatro años y ocho meses) y, por esta razón, se solicita una indemnización de cincuenta mil euros. La sentencia entiende que el retraso no ha tenido incidencia alguna en la solución de litigio(40) y desestima el recurso, sin ulteriores indicaciones al respecto.

La Abogada General Kokott, en cambio, admitía la posibilidad de que hubieran existido unas dilaciones indebidas (que el Tribunal de Justicia, se insiste, no declara), pero que ello debería ventilarse —y esto es lo que aquí puede tener más interés— por la vía del específico recurso de indemnización(41).

IV. La posterior y definitiva interpretación que remite a la vía del recurso de indemnización

Como acabamos de ver, la solución «endoprocesal» de *Baustahlgewebe* —que ya en su momento fue discutida por el Abogado General, como sabemos— empezó a rectificarse una decena de años después. Pero no será hasta 2013 cuando podamos decir, con visos de definitivi-

(39) De 20 de mayo de 2010, asunto C-583/08P.

(40) En razonamiento que nos resulta ya conocido y con referencia a *Baustahlgewebe c. Comisión*, *FIAMM y Fedon c. Comisión* y *Der Grüne Punkt c. Comisión* (vid. *S. Gogos c. Comisión cit.*, aptdos. 56 y 57).

(41) Concluía así su examen del asunto: «Sin perjuicio de un examen más minucioso en el marco de un eventual procedimiento de indemnización, dicha duración del procedimiento no parece estar justificada ni por una especial complejidad de la materia o de las cuestiones de hecho y de Derecho planteadas, ni por la conducta de las partes» (aptdo. 88 de las Conclusiones presentadas el 4 de marzo de 2010, la cursiva está añadida).

dad, que la compensación por los daños que hubiera podido sufrir un justiciable ante el Tribunal General deberá pretenderse por la vía, autónoma, del recurso de indemnización.

1. El punto de inflexión: las sentencias *Gascogne Sack Deutschland* c. *Comisión* y otras

Tres pronunciamientos de la Gran Sala de la misma fecha, que resuelven de igual manera y con idéntica *ratio decidendi* otros tantos recursos de casación (42), constituyen la consolidación —plenamente consciente(43)— del cambio interpretativo del Tribunal de Justicia.

En efecto, en un asunto análogo al resuelto en *Baustahlgewebe*(44), el Tribunal de Justicia desarrollará su (nuevo) razonamiento de la siguiente manera(45). En primer lugar, reconoce que el recurso de casación es un proceso apto para controlar las irregularidades que, lesionando los intereses del recurrente, hubiera podido cometer el Tribunal General; y, entre ellos, sin duda alguna, se encuentra la violación del plazo razonable garantizado por el art. 47 CDFUE.

A continuación, recuerda las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos(46) en lo referente a que la inobservancia del plazo razonable debe abrir a la parte afectada la posibilidad de interpo-

(42) Son tres sentencias de 26 de noviembre de 2013: la *Sentencia Gascogne Sack Deutschland c. Comisión*, C-40/12P, la *Sentencia Kendrion c. Comisión*, C-50/12P y la *Sentencia Groupe Gascogne c. Comisión*, C-58/12P. También las Conclusiones de los tres asuntos fueron elaboradas por la misma Abogada General (Sharpston) y presentadas en la misma fecha (el 30 de mayo de 2013), aunque formalmente individualizadas.

(43) Buena prueba de lo que se afirma es lo recogido en las Conclusiones *cit.* en el *as. Groupe Gascogne* (apdo. 119), donde se señala que, durante la tramitación del proceso, «[e]l Tribunal de Justicia instó a los veintisiete Estados miembros, al Parlamento Europeo y al Consejo a expresar por escrito su opinión con respecto a los criterios adoptados respectivamente en las sentencias *Baustahlgewebe* y *Der Grüne Punkt*. Siete Estados miembros manifestaron su preferencia por el criterio adoptado en la primera sentencia, tres por el de la última y seis Estados miembros no expresaron ninguna preferencia. El Consejo respaldó el criterio de la sentencia *Baustahlgewebe*, aunque reconoció que las dos vías de recurso coexisten y que ninguna es perfecta. El Parlamento Europeo se inclinó por el criterio de la sentencia *Der Grüne Punkt*».

(44) Como la propia *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, apdo. 88, reconoce explícitamente.

(45) *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, apdos. 74 a 103; en la *S. Kendrion c. Comisión cit.*, lo hará en los apdos. 77 a 108 y en la *S. Groupe Gascogne c. Comisión cit.*, en los apdos. 66 a 97. En los tres casos muchos de los apartados resultan idénticamente redactados.

(46) Tal y como lo interpretó el Tribunal de Estrasburgo en su fundamental STEDH de 26 de octubre de 2000, *caso Kudla c. Polonia*, apdos. 156 y 157. *Vid.*, a este propósito, el comentario de SAIZ ARNAIZ, A., «El derecho a un proceso “dentro de un plazo razonable” y la “necesaria” existencia de remedios nacionales ante su vulneración. Un trascendental cambio en la jurisprudencia del TEDH (comentario a la Sentencia Kudla c. Polonia, de 26 de octubre de 2000)», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* núm. 3, 2000, págs. 1821 y ss.

ner un recurso efectivo capaz de ofrecer una reparación adecuada(47). Adelantando un poco el análisis, conviene precisar desde ahora que la duración del proceso le parecerá al Tribunal de Justicia injustificable(48), *reconociendo expresamente la conculcación de dicho derecho fundamental*(49).

La sentencia reitera su ya mencionada doctrina consistente en que, si la excesiva duración del pleito no ha influido en la solución del litigio —como era el caso, podemos precisar—, no procede anular la sentencia recurrida(50). Pero sucedía que la recurrente había pedido la reducción de la misma por los perjuicios que le había ocasionado el retraso en la tramitación de su recurso de anulación, con invocación expresa de la *solución Baustahlgewebe*. Y aquí es donde el Tribunal de Justicia, con apoyo en la *S. Der Grüne Punkt c. Comisión* —que, recuérdese, no se refería a una condena al pago de cantidad alguna—, se separará de lo dicho en *Baustahlgewebe*(51) y afirmará, de una manera clara y rotunda, coincidente con lo propuesto por la Abogada General Sharpstone(52), que la

(47) El «remedio efectivo» al que se refiere el conocido art. 13 CEDH (aunque la sentencia no lo identifica).

(48) *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, aptdos. 97 y 102.

(49) Extremo, éste último, que posteriormente producirá alguna reticencia en el Abogado General Wahl, para quien el Tribunal de Justicia no debe hacer un pronunciamiento explícito de este tipo, por razones de defensa; con lo que, a su juicio, «la jurisprudencia del Tribunal de Justicia invocada por las recurrentes, que no aconseja al Tribunal de Justicia aplicar en el futuro, únicamente tiene sentido si se limita a circunstancias realmente excepcionales en las que la falta de carácter razonable del procedimiento es tan manifiesta e incuestionable que, objetivamente, no puede justificarse en ningún caso. Salvo en esos supuestos excepcionales, únicamente puede resolverse sobre una alegación relativa a la vulneración del derecho a ser juzgado en un plazo razonable tras la celebración de un procedimiento inter partes en el que se permita a la demandada exponer sus argumentos de defensa y, en su caso, aportar pruebas en su apoyo. Como ya ha declarado de forma reiterada el Tribunal de Justicia, «el carácter razonable de [un] plazo debe apreciarse en función de las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, de la trascendencia del litigio para el interesado, de la complejidad del asunto, del comportamiento del demandante y del de las autoridades competentes». En mi opinión, en la mayor parte de los asuntos esa apreciación de todas las circunstancias no constituye en modo alguno un ejercicio simple y directo» (Conclusiones presentadas en el *as. Feralpi c. Comisión*, el 8 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-85, 86, 87, 88 y 89/15P, aptdo. 75).

(50) Interpretación que será asumida por el Tribunal General. *Vid. su Sentencia HIT Groep c. Comisión*, de 15 de julio de 2015, T-436/10, aptdos. 285-286.

(51) De hecho, en su *Informe Anual 2013*, refiriéndose a este grupo de las tres sentencias ahora comentadas, el propio Tribunal de Justicia reconocerá que «se apartó de la solución recogida en su sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, al desestimar la solicitud, a estos efectos [se refería al remedio adecuado para reparar las consecuencias económicas resultantes de la duración excesiva del procedimiento], en el marco de un recurso de casación, de reducción del importe de las multas impuestas» (pág. 5).

(52) En las Conclusiones *cit.*, en el *as. Groupe Gascogne c. Comisión*, alguno de cuyos apartados merece recogerse aquí:

«127. He aquí la razón por la que no estoy de acuerdo con el criterio adoptado en la sentencia *Baustahlgewebe*. Multar a una empresa por vulnerar las normas sobre competen-

indemnización procedente por tales perjuicios debería articularse, precisamente, por la vía del recurso de indemnización (ex arts. 268 y 340 TFUE), constituyendo este tipo de proceso el «remedio efectivo» establecido por el ordenamiento de la Unión Europea para el caso de la violación del plazo razonable.

Ahora bien, esta solución reenvía directamente al Tribunal General, que es el que tiene atribuida la competencia para conocer de este tipo de recursos indemnizatorios contra la Unión Europea (según viene establecido en el art. 256.1 TFUE), pero que es a quien se le imputa la lesión, cabalmente. Para obviar esta dificultad —y adoptando la solución que, inicialmente, había propuesto el Abogado General Bot en el asunto *Der Grüne Punkt c. Comisión* y que, ahora, secunda también la Abogada Ge-

cia no puede equipararse a la condena a una pena de privación de libertad de una persona física, supuesto en que el retraso en el juicio puede de hecho compensarse de forma efectiva (si la persona física es declarada culpable y condenada a una pena de prisión), mediante la reducción del tiempo de cumplimiento de la pena de prisión. Por otra parte, si la empresa ha sufrido un perjuicio a causa del retraso, dicho perjuicio puede desglosarse en pérdidas financieras concretas relacionadas causalmente con el retraso excesivo sufrido en la resolución del recurso. Se pueden aportar elementos de prueba y, una vez probado el daño, podrá concederse la indemnización apropiada. En el ordenamiento jurídico de la Unión corresponde al Tribunal General y no al Tribunal de Justicia examinar los hechos en profundidad y evaluar los elementos de prueba. Opino que este es otro argumento a favor de la conclusión de que sería preferible la interposición de un recurso de indemnización separado ante el Tribunal General en vez de intentar ofrecer un recurso efectivo mediante la reducción de las multas en el marco del recurso de casación. [...].

131. No me resulta claro de qué modo el artículo 261 TFUE (invocado por el Tribunal General) constituye una base satisfactoria para la reducción de una multa, cuando no existen motivos sustantivos para desvirtuar la apreciación de la Comisión de que la multa era apropiada con respecto a la infracción. Es cierto que el artículo 31 del Reglamento n.º 1/2003 y el artículo 261 TFUE otorgan al Tribunal General (y, en vía de recurso, al Tribunal de Justicia) “competencia jurisdiccional plena”; pero esta competencia jurisdiccional plena está estrechamente ligada al carácter apropiado (o no) de la sanción impuesta con respecto a la infracción cometida. El retraso de un procedimiento —ya sea causado por la Comisión en la vía administrativa o por el Tribunal General en la vía contenciosa— no guarda relación alguna con el comportamiento de la empresa o la gravedad de la infracción.

132. Soy consciente de que el rigor de este criterio no coincide con el enfoque adoptado por el Tribunal General al examinar alegaciones de retraso indebido. Tampoco corresponde al criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Baustahlgewebe*. No obstante, creo que el Tribunal de Justicia se encuentra ahora en una situación en la que puede y debe pronunciarse sobre cuál es la mejor de las dos vías de recurso actualmente disponibles. Comprendo que, en el marco de un recurso, es tentador, en aras de la economía procesal, inclinarse por la reducción de la multa (en un porcentaje indeterminado, calculado sobre una base desconocida). No obstante, no me convence el fundamento lógico de tal criterio (en términos de la relación entre la multa y el comportamiento, la competencia jurisdiccional y la transparencia), que además, en el peor de los casos, puede convertirse en un criterio casi totalmente arbitrario. (Debo añadir que la situación sería muy diferente si el legislador decidiese introducir normas específicas para regular el efecto que debe tener en el importe de las multas, la existencia de un retraso indebido en la vía administrativa o en la contenciosa, en asuntos en materia de competencia; pero, según creo, hasta ahora no se ha explorado esta posibilidad)».

neral Sharpstone—, el Tribunal de Justicia formula la salvedad expresa de que, cuando el Tribunal General resuelva este recurso de indemnización, lo haga «fallando en una *formación diferente de la que conoció del litigio* que dio lugar al procedimiento cuya duración se critica» (53). Aunque bien es verdad que lo hace sin mayores consideraciones y sin mención alguna al principio de imparcialidad (que es el que, de manera indudable, está en el origen de esta cautela) (54).

Pero el Tribunal de Justicia no se limita a esta remisión condicionada, sino que aprecia en el caso (y así lo declara formalmente) la existencia de una dilación indebida en el proceso judicial *a quo*, siguiendo en esto la solución sugerida por la Abogada General (55). En efecto, aunque el

(53) *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, aptdo. 96 (la cursiva está añadida).

(54) Mención que sí hacía el Abogado General Bot en el *as. Der Grüne Punkt* (como se ha dejado dicho) y que ahora hace la Abogada General Sharpstone en el *as. Groupe Gascogne*, de la siguiente manera:

«145. Opino que el verdadero problema es si el Tribunal General sería percibido como órgano imparcial al resolver un recurso de indemnización basado en la alegación de que el propio Tribunal General es responsable de la vulneración de los derechos fundamentales del recurrente.

146. En mi opinión, existen elementos suficientes para inclinarnos por considerar que el Tribunal General puede ser percibido de forma razonable como suficientemente imparcial.

147. En primer lugar, el pago de la indemnización concedida no provendría del propio Tribunal General. Saldría del presupuesto de la Unión Europea, con lo cual el Tribunal General no tendría ningún interés directo en las consecuencias financieras del procedimiento. En segundo lugar, para poder cumplir con el requisito subjetivo de la imparcialidad personal, el Tribunal General deberá asegurarse de que el recurso de indemnización sea oído por una sala diferente de la que conoció del litigio en el que se produjo el retraso excesivo. En tercer lugar, en la medida en que la alegación de vulneración del artículo 47 de la Carta probablemente se plantee en vía de recurso de casación y no ante el Tribunal General, será el Tribunal de Justicia quien apreciará la existencia de un retraso excesivo. La labor del Tribunal General quedaría restringida a la prueba del perjuicio y la evaluación de la cuantía. En cuarto lugar, aunque la situación que motiva el procedimiento por la vulneración del artículo 47 de la Carta es competencia del Tribunal General, corresponderá a la Comisión, en su función de promover el interés general de la Unión de conformidad con el artículo 17 TUE, apartado 1, defender a la Unión en el procedimiento ante dicho Tribunal [advuértase que este extremo quedará luego desmentido por las sentencias de 2017 que veremos en el apartado siguiente]. En quinto lugar, cualquier resolución del Tribunal General obviamente quedaría sujeta al control de las cuestiones de Derecho por el Tribunal de Justicia.

148. Por consiguiente, llego a la conclusión de que, en cuanto a la alegación del recurrente de haber sufrido un perjuicio derivado del hecho de que el Tribunal General no resolvió su recurso en un plazo razonable, la interposición de un recurso de indemnización ante el Tribunal General constituye una solución más adecuada y eficaz a los efectos del artículo 47 de la Carta, interpretado a la luz de los artículos 6 CEDH, apartado 1, y 13 CEDH, que una reducción del importe de la multa. En la medida en que sea necesario reconocer expresamente la infracción del Tribunal General al margen de un posible recurso de indemnización, opino que una declaración del Tribunal de Justicia a estos efectos constituye una reparación adecuada.»

(55) En las mismas Conclusiones *cit.* (la cursiva está añadida):

«149. Procede examinar una última cuestión: ¿cuál sería “el hecho que [...] motivó” la responsabilidad extracontractual de la Unión a los efectos del artículo 46 del Estatuto

Tribunal de Justicia desestima la petición de rebaja de la cuantía de la multa, declara la existencia de una vulneración del art. 47 CDFUE y afirma literalmente que tal actuación «constituye una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares» (56). En buena lógica, esto debería significar que, en el eventual recurso posterior ante el Tribunal General, no podría ignorarse la existencia de este requisito básico para la responsabilidad extracontractual que se acaba de mencionar y sólo cabría analizar los demás elementos necesarios para establecer la indemnización. Ya veremos un poco más adelante, sin embargo, que las cosas no han resultado exactamente así.

Además de esta declaración, también tiene importancia otra doble precisión, de tipo material, que le hace el Tribunal de Justicia al Tribunal General para estos casos, referida a la exigencia de que respete ciertos *criterios de fondo* en su enjuiciamiento (57). Así, en primer lugar, para la apreciación de la violación del plazo razonable, le señala que deberá tener en cuenta los criterios «clásicos» que, como es sabido, tienen su principal fuente de inspiración en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (al interpretar y aplicar el art. 6.1 CEDH) (58). Y, en segundo lugar, le indica los típicos elementos para dilucidar la existencia de una responsabilidad extracontractual: la realidad del daño y la relación de causalidad entre éste y la duración excesiva del procedimiento; pero con un par de precisiones más a este respecto, como son la exigencia de tener en consideración los principios generales aplicables en los ordenamientos de los Estados miembros para casos similares (hay que entender que por lo establecido en el párrafo segundo del art. 340 TFUE), por un lado, y, además de la existencia del daño material, la de un posible daño inmaterial, por otro.

del Tribunal de Justicia? En mi opinión, ese hecho es necesariamente la conclusión del Tribunal de Justicia de que se ha producido un retraso indebido en el procedimiento ante el Tribunal General. De ello se deduce, que el plazo de prescripción de cinco años previsto para la interposición de dicho recurso de indemnización empezaría a computarse a partir de la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente recurso.

150. Por consiguiente, *propongo que el Tribunal de Justicia declare que se ha producido un retraso excesivo en la resolución del recurso interpuesto por Groupe Gascogne ante el Tribunal General; y sugiero asimismo que el Tribunal de Justicia señale claramente que Groupe Gascogne puede interponer un recurso separado de indemnización de daños y perjuicios, si así lo desea*».

(56) *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, aptdo. 102.

(57) *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, aptdos. 91 a 95.

(58) Como expresamente le había sugerido la Abogada General Sharpstone en sus Conclusiones *cit.*, en el *as. Groupe Gascogne c. Comisión*, aptdo. 72 (con cita, además, de jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia al respecto).

Estos matices recogidos en el párrafo anterior, frente a lo que a primera vista pudiera parecer, no son ni impertinentes, ni gratuitos ni redundantes, puesto que le fijan o establecen un marco al Tribunal General —a la hora de resolver un asunto que le afecta tan directamente— que puede constituir una garantía efectiva frente al peligro de «autodefensa» o excesiva comprensión hacia sus propias actuaciones jurisdiccionales, en un supuesto en el que enjuicia, precisamente, una actuación previa cuya tachada de incorrecta y lesiva. Dicho de otra manera, cuando en el marco de un recurso por indemnización el Tribunal General —en una formación jurisdiccional distinta, se insiste— conozca de un asunto en el que se dilucide si ha habido una previa actuación suya constitutiva de una lesión del derecho al enjuiciamiento en plazo razonable, no puede establecer unos criterios más restrictivos o rigurosos a la hora de analizar una posible responsabilidad patrimonial de la Unión que los que ya le ha señalado el Tribunal de Justicia.

No parece muy aventurado deducir de lo anterior un intento por parte del Tribunal de Justicia de evitar la tacha de proponer una vía que, al quedar en manos de quien había originado la lesión, pudiera tildarse de inefectiva por articularse de una manera que haga prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (por utilizar una fórmula muy conocida en el Tribunal de Justicia, cuando de aplicar el principio de efectividad se trata). Veremos sin embargo, un poco más adelante, cómo el Tribunal General ha soslayado con solvencia estos riesgos y, además, frente a una muy cerrada oposición procesal.

Analizaremos en seguida la continuación de esta historia jurisprudencial, puesto que algunas de las empresas afectadas en estas sentencias decidirán transitar la vía del recurso de indemnización que les señalaba el Tribunal de Justicia en estas resoluciones que acabamos de comentar.

2. Otros pronunciamientos que ratifican esta interpretación

Las sentencias mencionadas en el apartado anterior han tenido continuidad en otras posteriores, también dictadas por el Tribunal de Justicia en diversos recursos de casación (59). En todas ellas se ratifica expresa-

(59) Como son la *Sentencia Deltafina c. Comisión*, de 12 de junio de 2014, C-578/11P, apdos. 80 a 93; la *Sentencia FLS Plast A/S c. Comisión*, de 19 de junio de 2014, C-243/12P, apdos. 130 a 144; la *Sentencia Telefónica c. Comisión*, de 10 de julio de 2014, C-295/12P, apdos. 62 a 69; la *Sentencia ICF c. Comisión*, de 9 de octubre de 2014, C-467/13P, apdos. 55 a 66; la *Sentencia Guardian Industries Corp. c. Comisión* de 12 de noviembre de 2014, C-580/12P, apdos. 15 a 21; la *Sentencia Galp Energía España c. Comisión*, de 21 de enero de 2016, C-603/13P, apdos. 55 a 59; la *Sentencia CEPSA c. Comisión*, de 9 de junio de 2016, C-608/13P, apdos. 64 a 67; la *Sentencia REPSOL c. Comisión*, de 9 de junio de 2016, C-617/13P, apdos. 98 a 103; la *Sentencia Trafilerie Meridionale c. Comisión*, de 14 de septiembre de 2016, C-519/15P, apdos. 65 a 68; y la *Sentencia Aloys F. Dornbracht c. Comisión*, de 26 de enero de 2017, C-604/13P, apdos. 97 a 99.

mente lo recién visto (60), con fundamentación jurídica idéntica (61); razón por la que no procede insistir más en ello ahora.

V. Aplicación efectiva del recurso de indemnización en el caso de dilaciones indebidas

1. Primeras sentencias

Consecuencia lógica de la nueva interpretación del Tribunal de Justicia sobre la vía adecuada para exigir una compensación había de ser que las personas afectadas por el incumplimiento del plazo razonable ejerciesen la correspondiente acción indemnizatoria, *ex art.* 268 TFUE, ante el Tribunal General (62). Así lo hicieron las tres empresas que habían visto desestimada su pretensión en las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de noviembre de 2013, recién comentadas, dando lugar a dos destacadas sentencias del Tribunal General (63).

(60) En efecto, la cuestión resulta definitivamente zanjada en favor de la más reciente interpretación aquí analizada ya con suficiente detenimiento. Incluso aunque todavía se haya manifestado alguna reticencia, como es la del Abogado General Wathelet, en las Conclusiones presentadas el 29 de abril de 2014, en el *as. Guardian Industries Corp. c. Comisión*, en las que manifiesta explícitamente su criterio favorable a la interpretación *Baustahlgewebe*: «En mi opinión, el mecanismo de reparación apropiado para una violación del principio del plazo razonable por el Tribunal General en un asunto como el de autos sería —por motivos de economía procesal pero también para garantizar una tutela judicial efectiva e inmediata— una reducción de la multa, en vez de hacer que las partes interpongan una reclamación por daños y perjuicios ante el Tribunal General, del cual se ha establecido, por definición, que incumplió dicho principio al no garantizar la emisión de una resolución dentro de un plazo razonable», (aptdo. 110). Pero donde reconoce inmediatamente que, tras las sentencias *Gascogne Sack Deutschland et alia c. Comisión*, el Tribunal de Justicia «abandonó claramente» tal interpretación y «por tanto me veo obligado a razonar sobre dicha base en el presente asunto» (aptdo. 119).

(61) Aunque es verdad que en tres de los pronunciamientos citados *supra*, en la nota 59, el Tribunal de Justicia no declara la existencia de la violación del art. 47 CDFU, por considerar que no tiene elementos de juicio suficientes como para advenir la conculcación del plazo razonable, defiriendo tal constatación al eventual recurso de indemnización que se plantee posteriormente ante el Tribunal General (*vid.* la *S. Telefónica c. Comisión cit.*, aptdo. 68; la *S. Trafilerie Meridional c. Comisión cit.*, aptdo. 68; y la *S. Aloys F. Dornbracht c. Comisión cit.*, aptdo. 100).

(62) Y, aunque no hay una referencia expresa a esta cuestión en ninguna de las sentencias dictadas hasta el momento, todas ellas lo han sido por la Sala Tercera ampliada de este Tribunal General; lo que ha de entenderse como una formación distinta de la que conoció de los recursos de anulación que están en el origen de las reclamaciones por los daños producidos por indebidas dilaciones.

(63) Se trata de la *Sentencia Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea*, de 10 de enero de 2017, T-577/14, en recurso conjunto planteado por las dos empresas recurrentes en los *as.* 40/12P y 58/12P; y de la *Sentencia Kendrion c. Unión Europea*, de 1 de febrero de 2017, T-479/14, en recurso planteado por la empresa recurrente en el *as.* 50/12P (los tres asuntos citados *supra*, en la nota 42). Ambas resoluciones son muy similares y vienen a plantear las mismas cuestiones, razón por la que aquí se manejarán de manera conjunta. Un comentario monográfico a la primera de ellas en OVÁDEK, M., «At Last! Reaching the remedy for delay after a long ride through the EU judicial system», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 3, 2017, págs. 438 y ss.

Frente a lo que pudiera parecer —dado que el Tribunal de Justicia ya había declarado expresamente la conculcación del plazo jurisdiccional razonable en los correspondientes recursos de anulación ante el Tribunal General y, por lo tanto, aparentemente sólo habrían de discutirse las cuestiones relacionadas con el daño (esto es, la relación de causalidad y el cálculo de la indemnización, en su caso)—, el ejercicio efectivo del recurso de indemnización transcurrió por un camino procesal bastante más tortuoso. Merece mencionarse, siquiera someramente, los obstáculos encontrados porque son una buena muestra de las dificultades de articulación que suelen presentar las exigencias de responsabilidad por actuaciones de las más altas instancias jurisdiccionales.

En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —esto es, *la* institución de la Unión Europea a que se refieren, fundamentalmente, los arts. 13 y 19 TUE (64)— planteó al Tribunal General una doble excepción previa de inadmisibilidad del recurso, fundada (por lo que aquí más interesa) en que las demandantes no habían identificado la institución encargada de representar a la Unión (que es quien tiene la personalidad jurídica, a efectos de la imputación del daño). El Tribunal de Justicia consideraba, en definitiva, mal planteado el recurso porque no se establecía que a la Unión le representaría la Comisión Europea, sino el propio Tribunal de Luxemburgo (65). El Tribunal General, sin embargo, rechazará la inadmisibilidad sin reticencia alguna (66).

Tras esta desestimación, la Comisión solicitó intervenir en el recurso como coadyuvante en apoyo de las pretensiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cosa que sí fue aceptada por el Tribunal General (67).

Obviando algún otro incidente procesal y planteado definitivamente el proceso ante el Tribunal General como un recurso de indemnización de las demandantes contra la Unión —representada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, apoyado por la Comisión—, podemos pasar a analizar lo

(64) Institución única, por tanto, aunque articulada en dos órganos o instancias jurisdiccionales diferenciadas, que son el Tribunal de Justicia y el Tribunal General (desde la desaparición del Tribunal de la Función Pública, el 1 de septiembre de 2016), como es sabido.

(65) Recuérdese a este propósito lo sugerido por la Abogada General Sharpstone en el aptdo. 147 de sus Conclusiones en el as. 58/12P, recogido *supra*, en la nota 54.

(66) Las detalladas razones —cuya referencia pormenorizada nos detendría en exceso— del Tribunal General se pueden encontrar en su Auto de 2 de febrero de 2015, T-577/14, y en su Auto de 6 de enero de 2015, T-479/14, respectivamente. Ambos autos desestimatorios de las excepciones de inadmisibilidad serían recurridos en casación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque de ambos desistiría poco después, ordenándose su archivo por el Tribunal de Justicia en el *Auto Tribunal de Justicia de la Unión Europea c. Gacogne Sack Deutschland y Gascogne*, de 18 de diciembre de 2015, C-125/15P y en el *Auto Tribunal de Justicia de la Unión Europea c. Kendrion*, de 18 de diciembre de 2015, C-71/15P.

(67) Si bien con efectos sólo a partir de la fase oral del procedimiento (*vid.* su autos de 15 de marzo de 2016, T-577/14 y T-479/14).

resuelto por las dos primeras sentencias de este tipo. Y lo primero que tienen que sortear son dos nuevas causas de inadmisibilidad de las demandas planteadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (la falta de claridad de las demandas y la prescripción de la acción), que también acaba rechazando el Tribunal General (68).

En cuanto al fondo de la pretensión indemnizatoria, lo primero que se aborda es la existencia misma de la conculcación del plazo razonable, resultando llamativo que, habiendo sido ya objeto tal cuestión de una declaración expresa e indubitada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia (69), ahora el Tribunal de Justicia de la Unión Europea alegue lo contrario. El Tribunal General, sin embargo, analizando detenidamente todas las fases de los procesos tachados de indebidamente dilatados, por un lado, ratificará la violación del plazo razonable y, por otro, considerará que tal conculcación constituye una «violación suficientemente caracterizada», a efectos de la obtención de la indemnización (extremo al que haremos referencia en el apartado siguiente). Así las sentencias dirán, expresamente —y conviene reseñarlo por lo que más adelante se dirá al respecto—, que se «vulneró el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales, al haber rebasado su duración en 20 meses el plazo razonable de enjuiciamiento, lo cual constituye una infracción suficientemente caracterizada de una norma de Derecho de la Unión dirigida a conferir derechos a los particulares» (70).

Sentado lo anterior, el Tribunal General analizará la relación de causalidad, admitiéndola para el caso de los gastos de garantía bancaria durante el periodo de exceso en la tramitación del procedimiento judicial (71).

(68) Ambas, como se ha dicho en el texto, resultan desestimadas por el Tribunal General; pero interesa aquí más el argumento utilizado contra la segunda de ellas (que sólo se plantea en el *as. Gascogne*), esto es, la relativa a la prescripción: «en el caso concreto de un recurso de indemnización dirigido a obtener la reparación de un perjuicio supuestamente sufrido debido a una posible inobservancia del plazo de enjuiciamiento razonable, el día a partir del cual empieza a correr el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe establecerse, cuando el plazo de enjuiciamiento de que se trata ha concluido con una resolución, en la fecha en que se adoptó tal resolución. En efecto, dicha fecha constituye una fecha cierta, fijada con arreglo a criterios objetivos. Garantiza la observancia del principio de seguridad jurídica y permite la protección de los derechos de las demandantes» (*S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.*, aptdo. 47). La misma objeción y la misma respuesta nos aparecerá en las posteriores sentencias citadas *infra*, en la nota 75 y en la nota 78, respectivamente.

(69) Recuérdese lo dicho por la *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, la *S. Groupe Gascogne c. Comisión cit.* y la *S. Kendrion c. Comisión cit.* (vid. *supra*, en el apartado IV.1, el texto correspondiente a la nota 49).

(70) *S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.*, aptdo. 78 y de idéntica manera en la *S. Kendrion c. Unión Europea cit.*, aptdo. 63.

(71) *S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.*, aptdo. 121 y de idéntica manera en la *S. Kendrion c. Unión Europea cit.*, aptdo. 99.

Y, en cuanto a la indemnización a otorgar, considerará probada la existencia de un perjuicio material por tales gastos(72), así como la de un daño moral por la misma causa(73).

2. Sentencias posteriores

Además de un recurso de indemnización que el Tribunal General desestima por no considerar cumplido el requisito básico de la vulneración del art. 47 CDFUE(74), tenemos otras dos sentencias estimatorias que van en la misma línea que las iniciales recién analizadas y que procede mencionar.

La primera se dicta en febrero de 2017(75) y, a diferencia de las dos vistas en el apartado anterior, la recurrente no había obtenido previamente del Tribunal de Justicia un pronunciamiento expreso sobre la existencia del incumplimiento del plazo razonable en los correspondientes recursos de anulación ante el Tribunal General a los que, ahora, se tacha de indebidamente dilatados. Tras la superación de las consabidas excepciones de inadmisibilidad y también con la oposición frontal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este caso el Tribunal General considera asimismo injustificada su duración(76); en consecuencia, declara vulnerado el art. 47 CDFUE —lo que le resulta constitutivo de una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión (aptdo. 83), se insiste— y otorga la correspondiente indemnización(77).

La segunda sentencia es de junio de 2017(78) y, como en los dos primeros casos comentados, el recurso lo plantea la empresa que había

(72) Que la *S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.*, aptdo. 143, fija en 47.064,33 euros y la *S. Kendrion c. Unión Europea cit.*, aptdo. 108, fija en 588.769,18 euros.

(73) Que se establece *ex aequo et bono*, como suele ser usual en este tipo de daños, con una cantidad global: 5.000 euros para las empresas recurrentes en la *S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.*, aptdo. 165; y 6.000 euros para la empresa recurrente en la *S. Kendrion c. Unión Europea cit.*, aptdo. 135.

(74) Se trata de la *Sentencia Aalberts Industries c. Unión Europea*, de 1 de febrero de 2015, T-725/14.

(75) *Sentencia ASPLA y Armando Álvarez c. Unión Europea*, de 17 de febrero de 2017, T-40/15.

(76) El incumplimiento del plazo razonable se fija en los mismos veinte meses que en los asuntos *Gascogne y Kendrion*, puesto que se trataba de asuntos similares (*vid. S. ASPLA y Armando Álvarez c. Unión Europea cit.*, aptdo. 83).

(77) Por un montante de 44.951,24 euros y 111.042,48 euros a cada una de las dos empresas afectadas y ahora recurrentes, respectivamente, por los gastos bancarios originados en durante el exceso de duración del proceso, con su correspondiente reevaluación con los intereses compensatorios (*vid. S. ASPLA y Armando Álvarez c. Unión Europea cit.*, aptdos. 153 a 155). Las empresas demandantes no habían solicitado, en este caso, compensación alguna por daños morales.

(78) *Sentencia Guardian Europe Sarl c. Unión Europea*, de 7 de junio, T-673/15.

visto desestimado su recurso de casación pero a la que el Tribunal de Justicia le había reconocido la conculcación del plazo razonable durante la tramitación de su recurso de anulación ante el Tribunal General(79). Tras los consabidos óbices procesales planteados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal General entrará en el fondo de la reclamación patrimonial, reconociendo la violación del art. 47 CDFUE (80) y, en cuanto a las pretensiones indemnizatorias, desestimará la solicitada por daño moral, asumiendo parcialmente la solicitada por daño material (81).

3. Algunas consideraciones sobre esta nueva vía compensatoria

La aplicación efectiva de la vía del recurso de indemnización para compensar las dilaciones indebidas sufridas en el Tribunal General suscita diversas reflexiones de interés. Así, con carácter previo, podemos confirmar que la remisión a una vía indemnizatoria autónoma está ya definitivamente asentada y, ahora, experimentada (frente a la vía «endoprocesal» anterior alumbrada en *Baustahlgewebe*)(82).

La siguiente reflexión es la relativa a la novedad que supone para el ordenamiento de la Unión Europea una solicitud de indemnización basada en un acto ilícito cometido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máxime teniendo en cuenta que quien tiene que decidir sobre ello es la propia Institución causante del daño; e incluso, por el sistema de atribución de competencias, en estos casos ya vistos, el propio órgano jurisdiccional al que se le imputa la vulneración del derecho fundamental al plazo razonable.

Pues bien, asumido que así habían de ser las cosas —esto es, que fuera a través de un recurso de indemnización como se articulase la pretensión compensatoria contra la Unión Europea en su conjunto (por ser el sujeto titular, en este caso, de la obligación resarcitoria)—, la siguiente cuestión discutida ha sido quién representaba en un recurso de tales características al sujeto eventualmente responsable del pago.

(79) *S. Guardian Industries Corp. c. Comisión cit. supra*, en la nota 59.

(80) Por un exceso indebido de 26 meses en la tramitación del citado recurso de anulación (*vid. S. Guardian Europe Sarl c. Unión Europea cit.*, aptdo. 139).

(81) Consistente, como en los casos anteriores, en los gastos bancarios durante el periodo de retraso y cuantificados en 654.523,43 euros, cantidad que también habrá de reevaluarse con el añadido de los intereses compensatorios (*vid. S. Guardian Europe Sarl c. Unión Europea cit.*, aptdos. 148, 165 y 168).

(82) Lo que se reconoce incluso por quien, desde dentro del propio Tribunal de Justicia, prefería la solución inicial (recuérdese la postura del Abogado General Wathelet, recogida *supra*, en la nota 60).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideraba que no era quien debía asumir tal tarea, sino que le correspondía a la Comisión Europea. Sin embargo, ante tan novedosa cuestión, el Tribunal General encargado de resolver el recurso entendió con firmeza —y en contra del parecer de la propia institución de la que forma parte, hay que insistir (aunque también hay que reconocer que, finalmente, desistió de la vía casacional intentada en un primer momento contra esta interpretación, como sabemos)— que sí debía de ser aquél quien interviniese en el recurso en representación de la Unión. Todo ello sin perjuicio de que la Comisión haya considerado conveniente personarse como coadyuvante de la «otra» institución europea en todos los recursos presentados.

Asimismo, resulta llamativa la actitud procesal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su oposición frontal (tanto en el procedimiento como en el fondo) a las demandas de indemnización; sobre todo teniendo en cuenta lo previamente dicho por el Tribunal de Justicia al resolver definitivamente los recursos de casación (en los términos ya vistos). En este sentido, y limitándonos al fondo, hemos visto cómo diversas sentencias de la Gran Sala habían establecido ya, indiscutiblemente, la existencia de una dilaciones indebidas y, en consecuencia, la violación del art. 47 CDFUE; y, sin embargo, en los posteriores recursos jurisdiccionales el Tribunal de Justicia de la Unión Europea rebatía incluso la existencia misma de tales dilaciones (83).

A esto ha de añadirse un dato adicional, pero también revelador, como es que las cuatro sentencias estimatorias dictadas por el Tribunal General han sido recurridas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en recurso de casación, ante el Tribunal de Justicia y están pendientes de resolución (84). Veremos qué resuelve finalmente éste.

Y también es de destacar, por último, que lo que aquí se ha calificado como condicionamientos o advertencias formuladas por el Tribunal de Justicia para que la vía del recurso de indemnización propuesta fuera efectiva —y que podía traslucir una cierta reserva sobre cómo asumiría el Tribunal General el encargo que se le hacía—, se han visto superados

(83) *Vid.*, la *S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.*, aptdos. 56 a 58; la *S. Kendrion c. Unión Europea cit.*, aptdos. 40 a 43; y la *S. Guardian Europe Sarl c. Unión Europea cit.*, aptdo. 129.

(84) En efecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha planteado recurso contra la *S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.* (as. C-138/17P; si bien es verdad que también lo han hecho, por su parte, las empresas demandantes en la instancia, as. C-146/17P); también contra la *S. Kendrion c. Unión Europea cit.* (as. C-150/17P); asimismo contra la *S. ASPLA y Armando Álvarez c. Unión Europea cit.* (as. 174/17P; así como la empresa demandante, as. 222/17P); y también contra la *S. Guardian Europe Sarl c. Unión Europea cit.* (en este caso, de nuevo las dos partes procesales: as. 447/17P y 479/17P).

por la independencia e imparcialidad (85) con la que se ha tomado todos los recursos la Sala Tercera ampliada de este Tribunal General a la que no le ha temblado el pulso a la hora de condenar al pago como compensación tanto del perjuicio material como del moral ocasionado por sus propias dilaciones indebidas (incluso con cantidades importantes, aunque lógicamente nunca tan elevadas como las solicitadas por las partes perjudicadas).

VI. Una consecuencia de gran alcance: la lesión del derecho fundamental al plazo razonable constituye una violación suficientemente caracterizada del derecho de la Unión Europea a efectos de responsabilidad patrimonial

Derivar la exigencia de compensación hacia el ejercicio de la acción indemnizatoria y otorgarla efectivamente, en los términos en que se ha hecho, ha producido una consecuencia de mayor alcance que el referido al específico caso que nos ocupa. En efecto, la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea tiene un régimen específico de carácter restrictivo, asentado desde hace ya muchos años, en el que resulta clave el requisito de que el daño producido lo haya sido por una actuación cualificadamente ilegal: la conocida como «violación suficientemente caracterizada» de una norma del ordenamiento de la Unión Europea, norma que tiene que ser, precisamente, atributiva de derechos a los particulares.

Intentaremos aclarar con mayor precisión los términos de lo que acabamos de recordar para, a continuación, centrarnos en el alcance que tiene la construcción del Tribunal de Justicia referida a la conculcación del derecho fundamental al plazo jurisdiccional razonable. Y, finalmente, nos plantearemos su proyección a todos los derechos fundamentales.

1. La violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión como requisito para la indemnización

Lo que ha hecho, en definitiva, el Tribunal de Justicia en su más reciente interpretación es reconducir al sistema general de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea las pretensiones indemnizatorias por el daño producido por el Tribunal General como consecuencia de su incumplimiento del plazo razonable de enjuiciamiento. Sistema en el que, como es bien sabido, una pieza clave

(85) En este mismo sentido OVÁDEK, M., «At last!...», *cit.* pág. 443.

resulta la constatación de la mencionada «violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión», verdadera *conditio sine qua non* para tener derecho a la reparación indemnizatoria (86).

Así, esta conocida (87) y nada sencilla exigencia viene a significar que no cualquier infracción del ordenamiento de la Unión generadora de un daño originará la obligación de indemnizarlo, sino sólo aquella que reúna la mencionada característica, que se hace equivaler a una conculcación *manifiesta y grave* del Derecho de la Unión Europea (88). Esta construcción es, también, una creación propia y muy específica del Tribunal de Justicia (a partir de su jurisprudencia de los años setenta y, sobre todo, ochenta) —no exenta de autorizadas críticas (89)—, destinada originariamente para los supuestos en los que las Instituciones de la Unión Europea gozan de un margen de apreciación.

Además del ya mencionado carácter de «manifiesto» y «grave», este concepto de violación suficientemente caracterizada no ha sido posteriormente delimitado con mayores precisiones (90), con lo que acarrea, inevitablemente, un gran margen de indeterminación.

(86) Sobre este requisito, ciertamente nuclear en la construcción jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea y también de la de los Estados, por el incumplimiento del Derecho de la Unión, valga aquí con la remisión a GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, pp. 230 y ss., 314 y ss. y, sobre todo, 495 y ss. y, más actualizadamente, en «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en la obra colectiva dirigida por Beneyto y coordinada por Maíllo y Becerril, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor, tomo V, 2012, espec. págs. 433 y ss.; y COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*. Iustel. Madrid, 2015, espec. págs. 63 y ss.

(87) Puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido exigiéndola en el caso de las prestaciones indemnizatorias contra la (entonces) Comunidad, desde hace más de cuatro décadas (así, ya aparece en la *Sentencia Zuckerfabrick Schöppenstedt*, de 2 de diciembre de 1971, 5/71, aptdo. 11).

(88) Como por el propio Tribunal de Justicia se recuerda en una sentencia emblemática para la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros: «sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades» (*Sentencia Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 5 de marzo de 1996, C-6 y 90/93, aptdo. 45).

(89) Como son las de los abogados generales Léger y Tesauero. Así, el primero, en las Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995, en el as. *Hedley Lomas, C-5/94*, se hizo favorable eco de las opiniones que consideraban el sistema de la responsabilidad ex 340 TFUE como «insatisfactorio, demasiado riguroso e insuficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo» (aptdo. 145, la cursiva en el original).

Por su parte, en las Conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1995 en el asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame cit.*, el Abogado General Tesauero no tendría reparo en decir que «esta jurisprudencia estableció requisitos tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño» (aptdo. 63).

(90) A lo más, podrían citarse algunos pronunciamientos en los que el Tribunal General considera cumplido el mencionado requisito cuando se constate «una irregularidad que no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias (así, *Sentencia Comafrika c. Comisión*, de 12 de julio de 2001, T-198/95, 171/96, 230/97, 174/98 y

Lo que esta (restrictiva) opción interpretativa «pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, [es] evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las personas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en vista del interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables» (91). Queda claro, entonces, el motivo que ha llevado al Tribunal de Luxemburgo a introducir este requisito de la cualificación de la ilegalidad cometida por una Institución europea: el interés general ampara la comisión de algún yerro o contravención de la legalidad sin que ello comporte consecuencias indemnizatorias. De tal manera que, siempre que no se supere un determinado umbral de tolerabilidad, el daño producido no será resarcido. Como ha reconocido de manera palmaria el Tribunal General, refiriéndose a una actuación de la Comisión: «la declaración de ilegalidad de un acto jurídico [...] no basta, por lamentable que sea esa ilegalidad, para considerar que concurra el requisito para generar la responsabilidad de la Comunidad» (92).

Claramente y en definitiva, se trata de admitir o reconocer en el ámbito del ordenamiento de la Unión Europea un *margen de tolerancia* ante determinadas ilegalidades, que conlleva la no resarcibilidad de algunas actuaciones u omisiones dañosas. Tolerancia que es mayor cuando la Institución Europea goza de un *margen de discrecionalidad*, pero que puede llegar a desaparecer cuando éste no existe.

Más allá del discutible acierto de esta restrictiva interpretación jurisprudencial, conviene resaltar que está muy asentada en el acervo del Tribunal de Luxemburgo, pareciendo inamovible a corto y medio plazo.

225/99, apdos. 138 y 149; *Sentencia Medici Grimm c. Comisión*, de 26 de enero de 2006, T-364/03, apdo. 79; *Sentencia Artegodañ c. Comisión*, de 3 de marzo de 2010, T-429/05, apdo. 62; y *Sentencia Sison III c. Consejo*, de 23 de noviembre de 2011, T-341/07, apdo. 39).

(91) *Vid. S. Artegodañ c. Comisión cit.*, apdo. 55; *S. Sison III c. Consejo cit.*, apdo. 34; en la *Sentencia Animal Trading Company c. Comisión*, de 16 de septiembre de 2013, T-333/10, apdo. 65, *Sentencia Sefa Nicu Sepahan c. Consejo*, de 25 de noviembre de 2014, T-384/11, apdo. 51; *Sentencia Zoofachhandel c. Consejo*, de 17 de marzo de 2016, T-817/14, apdo. 43.

(92) Previamente, el Tribunal se había apoyado en la existencia de sendos recursos, como son el de anulación y el de responsabilidad, que son autónomos y responde a finalidades diferentes. Así, dirá: «En efecto, según la jurisprudencia, el recurso por responsabilidad se estableció como un recurso autónomo, con una función determinada en el marco del sistema de recursos y supeditado a requisitos de ejercicio concebidos en función de su objeto específico (...). Mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la ilegalidad o la falta de adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso de indemnización tiene por objeto la solicitud de reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución». Las citas del texto y de esta nota están tomadas de la *S. Artegodañ c. Comisión cit.*, apdos. 49 y 51; reiteradas, para una actuación del Consejo de la Unión Europea, en la *S. Sison III c. Consejo cit.*, apdos. 31 y 32, respectivamente.

2. El incumplimiento del plazo razonable como violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea

Volviendo ahora al caso que nos ocupa, ya hemos visto que el Tribunal de Justicia, al reconducir la pretensión compensatoria al recurso de indemnización, ha reconocido explícitamente, y en numerosas ocasiones, que la conculcación del plazo razonable del art. 47 CDFUE constituye *una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares*(93).

De la misma manera, al resolver directamente la pretensión indemnizatoria, el Tribunal General también ha deducido la existencia de una violación suficientemente caracterizada —concepto, se insiste, exclusivamente operativo a efectos indemnizatorios— de la nuda conculcación del derecho fundamental al plazo razonable, sin mayores aditamentos o ulteriores condicionamientos(94).

Es llamativo que el Tribunal no haya operado, como en otras ocasiones, primero constatando la ilegalidad y, después, analizando si la misma constituye (o no) una violación suficientemente caracterizada, sino que ha dado por presupuesta esta segunda condición una vez producida la lesión del derecho fundamental al plazo razonable. De tal manera que parece deducirse que, superados los márgenes que el «plazo razonable» otorga al órgano jurisdiccional para llevar adelante el proceso, la suficiente caracterización de la violación del Derecho de la Unión se produce automáticamente.

VII. Una (posible) deducción más general: la conculcación de un derecho fundamental constituye *per se* una violación suficientemente caracterizada del ordenamiento de la Unión

A) De todas las consideraciones anteriores se podría extraer una más amplia conclusión: la lesión de *cualquier* derecho fundamental implica una conculcación manifiesta y grave del ordenamiento de la Unión Europea, comprendida, por tanto, en el concepto de «violación suficientemente caracterizada» a efectos resarcitorios.

(93) Vid. la *S. Gascogne Sack Deutschland c. Comisión cit.*, aptdo. 102; la *S. Kendrion c. Comisión cit.*, aptdo. 106; la *S. Groupe Gascogne c. Comisión cit.*, aptdo. 96; la *S. Deltafina c. Comisión cit.*, aptdo. 88; la *S. FLS Plast A/S c. Comisión cit.*, aptdo. 142; la *S. ICF c. Comisión cit.*, aptdo. 59; la *S. Galp Energía España c. Comisión cit.*, aptdo. 57; la *S. CEPSA c. Comisión cit.*, aptdos. 66 y 67; y la *S. REPSOL c. Comisión cit.*, aptdos. 100 y 101.

(94) Vid. la *S. Gascogne Sack Deutschland y Gascogne c. Unión Europea cit.*, aptdo. 78; la *S. Kendrion c. Unión Europea cit.*, aptdo. 63; *S. ASPLA y Armando Álvarez c. Unión Europea cit.*, aptdo. 83; y la *S. Guardian Europe Sarl c. Unión Europea cit.*, aptdo. 139.

Ahora bien, debe reconocerse que esta conclusión no resulta ni indiscutible ni indubitada. En efecto, por un lado, tenemos una sentencia un poco anterior en el tiempo del propio Tribunal General que podría interpretarse en sentido diferente. Así, declarada previamente la ilegalidad de un Reglamento, a la hora de resolver una reclamación de indemnización contra la Comisión por los perjuicios imputados a su aplicación, además de la lesión del principio de igualdad —contenida en el Reglamento y constatada por el Tribunal de Justicia (95)—, el Tribunal General indaga si se produjo una violación suficientemente caracterizada, llegando a la conclusión contraria; esto es, había habido una violación del principio de no discriminación, pero ésta no resultó suficientemente caracterizada (96). Como vemos, en este caso de responsabilidad patrimonial de la Unión Europea (por la aplicación de una norma en materia de política pesquera), el Tribunal General ha seguido la pauta más clásica y, tras constatar la ilegalidad —en este supuesto, la conculcación del derecho fundamental a no ser discriminado, del art. 21 CDFUE—, ha analizado si la Comisión había desconocido de manera manifiesta y grave los límites de su facultad de apreciación al adoptar el Reglamento en cuestión y ha concluido que no había sido así. Un planeamiento —a la vista está— diferente del de las sentencias que resolvían sobre las consecuencias dañosas por no respetarse el plazo razonable, en los términos recién vistos.

Además, conviene recordar que sobre esta cuestión aún no se ha pronunciado el Tribunal de Justicia, sino que sólo tenemos resoluciones del Tribunal General.

En cualquier caso, permítase insistir en que no debería ser una tesis —o una propuesta, si se prefiere— demasiado arriesgada sostener que *toda lesión de un derecho fundamental constituye (o debería constituir) per se una violación suficientemente caracterizada del ordenamiento de la Unión* (97); de tal manera que, cumplidos los demás requisitos, los daños producidos por tal causa siempre deberían resultar indemnizables.

(95) En su *Sentencia AJD Tuna*, de 17 de marzo de 2011, C-221/09, que declaraba injustificada la diferencia de trato entre los diversos sujetos afectados establecida por el Reglamento 530/2008.

(96) Se trata de la *Sentencia Pappalardo c. Comisión*, de 27 de abril de 2016, T-316/13, aptdo. 40. Debe precisarse que esta Sentencia ha sido desautorizada al recurrirse en casación por la *Sentencia Pappalardo c. Comisión*, de 13 de septiembre de 2017, C-350/16P, aunque sin incidencia directa en el aspecto que aquí interesa.

Por otra parte, lo dicho en la *S. Guardian Europe Sarl c. Unión Europea cit.*, aptdos. 78 a 126, no resulta de utilidad a nuestros efectos, pese a plantearse en términos similares.

(97) Así me lo permití plantear —siempre con cautelas— inicialmente en COBREROS MENDAZONA, E., «Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...», *cit.*, págs. 937-939 y posteriormente en *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento...*, *cit.*, págs. 90 a 92.

Otra interpretación diferente nos llevaría a un resultado indeseable (por contrario a la especial posición de que en el ordenamiento de la Unión Europea también gozan los derechos fundamentales), como es admitir la existencia de violaciones de derechos fundamentales que no suponen un incumplimiento grave y manifiesto del Derecho (originario, además) de la Unión Europea, sino algo más leve y tolerable a efectos de no generar indemnización alguna por los daños que produzcan.

Se insiste, de la lógica del sistema y de la propia dicción literal de las sentencias reseñadas parece que deberíamos entender que la lesión de cualquier derecho fundamental recogido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea supone una violación suficientemente caracterizada a efectos de una eventual acción de indemnización; lo cual no deja de ser una novedosa consecuencia, tanto para el ámbito de protección de los derechos fundamentales como para el de la responsabilidad extracontractual de la Unión.

Pero tampoco podemos dejarnos llevar por nuestras categorías del Derecho público de daños, en donde el ordenamiento español adopta la perspectiva del perjudicado y no la del agente autor de daño. Perspectiva, esta última, que ha sido decisiva en la construcción de la violación suficientemente caracterizada, en la que, precisamente, el punto de gravedad lo constituye la actuación de la Institución Europea y si ésta se ha extralimitado o no de manera grave en su eventual margen de apreciación. No hace falta insistir en la diferencia de óptica entre nuestra tradicional construcción a partir de la antijuridicidad del daño y la de la violación suficientemente caracterizada, razón por la que debemos operar con prudencia y no proyectar nuestras categorías sobre las elaboradas por el Tribunal de Luxemburgo.

B) La propuesta o conclusión anterior, además, debería extenderse a un ámbito más amplio: si la violación de un derecho fundamental por parte de una Institución de la Unión Europea ha de calificarse como una violación suficientemente caracterizada, exactamente *lo mismo hay que decir cuando tal violación la origina un Estado miembro*, actuando en el ámbito de aplicación del ordenamiento de la Unión Europea, donde también resulta aplicable la Carta (*ex art. 51 CDFUE*), como es bien conocido.

A estos efectos conviene recordar que el Tribunal de Justicia, modificando su jurisprudencia previa, decidió hace ya más de veinte años que «los requisitos para que exista la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por la violación del Derecho comunitario no deben, a falta de justificación específica, diferir de los que rigen la responsabilidad de la Comunidad en circunstancias comparables. En efecto, la protección de los derechos que los particulares deducen del Derecho

comunitario no puede variar en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad que origina el daño» (98). Esta homogeneización de régimen de la responsabilidad extracontractual por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea (99) conllevó, en consecuencia, la incorporación al régimen de la responsabilidad *estatal* de este requisito de la violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión Europea que, hasta ese momento, regía sólo para las Instituciones de la (entonces) Comunidad Europea.

E incluso, en nuestro caso, este requisito ha sido asumido —de discutible manera, ciertamente (pero ahora no podemos profundizar en ello)— por el legislador básico al regular la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la aplicación de una norma incompatible con el Derecho de la Unión Europea [en el art. 32.5, b) LRJSP].

De todo esto lo que aquí interesa es que, si en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea, cualquier órgano de cualquier Estado miembro lesiona un derecho fundamental protegido por la Carta, ello debería constituir también una violación suficientemente caracterizada, a efectos de generar la responsabilidad patrimonial de dicho Estado, sin que éste pueda añadir ningún otro condicionamiento adicional (100).

VIII. Conclusiones finales de este largo proceso

Podemos sintetizar, finalmente, lo visto en todo este recorrido de la siguiente manera.

A) La forma de compensar los perjuicios sufridos por una tramitación jurisdiccional que no ha respetado el derecho fundamental al plazo razonable ha resultado una cuestión debatida en el seno del propio Tribunal de Justicia (101), susceptible de posiciones encontradas entre las partes

(98) *S. Brasserie du pêcheur* cit., aptdo. 42. Sobre todo ello, puede verse, más ampliamente, COBREROS MENDAZONA, E., *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento...*, cit., págs. 64 y ss.

(99) *Id.*, a este respecto, el acertado análisis de GUICHOT REINA, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos...*, cit., págs. 679 y ss.

(100) Pues la construcción jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del ordenamiento de la Unión (que está fundado en este ordenamiento y no en el de los Estados) tiene el carácter de mínimo, sin que los Estados puedan añadir otros requisitos más gravosos. Lo que viene manteniéndose desde el primer pronunciamiento del Tribunal de Justicia al respecto (*vid.* su *Sentencia Francovich y Bonifaci*, de 19 de noviembre de 1991, C-6 y 9/90, aptdo. 41).

(101) Como hemos visto que sucedía en el *as. Baustahlgewebe c. Comisión* con la posición del Abogado General Léger (*vid. supra* apartado II.2) y, en sentido contrario, en el *as. Guardian Industries Corp. c. Comisión* con la posición del Abogado General Wathelet (*vid. supra* nota 60).

involucradas⁽¹⁰²⁾ y sobre la que el Tribunal de Justicia ha sufrido, en efecto, una evolución interpretativa muy notable.

Hay que tener en cuenta, además, que se trata de una construcción puramente jurisprudencial, ayuna de cualquier referente normativo en el ordenamiento propio y específico de la Unión Europea (aunque, como suele ser habitual, se haya tenido en cuenta alguna referencia tomada de los Derechos de los Estados miembros) y para la que había —como tantas veces sucede a la hora de interpretar y aplicar el Derecho— buenos argumentos jurídicos a favor de una u otra solución; razón por la que tampoco aquí resulta fácil emitir una valoración indubitada.

En efecto, la *doctrina Baustahlgewebe* o de la satisfacción «endoprosesal» tenía la clara ventaja de la inmediatez a la hora de paliar los perjuicios producidos por un incorrecto funcionamiento jurisdiccional, con lo que la tutela judicial de los intereses del perjudicado resultaba más efectiva, evitándose un nuevo proceso puramente reparatorio, que siempre es una «carga» (en todos los sentidos) para quien lo tiene que instar y una «sobrecarga» para el propio sistema jurisdiccional. Pero tiene también algunos inconvenientes, como son, primero, que sólo sirve para pleitos en los que la sentencia establezca (o ratifique) una obligación *cuantificable* para el particular perjudicado (más claramente, si es pecuniaria; y siempre a favor de la Unión Europea) y, segundo, que mezcla inevitablemente dos lógicas jurídicas distintas: la de la aplicación de las previsiones normativas para comportamientos infractores (que es la que preside el proceso inicial, en cuyo transcurso se produce, luego, la indebida dilación) y la de la reparación del daño producido en sede jurisdiccional, que es muy distinta.

Sin embargo, la *doctrina Gascogne Sack Deutschland* o del reenvío a un recurso de indemnización tiene la ventaja de la claridad a la hora de resolver jurídicamente dos cuestiones distintas (separando la de fondo, por un lado, de la reparatoria, por otro) y sirve para todo tipo de procesos (y no sólo aquéllos que finalicen con una sentencia condenatoria «cuantificada»). La pretensión indemnizatoria, así, se sustancia autónomamente con sus propios parámetros, sea cual fuere el proceso en el que se hubiera producido. Pero también conlleva el mencionado inconveniente de que, quien se ha visto perjudicado en la tramitación de un proceso, tiene que iniciar uno nuevo para resarcirse de los perjuicios padecidos en aquél, lo que no deja de retrasar y encarecer el propio mecanismo indemnizatorio.

En cualquier caso, ahora ya sabemos: a) que la vía a transitar en estos supuestos es la del recurso (autónomo) de indemnización; b) que ha de

(102) Prueba de ello la tenemos en lo recogido *supra*, en la nota 43.

plantearse contra la *Unión Europea* (que es quien tiene la personalidad jurídica *ex art. 47 TUE*), representada por la Institución *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (que es la causante del daño); y c) que dicho recurso debe resolverse por el Tribunal General (que es quien tiene atribuida la competencia para su conocimiento *ex art. 256.1 TFUE*), pero que deberá hacerlo en una formación diferente de la que conoció del litigio en el que no se respetó el plazo razonable, si es a dicho órgano jurisdiccional a quien se le reprocha el indebido retraso (como han sido todos los casos planteados) (103).

B) Esta última consideración nos permite avanzar una reflexión más amplia y plantear la cuestión en relación con el respeto a ese mismo derecho fundamental del que estamos hablando, pero para el supuesto de una tramitación litigiosa seguida ante el Tribunal de Justicia.

En efecto, como es bien sabido, los derechos fundamentales protegidos en la Carta vinculan a todas las Instituciones de la Unión Europea (art. 51.1 CDFUE), entre las que se encuentra el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que comprende el Tribunal de Justicia y el Tribunal General). Pero es que, además de por el art. 47 de la Carta, ese mismo derecho al plazo razonable le vincula por la vía (indirecta, si se quiere) del art. 6.1 CEDH (104), puesto que, para la debida interpretación de este último precepto, tenemos que tener en cuenta lo dicho por el Tribunal de Estrasburgo. Y este Tribunal ha considerado aplicable la exigencia del plazo razonable no sólo para las más altas instancias judiciales nacionales

(103) A diferencia de lo que sucede en el sistema de la Unión Europea, entre nosotros las reclamaciones de los daños causados por un proceso judicial que haya incurrido en dilaciones indebidas —que es, por cierto, el prototipo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (*vid. COBREROS MENDAZONA, E., «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización», en RAP núm. 177, 2008, espec. págs. 42 y ss.*)— no se tramitan como una acción judicial directa, sino a través del procedimiento administrativo previsto en el art. 293.2 LOPJ (que, a su vez, nos remite a la Ley del Procedimiento Administrativo Común), esto es como una reclamación administrativa ante el Ministerio de Justicia, con posterior revisión, en su caso, por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, la declaración de error judicial —que es el otro título de imputación previsto en el art. 121.1 CE para que la indemnización corra a cargo del Estado— sí que se ejercita directamente ante el Tribunal Supremo (como requisito previo inexcusable para solicitar luego la indemnización al Ministerio de Justicia, según establece el art. 293 LOPJ), y en este caso sí que se prevé que, si el error judicial se imputase a una resolución judicial proveniente de alguna Sala o Sección del propio Tribunal Supremo, la competencia para declarar dicho error judicial corresponderá a la Sala del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(104) Ya que el art. 52.3 CDFUE establece que los derechos contenidos en ésta que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos tienen el mismo sentido y alcance que los que le confiere dicho Convenio. Si bien es cierto que éste no constituye un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento de la Unión Europea, porque ésta no se ha adherido a dicho Convenio (así, desde la *Sentencia Akerberg Fransson*, de 26 de febrero de 2013, C-617/10 aptdo. 44). Ya hemos visto que, desde el principio, el propio Tribunal de Justicia mencionaba ambos soportes normativos para resolver esta cuestión (*vid. lo dicho en supra* en el apartado II.3, en relación con la *S. Baustahlgewebe c. Comisión*).

ordinarias, sino también, expresamente, para los tribunales constitucionales de los Estados (105).

En fin, cuando se haga efectiva la prevista ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de la Unión Europea, con el correspondiente sometimiento a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —aunque no sea una circunstancia previsible a corto plazo, como es unánimemente advertido—, por un lado, éste garantizará en última instancia el respeto al derecho fundamental al plazo razonable, en *todas las actuaciones judiciales* en el seno de la Unión Europea; y, por otro lado, la Unión Europea tendrá que tener también en su seno un «recurso efectivo» (del art. 13 CEDH) para estos supuestos de eventual lesión del plazo razonable garantizado por el art. 6.1 CEDH, a cuyos efectos la construcción *Gascogne Sack Deutschland* le puede venir muy bien (106).

La hipótesis no es, en absoluto, descabellada, porque bien pudiera ocurrir que un interesado considere que ha existido una violación del plazo razonable en la tramitación de su recurso de casación contra una sentencia previa del Tribunal General, por ejemplo, y decida obtener la reparación de los daños que le ha causado. En este supuesto, el perjudicado podría intentar una acción de indemnización ante el Tribunal General; con lo que éste, tendría que analizar, primero, si se ha producido una lesión del plazo razonable por parte del Tribunal de Justicia y, luego, los restantes elementos para la obtención de la indemnización.

Es más, rizando el rizo de las oportunidades procesales, también podría suceder que, ante la desestimación de tal pretensión indemnizatoria por parte del Tribunal General, la parte recurrente se alzara en casación ante el Tribunal de Justicia, que —aplicando su propia doctrina— parece que debería conocer de este recurso en una formación distinta de aquélla que tramitó el primitivo recurso (objeto, ahora, de discusión a efectos resarcitorios).

Sobre esta posibilidad (107) el Tribunal de Justicia no ha adelantado nada, aunque sí tenemos una reciente reflexión del Tribunal General, que, tras afirmar —de manera bien novedosa, por cierto; ya que, salvo error, es

(105) Así, el caso más reciente de aplicación de la exigencia del plazo razonable a una jurisdicción constitucional lo tenemos en la STEDH de 28 de junio de 2016, *as. Cicmanec c. Eslovaquia*, núm. 65302/11. Para conocer la evolución interpretativa seguida por el Tribunal de Estrasburgo sobre esta materia —desde su inicial interpretación reacia a incluir a los tribunales constitucionales en el ámbito de aplicación de este art. 6.1 CEDH (vid. la STEDH de 6 de mayo de 1981, *as. Buchholz c. Alemania*, núm. 7745/77)— puede verse COBREROS MENDAZONA, E., «La violación del “plazo razonable” por la Jurisdicción Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, 2002, págs. 13 y ss.; y, posteriormente, en «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», en *RVAP*, núm. 87-88, 2010, págs. 297 y ss.

(106) Recuérdese lo recogido *supra*, en la nota 3.

(107) Que también me aventuré a formular en COBREROS MENDAZONA, E., «Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea...», *cít.*, pág. 940.

la primera vez que se formula en sede luxemburguesa tal hipótesis— que «no se genera la responsabilidad de la Unión por el contenido de una resolución judicial que no ha sido dictada por un órgano jurisdiccional de la Unión que resuelve en última instancia y que, en consecuencia, era recurrible en casación» (108), añade que esto debe entenderse «sin perjuicio de la posibilidad de que una parte demandante exija, en casos excepcionales, responsabilidad a la Unión como consecuencia de anomalías de funcionamiento jurisdiccionales graves, en particular de índole procesal o administrativa, que afecten a la actividad de un *órgano jurisdiccional de la Unión*» (109). Como se ve, de esta posibilidad no se excluye, en absoluto —más bien se deduce lo contrario—, la hipótesis (si bien excepcional) de una indemnización por causa del incumplimiento del plazo razonable por parte del Tribunal de Justicia.

C) Por último —como ya se ha remarcado suficientemente en el apartado anterior—, la construcción jurisprudencial de la reparación del daño en caso de incumplimiento del plazo razonable ha desvelado una nueva posible consecuencia en los casos de lesión de un derecho fundamental garantizado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cual es que debería constituir una violación suficientemente caracterizada, a efectos indemnizatorios. Lo que confirmaría y robustecería la posición preferente de éstos en el ordenamiento de la Unión, significando una garantía añadida para los particulares perjudicados (la patrimonial), tanto ante las Instituciones de la Unión Europea como ante los Estados miembros.

Pero esto —conviene insistir en la cautela— aún no lo ha dicho así el Tribunal de Justicia.

Trabajo recibido el 12 de septiembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

(108) *S. Guardian Europe Sarl c. Unión Europea cit.*, aptdo. 122. Lo que, trasladado a nuestras categorías internas, sería un trasunto del requisito establecido en el art. 293.1.f) LOPJ para la declaración del error judicial indemnizable (*ex art. 121 CE*).

(109) *Ibidem*, aptdo. 124 (la cursiva está añadida).

LABURPENA: Zentzuzko epea funtsezko eskubidea da Europar Batasunaren ordenamenduan. Askotan eztabaidatu da eskubide hori urratzeak eragin ahal izan dituen kalteak konpentsatzeko moduaren gainean, eta Justizia Auzitegiaren interpretazioa eboluzionatuz joan da. Horren inguruko azken jarreraren ondorioz, kalte-ordaina emateko errekurtoa abiarazi behar da Auzitegi Nagusiaren aurrean, konpentsazioa jaso nahi bada. Ondorio berri bat ekar dezake horrek Europar Batasunaren kontratuz kanpoko erantzukizun-sisteman; hau da, oinarritzko eskubide bat kaltetzeak *per se* ekar lezake behar beste ezaugarritutako urraketa egotea. Horrek indartu egingo luke oinarritzko eskubideek lehentasunezko kokalekua edukitzea Europar Batasunaren ordenamenduan.

GAKO HITZAK: Zentzuzko epea. Luzamendu desagokiak Europar Batasuneko Justizia Auzitegian. Europar Batasuneko kontratuz kanpoko erantzukizuna. Funtsezko eskubide bat urratzea eta Batasuneko zuzenbidearen urraketa nahikoa karakterizatua.

RESUMEN: El plazo razonable es en la actualidad un derecho fundamental en el ordenamiento de la Unión Europea. La compensación de los daños que pudiera haber producido su conculcación ha sido una cuestión debatida y en la que la interpretación del Tribunal de Justicia ha experimentado una clara evolución. La última postura al respecto obliga a iniciar un recurso de indemnización ante el Tribunal General para obtenerla. Ello plantea una posible consecuencia novedosa en el sistema de responsabilidad extracontractual de la Unión Europea, como es que la lesión de un derecho fundamental podría constituir *per se* una violación suficientemente caracterizada, lo que reforzaría la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Plazo razonable. Dilaciones indebidas en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea. Lesión de un derecho fundamental y violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

ABSTRACT: Reasonable period of time is currently a fundamental right in the EU legal order. The compensation of damages that might have been caused by its infringement is a discussed matter and there the interpretation provided by the Court of Justice has experienced a clear evolution. The last position on this matter calls for filing an action for damages before the General Court in order to obtain a compensation. This raises a possible new consequence within the legal regime of the non contractual liability of the European Union, that is that the impairment of a fundamental right might be considered *per se* as a sufficiently serious breach which would strengthen the prevalent position of fundamental rights in the legal order of the European Union.

KEYWORDS: Reasonable time. Undue delay in the Court of Justice of the European Union. Non contractual liability in the European Union. Impairment of a fundamental right and sufficiently serious breach of the EU Law.

El impacto del *Brexit* sobre el estatus jurídico-político de Irlanda del Norte: ¿una oportunidad para la reunificación de Irlanda?*

Eneko Compains Silva

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.02>

Sumario: I. Introducción. II. El estatus jurídico-político de Irlanda del Norte: 1. El reconocimiento del derecho de autodeterminación como solución al conflicto político y armado. 2. La Northern Ireland Act: transferencia de competencias y mapa institucional.—III. El *Brexit* y sus implicaciones jurídico-constitucionales: 1. Los recursos contra el *Brexit* y la sentencia de la High Court de Belfast. 2. La Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido sobre el *Brexit*. 2.1. La cuestión principal: Gobierno Vs. Parlamento. Implicaciones del principio de soberanía parlamentaria. 2.2. La cuestión norirlandesa en relación al *Brexit*. 3. Síntesis: Irlanda del Norte no puede frenar el *Brexit*. 4. Un apunte desde el Derecho Internacional Público: ¿Qué posibilidades tiene la República de Irlanda de condicionar el *Brexit*?—IV. El *Brexit* y sus implicaciones a futuro: 1. La sociedad norirlandesa ante el *Brexit*. 2. Los partidos norirlandeses ante el *Brexit*. 3. Las posibilidades para un referéndum sobre la unidad de Irlanda.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía

I. Introducción

El día 6 de mayo de 2016, poco antes de celebrarse el referéndum de salida de la Unión Europea (en adelante UE), tuvo lugar en Dublín una interesante conferencia bajo el título «¿Una nueva relación? Brexit, República de Irlanda e Irlanda del Norte(1)». En la misma, al amparo de la *Ro-*

* El presente trabajo ha sido realizado al amparo del GIC 07/86 Derechos Fundamentales y Unión Europea, financiado por el Gobierno Vasco. Así mismo, su autor disfrutó de una beca de movilidad de investigadores otorgada por el Vicerrectorado de Investigación de la UPV, cuyo objetivo era facilitar la realización de una estancia de investigación en la *Queen's University* de Belfast entre los meses de junio y julio de 2017.

(1) «A new relationship? Brexit, Republic of Ireland and Northern Ireland», Royal Irish Academy (Dublin), 6 May 2016.

yal *Irish Academy* y la *Queen's University* de Belfast, se analizaron distintos aspectos de un posible abandono de la UE por parte del Reino Unido que pudiese «arrastrar» fuera de la misma a Irlanda del Norte.

Con el fin de discutir sobre las alternativas de futuro, se fijó como hipótesis de debate algo que finalmente sucedió: que el Reino Unido globalmente apostase por el *Brexit* y que, sin embargo, algunas de las *devolved regions* votasen por mantenerse dentro de la UE (2) (Como es sabido, finalmente fueron Irlanda del Norte y Escocia quienes votaron *remain*, mientras Gales e Inglaterra votaron *leave*). En tal eventualidad, se afirmó, las opciones de futuro serían tres:

- La primera: que dichas regiones abandonasen de mala gana la UE, pero que la abandonasen, al fin y al cabo, arrastradas por Londres.
- La segunda: que dichas regiones decidieran negociar sus propias relaciones con la UE al margen de su gobierno nacional, algo que ya han hecho territorios como Gibraltar o las *Channel Islands*.
- Y la tercera: que se produjera la secesión de alguno de estos territorios con respecto al Reino Unido para poder así reintegrarse plenamente en la UE (3), de forma que ya no estaríamos sólo ante una reordenación de Europa sino ante una reconfiguración del propio Reino Unido (4).

¿Cuál de estas hipótesis parece más probable en Irlanda del Norte? ¿Qué efectos va a tener el *Brexit* allí? Responder estas y otras preguntas es precisamente el objeto de las siguientes páginas.

Para ello, se comenzará por explicar cuál es el estatus político de Irlanda del Norte hoy. Seguidamente se realizará un análisis jurídico-constitucional de las implicaciones del *Brexit*, haciendo especial hincapié en la trascendental sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido sobre el tema (conocido como Caso Miller). En tercer lugar, se ofrecerá un somero análisis de las posiciones sociales y políticas que permita visualizar algunas alternativas de futuro. Y finalmente, se ofrecerán algunas consideraciones del autor a modo de conclusión. Sin más dilación, es hora de entrar en materia.

(2) En concreto, mientras que en el conjunto del Reino Unido el voto por el *Brexit* fue de un 51.9%, en Irlanda del Norte fue tan sólo de un 44.2%, siendo el 55.8% de los votos válidos emitidos favorables a permanecer en la Unión Europea. Ver: <https://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-count-information>

(3) GODDEN, Andrew; McCORMICK, Conor, «A new relationship? Brexit, Republic of Ireland and Northern Ireland», *Constitutional Conversations*, 3/6, Royal Irish Academy and Queen's University Belfast, 2016.

(4) CENTRE FOR CROSS BORDER STUDIES, «Briefing Paper1: The UK Referendum on Membership of the EU: What does it mean for us?», *EU Referendum Briefing Papers*, 2016, p. 6. Ver: http://www.cooperationireland.org/media/2298/ccbs_ci-eu-referendum-briefing-paper.pdf

II. El estatus jurídico-político de Irlanda del Norte

Como es sabido, el estatus actual de Irlanda del Norte nace del Acuerdo de Paz de Viernes Santo (5), celebrado el día 10 de abril de 1998. Aquel día, las principales fuerzas políticas de Irlanda del Norte, amparadas por los gobiernos de Londres y Dublín, alcanzaron un acuerdo sobre el futuro político de dicho territorio y sobre el final de la ocupación militar británica, comprometiéndose con las vías pacíficas y democráticas para solucionar sus divergencias políticas. Comenzaron así a poner fin, no sin dificultades, a décadas de sufrimiento y conflicto armado (conocidas como *The Troubles*) (6).

A dicho acuerdo político se le adjuntó como anexo un tratado internacional acordado por los gobiernos de Irlanda y el Reino Unido, en el que ambos ejecutivos se comprometían a respetar la libre decisión de los ciudadanos de Irlanda del Norte en relación a su estatus político.

Y meses más tarde, para cerrar aquel primer ciclo de acuerdos, llegaría la *Northern Ireland Act* (en adelante *NI Act*) (7), que no es sino la traducción legal del acuerdo multipartidario. Se trata de la ley que posibilitó restaurar y actualizar el autogobierno de Irlanda del Norte, así como la transferencia de competencias (*devolution*), tras décadas de gobierno directo (*direct rule*) por parte de Westminster.

1. El reconocimiento del derecho de autodeterminación como solución al conflicto político y armado

El Acuerdo de Paz de Irlanda del Norte es un acuerdo multipartidario de carácter global que recoge múltiples aspectos, entre los cuales se pueden citar institucionalización y competencias, derechos y garantías (8), víctimas, presos y desarme, policía y justicia, y un largo etc. Para el ob-

(5) Su nombre oficial es «The Northern Ireland Peace Agreement», aunque es popularmente conocido como «Good Friday Agreement» (por los republicanos) o «Belfast Agreement» (por los unionistas). Ver: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/136652/agreement.pdf

(6) Para una explicación breve del origen histórico-político del conflicto armado: BRUCE, Alan, «The fractured island: Divided sovereignty, identity and politics in Ireland», *Journal of Conflictology*, 4 (2), 2013, pág. 16 y ss. CRUSET, María Eugenia, «El Acuerdo de Viernes Santo y su realidad hoy», *Revista Contemporánea*, 1, 1, 2011, pp. 78-93. Sobre las vías para la paz: FITZDUFF, Mari, *Más allá de la violencia. Procesos de resolución de conflicto en Irlanda del Norte*, Bakeaz, Bilbao, 1998. ALONSO, Rogelio, *Una historia de guerra y la búsqueda de la paz*, Editorial Complutense, Madrid, 2001.

(7) Ver: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/contents>

(8) En relación a los DDHH y el Acuerdo de Viernes Santo: CAIRA, Rocco, «El Acuerdo de Viernes Santo y los Derechos Humanos», *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, 45, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

jeto de este escrito, lo más relevante desde un punto de vista constitucional parece ser la adhesión de todos los partidos firmantes al compromiso adquirido por los gobiernos británico e irlandés de respetar lo que libremente pudiera decidir la ciudadanía norirlandesa con respecto a su futuro político (9); y en concreto:

- 1) Reconocer la legitimidad de la libre decisión de la ciudadanía norirlandesa con respecto a su estatus político, cualquiera que esta sea; es decir, ya sea para apoyar la unión con el Reino Unido como una Irlanda unida y soberana.
- 2) Reconocer que es en exclusiva a la ciudadanía de la isla de Irlanda a quien corresponde ejercer su *derecho a la libre determinación* (sic.) por acuerdo libre y simultaneo del norte y sur de la isla y contando siempre con el consentimiento de la mayoría de la ciudadanía de Irlanda del Norte.
- 3) Reconocer que el deseo actual (en 1998) de la mayoría de la ciudadanía de Irlanda del Norte es mantener la Unión con Gran Bretaña y que por tanto su estatus actual (en 1998) refleja y se basa en dicha voluntad; y *que sería incorrecto realizar cualquier cambio en el estatus de Irlanda del Norte si no es con el consentimiento de la mayoría de su pueblo*(10) (la cursiva es propia, y se destaca por la importancia posterior que tiene esta frase para el presente análisis).
- 4) Afirmar que si el pueblo de la isla de Irlanda en un futuro ejerce su derecho a la autodeterminación será obligación de ambos gobiernos introducir y apoyar en sus parlamentos la legislación necesaria para hacer efectiva dicha voluntad.

Como se ve, la clave de bóveda del acuerdo de paz es el reconocimiento del derecho de autodeterminación de los pueblos, y todas las fuerzas políticas, así como los gobiernos irlandés y británico, se comprometieron aquel día a respetar lo que la ciudadanía norirlandesa libremente pudiera decidir.

Además, el ordenamiento jurídico vigente en ningún caso sería obstáculo para dar cauce al deseo popular, ya que, tras el acuerdo, ambos gobiernos quedaron obligados a hacer las modificaciones legales necesarias que reflejasen dicha voluntad (11).

(9) «The Northern Ireland Peace Agreement», 2. Constitutional Issues, pág. 3.

(10) «...and that it would be wrong to make any change in the status of Northern Ireland save with the consent of a majority of its people», *idem*.

(11) Salvando las distancias tanto geográficas como políticas, creemos que se marca aquí una diferencia muy notable, por ejemplo, con lo que viene sucediendo en Catalunya en los últimos años, donde el Gobierno español viene parapetándose de forma continua en una legislación vigente que se niega a modificar, para defender así que los independentistas persiguen un imposible jurídico.

Como anexos a este punto del acuerdo que recoge las cuestiones constitucionales, se adjuntaron unas propuestas de cláusulas a incorporar en la legislación británica y una propuesta de enmienda a la Constitución Irlandesa que dicesen rúbrica jurídica al acuerdo de paz. Así, si mediante las primeras se reiteraba el compromiso de respetar lo que la ciudadanía norirlandesa libremente decidiera, y a su vez, se derogaba la *Government of Ireland Act* de 1920, mediante la segunda se retiró la reivindicación territorial sobre Irlanda del Norte presente en los artículos 2 y 3 de la Constitución irlandesa (proponiendo una redacción alternativa)(12) y se agregó al artículo 29 del mismo texto el compromiso de estado de quedar ligado por el acuerdo y respetar la voluntad del pueblo irlandés *en sus dos jurisdicciones* (la cursiva es propia y se destaca por la importancia).

2. La *Northern Ireland Act*: transferencia de competencias y mapa institucional

La *NI Act* viene a ser, desde su aprobación el 19 de noviembre de 1998, la principal herramienta de autogobierno con la que cuenta Irlanda del Norte, algo así como su estatuto de autonomía (aunque se trata de una ley aprobada no por la Asamblea de Irlanda del Norte sino por el Parlamento del Reino Unido(13)).

Esta ley es la que fija su estatus político actual, la que fija las bases para la *devolution*(14), y la que establece sus facultades tanto legislativas como ejecutivas, sus instituciones, su sistema de financiación o diversas materias relativas a derechos humanos. Su desarrollo no ha sido nada sencillo ni carente de complicaciones o atascos (incluso en la actualidad), por lo cual han sido necesarios varios acuerdos adicionales para desbloquear la situación y facilitar su implementación. Tal vez el

(12) Artículos 2 y 3 de la Constitución Irlandesa (en su redacción previa a 1998): Artículo 2: El territorio nacional consiste en la totalidad de la isla de Irlanda, sus islas adyacentes y el mar territorial. Artículo 3: Hasta la total reconstitución del territorio nacional, y sin perjuicio del derecho del Parlamento y del Gobierno, establecido por esta Constitución, a ejercer jurisdicción sobre la integridad de dicho territorio, las leyes de dicho Parlamento tendrán el mismo ámbito y alcance de aplicación que las leyes del Estado Libre de Irlanda (*Saorstát Éireann*) y el mismo efecto extraterritorial.

(13) Siendo la soberanía parlamentaria un principio fundamental del derecho constitucional británico, como parlamento soberano que es, el Parlamento Británico retiene la facultad de enmendar las *Devolution Acts*. DOUGLAS-SCOTT, Sionaid, «A UK exit from the EU: The end of the United Kingdom or a new constitutional dawn?», *Legal Research Paper Series*, Oxford University, March 2015, pág. 4.

(14) Definida como «...the creation of subordinate legislatures and assemblies». BOGDANOR, *The New British Constitution*, OUP, Oxford, 2009.

más conocido de todos ellos sea el de St. Andrews (Escocia) en los años 2006-2007 (15); acuerdo que puso fin a la crisis de autogobierno que se vivía entonces.

La ley comienza por establecer el estatus de Irlanda del Norte como territorio del Reino Unido, fijando que dicha pertenencia sólo se verá alterada con el apoyo de una mayoría ciudadana en Irlanda del Norte y estableciendo un procedimiento para ello (art. 1). Además, queda derogada la Ley de Gobierno de Irlanda (16) de 1920 (art. 2) y se establece el modo en que el Secretario de Estado, siempre que considere que se ha progresado en la implementación del acuerdo de paz, puede presentar un proyecto de orden de transferencia (*devolution*) de facultades legislativas o ejecutivas (art. 3).

A tal efecto, la norma clasifica las competencias en materias exceptuadas, reservadas y transferidas (art. 4) (17).

- 1) Las materias exceptuadas serían aquellas que quedan fuera de toda posibilidad de transferencia y las más intrínsecamente unidas a la soberanía del estado (Corona, Parlamento del Reino Unido, Defensa, control de armas nucleares, químicas o de destrucción masiva, nacionalidad). Para los efectos de este escrito, lo que interesa destacar es que se encuentra entre este tipo de materias, en tercer lugar, todo el tema de las relaciones internacionales, incluyendo las relaciones con las distintas instituciones europeas (18).
- 2) Las materias reservadas serían aquellas que en principio se reserva el estado, pero que no excluyen su futura transferencia a Irlanda

(15) En Saint Andrew's se puso fin a la crisis de autogobierno que se vivía entonces, con un acuerdo entre los Gobiernos de Londres y Dublín y el compromiso de los principales partidos de Irlanda del Norte: «The St. Andrew's Agreement (October 2006), published by the UK and Irish Governments following negotiations with all of the Northern Ireland parties, included a timetable leading towards the restoration of devolution and power-sharing in Northern Ireland. It required full acceptance of the PSNI by all parties as well as the restoration of the Northern Irish Assembly and a commitment by all parties to power sharing in the Executive. It included a plan to devolve policing and justice within two years of the restoration of the Executive. A new devolved administration was established in 2007, in which the Democratic Unionist Party served for the first time since the establishment of the institutions, and policing and justice were devolved in 2010». NORTH-SOUTH INTERPARLIAMENTARY ASSOCIATION, «Paper 1: Impact of Brexit on cross-border activity», Northern Ireland Assembly and Houses of the Oireachtas, 18/11/2016.

(16) Government of Ireland Act (1920).

(17) Excepted, reserved and transferred matters.

(18) 3. International relations, including relations with territories outside the United Kingdom, the European Communities (and their institutions) and other international organisations, and international development assistance and co-operation, but not- (a) the surrender of fugitive offenders between Northern Ireland and the Republic of Ireland; (...). (Northern Ireland Act / Schedule 2.3)

del Norte. En este caso, se trata de materias como la navegación (excluyendo puertos y aguas interiores), la aviación civil, domicilio, correos, derecho penal, orden público, armas y explosivos, loterías, protección de datos y un largo etc. (19).

- 3) Y finalmente estarían las materias transferidas, que por exclusión, según se afirma en la norma, son aquellas que ni son exceptuadas ni son reservadas (art. 4.1).

Dicho lo anterior, nada impide que una materia reservada sea transferida, ni que una transferida vuelva a ser reservada (art. 4.2), para lo cual se establece un procedimiento concreto dependiente del Secretario de Estado.

En cuanto al mapa institucional, la norma viene a dar rango de ley al mapa institucional diseñado en el Acuerdo de Viernes Santo. Así, se organiza un sistema político parlamentario con un Ejecutivo que gira en torno a dos figuras principales, el Primer Ministro y el Primer Ministro Adjunto, elegidos ambos por la Asamblea legislativa y que han de actuar conjuntamente en numerosas decisiones (está regulado en la Parte III de la norma). Junto al Ejecutivo, se regula extensamente la Asamblea Legislativa de Irlanda del Norte (Parte IV). Y finalmente, se regulan también distintas instituciones surgidas del Acuerdo de Paz de Viernes Santo, como son el Consejo Ministerial Norte-Sur (que reúne a responsables de los ejecutivos del norte y sur de Irlanda para ser consultados, cooperar y actuar en materias de interés mutuo, siempre dentro de las competencias de cada cual); el Consejo Británico-Irlandés (que reúne a autoridades británicas e irlandesas junto con aquellas de Escocia, Gales e Irlanda del Norte para fomentar la cooperación en materias de interés mutuo); la Conferencia Intergubernamental Británico-Irlandesa (que reúne a los gobiernos británico e irlandés para promover la cooperación bilateral en materias de mutuo interés) o el Foro Cívico que asesora en materia económica, social o cultural (Parte V).

Las competencias que ostentan las instituciones de Irlanda del Norte son, como se puede bien apreciar, bastante limitadas; y además, la norma establece de forma meridianamente clara que:

- Uno: cualquier proyecto de ley aprobado por la Asamblea no llegará a ser ley si la materia regulada se encuentra fuera de sus competencias (art. 6).
- Y dos: el Secretario de Estado está facultado para: (1) Ordenar directamente que se impida a los gobernantes de Irlanda del Norte ejecutar cualquier acción (entiéndase por acción dictar normas con

(19) Northern Ireland Act / Schedule 2.

rango inferior a la ley o presentar un proyecto de ley) que pudiera ser contraria a las obligaciones internacionales adquiridas por el Reino Unido, pudiendo incluso revocarla; o (2) Ordenar a las autoridades de Irlanda del Norte cualesquiera acciones que se considerasen necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales adquiridas por el Reino Unido (art. 26).

Todo lo anterior conduce a concluir dos cosas con respecto al estatus político de Irlanda del Norte:

- La primera; que Irlanda del Norte tiene plena capacidad de decidir su futuro. Es decir, que es titular, junto con el sur de la isla, del derecho de autodeterminación de los pueblos (no siendo la autodeterminación un mero principio político sino un verdadero derecho).
- La segunda; que sin embargo, hoy por hoy sigue contando con unas instituciones de autogobierno bastante limitadas y dependientes de Londres.

III. El *Brexit* y sus implicaciones jurídico-constitucionales

Una vez explicado el actual estatus de Irlanda del Norte, y teniendo en cuenta que una mayoría holgada de ciudadanos y ciudadanas norirlandesas apuesta por permanecer dentro de la UE (un 55.8% apoyó el *remain* en el referéndum (20)), cabe hacerse varias preguntas: ¿Se le podría dar cauce legal al deseo ciudadano? Es decir, ¿Puede Irlanda del Norte, de alguna manera, frenar su salida de la UE? ¿Cuenta con herramientas legales para ello? ¿Acaso no dice el Acuerdo de Viernes Santo que no se hará ningún cambio de estatus en Irlanda del Norte sin el apoyo de su ciudadanía? Entonces, ¿Tienen las ciudadanas y ciudadanos de este territorio alguna posibilidad de frenar el *Brexit*?

Son todas ellas cuestiones discutibles y, de hecho, así ha venido sucediendo tanto en el terreno político como en el jurídico. Sin embargo, si a lo que se atiende es a las resoluciones judiciales la conclusión es clara: No. Esa es por lo menos la posición que mantuvieron tanto la Corte Superior de Belfast en octubre de 2016 (21) como la Corte Suprema del

(20) Ver: <https://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-count-information>

(21) McCord's (Raymond) Application [2016] NIQB 85: https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/%5B2016%5D%20NIQB%2085/j_j_MAG10076Final.htm

Reino Unido en enero de 2017 (22), en sendas sentencias que dieron respuesta a varios recursos interpuestos aquellos días contra el *Brexit*.

1. Los recursos contra el *Brexit* y la sentencia de la High Court de Belfast

Tras conocerse los resultados del referéndum favorables al *Brexit* y, sobre todo, la posición dominante que el Gobierno de Londres tendría en su negociación, en Irlanda del Norte se pusieron en marcha sendos recursos judiciales (*McCord* y *Agnew And Others*), argumentando que se incumplía el principio de consentimiento y que se incumplía el derecho de la Asamblea a proteger las garantías del proceso de paz previstas en el Acuerdo de Viernes Santo (23).

Se argumentó, entre otras cosas, que la notificación a que hace referencia el art. 50 TUE (24), mediante la cual un Estado manifiesta formalmente su deseo de abandonar la UE y pone formalmente en marcha dicho proceso, sólo podía darse vía Ley del Parlamento (*Act of Parliament*) y no vía gubernativa mediante prerrogativa real de un ministro (*Royal Prerogative*), ya que a pesar de que la materia relativa a relaciones internacionales era competencia del Gobierno, éste no tenía autorización para modificar el ordenamiento jurídico interno si no era con el consentimiento del Parlamento.

(22) JUDGMENT R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>

(23) El primer recurso fue interpuesto por el señor Raymond McCord, víctima del conflicto político y armado, cuyo hijo fue asesinado por paramilitares lealistas en 1997. El segundo fue interpuesto por una pluralidad de recurrentes, entre los cuales había políticos y miembros de la Asamblea de Irlanda del Norte (*Agnew and Others*). Se puede encontrar un buen resumen del contenido de ambos en: NORTH-SOUTH INTERPARLIAMENTARY ASSOCIATION, «Paper 1: Impact of Brexit on...», *op. cit.*, pág. 22 y ss.

(24) Artículo 50 TUE: 1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión. 2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. 3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo. 4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49.

Consecuentemente, al resultar necesaria una ley del Parlamento de Westminster para poner en marcha el proceso de desconexión de la UE, se razonó que resultaba también necesario el consentimiento legislativo de la Asamblea de Irlanda del Norte, ya que así estaba establecido para la legislación que afectase a poderes transferidos (*devolved powers*) según la Convención de Sewel o *Sewel Convention*(25).

Conviene aclarar aquí que *Sewel Convention* es el término coloquial mediante el cual se denomina a la política de estado respecto a legislación británica referente a materias transferidas, en virtud de la cual, es necesario el consentimiento del Parlamento regional correspondiente para que Westminster pueda aprobar su legislación. Surgió en relación a Escocia, pero a día de hoy se entiende aplicable a todas las *devolved regions*, y debe su particular nombre a Lord Sewel, antiguo Ministro de Estado para Escocia.

Hecho el inciso, prosigamos con los argumentos de los recurrentes. Argumentaron también que la Oficina de Irlanda del Norte (en inglés *Northern Ireland Office*(26)) no había respetado lo recogido en el art. 75 de la *NI Act*, que establece que se ha de realizar una evaluación previa de la igualdad del impacto de cualquier legislación aplicable en Irlanda del Norte para garantizar que no hay discriminación por creencias religiosas, opinión política, grupo racial, orientación sexual, etc. (lo que se conoce como *equality assessment*). Según manifestaron, este no se había realizado en lo que respectaba al artículo 50TUE, aun cuando resultaba preceptivo hacerlo.

Afirmaron a su vez que el Acuerdo de Viernes Santo creaba una expectativa subjetiva legítima de que no se realizaría ningún cambio en el estatus de Irlanda del Norte sin el consentimiento de su ciudadanía, y sin embargo, el abandono de la UE generaba un evidente cambio de estatus político contrario al deseo de una mayoría ciudadana en esta región.

Por último, y estrechamente ligado a todo lo anterior, argumentaron que la *NI Act* estaba intrínsecamente ligada a la pertenencia a la UE del Reino Unido, que la salida de la UE sin consentimiento parlamentario suponía una restricción arbitraria de los derechos de los ciudadanos, y que el *Brexit* socavaba tanto el Acuerdo de Viernes Santo como la *NI Act*, ya que ambos contenían diversos aspectos relativos al derecho comunitario (por ejemplo, la protección de derechos fundamentales) (27).

(25) Para consultar un análisis de la misma: BOWERS, Paul, «The Sewel Convention», *House of Commons Library*, 25 November 2005. Disponible en la web de la Cámara de los Comunes: <http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/SN02084>

(26) Se trata de un Ministerio del Gobierno Británico encargado de los asuntos de Irlanda del Norte, y a cuyo frente está un miembro del Gabinete. Ver: <https://www.gov.uk/government/organisations/northern-ireland-office>

(27) TONGUE, Jonathan, «The Impact and Consequences of Brexit for Northern Ireland», *Constitutional Affairs*, European Parliament, 2017, pp. 2-3.

Ambos recursos llegaron ante la *High Court* de Belfast, quien decidió resolverlos de forma conjunta considerando la urgencia que tenían las cuestiones planteadas (28), y lo hizo para desestimar las pretensiones de los recurrentes.

En concreto, la Corte estableció que no hacía falta ninguna intervención parlamentaria para la notificación a que hace referencia el art. 50 TUE, por entenderlo comprendido en el poder de prerrogativa del Gobierno. Estableció a su vez que el valor de la Convención de Sewel era meramente político y por lo tanto no exigible jurídicamente, por lo cual no era jurídicamente exigible el consentimiento de la Asamblea de Irlanda del Norte para activar dicho proceso. Afirmó también que no había habido violación alguna del art. 75 de la *NI Act* por parte de la Oficina de Irlanda del Norte. Y finalmente, sentenció que las referencias al consentimiento de la ciudadanía de Irlanda del Norte con respecto a su futuro político contenidas en los acuerdos de paz lo eran en relación a la pertenencia al Reino Unido o a Irlanda, pero no en relación a otros tipos de cambio de estatus como podía ser el abandono de la UE (29).

2. La Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido sobre el *Brexit*

De todas formas, la cosa no acabó en Belfast. Quien finalmente dirimió la cuestión que nos ocupa fue la Corte Suprema del Reino Unido, que acumuló las apelaciones presentadas contra la sentencia de la *High Court* de Belfast en el caso McCord y contra la Sentencia de la *High Court* de Inglaterra y Gales que daba respuesta a las demandas de Gina Miller y Deir Tozetti Dos Santos.

Se ha de decir que la sentencia, independientemente de si se está de acuerdo con ella o no, resulta toda una lección magistral de derecho

(28) «[6] The applications for judicial review have been considered together. Because of their urgency, the court has dealt with them under an expedited timetable. The hearing before the court has taken the form of a rolled up hearing so that the court technically has before it both the issue of leave to apply for judicial review and the issue of appropriate relief in the event that leave to apply for judicial review is granted». McCord's (Raymond) Application [2016] NIQB 85.

(29) «[153] While it is correct that section 1 of the 1998 Act does deal with the question of the constitutional status of Northern Ireland it is of no benefit to the applicant in respect of the question now under consideration as it is clear that this section (and the relevant portion of the Good Friday Agreement) is considering the issue only in the particular context of whether Northern Ireland should remain as part of the United Kingdom or unite with Ireland. The very fact that the issue is dealt with in this way, it seems to the court, makes it unlikely that the applicant's wider view as to the meaning of these provisions can be correct». McCord's (Raymond) Application [2016] NIQB 85.

constitucional e historia del derecho del Reino Unido, y sin lugar a dudas, merece la pena estudiarla, por ser «tan brillante y bien construida(30)».

2.1. LA CUESTIÓN PRINCIPAL: GOBIERNO VS. PARLAMENTO. IMPLICACIONES DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA PARLAMENTARIA

La cuestión común en ambos recursos era dirimir si un ministro, sin consentimiento previo del Parlamento de Westminster, podía activar el proceso de abandono de la UE o no, así que esa fue la primera y principal cuestión que resolvió la Corte, para lo cual analizó tanto la *European Communities Act* de 1972 (en adelante *EC Act*) como las prerrogativas reales de los ministros del Reino Unido(31).

Las posiciones principales ante tal cuestión eran dos. Según el secretario de Estado, los ministros tenían dicho poder en relación con los Tratados de la UE, y por lo tanto no era necesaria autorización previa por parte del Parlamento para notificar la voluntad de salida de la UE. Para los demandantes, por el contrario, la notificación introducía al Reino Unido en

(30) BUSTOS GISBERT, Rafael, «La desnudez de la Constitución británica. Crónica marciana de la Sentencia de la Corte de Justicia del Reino Unido de 24 de enero de 2017», *Revista Española de Derecho Europeo*, 62, abril-junio de 2017, pp. 13-46.

(31) Para algunos autores el problema real no era si el Gobierno podía notificar o no la voluntad de salida, sino que no había una decisión formal por parte del Reino Unido de abandono de la UE (por lo menos a fecha 27 de octubre de 2016), ya que en base al principio de soberanía parlamentaria esa decisión correspondía sólo al parlamento, y en consecuencia, el referéndum celebrado no podía suplir su intervención. «Ever since the debate about the respective roles of parliament and government in the Brexit process gathered steam, there has been an excessive focus on the notification question: is it for the government to 'trigger' Article 50 by notifying the EU, or is it for parliament? This kind of framing of the debate overlooks the wording of Article 50. The first paragraph of that provision proclaims that 'any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements'. The second paragraph states that 'a Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention'. So first, there must be a constitutionally orthodox decision to withdraw. The notification is secondary. The first paragraph of Article 50 distinguishes the article from standard treaty clauses governing termination. Those clauses usually conflate the withdrawal decision and its notification. They reflect a traditional international law and international relations paradigm, according to which foreign affairs are mostly a matter for the executive. The clauses themselves do not mention the executive, but they treat states as unitary actors, and the practice is simply that the state expresses itself internationally through executive action. It is the government which acts on the international plane. How such executive action comes about as a matter of domestic law is irrelevant, except in blatant cases (see e.g. Art 46 on provisions of internal law regarding competence to conclude treaties). By contrast, Article 50 expressly requires that there is first an internal decision to withdraw, adopted in accordance with the member state's own constitutional requirements. Once that decision has been taken, the member state must notify, and I have no issues whatsoever with the position that this is properly governmental action. Indeed, it is the European Council which needs to be notified, and that EU organ is itself composed of heads of state and government. Nor would I argue that it is for anyone else than the member state concerned to determine what its own constitutional requirements are, for taking the withdrawal decision. The other member states and the EU institutions do not, on the face of things, have the power to review whether the withdrawal decision is constitutionally orthodox». EECKHOUT, Piet, «The UK decision to withdraw the EU: parliament or government?». Ver: <https://constitution-unit.com/2016/10/27/the-uk-decision-to-withdraw-from-the-eu-parliament-or-government/>

un camino de no retorno, ya que, independientemente de que se derogase o no la *EC Act* de 1972, gran parte de la legislación de la UE dejaría de tener efecto⁽³²⁾, por lo cual la autorización parlamentaria vía *Act of Parliament* era preceptiva (párrafo 36 de la sentencia).

El Tribunal comenzó su análisis diciendo algo que es sabido: el Reino Unido no tiene una constitución entendida como un único código coherente que prevalece sobre el resto del ordenamiento, sino que se trata de un conjunto de leyes, hechos, convenciones, escritos académicos y decisiones judiciales que han ido evolucionando en el tiempo. Así, explicó, si originalmente la soberanía residía en el monarca y por tanto éste ejercía todos los poderes del estado, con el paso de los siglos esos poderes, conocidos como las *prerogativas reales*, fueron reducidos mediante la transición a una monarquía parlamentaria y un estado de derecho. Y para finales del siglo xx, prácticamente todas esas prerogativas reales se habían repartido ya entre los 3 principales poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial (párrafo 41).

Dicho lo anterior, la Corte recordó que a día de hoy la soberanía británica reside en el Parlamento; es decir, que la soberanía parlamentaria⁽³³⁾ es principio fundamental de la Constitución Británica (párrafo 43). Los jueces se ocupan de desarrollar la *common law* (párrafo 42) y el poder administrativo (o ejecutivo) de la Corona se ejerce por el Gobierno; pero este último es controlado por el Parlamento y además ha de respetar siempre tanto las leyes como la *common law*, no pudiendo ni cambiarlas ni infringirlas (párrafo 45).

Avanzando en su explicación y haciendo hincapié en la misma idea, la Corte manifestó que es principio fundamental del derecho constitucional británico que a menos que la legislación primaria o básica lo permita, la prerrogativa real no faculta a los ministros para cambiar el *common law* ni las leyes o *statute law* (párrafo 50).

50. Consistently with paras 44 to 46, and the passage quoted from Professor Wade in para 47 above, it is a fundamental principle of the UK constitution that, unless primary legislation permits it, the Royal prerogative does not enable ministers to change statute law or common law. As Lord Hoffmann observed in R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign and

(32) Se ha de tener en cuenta que independientemente de que haya acuerdo o no sobre el *Brexit*, el Reino Unido dejará de formar parte de la UE en un plazo máximo de dos años tras la notificación a que hace referencia el art. 50TUE.

(33) Sobre el concepto de soberanía parlamentaria en la Constitución del Reino Unido: HESTERMA-YER, Holger P., «How Brexit will happen: A Brief Primer on EU Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit»; *Journal of International Arbitration*, King's College, London, 2016, pág. 6 y ss.

Commonwealth Affairs (No 2) [2009] AC 453, para 44, «since the 17th century the prerogative has not empowered the Crown to change English common or statute law». This is, of course, just as true in relation to Scottish, Welsh or Northern Irish law. Exercise of ministers' prerogative powers must therefore be consistent both with the common law as laid down by the courts and with statutes as enacted by Parliament.

Una vez aclarado lo anterior, afirmó que el ámbito más importante en el que los ministros ejercen la prerrogativa real es dirigir los asuntos exteriores del Reino Unido, lo cual (en relación al anterior párrafo) no significaría que su utilización no pueda tener consecuencias jurídicas internas; las puede tener, pero no puede cambiar el derecho británico (párrafo 52).

Se incluirían bajo esta prerrogativa las relaciones diplomáticas, el despliegue de las fuerzas armadas en el extranjero y, particularmente en lo que respecta al caso, la elaboración de tratados. Según manifestó el Alto Tribunal, existe hasta la fecha poca jurisprudencia sobre el poder de rescindir o retirarse de los tratados, pero, «como cuestión de lógica y de necesidad práctica», afirmó, «debe formar parte de la prerrogativa que confiere el tratado» (párrafo 54).

Dicho ello, y sin perjuicio de las restricciones impuestas por la legislación primaria, la regla general según el Tribunal es que el poder de formular o deshacer los tratados puede ejercerse sin autoridad legislativa y que el ejercicio de esa facultad no puede ser revisado por los tribunales. Este principio se basaría en la llamada teoría dualista, fundamentada en la proposición de que el derecho internacional y el derecho interno funcionan en esferas independientes.

El poder de hacer/deshacer tratados dependería, según la Corte, de dos proposiciones relacionadas.

- La primera; que los tratados entre Estados soberanos tienen efecto en el derecho internacional y no se rigen por el derecho interno de ningún Estado.
- La segunda; que aunque son vinculantes para el Reino Unido en el derecho internacional, los tratados no forman parte de la legislación del Reino Unido y no dan lugar a derechos u obligaciones legales en el derecho interno (párrafo 55).

Sólo sobre la base de estas dos proposiciones se desprendería que el ejercicio del poder de hacer y deshacer los tratados es compatible con la regla de que los ministros no pueden alterar el derecho interno del Reino Unido (párrafo 56), y por lo tanto, se podría afirmar que el sistema dualista es un corolario necesario de la soberanía parlamentaria, que existe para proteger no a los ministros sino al Parlamento (párrafo 57).

Sin embargo, eso que ocurre en el Reino Unido con el derecho internacional no es exactamente igual con el derecho comunitario. De hecho, resulta más bien al contrario, ya que en base a la *EC Act* de 1972 (que es legislación interna), el derecho comunitario es fuente de derecho del Reino Unido y ha sido fuente de derechos para su ciudadanía (La Corte lo analizó profusamente en los párrafos 60-115). Es decir, está fuertemente incrustado en distintos aspectos del derecho interno y, al ser esto así, la retirada de la UE estaría precipitando una modificación del mismo, por lo que los ministros no podrían alegar tener prerrogativa real para realizar la notificación prevista en el artículo 50TUE. Para poder hacer dicha notificación necesitaría pues autorización previa del Parlamento, y así lo expresaron los jueces:

101. Accordingly, we consider that, in light of the terms and effect of the 1972 Act, and subject to considering the effect of subsequent legislation and events, the prerogative could not be invoked by ministers to justify giving Notice: ministers require the authority of primary legislation before they can take that course.

Dicho ello, para terminar de resolver esta primera cuestión la Corte analizó finalmente si la *European Union Referendum Act de 2015* y el resultado del referéndum de 2016 cambiaban en algo lo dicho, ya que en base a dicha ley (aprobada como todas por el Parlamento), el pueblo del Reino Unido sí que había otorgado permiso para abandonar la UE.

De hecho, esa era más o menos la postura del Procurador General, que sostuvo que «la opinión tradicional sobre los límites del poder de prerrogativa no debería aplicarse a una decisión ministerial autorizada por la mayoría de los miembros del electorado que voten en un referéndum previsto por el Parlamento». En efecto, dijo que aunque fue el Parlamento quien requirió el referéndum, la respuesta al mismo debería ser competencia de los ministros y no debería verse limitada por las limitaciones legales que se hubieran aplicado en ausencia del mismo (párrafo 116).

La Corte en cambio no le dio la razón, y antes de entrar de lleno a resolver ese debate, afirmó dos cosas en relación a esta ley. Primero, asumió que el referéndum era un mecanismo bastante nuevo en el derecho constitucional británico, por lo cual no existía mucha jurisprudencia donde apoyarse. Y segundo, añadió que la ley de referéndum de 2015 no establecía si se estaba ante un referéndum consultivo o vinculante. Los políticos habían hecho manifestaciones contradictorias en ese sentido, pero a fin de cuentas no eran más que eso, meras manifestaciones y no leyes del Parlamento (párrafo 119).

El Secretario de Estado había sugerido que una vez remitida al electorado la cuestión de si abandonar o no la UE, el Parlamento no podía pensar que, en el caso de darse una respuesta afirmativa por parte del electorado, la misma pregunta sería remitida después al Parlamento. Pero la Corte no aceptó dicho argumento. Básicamente dijo, porque suponía asumir aquello que pretendía probar, es decir, que el Parlamento había fijado que el referéndum tenía efecto tanto político como jurídico (párrafo 120).

Si, como era el caso, la aplicación del resultado del referéndum requería un cambio en la ley y la ley no había previsto ese cambio, dicha modificación debía hacerse de la única manera en que la Constitución del Reino Unido permite, a saber, a través de la legislación parlamentaria (párrafos 121 y 122), siendo competencia de éste decidir bajo qué forma.

Por lo tanto, ya que el referéndum de 2016 no cambió la ley en forma de permitir a los ministros retirar al Reino Unido de la Unión Europea sin legislación previa, correspondía al Parlamento autorizar al Gobierno.

Eso, afirmó la Corte, «de ninguna manera significa que el referéndum carece de efecto. Significa que, a menos que y hasta que el Parlamento actúe, su fuerza es más política que legal» (párrafo 124). Es precisamente lo que había establecido años antes el Comité Constitucional de la Cámara de los Lores a modo de recomendación: «Debido a la soberanía del Parlamento (34), los referendos no pueden ser jurídicamente vinculantes en el Reino Unido, por lo que son consultivos. Sin embargo, sería difícil para el Parlamento ignorar una expresión decisiva de la opinión pública» (párrafo 125) (35).

Esta fue pues la forma en que zanjó definitivamente el Tribunal la primera cuestión, estableciendo de forma muy clara la supremacía del Parlamento británico en base al principio de soberanía parlamentaria (36).

(34) El principio de soberanía del Parlamento es básico en el constitucionalismo del Reino Unido. Se trata, en definitiva, del derecho a hacer y deshacer cualquier ley y, aún más, el derecho a que a ninguna persona se le reconozca el poder de inaplicar o anular la legislación del Parlamento. Sobre dicho principio, un clásico: DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis (USA), 1982, pp. 3-73. Ver: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf

(35) Parte de la doctrina también se pronuncia en el mismo sentido sobre la *EU Referendum Act 2015*: «The 2015 EU Referendum Act, which created the referendum, made no provisions for the consequences of the vote. Legally the referendum result could be ignored, but politically that would be nigh on impossible». FRENCH, Duncan, «Brexit: A Constitutional, Diplomatic and Democratic Crisis. A View from the Trenches», *PER/PELJ* 2016 (19), Potchefstroom (South Africa), 29 september 2016, pág. 8.

(36) Es lo que destacan Colin Harvey y Daniel Holder en las entrevistas realizadas. Lo cierto es que ya antes de la sentencia, buena parte de la doctrina se había manifestado en idénticos términos. Como ejemplo: DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh, «Brexit, the referendum and the UK Parliament: Some questions about sovereignty». Ver: <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/28/sionaidh-douglas-scott-brexit-the-referendum-and-the-uk-parliament-some-questions-about-sovereignty/>

2.2. LA CUESTIÓN NORIRLANDESA EN RELACIÓN AL BREXIT

Tras ello, y hay que decirlo, de forma mucho más breve, se puso a resolver las cuestiones específicas de Irlanda del Norte, que básicamente eran cinco (párrafo 126):

- 1) ¿Alguna de las disposiciones de la *NI Act*, el Acuerdo de Viernes Santo o el Tratado Británico-irlandés, obliga al Reino Unido a emitir legislación básica antes de que un ministro pueda realizar la notificación prevista en el art. 50 TUE?
- 2) Si la respuesta es afirmativa, ¿Se requiere el consentimiento de la Asamblea de Irlanda del Norte antes de promulgar la legislación pertinente?
- 3) Si la respuesta es negativa, ¿Se aplica alguna disposición de la *NI Act*, el Acuerdo de Viernes Santo o el Tratado entre Irlanda y Gran Bretaña como restricción del ejercicio de la facultad prerrogativa de notificar por parte de un ministro?
- 4) ¿El art. 75 de la *NI Act* impide el ejercicio de la facultad de notificar en ausencia del cumplimiento por parte de la Oficina de Irlanda del Norte de sus obligaciones recogidas en dicho artículo?
- 5) ¿La notificación sin el consentimiento del pueblo de Irlanda del Norte impide la aplicación del art. 1 de la *Northern Ireland Act*?

Como se ha explicado, la respuesta a la primera cuestión era afirmativa por lo que la *tercera pregunta* quedó automáticamente eliminada. Sin embargo, la Corte quiso dar alguna explicación adicional con respecto a la *primera pregunta*. Así, estableció que aun cuando la *NI Act* presumía que el Reino Unido seguiría siendo estado-miembro de la UE, y aun cuando se facultaba a las instituciones norirlandesas para aplicar la legislación comunitaria, la ley no iba más allá, y en ningún momento obligaba al Reino Unido a seguir perteneciendo a la UE. En el Reino Unido, recordó el Alto Tribunal, las relaciones con la Unión Europea, al igual que otras cuestiones de asuntos exteriores, están reservadas o exceptuadas en los casos de Escocia e Irlanda del Norte, y ni tan siquiera se reconocen en el caso de Gales⁽³⁷⁾ (párrafo 129).

En consecuencia, afirmó claramente la Corte, las cámaras legislativas territoriales «no tienen una competencia legislativa paralela en relación con la retirada de la Unión Europea». Las limitaciones sobre la UE establecidas en los ordenamientos descentralizados no son sino un medio por el cual el Parlamento y el Gobierno del Reino Unido se aseguran de

(37) Véase el artículo 30 1) Párrafo 7 (1) del Anexo 5 de la Ley de Escocia de 1998; El párrafo 4 del artículo 108 y la Parte 1 del Anexo 7 de la Ley del Gobierno de Gales de 2006; Y el párrafo 1 de la sección 4 y el párrafo 3 del Anexo 2 de la *NI Act*.

que las instituciones democráticas territoriales no pongan al Reino Unido en contravención de sus obligaciones con el Derecho de la UE (párrafo 130).

Aclarado ello, la Corte dio respuesta a la *segunda pregunta*, que en esencia estaba hecha para aclarar el valor de la *Sewel Convention*. Como se ha explicado con anterioridad, se trata de una convención que fue adoptada como medio para establecer relaciones de cooperación entre el Parlamento Británico y las instituciones territoriales (donde podían existir y existían competencias legislativas superpuestas), estableciendo que para legislar sobre materias transferidas Westminster debía contar con la autorización previa de las asambleas territoriales.

Para la Corte había que tener clara una cosa desde el principio: a pesar de que el Reino Unido se ha ido descentralizando progresivamente en las últimas décadas, el Parlamento del Reino Unido siempre ha conservado intacto su derecho a legislar sobre asuntos que son de la competencia de una cámara legislativa territorial. Por ejemplo, el art. 5 de la *NI Act* faculta a la Asamblea de Irlanda del Norte para hacer leyes, pero el apartado 6 establece que ello «no afecta el poder del Parlamento del Reino Unido de hacer leyes para Irlanda del Norte» (38) (párrafo 136).

Dicho esto, añadió el Alto Tribunal, está claro que en el proceso de descentralización resulta beneficioso evitar choques, por lo que parece lógico que siempre que Westminster vaya a legislar sobre competencias transferidas, lo haga con la aprobación de la correspondiente asamblea territorial.

De eso trata la *Sewel Convention*, que como bien recordó la Corte, toma su nombre de Lord Sewel, quien en un debate en la Cámara de los Lores sobre la cláusula que ahora es sección 28 de la Ley de Escocia (2016), declaró en julio de 1998 que, si bien la desconcentración de la competencia legislativa no afectaba la capacidad del Parlamento del Reino Unido para legislar sobre Escocia, era esperable que se estableciera una convención para que Westminster normalmente no legislase con respecto a los asuntos descentralizados en dicha región sin el consentimiento del Parlamento escocés (expectativa que por cierto ha venido cumpliéndose durante años) (párrafo 137).

La convención, tal y como destacó la Corte, se plasmó en un Memorando de Entendimiento – *Memorandum of Understanding (MoU)* (39)-

(38) Lo mismo ocurre en Escocia y Gales: El artículo 28 (7) de la Ley de Escocia de 1998 establece que la sección que faculta al Parlamento escocés para hacer leyes: «no afecta el poder del Parlamento del Reino Unido para hacer leyes para Escocia». En el artículo 107 (5) de la Ley del Gobierno de Gales de 2006 se dispone sustancialmente idéntica para Gales.

(39) Un memorando de entendimiento (MOU) es un acuerdo no vinculante entre dos o más partes que describe los términos y detalles de un entendimiento, incluidos los requisitos y responsabilidades de cada parte.

entre el Gobierno británico y los gobiernos descentralizados en diciembre de 2001, y siendo eso así, el párrafo 14 del actual Memorando de Entendimiento, publicado en octubre de 2013, dice: «El Gobierno del Reino Unido procederá de conformidad con la convención de que el Parlamento del Reino Unido normalmente no legislará con respecto a los asuntos descentralizados excepto con el acuerdo del parlamento territorial correspondiente. Las administraciones descentralizadas serán responsables de buscar el acuerdo que sea necesario (...)» (40)» (párrafo 138).

Por lo tanto, el Gobierno del Reino Unido se comprometió a no solicitar ni apoyar la legislación pertinente en el Parlamento del Reino Unido sin el consentimiento previo de la cámara legislativa territorial correspondiente (consentimiento que es otorgado por una *moción de consentimiento legislativo* que el respectivo gobierno descentralizado introduce en la citada cámara). Sin embargo, y es un dato de vital importancia jurídica, el párrafo 2 del Memorando declaró que se trataba de una declaración de intención política y que no creaba obligaciones legales (párrafo 139), por lo que el Alto Tribunal dijo que no se le podía pedir que hiciera cumplir dicha convención, ya que la jurisprudencia al efecto era muy clara (párrafos 141 y 144) (41).

Las cámaras legislativas territoriales, recordó, han aprobado durante los últimos años mociones de consentimiento legislativo no sólo cuando el Parlamento del Reino Unido ha legislado sobre asuntos que caen dentro de la competencia legislativa de una cámara legislativa territorial, sino también cuando éste ha promulgado disposiciones que alteraban directamente la competencia legislativa de una cámara legislativa territorial o modificaban la competencia ejecutiva de las administraciones descentralizadas (42). Sin embargo, tal y como recordó la Corte, la legislación que implementa cambios en las competencias de las instituciones de la UE y afecta las competencias transferidas (como la Ley de 2008 que incorpora el Tratado de Lisboa por la que se modifican el TUE y el TFUE en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley de 1972), no ha sido objeto de mociones de consentimiento legislativo en ningún parlamento territorial (párrafo 140), por lo que no cabía exigirlo ahora.

Además, según los jueces, «el artículo 9 de la Carta de Derechos (*Bill of Rights*), que establece que «las actuaciones en el Parlamento no deben

(40) SCOTTISH GOVERNMENT, «Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers and Northern Ireland Executive Committee». Ver: <http://www.gov.scot/Resource/0043/00436627.pdf>

(41) En ese mismo sentido: REID, Paul, «Time to give Sewel Convention some (political) bite?». Ver: <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/26/paul-reid-time-to-give-the-sewel-convention-some-political-bite/>

(42) Por ejemplo, el Parlamento escocés aprobó las mociones de consentimiento legislativo antes de la promulgación de la Ley de Escocia de 2012 y la de 2016.

ser impugnadas o cuestionadas en cualquier tribunal o lugar fuera del Parlamento», constituía una razón adicional por la cual los tribunales no podían pronunciarse sobre el funcionamiento de esta convención (párrafo 145).

Por lo tanto, la respuesta del Tribunal fue que el consentimiento previo de la Asamblea de Irlanda del Norte no era un requisito legal exigible ante los Tribunales (párrafo 150) (43).

En cuanto a la *cuarta pregunta*, es decir, si el art. 75 de la *NI Act* impide el ejercicio de la facultad de notificar en ausencia del cumplimiento por parte de la Oficina de Irlanda del Norte de sus obligaciones recogidas en dicho artículo, la respuesta también fue negativa. Dicho artículo 75 obliga a las autoridades públicas en el desempeño de sus funciones a promover la igualdad de oportunidades y realizar evaluaciones al efecto. Sin embargo, según dijo la Corte, en el apartado 3 se define «autoridad pública» para los fines del artículo, y a diferencia de otros casos (como el art. 76.7) no se incluye la figura de un Ministro de la Corona. Además, según el Tribunal, la decisión de retirada de la UE no se tomó en relación a Irlanda del Norte sino al conjunto del Reino Unido (párrafo 133).

Por último, la *quinta pregunta* también fue respondida en sentido negativo. Como se ha dicho, el artículo 1 de la *NI Act* establece que Irlanda del Norte forma parte del Reino Unido y que dicho estatus no cambiará más que con el consentimiento de la mayoría de su población, que pudiera decidir unificarse con Irlanda. A juicio del Tribunal, esta importante disposición, que surgió del Acuerdo del Acuerdo de Viernes Santo, dio a Irlanda del Norte el derecho de decidir si permanecería en el Reino Unido o si sería parte de una Irlanda unida, pero no regula ningún otro cambio en el estatus constitucional de Irlanda del Norte, ni requiere el consentimiento de la mayoría del pueblo de Irlanda del Norte para la retirada del Reino Unido de la Unión Europea (párrafo 135).

Es algo con lo que se ha mostrado completamente en desacuerdo el jurista y profesor Colin Harvey, para quien la pertenencia a la UE era algo que no se explicitó en los acuerdos de paz porque se daba por hecho que así seguiría siendo. Permitir que se produzca tal cambio de estatus en Irlanda del Norte sin el consentimiento de su ciudadanía es para él, a todas luces, contrario a la Constitución Británica y un paso atrás en el proceso de paz.

Lo mismo opina Daniel Holder, para quien la Convención de Sewel y el hecho de solicitar mociones de consentimiento a las *devolved regions*

(43) Sobre este punto: ATKINSON, Joe, «Parliamentary Intent and the Sewel Convention as a Legislatively Entrenched Political Convention». Ver: <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/10/joe-atkinson-parliamentary-intent-and-the-sewel-convention-as-a-legislatively-entrenched-political-convention/>

son parte de la Constitución Británica, toda una costumbre que se había establecido en los últimos años y que se debía respetar. Sin embargo, en su opinión, la Corte, sabedora de que ni Escocia ni Irlanda del Norte darían ese consentimiento, decidió que no era necesario para evitar así una crisis constitucional.

De hecho, como recuerda Wheare, si bien es cierto que la sentencia establece que las convenciones no son jurídicamente exigibles, lo cierto es que tradicionalmente han sido definidas como «reglas de comportamiento aceptadas como obligatorias(44)», algo que no se podría obviar. Es algo parecido a lo que opina el profesor Morison. En su opinión, los jueces decidieron no complicarse la vida, imponiendo una visión muy unitaria y centralizada de la soberanía, cuando a lo largo de los últimos años el Reino Unido ha dado pasos hacia su descentralización(45).

3. Síntesis: Irlanda del Norte no puede frenar el *Brexit*

El resumen de todo lo dicho por la sentencia es que Irlanda del Norte no tiene herramientas jurídico-constitucionales para frenar el *Brexit*, porque:

- 1) La materia relativa al artículo 50 TUE no es competencia de Irlanda del Norte, sino que es materia exceptuada en manos del Estado central, es decir, retenida por las instituciones centrales del Reino Unido.
- 2) La Asamblea de Irlanda del Norte no tiene una competencia legislativa *paralela* en relación al abandono de la UE por parte del Reino Unido, por lo que su consentimiento previo no resulta necesario. Y ello porque aun siendo cierto que el art. 5 de la *NI Act* le otorga cierta capacidad legislativa, el art. 6 establece que ello no afecta a la capacidad del Parlamento del Reino Unido para legislar sobre Irlanda del Norte.
- 3) En ese mismo sentido, hay que recordar que si bien la Convención de Sewel establece que no se legislará desde Westminster sobre materias transferidas sin el consentimiento de las asambleas territoriales, lo cierto es que su valor según los tribunales es político, no siendo exigible jurídicamente. Ello, por supuesto, no excluye el gran coste político que podría tener para el Reino Unido «arrastrar»

(44) WHEARE, K., *Modern Constitutions*, Oxford University Press, Oxford, 1951, pág. 179.

(45) Manifestaciones realizadas en las entrevistas semiestructuradas celebrada en Belfast los días 29 y 30 de junio de 2017.

a Irlanda del Norte o Escocia fuera de la UE (46), pero la convención no es jurídicamente vinculante.

- 4) Las referencias al consentimiento necesario por parte de la ciudadanía de Irlanda del Norte para cualquier cambio de su estatus constitucional no suponen un reconocimiento absoluto frente a cualquier cambio de estatus, sino que están limitadas a la pertenencia de dicho territorio al Reino Unido o a Irlanda, excluyéndose la pertenencia a la UE (47).
- 5) La evaluación de la igualdad de impacto de la legislación que recoge el artículo 75, no resulta aplicable al caso, por no ser un caso relativo a Irlanda del Norte específicamente ni estar el ministro del *Brexit* dentro de las autoridades públicas sujetas a la norma.

Por lo tanto, ni la Asamblea legislativa ni el ejecutivo de Irlanda del Norte poseen, a día de hoy, poderes formales que les permitan evitar la activación del proceso de abandono de la UE, y en consecuencia, el Gobierno del Reino Unido puede seguir con el *Brexit* con o sin el consentimiento de la Asamblea de Irlanda del Norte (48). Todo parece indicar, además, que nos podríamos encontrar ante el primer paso atrás en el proceso de descentralización del Reino Unido, ya que aun siendo incierto, se plantea que toda la normativa europea europea revierta a Westminster (sin descartar posibles transferencias futuras). (49)

(46) HESTERMAYER, Holger P., «How Brexit will happen...», *op. cit.*, p. 17.

(47) Y de hecho, según parte de la doctrina, en la práctica los jueces reconocieron que el *Brexit* no suponía ningún cambio material en la posición constitucional de Irlanda del Norte. POLLEY, Owen; HOEY, David, «An agenda for Northern Ireland after Brexit. How to build a secure, peaceful and prosperous future», Sandel Ford Policy, London, 2017, pág. 5. Ver: <http://globalbritain.co.uk/wp-content/uploads/2017/03/NIs-future-after-Brexit-Final.pdf>

(48) TONGUE, Jonathan, «The Impact and Consequences of Brexit for Northern Ireland», *Constitutional Affairs*, European Parliament, 2017, pág. 5.

(49) «The proposals in the EU Withdrawal Bill are at the other end of the spectrum from the Welsh suggestion. A category of 'retained EU law' is created and it is proposed that all such EU law revert to Westminster. Ministers have suggested that, at a later stage, some powers may again be devolved. In order to achieve this, the Withdrawal Bill amends the devolution statutes for Scotland, Wales and Northern Ireland. This is a development of great constitutional import as the first significant rolling back of devolution since the process started twenty years ago. Under the Sewel convention, such changes normally require the agreement of the devolved legislatures themselves. This was reaffirmed after the Scottish independence referendum as the unionist parties strove to assure the public that devolved powers would not be undermined. It does appear that Westminster will seek to gain such approval through legislative consent motions. This tests the Sewel convention to its limits. The Scottish and Welsh governments have indicated that they will not recommend consent, meaning that the motions would be voted down in the Scottish Parliament and the National Assembly for Wales». KEATING, Michael, «To devolve or not to devolve. The European Union (withdrawal) Bill and devolution». Ver: <https://constitution-unit.com/2017/07/25/to-devolve-or-not-to-devolve-the-european-union-withdrawal-bill-and-devolution/>

4. Un apunte desde el Derecho Internacional Público: ¿Qué posibilidades tiene la República de Irlanda de condicionar el *Brexit*?

Como se acaba de explicar, las posibilidades constitucionales con las que cuenta Irlanda del Norte para paralizar el *Brexit* son mínimas. Algo mayores parecen sin embargo las posibilidades que tiene la República de Irlanda de condicionar dicho proceso, y no sólo en condición de estado-miembro de la UE, sino como miembro signatario de un tratado internacional bilateral válidamente celebrado con el Reino Unido. Tratado que está inscrito en Naciones Unidas, y en el que ambos estados, «como amigables vecinos y socios en la UE», se comprometieron a respetar e implementar el acuerdo multipartidario de Viernes Santo (50).

Y el acuerdo multipartidario de Viernes Santo, huelga decirlo, tiene variadas referencias a la UE en los ejes uno, dos y tres; sobre todo en su eje 2, referente a las áreas de cooperación norte-sur. Este eje presupone la pertenencia conjunta del Reino Unido e Irlanda a la UE como antecedente de los acuerdos, y propone que el Consejo Ministerial Norte-Sur, destinado a fomentar la colaboración, considere la dimensión comunitaria de las materias a tratar, incluida la aplicación de políticas y programas de la UE. Además, se habla también de que las opiniones del Consejo se tengan en cuenta y se representen adecuadamente en la UE (párrafo 17).

Se sugieren también una serie de materias de trabajo a tratar en el Consejo, citando expresamente «relevantes programas de la UE como SPPR, INTERREG, Leader II y sus sucesores» (Punto 8), y de hecho, uno de los principales instrumentos de cooperación norte-sur ha sido el SEUPB (*Special European Union Programmes Body*), que ha sido el encargado de implementar el programa europeo para la paz y reconciliación en Irlanda del Norte, con más de 2'3 billones (con B) de euros de financiación (51).

El *Brexit* requerirá, a buen seguro, eliminar o modificar aquellas referencias a la UE presentes en el acuerdo de Viernes Santo, ya que no siendo uno de sus signatarios miembro de la UE difícilmente se va a poder seguir implementando en los mismos términos de hoy en día. Y sin embargo, el Reino Unido está «obligado» a cumplir el acuerdo en sus actuales términos.

Se lo debe a la ciudadanía de Irlanda del Norte, ya que se comprometió ante ellos a apoyar y respetar el acuerdo. Pero es que además podría ser también algo exigible por Irlanda. Bajo el artículo 27 de la Convención de Viena, ningún estado puede invocar legislación doméstica —como

(50) Agreement between the Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ireland, art. 2.

(51) TONGUE, Jonathan, «The Impact and Consequences of Brexit for Northern Ireland», *Constitutional Affairs*, European Parliament, 2017, pág. 6.

podría ser una ley del parlamento británico sobre el *Brexit*— como base para incumplir un tratado.

Sin embargo, el escenario más probable parece aquel en el que ambos gobiernos sigan colaborando y permitan la derogación o modificación de los puntos necesarios en el Acuerdo de Viernes Santo, sobre todo los del capítulo dos. No parece que Irlanda vaya a optar por confrontar y acudir a la Corte Internacional de Justicia. Y aunque así lo hiciere, además, la Corte poco podría hacer, ya que el Reino Unido excluye cualquier causa que lo enfrente con un país que pertenezca o haya pertenecido a la Commonwealth.

IV. El *Brexit* y sus implicaciones a futuro

Tras el referéndum del *Brexit* y su sorprendente resultado, fueron realizados todo tipo de estudios y encuestas sociológicas para intentar explicar un voto que a mucha gente se le hacía inexplicable (52). ¿Quién y por qué habían votado *leave*?

1. La sociedad norirlandesa ante el *Brexit*

En general, los estudios coincidían en afirmar que la salida de la Unión Europea por parte del Reino Unido había sido apoyada en mayor medida por la clase trabajadora (fuertemente golpeada por la crisis económica) que por las clases medias (que votaron *remain*); que el *leave* tuvo más apoyos entre la gente adulta (tradicionalmente más conservadora) que entre la gente joven (53); y que obtuvo más apoyos entre los hombres que entre las mujeres.

Siendo esa la foto de lo que, en general, ocurrió en conjunto del Reino Unido, hay que decir que la explicación sociológica del voto a favor del *Brexit* en Irlanda del Norte tuvo características similares, si bien en este caso dicho voto fue minoritario, ya que frente a los 349.442 sufragios que votaron *leave* (44'2%), 440.707 apoyaron la permanencia en la UE (55'8%).

Según un estudio realizado por los profesores de la Queen's University de Belfast John Coakley y John Garry, en Irlanda del Norte el *Brexit* sólo ganó entre los hombres mayores de 45 años de clase trabajadora. Las clases medias, los jóvenes y las mujeres (tanto de clase media como trabajadora) apoyaron mayoritariamente el *remain*, con porcentajes que

(52) Para una breve explicación de los discursos de campaña: FRENCH, Duncan, «Brexit: A Constitutional...», *op. cit.*, pp. 5-6.

(53) En el conjunto del Reino Unido, por edades, el Remain arrasó entre los jóvenes entre 18 y 24 años, alcanzando un 70%, mientras que fue el Brexit el que ganó entre los mayores de 65 años, con un 60% de votos. FRENCH, Duncan, «Brexit: A Constitutional...», *op. cit.*, pág. 3.

van desde un escueto 52% en el caso de las mujeres de clase trabajadora mayores de 45 años a un abrumador 77% en el caso de las mujeres de clase media menores de 45 años (54).

Figura 1

Brexit preference by social grade, age and sex (%)

Por lo que respecta a las características sociológicas y políticas particulares de Irlanda del Norte, la tradicional división entre católicos y protestantes o republicanos y unionistas tuvo también su reflejo a la hora de explicar uno u otro voto, pero para ser exactos, no en sentidos completamente opuestos. Así, mientras que las áreas nacionalistas católicas votaron masivamente por el *remain*, en las zonas unionistas el voto estuvo más dividido, si bien se impuso el abandono de la UE.

El estudio mencionado muestra por ejemplo que mientras el 85% de los católicos apostó por permanecer en la UE, el apoyo al *Brexit*, aun siendo mayoritario, no obtuvo los mismos porcentajes entre la comunidad protestante, donde el apoyo al mismo fue de un 59%.

A su vez, el 88% de quienes se consideran «irlandeses» habría apostado por el *remain*, mientras que sólo el 62% de quienes se consideran británicos habrían votado *Brexit*. Es remarcable, además, que quienes se identifican como «norirlandeses», según el estudio, apoyaron el *remain* claramente, con un 64%.

(54) COAKLEY, John; GARRY, John, «Northern Ireland: The challenge of Public Opinion», Queen's University Belfast, 2016. Ver: <http://qpol.qub.ac.uk/public-opinion-challenge-ni/>

Finalmente, entre quienes se identificaron como «nacionalistas» la posición favorable a la UE se elevó hasta un 88%, descendiendo a un 35% entre quienes se definieron como «unionistas» y ascendiendo de nuevo a un significativo 70% entre quienes no se definen ni por lo uno ni por lo otro (55), dato que parece importante de cara al futuro.

2. Los partidos norirlandeses ante el *Brexit*

Si llevamos estos datos al terreno político-partidario los datos son clarísimos: el apoyo a la permanencia en la UE es muy mayoritario entre los votantes de partidos nacionalistas (Sinn Feinn y SDLP) e incluso entre aquellos que no se definen en términos nacionales (APNI, Green o PBP). Por el contrario, entre los partidos unionistas, el apoyo al abandono de la UE parece no ser tan decidido en el UUP, aunque sí que es bastante consistente en el seno del mayoritario DUP (un 70%).

Figura 2
Brexit preference by party (%)

Si hacemos el ejercicio de llevar estos datos al terreno parlamentario los datos serían los siguientes:

(55) *Idem.*

En las últimas elecciones regionales celebradas en Irlanda del Norte en marzo de 2017 los dos principales partidos republicanos, ambos opuestos al *Brexit*, obtuvieron 39 parlamentarios (27 el *Sinn Féin* y 12 el SDLP). A estos 39 parlamentarios se le unirían en el rechazo al *Brexit* los de varios partidos no alineados ni con el unionismo ni con el nacionalismo, como Alliance-APNI (8 parlamentarios), Green Party (2 parlamentarios) y el único independiente, haciendo un total de 50 votos claramente contrarios al *Brexit*.

Entre los partidos unionistas, sus dos principales exponentes, el DUP y el UUP, mantuvieron posiciones enfrentadas con respecto al *Brexit* durante la campaña del referéndum. Así, mientras el primero lo apoyó (y ganó las elecciones, aunque con un fuerte descenso y con tan sólo un parlamentario más que el Sinn Féin), el segundo hizo campaña por el *remain*, si bien a día de hoy afirma plenamente asumir el resultado global del referéndum.

Por último, estaría el parlamentario de PBP (*People Before Profit*) que sí que es abiertamente favorable al *Brexit*(56), aunque no en términos unionistas sino anticapitalistas, por no creer en esta UE.

PARTY	SEATS	+/-	FIRST PREF VOTES	VOTE SHARE	+/- %
Democratic Unionist Party	28	-	225,413	28.1%	-1.1
Sinn Féin	27	-	224,245	27.9%	+3.9
SDLP	12	-	95,958	11.9%	-0.1
Ulster Unionist Party	10	-	103,314	12.9%	+0.3
Alliance Party	8	-	72,717	9.1%	+2.1
Green Party	2	-	18,527	2.3%	-0.4
Traditional Unionist Voice	1	-	20,523	2.6%	-0.9
Independents	1	-	14,407	1.8%	-1.5
People Before Profit Alliance	1	-	14,100	1.8%	-0.2
Progressive Unionist Party of NI	0	-	5,660	0.7%	-0.2
Conservatives	0	-	2,399	0.3%	-0.1
Others	0	-	6,122	0.8%	-1.6
Seats: after 90 of 90 Votes: after 18 of 18 constituencies					

Fuente: British Broadcasting Corporation (BBC) (57)

(56) Para consultar un análisis sobre las elecciones legislativas en Irlanda del Norte: MURPHY, Mary C., «Northern Ireland: A casualty for Brexit?», Alliance Europa, 21/03/2017. Ver: <http://allianceeuropa.ideasoneurope.eu/2017/03/21/northern-ireland-casualty-brexit/>

(57) British Broadcasting Corporation (BBC), 2017. Ver: <http://www.bbc.co.uk/news/election/ni2017/results>

Los datos anteriores nos llevan a concluir que aun cuando se colocase al UUP entre las fuerzas favorables al *Brexit* (algo que no está del todo claro), a día de hoy en la Asamblea Legislativa de Irlanda del Norte existe una mayoría política clara de 50 contra 40 opuesta al mismo, que si bien no tiene capacidad de evitarlo jurídicamente, acaso sí tendría capacidad para condicionarlo políticamente.

De hecho, hay quien defiende que aunque Belfast no tendría posibilidad de paralizar lo que en el pasado se ha denominado como la «*Great Repeal Bill*» por ser esta *excepted matter* —ley que finalmente ha sido presentada ante el *Parlamento como European Union (Withdrawal) Bill*(58)—, no es menos cierto que competencia por competencia, podría intentar mantener la legislación derivada de la UE en aquellas áreas de su autoridad interna(59) (y no es poca, ya que se calcula que entre un 60 y un 80% de la legislación en las *devolved regions* tiene su origen último en la UE (60)). Por lo menos políticamente parece que tendría grandes posibilidades de hacerlo, ya que modificar algunas de dichas disposiciones exige en la Asamblea una mayoría intercomunitaria (*cross-community consensus*) que parece difícilmente conseguible(61).

De cara al futuro próximo, en cualquier caso, no parece que los partidos favorables al *remain* o incluso a la unión con Irlanda, vayan a limitarse a ello. De hecho, ya se han formulado propuestas políticas de calado.

El *Sinn Féin*, por ejemplo, ha propuesto que transitoriamente Irlanda del Norte permanezca dentro de la UE con un estatus especial, algo que cuenta con el apoyo —a la luz de los datos— de la mayoría ciudadana en Irlanda del Norte. Según este partido, todo ello se podría hacer desde el estatus constitucional actual, con el objetivo de mantener la unión económica y aduanera, el área común para desplazamientos y los programas de financiación europea en el marco del proceso de paz(62).

No conforme con ello, este partido republicano propone conseguir celebrar un referéndum sobre la unidad de Irlanda dentro de los próximos 5 años(63), algo para lo cual existe base legal. «El *Brexit* supone un desas-

(58) Ver: <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunionwithdrawal.html>

(59) TONGUE, Jonathan, «The Impact and Consequences of Brexit for Northern Ireland», *Constitutional Affairs*, European Parliament, 2017, pág. 5.

(60) MOORE, Carolyn, «The impact of Devolution on EU-Level Representation: British Regional Offices in Brussels», *Regional and Federal Studies*, 17, 3, 2007, pp. 275-291.

(61) *Good Friday Agreement*, 3. Strand One, 5. (d).

(62) SINN FÉIN, «Sinn Féin Westminster election Manifiesto 2017». El documento se puede encontrar en la web del principal partido republicano irlandés: <http://www.sinnfein.ie/files/2017/2017WestminsterManifiesto.pdf>

(63) *Idem*.

tre, pero también una oportunidad para abrir el debate y plantear el referéndum sobre la unidad de Irlanda», manifiesta el miembro del partido republicano, Robert McClenaghan (64). Y es por ello que ya se han puesto manos a la obra.

Además, no se encuentran sólo en esa reivindicación, ya que el otro partido republicano, el SDLP, ya se ha apresurado a exigir un referéndum sobre la unidad de Irlanda una vez concluida las negociaciones del *Brexit* (65).

Los no alineados de Alliance, de momento, apuestan por un «special deal» con la UE, pero está por ver qué decidirán una vez materializado el *Brexit*.

3. Las posibilidades para un referéndum sobre la unidad de Irlanda

Es incierto si los republicanos conseguirán en un futuro próximo la mayoría política suficiente que permita abrir esa vía. Vista la correlación de fuerzas actual y su evolución, no parece tarea fácil, pero tampoco imposible; al no haber impedimento legal alguno, se trataría «sólo» de generar una mayoría política e institucional suficiente que reclame dicho referéndum.

Si realizamos un breve análisis sobre la posibilidad de convocatoria de un referéndum vemos que existen factores tanto para fortalecer como para debilitar dicha opción.

Entre los que parecen fortalecer la posibilidad de convocatoria de un referéndum cabría destacar los siguientes:

- 1) El *Brexit* ha puesto sobre la mesa de la actualidad un debate que estaba absolutamente relegado en los últimos años: el debate sobre la unidad de Irlanda. Se trata de algo que manifiestan todos los expertos (66).
- 2) Por primera vez en la historia del Ulster las fuerzas unionistas no tienen mayoría en la Asamblea norirlandesa, estando empatadas con las fuerzas republicanas (frente a los 39 parlamentarios que suman Sinn Féin y SDLP, los unionistas de DUP, UUP y TUV suman otros 39).

(64) Entrevista semi-estructurada realizada en Belfast, el 29 de junio de 2017.

(65) Belfast Telegraph, 31/05/2017. Ver: <http://www.belfasttelegraph.co.uk/news/general-election-2017/sdip-wants-referendum-on-irish-unity-after-brexit-talks-completed-35772997.html>

(66) Manifestaciones realizadas en todas las entrevistas semi-estructuradas realizadas para este trabajo.

- 3) Los partidos políticos contrarios al *Brexit* cuentan con una holgada mayoría en la Asamblea de Irlanda del Norte frente a aquellos que lo apoyan. Incluso si se cuenta al UUP como fuerza favorable al *Brexit*, los contrarios a tal medida son 50 frente a 40.
- 4) La UE fue un elemento político de primer orden en el Acuerdo de Viernes Santo. Se ha recibido mucho apoyo para distintos programas del proceso de paz, incluidos fondos que se cuentan por billones de euros y que, como es lógico, se verían afectados por un futuro *Brexit*(67).
- 5) Todas las encuestas sociológicas realizadas durante los últimos años demuestran que la ciudadanía norirlandesa no quiere abandonar la UE y rechaza mayoritariamente el *Brexit*. Si cabe, con más fuerza desde el referéndum de 2016. Hay que tener en cuenta además que el *Brexit* todavía no ha sucedido, por lo que, según expertos, cabe pensar que en un futuro la voluntad de unión a Irlanda crecerá (68).
- 6) La unión con Irlanda es una de las posibles vías de garantizar el *remain*(69). De hecho, según algún estudio, tras el referéndum sobre el *Brexit* son el doble quienes creen que la probabilidad de una unión con Irlanda aumenta frente a quienes creen que disminuye (en cualquier caso, hay que matizar, para una mayoría todavía no influye decisivamente sobre dicha opción)(70).
- 7) Las últimas elecciones al Parlamento Británico celebradas el 7 de junio de 2017 han demostrado que el partido que más nuevos apoyos gana con respecto a los anteriores comicios es el Sinn Féin, que pasa de 4 a 7 escaños haciendo campaña pro-referéndum, y ello aun cuando había anunciado que no ocuparía sus asientos en Westminster.
- 8) En 2021 se cumplirá el primer centenario de la partición de la isla. Parece que los republicanos intentarán convertirlo en un *acontecimiento*(71) que permita dar impulso a sus aspiraciones y a la celebración del referéndum. La prensa ya se ha hecho eco de ello(72). Es su *momentum*.

(67) TANNAM, Etain, «Brexit and the Future of the United Kingdom», paper presented to Instituto Affari Internazionali Rome, Dublin, 12/07/2016, pág. 5.

(68) Es lo que manifestaron la totalidad de los entrevistados para el presente trabajo.

(69) Ver: <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/25/united-ireland-now-more-likely-than-ever/>

(70) Ver: http://www.ark.ac.uk/nilt/2016/Political_Attitudes/UNIRLIK.html

(71) Sobre el alcance y significado de *acontecimiento*: ZIZEK, Slavoj, *Acontecimiento*, Sexto Piso, Madrid, 2014.

(72) El Mundo, 14/04/2014, «El Brexit abre las puertas a la unificación de Irlanda». Ver: <http://www.el-mundo.es/internacional/2017/04/14/58ef8fa5468aeb75488b45bc.html>

La propia Unión Europea ya ha manifestado por boca del Consejo Europeo que de producirse tal referéndum y ganar la opción por la unidad de Irlanda, el conjunto de la isla pasaría a formar parte de la UE directamente (73), sin tener que ponerse Irlanda del Norte «a la cola» de los solicitantes de ingreso en la UE, tal y como sí se le viene exigiendo a Escocia en el hipotético caso de que optase por la independencia (74). El hoy ex-primer ministro irlandés, Enda Kenny, ya mostró su satisfacción por ello (75).

Frente a dichos factores, existen otros que podrían alejar la opción de un referéndum:

- 1) Según un estudio elaborado por el ESRC (*Economic and Social Research Council*), en 2014 el estatus político de Irlanda del Norte contaba con un apoyo mayoritario por parte de la población; apoyo que sería cercano al 50%, frente al 16% de apoyo al gobierno directo por parte de Londres y al 17% de apoyo a la reunificación irlandesa (76). Dicho apoyo no parece haber mermado inmediatamente tras el *Brexit*, ya que según el mismo estudio de 2016, el apoyo al actual estatus ascendería hasta el 54%, mientras que el apoyo al gobierno directo por parte de Londres descendería al 12% y a una Irlanda unida subiría al 19% (77) (este dato en cualquier caso se ha de matizar con otro: el *Brexit* todavía no es una realidad).
- 2) Aunque en la Asamblea las fuerzas unionistas estén en minoría con respecto a las republicanas, lo cierto es que en las últimas elecciones hubo más electores unionistas que republicanos. Un vistazo rápido a los resultados de aquellas elecciones permite

(73) Statement approved by European Council on 29 April 2017: «The European Council acknowledges that the Good Friday Agreement expressly provides for an agreed mechanism whereby a united Ireland may be brought about through peaceful and democratic means; and, in this regard, the European Council acknowledges that, in accordance with international law, the entire territory of such a united Ireland would thus be part of the European Union».

(74) Para consultar las líneas maestras de la negociación del *Brexit* por parte de la UE: EUROPEAN COUNCIL, «European Council guidelines (art. 50) for Brexit negotiations, 29/04/2017. Ver: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/04/29-euco-brexit-guidelines/>

(75) Irish Times, 29/04/2017, «Enda Kenny welcomes EU's united Ireland agreement». Ver: <http://www.irishtimes.com/news/world/europe/enda-kenny-welcomes-eu-s-united-ireland-agreement-1.3066687>

(76) Ver: http://www.ark.ac.uk/nilt/2014/Political_Attitudes/NIRELND2.html

(77) Ver: http://www.ark.ac.uk/nilt/2016/Political_Attitudes/NIRELND2.html. Otros datos que no invitan al optimismo a los defensores del referéndum: según el mismo estudio, a día de hoy son menos quienes se sienten sólo irlandeses o más irlandeses que británicos (35%), que aquellos que se sienten sólo británicos o más británicos que irlandeses (39%). Ver: http://www.ark.ac.uk/nilt/2016/Political_Attitudes/IRBRIT.html Además, todavía hoy la gente no cree probable la posibilidad de una Irlanda unida (tan sólo para un 19% es muy probable o probable que eso pudiera suceder dentro de los próximos 20 años). Ver: http://www.ark.ac.uk/nilt/2016/Political_Attitudes/UNTDIRREL.html.

apreciar que mientras el número de votantes explícitamente republicanos (SF+SDLP) fue de 320.203 sufragios, el número de votos explícitamente unionistas (DUP+UUP+TUV+PUP) fue de 354.840. Es decir, casi 25.000 votos más, que podrían indicar que aun siendo por muy poco, todavía no hay una mayoría electoral favorable a la celebración de dicho referéndum y a la unión con Irlanda.

- 3) Dicha tendencia, lejos de verse debilitada, se ha visto ligeramente fortalecida tras las últimas elecciones al Parlamento de Westminster, donde el DUP se impuso con holgura a los republicanos del Sinn Féin (78), reflejando nuevamente una mayoría unionista en Irlanda del Norte.
- 4) El factor del segundo referéndum de independencia en Escocia, que podría actuar como catalizador de otro similar en Irlanda, parece alejarse tras las últimas elecciones al Parlamento Británico. La presidenta y portavoz del *Scottish National Party* (SNP), principal partido nacionalista escocés, ha insinuado tras las elecciones que la defensa del segundo referéndum ha podido ser uno de los principales factores que explique su importante pérdida de apoyos, por lo que no parece que en el corto plazo vayan a intensificar su labor pro-referéndum (79) (En cualquier caso, también han aclarado que no desisten de su apuesta, por lo que este factor no se puede desecharse de cara al futuro).
- 5) El Gobierno Británico, por boca de su Primera Ministra Theresa May, ya ha dejado claro que no es el momento de organizar un referéndum por la unidad de Irlanda (80), de forma que no se cuenta con su apoyo o colaboración para organizarlo. En cualquier caso, la posibilidad del referéndum está en la ley, por lo que incluso los tribunales podrían ordenar organizarlo (es una posibilidad que sugirió en entrevista el experto Daniel Holder).
- 6) Y por último, el propio Sinn Féin, principal fuerza republicana, asume como paso táctico la posibilidad de que se logre un estatus especial para Irlanda del Norte dentro de la Unión Europea. Siendo esto así, la unión a Irlanda no se proyectaría ya como la única op-

(78) El resultado, en escaños, fue el siguiente: DUP 10, SF 7, Independientes 1, Alliance 0, SDLP 0 y UUP 0. British Broadcasting Corporation (BBC), 08/06/2017. Ver: <http://www.bbc.co.uk/news/live/uk-northern-ireland-40161885>

(79) The Guardian, 09/06/2017, «Nicola Sturgeon hints independence off agenda after SNP loses seats. Scotland's first minister says she will seek progressive alliance with Labour and admits second referendum was factor in losing 21 seats». Ver: <https://www.theguardian.com/politics/2017/jun/09/nicola-sturgeon-hints-independence-off-agenda-catastrophic-losses>

(80) The Independent, 14/03/2017. Ver: <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/northern-ireland-referendum-leave-uk-sinn-fein-theresa-may-response-at-this-stage-a7629281.html>

ción para permanecer en Europa, lo cual podría disuadir a distintas fuerzas no alineadas de apostar por un referéndum y la unidad de la isla como vía para mantenerse en la UE.

V. Conclusiones

Por el momento, parece demasiado aventurado predecir con certeza qué es lo que va ocurrir en Irlanda del Norte durante los próximos años, y en consecuencia, optar por una de las tres vías que se comentaban al principio de este texto resulta, todavía, hartamente difícil.

Está fuera de toda duda que el *Brexit* va a ser un acontecimiento político de primer orden que el día en que se produzca tendrá un impacto importantísimo tanto en Europa como en el Reino Unido e Irlanda del Norte. Sin embargo, a la hora de vaticinar alternativas de futuro tal vez haya que esperar a ver cómo se desarrolla el proceso de desconexión con la UE, qué tipo de *Brexit* se impone (si uno duro o uno más *soft*) y cuáles son sus consecuencias. El hecho de que ni siquiera sus principales promotores parezcan tener una idea clara sobre ello no hace sino complicar las cosas (81).

Dicho esto, según algunos analistas, el estatus jurídico-político de Irlanda del Norte ha contado hasta ahora con un relevante apoyo por parte de la ciudadanía porque una mayoría (incluso algunos nacionalistas) ha podido ver en el Reino Unido cierta estabilidad económica y estándares de bienestar que no ha querido poner en riesgo. Sin embargo, dicen, si se incrementa la incertidumbre sobre el futuro o, sencillamente, tras el *Brexit* esos estándares van a peor, la cosa podría cambiar por completo (82).

No es descartable que así suceda, ya que, en opinión de buena parte de los autores estudiados y entrevistados, el *Brexit* va a ser un «auténtico desastre» para el norte de la isla. Su preocupación es comprensible. Tal y como pone en evidencia un informe de la Cámara de los Lores, Irlanda del Norte es el territorio del Reino Unido más dependiente de las ayudas europeas; su pérdida «podría ser devastadora». Por ello, incluso desde dicha Cámara se ha solicitado al Gobierno Británico que durante las negociaciones del *Brexit* procure que por lo menos parte de dichas ayudas se mantengan, especialmente para proyectos transfronterizos (83).

(81) FRENCH, Duncan, «Brexit: A Constitutional...», *op. cit.*, pp. 9-13.

(82) TANNAM, Etain, «Brexit and the Future...», *op. cit.*, pág. 13.

(83) EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Brexit: UK-Irish relations*, House of Lords, London, 12/12/2016, pp. 47-48.

Para entender la gravedad de la situación basta con darse cuenta de que Irlanda del Norte ha sido un clarísimo beneficiario neto de las ayudas europeas, y no sólo aquellas referidas al proceso de paz, que se cuentan por billones (con b) de euros. El importante sector agro-ganadero y pesquero, por ejemplo, ha recibido fuertes ayudas durante los últimos años. ¿Qué hará el Reino Unido? ¿Sustituirá la PAC con una versión propia? (84)

En el terreno económico, que es probablemente la clave de las negociaciones del *Brexit* (junto con el control o no de fronteras), las alternativas más probables parecen ser tres (85): 1) Seguir el «modelo Noruego»; es decir, que el Reino Unido salga de la UE pero permaneciendo en el Espacio Económico Europeo (86). 2) Seguir el «modelo Suizo», celebrando un tratado bilateral de libre comercio. Y 3) Seguir el modelo OMC, que vendría a ser el más separado de la UE.

En cualquiera de los 3 escenarios una cosa es clara. Irlanda del Norte va a ser el único territorio de fuera de la UE en el que todos sus ciudadanos tienen reconocido el derecho a ostentar ciudadanía europea, por lo que no parece descartable la hipótesis de que se le reconozca al respecto un estatus especial. En este tipo de casos la UE suele apostar por el pragmatismo, por solucionar problemas en lugar de crearlos, así que no es descartable que esté abierta a realizar un acuerdo a medida (87).

Además, la posición de la República de Irlanda parece favorable. Su Gobierno ya ha dejado claro que hará todo cuanto esté a su alcance para que el *Brexit* no suponga una merma en el proceso de paz ni en los derechos fundamentales de los ciudadanos de Irlanda del Norte, para lo cual se ha planteado tácticamente cuatro principales objetivos: 1) Evitar el establecimiento de una frontera dura que ahonde en la división; 2) Garantizar que se respeta el contenido del Acuerdo de Viernes Santo; 3) Garantizar la continuación de los compromisos de la UE con Irlanda del Norte; y 4) Proteger el «estatus único» de los ciudadanos irlandeses de Irlanda del Norte (88).

Por último, como ya se ha mencionado, la puesta en marcha del proceso para abandonar la UE por parte del Reino Unido ha tenido una con-

(84) CARMICHEL, Paul, «Reflections from Northern Ireland on the result of the UK Referendum on EU Membership», en: GUDERJAN, Marius, *The Future of the UK. Between Internal and External Divisions*, Kosmos-Humboldt-Universität Zu Berlin, 2016, pág. 95.

(85) KPMG, «Brexit, A Northern Ireland Perspective», Ireland, June 2016, pág. 4.

(86) Sobre esta opción: DOHERTY, Brian (*et al.*), «Northern Ireland and Brexit: The European Economic Area Option», European Policy Centre, 07/04/2017.

(87) EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Brexit: UK-Irish relations*, *op. cit.*, pág. 58.

(88) IRISH GOVERNMENT, *Ireland and the negotiations on the UK's withdrawal from the European Union. The Governments approach*, Irish Government Publication, Dublin, May 2017, pág. 19-22.

secuencia política clarísima. Ha traído al centro del debate político un tema que estaba absolutamente relegado: el fin de la partición y la consecuente reunificación de Irlanda; norte y sur.

Por ahora, no parece que exista una mayoría socio-política clara que exija la celebración del referéndum (tal y como establece el Acuerdo de Paz de Viernes Santo y el art. 1 de la *NI Act*); pero en un futuro próximo, no es en absoluto descartable. Los expertos consultados, desde luego, así lo consideran (Kieran McEvoy, Daniel Holder o Colin Harvey).

Por ello, para los republicanos, aun considerando que el *Brexit* es un desastre absolutamente rechazable, supone también una oportunidad, ya que podría ser una especie de «tormenta perfecta» que alterase las mayorías políticas al norte de la isla. En 2021 se cumplen además 100 años de la partición de Irlanda y no parece que vayan a dejar pasar esta oportunidad de darle fin. Tienen a su favor dos cosas. Por una parte, la evolución sociológica: mientras en 1921 (al tiempo de la partición) la población protestante/unionista al norte de la isla era un 70% (89), a día de hoy viene a suponer un 40-45% del electorado. Por otra, el Gobierno de Irlanda ha arrancado a la UE el compromiso de que si el referéndum se celebra y gana la apuesta por la unidad, el ingreso en la UE será automático, lo cual parece a todas luces beneficioso para los republicanos (90). Veremos qué pasa.

VI. Bibliografía

ALONSO, Rogelio, *Una historia de guerra y la búsqueda de la paz*, Editorial Complutense, Madrid, 2001.

BOGDANOR, *The New British Constitution*, OUP, Oxford, 2009.

BOWERS, Paul, «The Sewel Convention», *House of Commons Library*, 25 November 2005.

BRUCE, Alan, «The fractured island: Divided sovereignty, identity and politics in Ireland», *Journal of Conflictology*, 4 (2), 2013.

BUSTOS GISBERT, Rafael, «La desnudez de la Constitución británica. Crónica marciana de la Sentencia de la Corte de Justicia del Reino Unido de

(89) BRUCE, Alan, «The fractured island...», *op. cit.*, pág. 16.

(90) IRISH GOVERNMENT, *Ireland and the negotiations on the UK's withdrawal from the European Union. The Governments approach*, Irish Government Publication, Dublin, May 2017, pág. 19-22. No falta, además, quien asume claramente que el Gobierno irlandés está trabajando por los intereses de Irlanda del Norte más que el Reino Unido. WALKER, Brian, «The Irish Government is pursuing Northern Ireland's interests more actively than the UK government». Ver: <https://constitution-unit.com/2017/05/23/the-irish-government-is-pursuing-northern-irelands-interests-more-actively-than-the-uk-government/>

- 24 de enero de 2017», *Revista Española de Derecho Europeo*, 62, abril-junio de 2017.
- CAIRA, Rocco, «El Acuerdo de Viernes Santo y los Derechos Humanos», *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, 45, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.
- CARMICHEL, Paul, «Reflections from Northern Ireland on the result of the UK Referendum on EU Membership», en: GUDERJAN, Marius, *The Future of the UK. Between Internal and External Divisions*, Kosmos-Humboldt Universität Zu Berlin, 2016.
- CENTRE FOR CROSS BORDER STUDIES, «Briefing Paper1: The UK Referendum on Membership of the EU: What does it mean for us?», *EU Referendum Briefing Papers*, 2016.
- COAKLEY, John; GARRY, John, «Northern Ireland: The challenge of Public Opinion», Queen's University Belfast, 2016.
- CRUSET, María Eugenia, «El Acuerdo de Viernes Santo y su realidad hoy», *Revista Contemporánea*, 1, 1, 2011.
- DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis (USA), 1982. Ver: http://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf
- DOHERTY, Brian (*et al.*), «Northern Ireland and Brexit: The European Economic Area Option», European Policy Centre, 07/04/2017.
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaid, «A UK exit from the EU: The end of the United Kingdom or a new constitutional dawn?», *Legal Research Paper Series*, Oxford University, March 2015.
- «Brexit, the referéndum and the UK Parliament: Some questions about sovereignty». Ver: <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/28/sionaidh-douglas-scott-brexit-the-referendum-and-the-uk-parliament-some-questions-about-sovereignty/>.
- EECKHOUT, Piet, «The UK decision to withdraw the EU: parliament or government?». Ver: <https://constitution-unit.com/2016/10/27/the-uk-decision-to-withdraw-from-the-eu-parliament-or-government/>
- EUROPEAN COUNCIL, «European Council guidelines (art. 50) for Brexit negotiations, 29/04/2017.
- EUROPEAN UNION COMMITTEE, *Brexit: UK-Irish relations*, House of Lords, London, 12/12/2016.
- FITZDUFF, Mari, *Más allá de la violencia. Procesos de resolución de conflicto en Irlanda del Norte*, Bakeaz, Bilbao, 1998.
- FRENCH, Duncan, «Brexit: A Constitutional, Diplomatic and Democratic Crisis. A View from the Trenches», *PER/PELJ* 2016 (19), Potchefstroom (South Africa), 29 september 2016.
- GODDEN, Andrew; McCORMICK, Conor, «A new relationship? Brexit, Republic of Ireland and Northern Ireland», *Constitutional Conversations*, 3/6, Royal Irish Academy and Queen's University Belfast, 2016.

- HESTERMAYER, Holger P., «How Brexit will happen: A Brief Primer on EU Law and Constitutional Law Questions Raised by Brexit»; *Journal of International Arbitration*, King's College, London, 2016.
- IRISH GOVERNMENT, *Ireland and the negotiations on the UK's withdrawal from the European Union. The Governments approach*, Irish Government Publication, Dublin, May 2017.
- KEATING, Michael, «To devolve or not to devolve. The European Union (withdrawal) Bill and devolution». Ver: <https://constitution-unit.com/2017/07/25/to-devolve-or-not-to-devolve-the-european-union-withdrawal-bill-and-devolution/>
- KPMG, «Brexit, A Northern Ireland Perspective», Ireland, June 2016.
- MOORE, Carolyn, «The impact of Devolution on EU-Level Representation: British Regional Offices in Brussels», *Regional and Federal Studies*, 17, 3, 2007.
- MURPHY, Mary C., «Northern Ireland: A casualty for Brexit?», *Alliance Europa*, 21/03/2017.
- NORTH-SOUTH INTERPARLIAMENTARY ASSOCIATION, «Paper 1: Impact of Brexit on cross-border activity», Northern Ireland Assembly and Houses of the Oireachtas, 18/11/2016.
- POLLEY, Owen; HOEY, David, «An agenda for Northern Ireland after Brexit. How to build a secure, peaceful and prosperous future», Sandel Ford Policy, London, 2017.
- REID, Paul, «Time to give Sewel Convention some (political) bite?». Ver: <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/26/paul-reid-time-to-give-the-sewel-convention-some-political-bite/>
- SCOTTISH GOVERNMENT, «Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers and Northern Ireland Executive Committee». Ver: <http://www.gov.scot/Resource/0043/00436627.pdf>
- SINN FÉIN, «Sinn Féin Westminster election Manifiesto 2017».
- TANNAM, Etain, «Brexit and the Future of the United Kingdom», paper presented to Instituto Affari Internazionali Rome, Dublin, 12/07/2016.
- TONGUE, Jonathan, «The Impact and Consequences of Brexit for Northern Ireland», *Constitutional Affairs*, European Parliament, 2017.
- WALKER, Brian, «The Irish Government is pursuing Northern Ireland's interests more actively than the UK government». Ver: <https://constitution-unit.com/2017/05/23/the-irish-government-is-pursuing-northern-irelands-interests-more-actively-than-the-uk-government/>
- WHEARE, K., *Modern Constitutions*, Oxford University Press, Oxford, 1951.
- ZIZEK, Slavoj, *Acontecimiento*, Sexto Piso, Madrid, 2014.

Normativa

Government of Ireland Act (1920).
 Irish Constitution (1937).
 European Communities Act (1972)
 Agreement between the Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ireland (1998).
 The Northern Ireland Peace Agreement. The Multi-Party Agreement (1998).
 Northern Ireland Act (1998).
 European Union Referendum Act (2015).
 European Union (Withdrawal) Bill (2017-2019)

Jurisprudencia

Sentencia de la Corte Superior de Belfast de 29 de octubre de 2016: *McCord's (Raymond) Application [2016] NIQB 85*:
https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/%5B2016%5D%20NIQB%2085/j_j_MAG10076Final.htm.
 Sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido de 24 de enero de 2017: *JUDGMENT R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union*:
<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>

Entrevistas semi estructuradas

Dr. Kieran McEvoy. Profesor de Derecho y Justicia Transicional en la Queen's University Belfast e investigador en el *Institute of Conflict Transformation and Social Justice*.
[http://pure.qub.ac.uk/portal/en/persons/kieran-mcevoy\(c9ea4e5d-156a-4dc6-8d5c-5371712cbf9b\).html](http://pure.qub.ac.uk/portal/en/persons/kieran-mcevoy(c9ea4e5d-156a-4dc6-8d5c-5371712cbf9b).html)
 Dr. Colin Harvey. Profesor de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Queen's University Belfast y miembro del *The Senator George J Mitchell Institute for Global Peace, Security and Justice*.
[http://pure.qub.ac.uk/portal/en/persons/colin-harvey\(b78326e0-78c4-437b-9d23-9cd6217db870\).html](http://pure.qub.ac.uk/portal/en/persons/colin-harvey(b78326e0-78c4-437b-9d23-9cd6217db870).html)
 Dr. John Morison. Profesor de Jurisprudencia en la *Queen's University Belfast* y miembro del *The Senator George J Mitchell Institute for Global Peace, Security and Justice*.
[http://pure.qub.ac.uk/portal/en/persons/john-morison\(a7784075-7a2f-47a4-bdd5-f6fb934d0d8d\).html](http://pure.qub.ac.uk/portal/en/persons/john-morison(a7784075-7a2f-47a4-bdd5-f6fb934d0d8d).html)

Robert McClenaghan. Miembro del *Sinn Féin* y trabajador comunitario.
Daniel Holder. Director Adjunto de la ONG especializada en Derechos Humanos *Committee on the Administration of Justice*.
<http://www.caj.org.uk/staff>

Trabajo recibido el 18 de julio de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENEA: Idazlan honen helburua *Brexit*-ak Ipar Irlandan uzten duen eskenatokiaren azterketa egitea da, aintzat hartuta *Brexit*-a Ipar Irlandako herritarren gehiengoaren aurka gauzatuko dela. Horretarako, lehenik, lurralde honek egun duen estatus juridiko-politikoaren azalpena egingo da. Bigarrenik, *Brexit*-aren ondorio juridiko-konstituzionalen azalpena egingo da, bereziki erreparatuz Ipar Irlandak hura frenatu edota baldintzatzeko dituen tresnei. Hirugarrenik, azken hauteskunderen ondotik geratu den eskenatoki politikoaren azalpena egingo da; eta azkenik, ondorio moduan, etorkizunari begirako aukerak aztertuko dira. *¿Brexit*-ak Irlandaren batasunera hurbiltzen gaitu? *¿Erreferendumi* egongo da?

GAKO HITZAK: *Brexit*. Ipar Irlanda. Erreferenduma. Europar Batasuna.

RESUMEN: El presente trabajo analiza el incierto escenario que deja en Irlanda del Norte el *Brexit*, que cuenta con el rechazo de la mayoría ciudadana norirlandesa. Para ello, se explicará primeramente cuál es el estatus jurídico-político que tiene Irlanda del Norte a día de hoy. En segundo lugar, se explicarán las implicaciones jurídico-constitucionales del *Brexit* así como las herramientas legales que tiene Irlanda del Norte para frenarlo o condicionarlo. En tercer lugar, se analizará el escenario político que queda en la isla tras las últimas elecciones; y en cuarto y último lugar, a modo de conclusión, se analizarán las opciones de futuro. *¿Nos acerca el Brexit a la unidad de Irlanda? ¿Habrá referéndum?*

PALABRAS CLAVE: *Brexit*. Irlanda del Norte. Referéndum. Unión Europea.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the uncertain scenario that *Brexit*, which is rejected by a majority of the Northern-Irish society, leaves in Northern Ireland. With this purpose, we first explain the legal-political status of Northern Ireland nowadays. Secondly, we explain the legal and constitutional implications of the *Brexit* as well as the legal tools that Northern Ireland has to curb or condition it. Thirdly, we analyze the political scenario that remains on this *devolved region* after the last elections; and finally, we analyze future options. Are we approaching the unity of Ireland? Will there be a referendum?

KEYWORDS: *Brexit*. Northern Ireland. Referendum. European Union.

Responsabilidad ambiental por el cese de la actividad: problemas actuales y necesidad de una regulación integradora

José Ignacio Cubero Marcos

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.03>

Sumario: I. Introducción.—II. El concepto de responsabilidad ambiental.—III. El daño y su reparación: 1. El daño ambiental y los factores que determinan su apreciación. 2. El problema de las instalaciones antiguas.—IV. La responsabilidad de los operadores: 1. Dudas en torno al carácter objetivo de la responsabilidad: incidencia de los procedimientos sancionador, penal y la responsabilidad patrimonial de la Administración. 2. La reparación y el principio coste-beneficio.—V. Los controles *ex ante* para el estudio previo de elementos del medio físico afectados: 1. Licencia de actividades clasificadas, comunicaciones previas y declaraciones responsables. 2. Autorizaciones ambientales integradas. 3. Declaración de impacto ambiental y ambiental estratégica ordinarias. 4. Legislación sobre residuos y suelos contaminados.—VI. Conclusiones

I. Introducción

En la actualidad el declive progresivo del sector industrial está generando impactos de diverso tipo más allá de los aspectos sociales o económicos como podía esperarse(1). En cinturones industriales próximos a núcleos urbanos se prevé la posibilidad de operar modificaciones en los usos, de manera que la ciudad se adapte a las nuevas demandas de sus habitantes, además de revitalizar todas esas zonas, en los planos social, económico y cultural. Ahora bien, más allá de las cuestiones urbanísticas, este estudio tiene por objeto el análisis de las repercusiones y consecuencias jurídicas que comporta el desmantelamiento o cese definitivo de ac-

(1) Acerca de los últimos indicadores sobre las rentas del negocio en las actividades extractivas y de manufactura, véase en el siguiente enlace la evolución en España de esta materia: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176958&menu=ultiDatos&idp=1254735576550.

tividades industriales, especialmente en lo que se refiere a la responsabilidad ambiental de los promotores cuyas actividades industriales generaron impactos en elementos del medio físico. Clausurada la planta, se suscitan cuestiones en torno a la obligatoriedad de restaurar el suelo, las aguas (si se producían vertidos a cauces) o las especies que pudieron resultar afectadas.

Sin perjuicio del procedimiento para iniciar la reparación, este estudio se ha centrado en algunas lagunas jurídicas o controversias que pueden suscitarse con motivo del cese de la actividad y de la apertura del procedimiento de responsabilidad medioambiental recogido en la Ley 26/2007. Se elude cualquier análisis exhaustivo de la normativa sobre responsabilidad ambiental o sobre otras consecuencias jurídicas del cese, como pueden ser las urbanísticas. En concreto, si se trata de instalaciones que han funcionado durante décadas, incluso en épocas en que los controles administrativos podían ser más laxos, se plantea el problema relativo a la determinación del daño sobre el suelo o las aguas si se desconocía el estado básico u originario en el que se encontraban cuando comenzó a funcionar la planta. Además, si no se dispone de información periódica o de informes base, como sucede en la actualidad, ¿puede realmente ser eficaz la reparación o, en su caso, los informes sobre el suelo o las aguas?

Otro problema de no menor enjundia es la más que probable responsabilidad que debe asumir la Administración cuando cesa una actividad por quiebras o insolvencia. En los tiempos actuales parece admitirse la socialización del riesgo o la pérdida, de modo que decae de un modo u otro el principio de quien contamina paga. Asimismo, los operadores que han cumplido escrupulosamente las condiciones de su autorización y logran demostrarlo, pueden verse exentos de afrontar los costes de reparación, puesto que podrían exigírselos al responsable, incluida la Administración pública. ¿Acaso el legislador, tanto interno como comunitario, han presumido que los elementos del medio físico poseen un enorme nivel de resiliencia que impide el perjuicio acumulativo? ¿Puede considerarse el daño medioambiental como continuado y depende de un examen caso por caso que permita asegurar que se ha producido el mismo y que se precisa adoptar algunas medidas? A todo ello debe añadirse la incidencia de los posibles procedimientos sancionadores o penales que pudieran iniciarse por el hecho de que se ha ocasionado un daño al medio ambiente o porque han podido no observarse los umbrales. Estos casos no pueden considerarse como responsabilidad objetiva, tal y como se ha venido insistiendo en sede doctrinal. De ese modo, la misma regulación sobre responsabilidad medioambiental se desvirtúa ante pronunciamientos jurisdiccionales que pueden determinar el nivel y el alcance de la responsabilidad. En este artículo se abordan estas y otras cuestiones, pero debe abordarse primero el concepto de responsabilidad medioambiental

II. El concepto de responsabilidad medioambiental

La imputación a una persona física o jurídica de unos hechos que causan o han causado daños y perjuicios a otras es el fundamento del concepto de responsabilidad. Eso significa que, si no existe el daño o no se ha definido como tal, no puede determinarse el grado de responsabilidad (2). El daño hace referencia a un perjuicio o menoscabo que sufre en este caso un elemento del medio físico que excluye los daños personales. Todo ello requiere estudiar aquello que se ha dañado, es decir, los elementos de hecho de los que se desprende la existencia del perjuicio. La responsabilidad, a diferencia de la culpa, no exige que se haya producido una conducta ilícita o que haya ocasionado perjuicios de por sí, sino que simplemente sirve como un título de atribución de cargas a un sujeto, entidad o persona, según el cual goza de ciertas facultades que inevitablemente llevan aparejadas obligaciones que tienden a evitar o minimizar las consecuencias nocivas de su acción u omisión (3).

Así, en materia medioambiental llevar cabo actividades que comporten un riesgo para la degradación de los elementos del medio físico o para los factores ambientales, implica asumir una responsabilidad desde el momento en que, bien las normas, bien la Administración caso por caso, habilitan a sus promotores para su ejercicio (4). La responsabilidad comienza desde el mismo momento en que se deteriora el medio ambiente por la acción u omisión del ser humano (5). El desarrollo de una actividad conlleva un inicio, un desarrollo y un final. Ese proceso determina el alcance de la responsabilidad y los daños que ocasiona

(2) ZAMBONINO PULITO, M., «El sistema de responsabilidad ambiental: estudio de su régimen y límites», *Revista General de Derecho Administrativo*, 18, 2008. Asimismo, YAGUAS MONTERO, G., *El daño no patrimonial en el Derecho del medio ambiente*, Thomson Civitas, Cizur menor (Navarra), 2006, pp. 151 y 152. Asimismo, RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del Medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental*, Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, *in toto*. GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Aranzadi, Pamplona, 1998, *in toto*.

(3) MEILAN GIL, J.L. (Dir.), *Problemas jurídico-administrativos planteados por el Prestige*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 190-195. El antijuridicidad en materia de responsabilidad viene vinculada al hecho de que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

(4) LOZANO CUTANDA, B., «La responsabilidad por daños ambientales: la situación actual y el nuevo sistema de «responsabilidad de Derecho público» que introduce la Directiva 2004/35/CE», *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 26, 2005, p. 6. Así, no únicamente se inicia la responsabilidad cuando sucede un perjuicio grave al medio ambiente, sino que se halla vinculada a la actividad que la origina, puesto que ésta trae el cambio adverso que implica la responsabilidad en sí.

(5) LASAGABASTER HERRARTE, I., GARCÍA URETA, A. y LAZCANO BROTONS, I., *Derecho ambiental. Parte general* (2.ª ed.), Lete, Bilbao, 2007, pp. 416 y 417.

aquella (6). Este planteamiento no es ajeno a principios básicos del Derecho ambiental, como el de corrección, puesto que siempre resulta más efectivo detectar el punto de origen en el que comenzó a sufrir perjuicios cualquier elemento del medio físico, a fin de evitar la expansión de los efectos contaminantes de las actividades humanas (7). Sin ese primer momento del proceso no puede descubrirse la evolución o cambio adverso que ha experimentado cualquier elemento y, en especial, si se derivan daños al mismo, tampoco puede determinarse su alcance. Además, no podría eliminarse o mitigarse el riesgo o la degradación de forma eficaz, puesto que no se implantan medidas correctoras que incidan en el foco de la contaminación, en su causa u origen (8). Por ello, lo que se ha de analizar a continuación consiste en la determinación y evaluación del daño ambiental para que la responsabilidad, que asumen entidades o personas que promueven actividades, sea real y efectiva.

III. El daño y su reparación

1. El daño ambiental y los factores que determinan su apreciación

La Directiva 2004/35 define el daño medioambiental como el ocasionado a las especies y hábitats naturales protegidos, es decir, «cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de dichos hábitats o especies. El carácter significativo de dichos efectos se evaluará en relación con el estado básico, teniendo en cuenta los criterios expuestos en el Anexo I» (9). Los daños a las especies o hábitats naturales protegi-

(6) CASTELLANO, E., RÁBADE, J.M., *et al.*, «Valoración y reparación de los daños al medio ambiente en España», *Ecosostenible*, 39, 2008. Según los autores, los métodos de valoración de riesgos han de incorporar dos hechos: que existe una recuperación naturales y que en muchas ocasiones el proyecto de recuperación requiere un tiempo para poder alcanzar el estado que tenía cuando fue dañado.

(7) MORALO IZA, V.M., «En torno a la inminente incorporación al ordenamiento jurídico español del régimen de responsabilidad ambiental comunitario», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 39 (223), 2006, pp.175-176.

(8) PRIETO ÁLVAREZ, T., «Disposiciones y principios generales de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados: aproximación a su esencia y elementos estructurantes que la condicionan y conforman», GARCÍA MORENO-RODRÍGUEZ, F. (Dir.), *Comentarios sistemáticos a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 102-105. Se añaden las posibles responsabilidades sancionadoras o penales, pero el hecho de generar el residuo conlleva la responsabilidad por daños.

(9) Art. 2 Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, que regula la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. Las definiciones correspondientes se recogen también en el art. 2 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (LRM).

dos no incluyen los efectos adversos previamente identificados, derivados de un acto del operador expresamente autorizado por las autoridades competentes o, en el caso de hábitats o especies no regulados por el Derecho comunitario, los efectos que le produzcan de conformidad con disposiciones equivalentes de la legislación nacional sobre conservación de la naturaleza (10). Sin embargo, el hecho de que una instalación se halle autorizada no conlleva la exención de responsabilidad, sino que debe examinarse si el operador ha llevado a cabo la misma conforme a las condiciones y umbrales establecidos por la legislación correspondiente (11).

El concepto de daño se extiende a las aguas, entendiéndose como tal cualquiera que produzca efectos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico definidos en la Directiva 2000/60/CE, de las aguas en cuestión, con excepción de los supuestos establecidos en el art. 4.7 de la Directiva 2000/60, sobre la calidad del agua, y conforme a los cuales no puede afirmarse que haya habido infracción de la misma por los estados (12). No puede ignorarse el daño causado a las aguas marinas, en la medida en que diversos aspectos del estado ecológico del medio marino no estén ya cubiertos por la Directiva 2000/60 mencionada. Por último, también son objeto de reparación los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos a la salud humana debido a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo. Para la determinación de las especies y hábitats protegidos, ha de acudirse a la normativa comunitaria de referencia en esas materias, especialmente los anexos recogidos en las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE (13).

(10) Véase ESTEVE PARDO, J., *Ley de responsabilidad medioambiental. Comentario sistemático*, Marcial Pons, Barcelona, 2008, pp. 34-38.

(11) STJUE 1 de junio de 2017, C-529/15, *Gert Folk*, aps. 31-33. Si la actividad ha degradado las masas de agua subterráneas incumpliendo las condiciones de la autorización, no se les puede eximir automáticamente de responsabilidad. Véase también GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por...*, cit., 1998, p. 139. Al tratarse, según la autora, de un sistema de responsabilidad por riesgo, parece lógico que el operador asuma el mismo y los costes que puede acarrear la reparación. El cumplimiento de las condiciones, no obstante, puede variar y el control permanente del cumplimiento podría ser innecesario.

(12) Otra excepción a tener en cuenta la contempla el art. 2.1 b) LRM, cuando se refiere a los supuestos previstos en el RD 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica.

(13) Al respecto, véase ALENZA GARCÍA, J.F., «El régimen público de responsabilidad por daños ambientales en la legislación española y en la Directiva de responsabilidad ambiental», en *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español*. Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 84-86. Distingue entre un ámbito subjetivo y otro objetivo en relación a los daños medioambientales. Estos últimos deben ser ocasionados por operadores autorizados.

La medición o la evaluación del daño requieren un análisis previo del estado originario (o básico) del elemento del medio físico, además de la constatación de ese cambio o perjuicio hasta el momento en que se valora el mismo (14). Al respecto, se establecen unos criterios que permiten concluir si se ha ocasionado una alteración en el estado de conservación de hábitats y especies. Puede citarse al respecto el número de individuos; su densidad o la extensión de la zona de presencia; el papel de los individuos concretos; la capacidad de propagación de la especie o la capacidad del hábitat para recuperar un estado equivalente o superior al básico (resiliencia) (15). Se ha considerado, asimismo, que el carácter significativo debe valorarse en función de los umbrales y criterios establecidos en las normas concretas que afectan a cada elemento, como puede ser el caso del suelo o las especies (16).

El Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, que desarrolla la LRM, señala que «Para determinar el estado básico se analizarán los cambios que se hayan producido en el receptor como consecuencia de la acción del agente causante del daño. Podrá expresarse en términos de cambios experimentados por el receptor, con ayuda de indicadores ecológicos, como los días de uso del hábitat y la densidad de población, entre otros» (17). No se hace referencia a un estado ideal de conservación del medio, sino a aquel estado básico que presentara el medio en el momento inmediatamente anterior a la actuación del agente (18). Por otro lado, no debe olvidarse que, al objeto de exigir responsabilidad ambiental, la concurrencia de un daño es condición necesaria, pero no suficiente porque aquél ha de ser significativo (19).

La problemática principal se deriva del hecho de que la legislación tolera una serie de daños o cambios mensurables, para lo cual obliga a promotores u operadores a adoptar medidas correctoras o a emplear las mejores tecnologías disponibles. Eso significa que, no sólo para cuantificar el daño y la restauración a su estado originario, sino tam-

(14) La Directiva 2004/35 define el estado básico como « el estado en que, de no haberse producido el daño medioambiental, se habrían hallado los recursos naturales y servicios en el momento en que sufrieron el daño, considerado a partir de la mejor información disponible» (art. 2.1.14).

(15) Anexo I Directiva 2004/35. Véase también art. 2.2 y Anexo I LRM.

(16) LOZANO CUTANDA, B., «El nuevo sistema de responsabilidad medioambiental para la reparación de los daños ecológicos puros», en PÉREZ ALONSO, E. et. al. (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 463.

(17) Art. 19.2 RD 2090/2008.

(18) LOZANO CUTANDA, B., «El nuevo sistema de responsabilidad...», *cit.*, 2012, p. 462. Así, como ya se comentará más abajo, menciona el RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para determinar los suelos contaminados.

(19) LOZANO CUTANDA, B., «El nuevo sistema de responsabilidad...», *cit.*, 2012, p. 462.

bién para determinar si debe ser reparado conforme a la Ley, es indispensable tomar en consideración los umbrales o impactos tolerados a través de las diversas intervenciones administrativas (20). Aún así, como se comentará posteriormente, el cumplimiento de los valores límite de emisión no conlleva de por sí la ausencia del daño (21), toda vez que los impactos son acumulativos en el tiempo (22). Respecto a elementos como el suelo, procede remitirse al apartado en el que se analiza este aspecto.

2. El problema de las instalaciones antiguas

Otra pregunta que ha de plantearse es qué sucedería en caso de que muchas instalaciones no hubieran debido obtener autorizaciones previas o no se hubieran sometido a evaluación ambiental, por el hecho de que, en el momento en que iniciaron su actividad, la legislación no contemplaba esos mecanismos de intervención. El no sometimiento a controles previos no significa que no estuvieran obligados los promotores a colaborar con la Administración para facilitar información, inspeccionar o sancionar, imponiendo aquélla, incluso, medidas correctoras o exigiendo la implantación de mejoras tecnológicas disponibles (23).

En algunos casos a muchas instalaciones se les ha exigido la actualización de sus títulos habilitantes mediante un régimen transitorio. Podría afirmarse que los riesgos o los eventuales daños que pudieran producirse se consideraban tolerados, controlados o comprobados, por lo que podrían igualmente ajustarse estos supuestos a la exención prevista anteriormente (24).

(20) DOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños...*, cit., 1998, pp. 76 y 77.

(21) YAGUAS MONTERO, G., *El daño no patrimonial...*, cit., 2006, pp. 130 y 131. La autora emplea el término «tolerabilidad» para referirse a esos casos en el que el daño deja de ser antijurídico.

(22) RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico...*, cit., 2008, p. 115. Según el autor, «Sería poco acertado restringir el concepto de daño ecológico puro de tal modo que no pudiese comprender casos de daños causados de un modo distinto a la contaminación. [...] Se trata de un criterio restrictivo para dejar fuera del régimen normativo en cuestión ciertos tipos de daños».

(23) STJUE 1 de junio de 2017 cit. En este caso, al tratarse de una central hidroeléctrica que no se sometió a las condiciones exigidas por la Directiva 2000/60 de aguas, las autoridades competentes están obligadas a comprobar que concurren los requisitos previstos en esa Directiva antes de aprobar una autorización. De ese modo, podrían cerciorarse de que han cumplido los umbrales y demás condiciones exigibles en esa Directiva.

(24) EZEIZABARRENA SÁENZ, X., «Responsabilidad civil ambiental y energía nuclear», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 20, 2011, p. 190. Uno de los problemas se plantea respecto al límite temporal para exigir la responsabilidad, pues el daño puede aparecer mucho tiempo después de haberse cerrado la instalación.

A todo ello se añade que la LRM no se aplica a los daños medioambientales si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó (25). Este plazo se computa desde el día en que la emisión, el suceso o el incidente causante del daño hubieran terminado por completo (26). Este periodo de tiempo es discutible, porque no todas las zonas sufren del mismo modo los impactos de las distintas actividades, ni todas poseen la misma capacidad de recuperación.

En el Anexo I de la Directiva se establece, como momento a partir del cual puede evaluarse la existencia de responsabilidad, el momento en el que se produzca el daño, sin advertir los perjuicios, la contaminación o los efectos que hayan producido las actividades durante su funcionamiento. La actividad puede funcionar con arreglo a umbrales y valores límite adecuados pero el deterioro continuo persiste en función de su resiliencia o de las circunstancias que rodean el entorno (27). El daño puede proceder de una actividad iniciada y concluida con anterioridad a la entrada en vigor de la LRM pero puede manifestarse con posterioridad (28). No obstante, si no se ha llevado a cabo un análisis previo en origen de la situación en la que se encontraban todos aquellos elementos del medio físico, resulta muy complicado afirmar si se ha producido o no el daño y, en caso de respuesta afirmativa, qué medida de reparación es la más adecuada (29). El descubrimiento del daño en origen puede solucionar el problema relativo a las responsabilidades difusas (30). Por el contrario, la falta de datos en torno a la situación o estado básico de los elementos ambientales puede dificultar sensible-

(25) Art. 4 LRM. Al respecto, la Ley aclara que el plazo debe computarse desde el día en que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o el incidente que causó el daño.

(26) LASAGABASTER HERRARTE, I., GARCÍA URETA, A. y LAZCANO BROTONS, I., *Derecho...*, cit., 2007, p. 419.

(27) CASTELLANO, E., RÁBADE, J.M., eta al., «Valoración y reparación...», cit., 2008. Asimismo, MONTERO YANGUAS, G., *El daño...*, cit., 2006, p. 253. Se acoge a la doctrina jurisprudencial que declara que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción se remonta al momento en que se definieron los daños, no cuando comenzaron a causarse. Todo ello atiende a la teoría de los daños continuados.

(28) VALENCIA MARTÍN, G., «El impacto (favorable) de la Directiva 2004/35/CE en el «sistema» español actual de responsabilidad por daños ambientales», en *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español*, Aranzadi, 2005, p. 150.

(29) GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños...*, cit., 1998, p. 174. Expone la virtualidad de los derechos de acceso a la información ambiental, incluso ejercitables ante particulares.

(30) VALENCIA MARTÍN, G., «La responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Administrativo*, 25, 2010. A veces, no abrir expediente sancionador impide determinar las responsabilidades y el incumplimiento de los umbrales y valores asociados a la actividad.

mente la determinación y alcance del daño y, en consecuencia, su reparación en origen.

La falta de sometimiento a regímenes de autorización no les exime a los promotores de cumplir los deberes de información o a implantar las medidas correctoras correspondientes (31). La misma Ley establece que, siendo los daños históricos y continuados, si se manifiestan una vez que ha entrado en vigor, podrá exigirse su reparación con arreglo a la nueva normativa. Se trata de un supuesto de retroactividad impropia que admite el ordenamiento jurídico (32). Todo ello incluye, como se analiza en este trabajo, la situación jurídica de administraciones y operadores cuando se cesa en la actividad. Los controles de tracto sucesivo comentados anteriormente deberían servir para determinar el daño que han sufrido los elementos del medio físico y, en consecuencia, exigir la correspondiente responsabilidad al promotor de la actividad (33). A todos ellos debe añadirse la cláusula de progreso técnico o adaptación a las mejores tecnologías disponibles que recogen las autorizaciones ambientales integradas (34). El problema de estos daños continuados o latentes reside en que no pueden preverse con exactitud y resultará complicado su aseguramiento (35).

IV. La responsabilidad de los operadores

El régimen de responsabilidad objetiva para los operadores autorizados conforme al anexo III consiste en asumir las labores de prevención, evitación y reparación, siempre que medie un nexo causal entre la ac-

(31) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El principio precautorio en la responsabilidad ambiental», *Revista Crítica de Derecho Privado*, 10, 2013, pp. 591-640. Los avances tecnológicos permiten reducir la contaminación, pero a veces implican más riesgos.

(32) GARCÍA AMEZ, J., «La Ley de Responsabilidad Ambiental: una visión crítica y balance de su aplicación», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 30, 2015, p. 445.

(33) Al respecto, en el Anexo III de la Directiva se contemplan las actividades que pueden generar responsabilidad, entre las que se encuentran las sometidas a los controles previos para la prevención y el control integrados de la contaminación; las actividades de gestión, recogida, transporte, recuperación y eliminación de residuos; los vertidos en aguas interiores superficiales o subterráneas sujetas a autorización previa; la captación y represamiento de aguas; el tratamiento de sustancias peligrosas y biocidas; los transportes por carretera, ferrocarril, vías fluviales, marítimo o aéreo; la liberación y confinamiento de Organismos Genéticamente Modificados; la explotación de instalaciones sujetas a una autorización para el control de la contaminación atmosférica; la gestión de los residuos de extracción y la explotación de emplazamientos para el almacenamiento de dióxido de carbono.

(34) SORO MATEO, B., «Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación de la Ley de responsabilidad ambiental», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 35, 2009, p. 211.

(35) RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico...*, cit., 2008, p. 438.

ción u omisión y el daño ocasionado (36). La autoridad debe disponer de indicios plausibles que puedan constituir la base de la presunción de responsabilidad y, con toda seguridad, de la inversión de la carga probatoria (37) o el empleo de una mayor diligencia que la que puede exigirse normalmente (38). En todo caso, han de adoptar las medidas de reparación correspondientes si se han ocasionado daños a los elementos ambientales que contempla la Ley en caso de cese de actividad (39). Ahora bien, si prueban que obraron sin culpa o negligencia pueden recuperar los costes previamente sufragados mediante la acción de repetición (40). Deben demostrar que el daño ha sido causado por una emisión o hecho permitidos por una autorización expresa, y plenamente ajustados a las condiciones en ella fijadas, concedida por, u otorgada de conformidad con las disposiciones reglamentarias y legales nacionales (41). Además, también pueden recuperar los costes si demuestran que las actividades no se habían considerado potencialmente perjudiciales para el medio ambiente según el estado de los conocimientos técnicos y científicos existentes en el momento en que tuvo lugar la emisión o la actividad (riesgos del desarrollo) (42), o que habían sido

(36) JORDANO FRAGA, J., «La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad Medioambiental», *Medio Ambiente & Derecho: Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 12 2005. Acerca de este régimen de responsabilidad objetiva, puede añadirse la opinión de otros autores, como la de DE LAS HERAS OJEDA, M., «Responsabilidad ambiental: el derecho español y comunitario. Medio Ambiente & Derecho», *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 17, 2008. Asimismo, BOLAÑO PIÑEIRO, M.C., «Responsabilidad en la limpieza y recuperación de los suelos declarados contaminados o alterados en la normativa de suelos contaminados», *Revista de administración pública*, 196, 2015, p. 336. También ha de tenerse en cuenta que en materia de contaminación de suelos prevalece la responsabilidad objetiva, sin que, incluso se analice el nexo causal.

(37) STJUE 9 de marzo de 2010, C-378/08, *Raffinerie Mediterranée (ERG) SpA*, aps. 57 y 58. A este régimen general cabe añadir que la autoridad competente no se encuentra obligada a demostrar, para los operadores autorizados, comprendidos en el anexo III de la Directiva (y del anexo III LRM), que han incurrido en culpa o negligencia (ap. 62). Incluso, se afirma que la responsabilidad se les imputa a estos operadores de manera objetiva. Al respecto, véase también RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico...*, cit., 2008, p. 335. El demandado puede verse obligado, incluso, a practicar una prueba diabólica de un hecho negativo. Del mismo modo, parece excesivo, admite el autor, que se requiera a alguien la prueba de una seguridad absoluta o situación de riesgo cero, en la que una actividad, sustancia o instalación es absolutamente inofensiva.

(38) YANGUAS MONTERO, G., *El daño no patrimonial...*, cit., 2006, p. 185.

(39) VALENCIA MARTÍN, G., «La responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Administrativo*, 25, 2010. Califica la responsabilidad como objetiva e ilimitada.

(40) Art. 14.2 LRM. Les corresponde a los operadores la carga probatoria diabólica de demostrar que no incurrieron en culpa o negligencia. Véase DOPAZIO FRAGUÍO, P., «Responsabilidad empresarial por riesgos ambientales en España: implicaciones jurídicas y estratégicas», *Revista de Estudios Jurídicos UNESP*, 20, 2010, pp. 1-24. La autora entiende que ni siquiera es necesario probar el nexo causal entre la acción y omisión del operador del anexo III y el resultado dañoso.

(41) ESTEVE PARDO, J., *Ley de responsabilidad...*, cit., 2008, p. 48.

(42) Art. 8.4 b) Directiva 2004/35.

causadas por terceras personas que ejercieran una actividad, lo que sucede en el caso de los propietarios del suelo que no poseen la condición de operadores (43).

1. Dudas en torno al carácter objetivo de la responsabilidad: incidencia de los procedimientos sancionador, penal y la responsabilidad patrimonial de la Administración

Si bien se contempla aquí una inversión de la carga de la prueba (44) —inherente a un sistema de responsabilidad objetiva— la normativa comunitaria parece distinguir entre la responsabilidad, por un lado, y la culpa, por otro. Un operador incluido en el anexo III, en principio, debe adoptar las medidas de prevención, evitación y reparación, sin perjuicio de que repercuta los costes correspondientes, incluso a la Administración, si demuestra no haber incurrido en culpa o negligencia (45). En sede doctrinal se ha abierto un debate en torno al carácter objetivo de la responsabilidad de los operadores que han resultado absueltos en procedimientos sancionadores o penales, precisamente porque se ha acreditado el cumplimiento de umbrales o condiciones incluidas en las autorizaciones o licencias (46). En aquellos procedimientos no se admite la inversión de la carga de la prueba, con lo que, en ocasiones, ha de esperarse el fallo del juez o tribunal competente, al objeto de que declare determinados hechos como probados (47). La normativa sobre responsabilidad ambien-

(43) STJUE 4 de marzo de 2015, C-534/13, *Fipa Group*, aps. 57 y 58. Se trataba de operadores que habían adquirido terrenos contaminados por actividades anteriores, en concreto, producción de pesticidas o herbicidas. La autoridad italiana les exigía adoptar una serie de medidas que impedirían la transferencia de la contaminación a la capa freática del suelo. Asimismo, véase SAN 19 de julio de 2016, RJCA 2017/272, FD 6.º La existencia de una infraestructura, como tal, podría causar daños, pero su reparación siempre debe proceder de una actividad e imputarse a sus promotores.

(44) ÁLVAREZ LATA, N., «Precisando algunas reglas de la responsabilidad medioambiental: análisis del alcance de las Sentencias del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de marzo de 2010 [TJCE 2010/70 y 2010/69]», *Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011. Se trata de una presunción del nexo causal con inversión de la carga de la prueba.

(45) Se cuestiona abiertamente el carácter objetivo de la responsabilidad, tal y como mencionó LEE, M., «New environmental liabilities LEE, M., «New environmental liabilities: the purpose and scope of the contaminated land regime and the environmental liability Directive», *Environmental Law Review*, 11, 2009, 2009, p. 273.

(46) SORO, B., «Consideraciones críticas...», *cit.*, 2009, p. 211. GARCÍA AMEZ, J., «La Ley de responsabilidad...», *cit.*, 2015, pp. 453 y 454. Asimismo, véase CONDE ANTEQUERA, J., «El deber de restauración derivado de la existencia de responsabilidad del sujeto particular causante del daño ambiental por la infracción administrativa», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 24, 2004, p. 127.

(47) VALENCIA MARTÍN, G., «Responsabilidad...», *cit.*, 2010. A sensu contrario, la declaración de responsabilidad sancionadora o penal comporta someterse al régimen de responsabilidad de la LRM.

tal en estos casos se aplica para la cuantificación del daño más que para la determinación de su alcance o las responsabilidades(48).

Se ha afirmado, incluso, que las mismas condiciones del título determinan si se ha incurrido en responsabilidad por los sujetos autorizados(49) y, en consecuencia, que solamente su inobservancia comportaría la responsabilidad medioambiental(50). En este caso, es más correcto sostener que el operador está obligado a sufragar los costes de restauración y reposición cuando su conducta sea culpable, mientras que, solamente por el riesgo que asumen, han de adoptar medidas de reparación de forma inmediata, ya que se les considera responsables. En un procedimiento posterior les corresponderá demostrar que han respetado las condiciones y umbrales fijados en los títulos, salvo que ya se hayan ventilado las responsabilidades en la vía contencioso-administrativa o penal.

Desde otra perspectiva, también podría plantearse la responsabilidad patrimonial de la Administración si los requisitos o condiciones de la regulación han resultado inadecuados(51). Otro supuesto de responsabilidad patrimonial se deriva de la actuación de la Administración tardía o negligente o la omisión administrativa(52). Lo indispensable en un sistema de responsabilidad consiste en que la reparación debe ser sufragada por un determinado patrimonio que cuente con solvencia suficiente. Así, un promotor que finaliza su actividad en quiebra o si la responsabilidad es difusa, no puede asumir los costes que se derivan de la reposición. Incluso, si afrontara los gastos derivados de la reparación, ¿a quién podría reclamar la recuperación de los costes si no han sido ocasionados por una acción u omisión de la Administración o un tercero? Los cierres de las instalaciones arrastran consigo pérdidas cuantiosas en lo económico o,

(48) Véase al respecto STS 4 de noviembre de 2011, RA 2012/1859, FD 8.º Esta sentencia anula la Orden Ministerial 85/2008, de 16 de enero, por la que se establecían los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y análisis de vertidos de aguas residuales. La sentencia distingue entre la determinación del daño, cuestión que puede regular la normativa específica sobre aguas, y su cuantificación, para lo cual es indispensable la aplicación de la normativa sobre responsabilidad medioambiental.

(49) LAWRENCE, D. y LEE, R., «Talking bout my generation: The remediation liability of waste producers», *Environmental Law Review*, 8, 2006, pp. 105 y 106.

(50) ALENZA GARCÍA, J.F., «El régimen jurídico...», *cit.*, 2005, p. 89. Asimismo, ESTEVE PARDO, J., Ley de responsabilidad..., *cit.*, 2008, p. 49. Se niega a calificar como objetiva o subjetiva la responsabilidad porque entiende que en este tipo de responsabilidad no hay víctimas o personas que puedan considerarse como tales, lo que se relativizan los modelos para calificarla o reconsiderarla.

(51) JORDANO FRAGA, J., «La responsabilidad por daños ambientales en el Derecho de la Unión europea: análisis de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental», en GARCÍA URETA, A. (coord.), *Estudios de Derecho ambiental europeo*, Lete, Bilbao, 2005, pp. 84 y 85.

(52) SORO, B., «Consideraciones críticas...», *cit.*, 2009, p. 220. La autora se refiere a la culpa in vigilando. Asimismo, LOZANO CUTANDA, B., «La responsabilidad por daños...», *cit.*, 2009, p. 17.

simplemente, abandono de la actividad cuando las expectativas no se presentan halagüeñas(53). Se ha sostenido que, bien por riesgos del desarrollo, bien por actuaciones de un tercero, el beneficio que reporta a la sociedad la actividad económica compensa los daños ambientales y corresponde a la Administración adoptar las medidas correspondientes(54).

2. La reparación y el principio coste-beneficio

Entre los criterios para llevar a cabo la reparación, se señala en la normativa la aplicación del principio de coste-beneficio, lo cual puede desvirtuar en cierta medida ese régimen de responsabilidad objetiva(55). En efecto, puede decidirse el cese de las medidas reparadoras si su coste para alcanzar el estado básico o nivel similar es desproporcionado en comparación con los beneficios medioambientales que se vayan a obtener(56). En un escenario de graves dificultades económicas para el operador, la pregunta que se suscita inmediatamente es quién ha de asumir los costes inmediatos o, en su caso, de haberlos abonado el promotor, a quién podría dirigirse para recuperarlos. Una solución, apuntada por la jurisprudencia, puede ser la venta del terreno por precio inferior al del mercado, de modo que la diferencia se emplee para la descontaminación o la adopción de diversas medidas reparadoras(57).

La Administración únicamente se halla obligada a la reparación, si la misma trata de dar cumplimiento a las exigencias de protección y preservación del dominio público o medioambientales, ya que le corresponde velar

(53) MORALO IZA, V.M., «En torno a la inminente incorporación al ordenamiento...», *cit.*, 2006, p. 172.

(54) RUDA GONZÁLEZ, A., *El daño ecológico...*, *cit.*, 2008, p. 428. Además, exigir la responsabilidad al operador en esos casos podría resultar inviable por el carácter imprevisible de los riesgos en que incurre.

(55) JORDANO FRAGA, J., «La responsabilidad...», *cit.*, 2005. Véase también SERRANO PAREDES, O., «En torno a la existencia o no de responsabilidad ambiental por el ejercicio de actividades autorizadas», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 5, 2004, pp. 1385-1399.

(56) Anexo II, punto 1.3.3 Directiva 2004/35. La responsabilidad puede ser conjunta del operador y la Administración. La culpa in vigilando, según la autora, debe ponerse en duda, si bien depende del nivel o intensidad del control. Cuanto más intenso sea, más deberes recaen sobre la Administración para llevar a cabo el control.

(57) STS 11 de junio de 2012 (Sala de lo Civil), RA 2012/6709, FD 5.º y 6.º El Tribunal entiende que, al conocer el comprador el estado en el que se encontraban los terrenos, asumía que la adquisición por precio más bajo se debía a la obligatoriedad de reposición o limpieza del suelo. Al margen de eso, se había dictado una resolución administrativa, corroborada en la vía contencioso-administrativa, que obligaba a la reparación a las entidades implicadas y directamente responsables.

por su correcta gestión y aprovechamiento(58). Se ha interpretado que el sistema administrativo que prevé la LRM tan sólo afectaría al dominio público(59), lo que resulta cuestionable, en tanto que la transferencia de contaminación desde la propiedad privada también puede afectar al medio físico en general(60). En otras ocasiones, la recuperación de los costes deviene mucho más complicada porque recae sobre el operador la carga de culpabilizar a un tercero o ha de demostrar que el riesgo no resultaba previsible según el estado de la ciencia(61). Todo ello explica por qué se ha establecido el régimen de cauciones y garantías, si bien no siempre cubre la totalidad de los gastos(62). Por tanto, a veces la responsabilidad ambiental, más que individualizada, podría entenderse como socializada o colectiva(63), si realmente la Administración debe desempeñar las labores de reparación en última instancia ante la imposibilidad de cumplimiento por los operadores(64).

Ese régimen específico para la recuperación de los costes encuentra una laguna de cierto calado, cual es que se ignora de algún modo el efecto acumulativo de los impactos contaminantes de las activida-

(58) STS 4 de mayo de 2010, RA 3571, FD 4.º Se le imputaba a la Administración responsabilidad por omisión para llevar a cabo el dragado de una zona de la Ría. Sin embargo, estas obras no eran necesarias para mantener el dominio público-marítimo en adecuado estado de conservación.

(59) CONDE ANTEQUERA, J., «El deber de restauración derivado...», *cit.*, 2005, p. 127.

(60) SANZ RUBIALES, I., «Regulación, problemática y régimen jurídico de los suelos contaminados: especial atención tanto a su declaración, inventario y sujetos responsables, como a las diversas acciones que cabe emprender con la finalidad de recuperarlos y repararlos», en GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. (Dir.), *Comentarios sistemáticos...*, *cit.*, 2014, p. 501. Explica la tendencia a extender la responsabilidad sobre los bienes incluso de titularidad privada.

(61) CONDE ANTEQUERA, J., «Responsabilidad y restauración ambiental por riesgos del desarrollo», en PÉREZ ALONSO, E. *et al.*, *Derecho, globalización...*, *cit.*, 2012, p.501. El autor se opone a una cláusula general de exención para asumir los costes de reparación por riesgos al desarrollo y entiende que debe primar el principio de restauración. Asimismo, JORDANO FRAGA, J., «Riesgos del desarrollo como causa de exclusión en la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, monográfico, 5, 2004, p. 45. El autor se muestra contrariado porque estrechar los márgenes de responsabilidad ambiental conlleva quebrar de algún modo el principio de prevención.

(62) DE LAS HERAS, M., «Responsabilidad ambiental...», *cit.*, 2008.

(63) VALENCIA MARTÍN, G., «El impacto...», *cit.*, 2005, p. 153. El autor afirma que es discutible que el operador deba sufragar los costes de una actividad cuya normativa o condiciones ha cumplido estrictamente y parece legítimo exigir a la sociedad que soporte el coste de la reparación de unos daños que la sociedad consiente por considerarlos necesarios.

(64) STSJ Andalucía, de 26 de noviembre de 2010, JUR 2011/131276, FD 4.º En este caso la Administración debe responder porque no ha adoptado las medidas necesarias para paliar el ruido y evitar las perturbaciones que generaba en el vecindario una actividad como la de carnicería. Véase también ZAMBONINO PULITO, M. «El sistema de responsabilidad... 175, *cit.*, 2008. Asimismo, ORTEU BERROCAL, E. y MÁRQUEZ MOLERO, R., «La transposición de la Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales», *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 58.

des(65). Piénsese en factorías que han funcionado durante treinta o cuarenta años sin que hayan sido sancionadas ni haya podido deducirse un leve incumplimiento de las condiciones de la autorización o los valores límite de emisión(66). Como ya lo ha planteado la doctrina, este puede ser un caso propio de responsabilidad difusa, debido a las dificultades probatorias del nexo causal(67). Los costes pueden recuperarse, a tenor de la Ley, mediante el fondo estatal de reparación de daños medioambientales cuando se generen en dominio público estatal o, en su caso, a través de los mecanismos que recojan las legislaciones autonómicas correspondientes(68). En otras palabras, la contaminación prolongada y el impacto ambiental acumulado pueden ser objeto de reparación pero mediante fórmulas de socialización del riesgo a través del dinero de los contribuyentes(69), sin perjuicio de que el elemento del medio físico que ha sufrido el daño presente una recuperación sustancial(70) o, gracias a las nuevas tecnologías, se haya controlado la contaminación o el deterioro del elemento ambiental significativamente(71).

El daño significativo tan sólo puede determinarse en tanto se conoce la situación o el estado básico del elemento ambiental agraviado. Sin esa información no puede conocerse, no ya si ha existido el daño o no, sino el origen del mismo, su evaluación y la atribución de responsabilidad(72). Sin la existencia del daño no puede haber reproche alguno y se excluye la responsabilidad, al basarse ésta en el nexo causal entre acción u omisión y perjuicio causado(73). Se necesita conocer el estado básico del ele-

(65) ALENZA GARCÍA, J.F., «El régimen público de la responsabilidad...», *cit.* 2005, p. 90. Por eso, puede afirmarse que la ausencia de responsabilidad sancionadora no comporta la exclusión de responsabilidad medioambiental. Así, el cumplimiento de la legalidad no excluye la antijuridicidad de la conducta (p. 95).

(66) SERAPHIM FERREIRA, G., «El nuevo régimen jurídico de la responsabilidad por daños ambientales en la Unión Europea. (La Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril)», *Noticias de la Unión Europea*, 273, 2007, p. 12.

(67) GOMIS CATALÁ, L., *Responsabilidad por daños...*, *cit.*, 1998, p. 89.

(68) Art. 34 LRA. Los fondos proceden de recursos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado o, en su caso, de la financiación autonómica, articulada mediante los instrumentos de colaboración interadministrativa.

(69) La Directiva faculta a la autoridad pública para no recuperar los costes, lo que añade un problema más a la socialización del riesgo. Véase SERAPHIM FERREIRA, G., «El nuevo régimen jurídico...», *cit.*, 2007, p. 8.

(70) QUESADA SÁNCHEZ, A.J., «Autorización administrativa y daño en el artículo 14.2 de la ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental: ¿paso adelante o paso atrás?», *Diario La Ley*, 7078. 2008.

(71) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El principio precautorio...», *cit.*, 2010, pp. 598 y 599.

(72) LEE, M., «New environmental liabilities...», *cit.*, 2009, p. 271. El origen del daño resulta esencial para determinar cómo distribuir la responsabilidad entre operadores.

(73) ESTEVE PARDO, J., *La responsabilidad...*, *cit.*, 2008, p. 72. Resulta determinante si el operador conocía o pudo conocer que con su actividad estaba generando un daño o amenaza inminente de que se produzca y que no encontraría cobertura en el título autorizatorio.

mento ambiental, lo que tan sólo será posible mediante los mecanismos de control *ex ante* a los que se sujeta el inicio de la actividad (74). Esta problemática podría evitarse si se acordaran entre operador y Administración medidas adicionales de protección cuya justificación debe probarse por éste en un periodo de tiempo (75).

V. Los controles *ex ante* para el estudio previo de elementos del medio físico afectados

La cuestión que se suscita es si los operadores autorizados o los no autorizados facilitan información suficiente acerca de los elementos del medio físico que pueden resultar afectados por sus actividades, incluidos los hábitats y la biodiversidad. Sin una información exhaustiva de esa situación o estado básico, difícilmente se reparará el daño en origen y, por tanto, las medidas a adoptar para ello pueden resultar inútiles o de escaso valor porque los bienes no van a ser recuperados en la mayor medida de lo posible o las medidas no procurarán una reparación o prevención eficaz (76). A continuación, se lleva a cabo un repaso de la normativa que contempla las técnicas de intervención y se comprobará si, en efecto, tanto la Administración como el operador disponen de la información suficiente para determinar la existencia del daño, su alcance y las medidas de reparación, una vez que ha cesado la actividad.

1. Licencia de actividades clasificadas, comunicaciones previas y declaraciones responsables

Para obtener la licencia de actividad se precisa la previa presentación de la solicitud a la que se adjunta un proyecto técnico. Su contenido no parece contemplar demasiadas especificaciones en torno a los elementos

(74) LAWRENCE, D. y LEE, R., «Talking bout my...», *cit.*, 2006, p. 109. Le corresponde a la persona que ha obtenido el beneficio del elemento del medio físico la carga de la prueba de proveer información a la autoridad para la exclusión de su responsabilidad.

(75) El control más exhaustivo de la actividad permitiría disponer de información de primera mano acerca de las alteraciones que ha sufrido el elemento ambiental. Estas medidas se han implantado en algún cantón de la Confederación suiza, cuyo sistema jurídico-administrativo invita a plantear fórmulas más flexibles de relación con la Administración. Si se emplean pesticidas o se llevan a cabo vertidos, han de justificarse y demostrarse el impacto ambiental que han producido. Véase al respecto, SHEPHEARD, M. y NORER, R., «Increasing water stewardship responsibility: water protection obligations and the watershed management policy affecting farmers in Lucerne, Switzerland», *Environmental Law Review*, 15, 2013, pp. 126 y 127.

(76) QUESADA SÁNCHEZ, A.J., «Autorización administrativa...», *cit.*, 2008.

que pueden sufrir el impacto ambiental(77). El efecto de las actividades clasificadas en el medio ambiente reviste menor gravedad o riesgo que el de aquellas que requieren autorizaciones o declaraciones de impacto, por lo que la falta de exhaustividad y precisión acerca de las informaciones puede estar justificada(78). Ahora bien, como se ha comentado anteriormente, no puede desdeñarse el perjuicio acumulativo de los factores ambientales, como emisiones, residuos o vertidos.

En el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP) se le exige al promotor la presentación de una instancia a la que ha de adjuntarse el proyecto técnico y la memoria descriptiva en que se detallan las características de la actividad, su posible repercusión sobre la sanidad ambiental y los sistemas correctores que se propongan utilizar, con expresión de su grado de eficacia y de seguridad(79). En las leyes autonómicas que han precisado o, incluso, desplazado en muchos de los aspectos al RAMINP, tampoco se contemplan más precisiones en torno al estado básico o primigenio de los posibles elementos del medio físico afectados. No se hace referencia al contenido del proyecto técnico y si debe albergar alguna información adicional, al margen de los factores que inciden en el medio ambiente, como residuos, emisiones, ruidos o vertidos y las medidas correctoras para reducir su impacto(80). A todo ello pueden exigirse informes urbanísticos o estudios acústicos(81).

En la legislación aragonesa, por ejemplo, deben preverse en ese proyecto técnico las formas de restauración del medio afectado y el programa de seguimiento de la actividad afectada, en los casos de desman-

(77) DOMPER FERRANDO, J., *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. II, Civitas, Madrid, 1992, pp. 125-128. Las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas reciben una distinta aplicación práctica, pero, mediante ellas se hace referencia no exclusivamente a cuestiones relacionadas con el medio ambiente, sino también con la salud o el bienestar de las personas, como el ruido o la sanidad. Todos estos aspectos también deberían ser analizados y no siempre una evaluación ambiental del proyecto puede ponderar sus efectos reales en la población.

(78) LASAGABASTER HERRARTE, I., GARCÍA URETA, A. y LAZCANO BROTONS, I., *Derecho ambiental...*, cit., 2007, pp. 167 y 168.

(79) Art. 29 Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

(80) Art. 54 Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental de Navarra. Asimismo, Art. 27.2 Decreto Legislativo 1/2015, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León. En esta norma se destaca fundamentalmente la obligación de incorporar medidas correctoras que se refieran a los factores que inciden en los elementos ambientales.

(81) Art. 53.2 Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención de Contaminación y Calidad Ambiental de la Comunidad Valenciana. Acerca de todo ello, MERINO MOLINS, V., «Los instrumentos de intervención ambiental en la Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control Ambiental de Actividades de la Comunidad Valenciana (II). La licencia ambiental y otros medios de intervención», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 7, 2015, pp. 835 y 836.

telamiento de las instalaciones y cese de la actividad(82). El seguimiento de la actividad también se incluye en los proyectos técnicos para la calificación ambiental en Andalucía, pero, incluso en vía reglamentaria no se impone la obligación de detallar el estado de los elementos afectados(83). En Cataluña la solicitud ha de adjuntar un informe que describa las características del suelo en el que se emplaza la actividad proyectada, siempre y cuando la normativa específica de aplicación defina esa actividad como potencialmente contaminante para el suelo(84). Al superponerse los títulos de intervención, en el proyecto técnico han de figurar aspectos que también deben formar parte del estudio de impacto ambiental, si bien tampoco se detallan las cuestiones que debe reflejar sobre el estado básico de los elementos del medio físico.

En algunos casos los procedimientos para obtener la licencia de actividad sufren variaciones por el hecho de que han de someterse a evaluación de impacto ambiental, lo que obliga al promotor a redactar el estudio de impacto ambiental y a incluir mayor información en el mismo en torno a los elementos del medio físico que pudieran resultar afectados e, incluso, sobre la existencia de un plan de seguimiento respecto a los impactos(85). En el caso de la legislación vasca o valenciana, únicamente debe aportarse el estudio de impacto ambiental(86), si bien habría sido más lógico unificar el procedimiento o bien esperar al pronunciamiento previo o la DIA(87). En la Ley vasca de Medio ambiente se señala la necesidad de incluir en el proyecto la descripción del medio sobre el que se

(82) Art. 76.2 b) Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón.

(83) Art. 9.1 f) Decreto 297/1995, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Calificación Ambiental de Andalucía. Piénsese que este contenido también forma parte del informe previo. Redactado por técnico competente, que debe adjuntarse a la declaración previa o declaración responsable. Así, véase art. 44.5 Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión de la Calidad Ambiental de Andalucía. Véase al respecto, CANO MURCIA, A., «Calificación ambiental y la declaración responsable en la Ley 7/2007, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía. Análisis crítico al Decreto-Ley 3/2015», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 9, 2015, pp. 1137-1142.

(84) Art. 39.1 b) Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control Ambiental de Actividades en Cataluña.

(85) Arts. 33 y 34 Ley 20/2009, de Cataluña. En esta normativa tampoco se recoge nada especial en torno a las características de los elementos ambientales afectados. Véase también arts. 52 y 53 Ley Foral 4/2005 de Navarra. De hecho, se contempla únicamente la descripción del proyecto y su afeción al suelo y otros recursos naturales.

(86) Art. 53.2 b) Ley 6/2014, de la Comunidad Valenciana. Art. 57.1 Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Medio Ambiente del País Vasco.

(87) MERINO MOLINS, V., «Los instrumentos de intervención ambiental en la Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control Ambiental de Actividades de la Comunidad Valenciana (I). La autorización ambiental integrada», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 3, 2015, pp. 323-325.

emplazamiento(88). En otros casos la licencia de actividad se integra en el procedimiento de autorización ambiental. Aun así, no se aprecian diferencias en cuanto al contenido del proyecto técnico(89).

Por lo que se refiere a las comunicaciones previas o a las declaraciones responsables, la legislación no prevé demasiadas precisiones en torno al estado de los elementos del medio físico, si bien puede recogerse, con las limitaciones que ello conlleva, en las memorias o proyectos técnicos que deben ser validados por técnico competente o, en su caso, si así lo exige la legislación sectorial correspondiente, por las entidades de certificación(90). En la Comunidad Autónoma vasca se requiere una «memoria en la que se incorpore la descripción de la actividad y de las medidas implantadas para minimizar el posible impacto de la actividad en el medio ambiente, las personas o sus bienes», sin más detalles en torno al estado del suelo o el resto de elementos ambientales(91). La certificación consiste en verificar que se han adoptado las medidas apropiadas para reducir los impactos posibles, sin que se haga referencia a los elementos del medio físico. Del mismo modo, el objeto de la comunicación estriba en constatar y describir el estado de las instalaciones y sus efectos medioambientales(92). En la Región de Murcia se les habilita a los ayuntamientos para establecer qué tipo de documentación deben presentar las personas que presentan una comunicación previa(93).

2. Autorizaciones ambientales integradas

El Real Decreto legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (LPCIC). Algunas actividades, recogidas en el anexo 1 del RDL, precisan para comenzar su funcionamiento la autorización ambiental integrada en los términos que establece esa misma norma y también el órgano ambiental puede decidir respecto a los valores límite de emisión o las mejo-

(88) Art. 57.1 Ley 3/1998, vasca de Medio Ambiente.

(89) Art. 76.2 Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de la Región de Murcia.

(90) Art. 52.3 y 4 Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control Ambiental de Actividades de Cataluña. Véase también art. 68.4 Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención de Contaminación y Calidad Ambiental de Comunidad Valenciana.

Ley 6/2014, de 25 julio

(91) Art. 62 bis.3 Ley 3/1998, de 27 de febrero de Medio Ambiente del País Vasco.

(92) Art. 43.3 Decreto Legislativo 1/2015, de 12 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León.

(93) Art. 63.4 Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de Región Murcia.

ras tecnológicas disponibles (94). Esta norma parece responder a las necesidades que demanda la responsabilidad ambiental en caso de cese de la actividad (95), si bien, como se comentará posteriormente, también presenta algunas sombras. El titular de la actividad debe evaluar el estado del suelo y la contaminación de las aguas subterráneas por las sustancias peligrosas relevantes utilizadas, producidas o emitidas por la instalación de que se trate, y se le obliga a comunicar al órgano competente los resultados de dicha evaluación (96). Han de distinguirse dos situaciones: cuando al promotor se le exija informe base del estado del suelo y elementos del medio físico; y cuando no se halla obligado a presentar dicho informe con anterioridad al inicio de la actividad (97).

Así, si de la evaluación se desprende que se ha causado una contaminación significativa del suelo o las aguas subterráneas con respecto al estado establecido en el informe base, el titular de la actividad debe adoptar las medidas adecuadas para hacer frente a dicha contaminación, a fin de restablecer el emplazamiento de la instalación a las condiciones en que se encontraba en el momento inicial, antes de comenzar la actividad. Estas medidas han de respetar el anexo II de la Ley 26/2007, sobre Responsabilidad Ambiental. Además, debe repararse en la viabilidad técnica de las medidas (98).

La LPCIC también ha recogido la necesidad de conocer la situación de los elementos ambientales desde el inicio de la actividad. Así, en el proyecto que se adjunta a la solicitud, el promotor ha de informar acerca del estado ambiental del lugar en el que se ubicará la instalación y los posibles impactos que se prevean, incluidos aquellos que puedan originarse al cesar la explotación de la misma. Cuando la actividad implique el uso, producción o emisión de sustancias peligrosas relevantes, teniendo en cuenta la posibilidad de contaminación del suelo y la contaminación de las aguas subterráneas en el emplazamiento de la instalación, se requie-

(94) Acerca de la autorización ambiental integrada, véase PIGRAU SOLÉ, A., CAMPINS ERITJA, M. y BORRÁS PENTINANT, S., «La adopción de una perspectiva integrada en la política comunitaria ambiental: la Directiva 96/61/CE relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación», BAUCCELLS I LLADÓS, J. y VERNET I LLOBET, J. (coord.), *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 39.

(95) LOZANO CUTANDA, B., «El nuevo texto refundido de la ley de prevención y control integrados de la contaminación: mejora normativa y algún retoque», *Diario La Ley*, 8947, 2017. La prevalencia de las autorizaciones ambientales sobre las licencias de actividades clasificadas no comporta de inmediato que éstas no deban ser solicitadas y obtenidas.

(96) Art. 23.2 LPCIC.

(97) LOZANO CUTANDA, B., SÁNCHEZ LAMELAS, A. y PERNAS GARCÍA, J.J., *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada. Doctrina, textos legales y jurisprudencia*, La ley, Madrid, 2012, p. 639. Cuando se produzca el cese de la actividad, este estudio permitirá evaluar si la instalación ha causado una contaminación significativa del suelo o las aguas subterráneas.

(98) Art. 23.2 LPCIC.

rirá un informe base antes de comenzar la explotación de la instalación o antes de la actualización de la autorización. Este informe contendrá la información necesaria para determinar el estado del suelo y las aguas subterráneas, a fin de hacer la comparación cuantitativa con el estado tras el cese definitivo de las actividades (99).

El documento que compone el informe ha de contener información sobre el uso actual y, si estuviera disponible, sobre los usos anteriores del emplazamiento. Si estuviesen disponibles, el promotor debe incluir los análisis de riesgos y los informes existentes regulados en la legislación sobre suelos contaminados en relación con las medidas realizadas en el suelo y las aguas subterráneas que reflejen el estado en el momento de la redacción del informe (100). Como alternativa, el informe debe incluir nuevas medidas adoptadas en el suelo y las aguas subterráneas que guarden relación con la posibilidad de una contaminación por aquellas sustancias peligrosas que vayan a ser utilizadas, producidas o emitidas por la instalación de que se trate (101). Asimismo, puede incluirse la información elaborada con arreglo a la legislación estatal, autonómica o de la Unión Europea, siempre que se ajuste a los requisitos establecidos anteriormente, es decir, desarrolle aquellos aspectos mencionados.

Habría que remontarse al Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, para conocer alguna referencia en torno a qué sustancias o productos pueden considerarse contaminantes del suelo. Incluso, esto puede que no aporte una orientación acertada a tenor de la Ley, ya que ésta menciona el genérico término «sustancias peligrosas», para que los promotores se hallen obligados a presentar un informe preliminar de situación que debe recoger las características técnicas de la actividad y del suelo en que se ubican (102). Piénsese que un remedo del art. 23 LPCIC, que regula el cese de la actividad, había sido incorporado a la Ley 16/2002 (art. 22 bis) por la Ley 5/2013, de 11 de junio, que modifica la anterior, y que tenía por objeto la transposición de la Directiva 2008/1, del Parlamento Europeo y del Consejo que, a su vez, había derogado la Directiva 96/61.

En cuanto a las sustancias peligrosas, en la actualidad, tras la modificación del Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba

(99) Art. 12.1 a) 3.º y f) LPCIC.

(100) DOPAZIO FRAGUÍO, P., «Responsabilidad empresarial...», *cit.*, 2010, p. 126.

(101) LANEGRÁ QUISPE, I.K., «El daño ambiental en la Ley General del Ambiente. Derecho PUCP», *Revista de la Facultad de Derecho*, 70, 2013, pp. 191.

(102) Al respecto, véase art. 3 y anexo II RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. Asimismo, aunque algo alejado de la temática, nótese que el TC, en sentencias 104 y 111/2013 ha considerado que el Gobierno dispone de competencias para establecer el contenido del informe preliminar, al encuadrarse en el ámbito de la legislación básica (FJ 8.º).

el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, debe hacerse la correspondiente remisión al anexo IV del Reglamento comunitario 1272/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas (103). Esta disparidad de conceptos, por un lado, los productos contaminantes y, por otro, las sustancias peligrosas, impide dotarle de coherencia al régimen de responsabilidad ambiental, debido a que no sólo los operadores que emplean sustancias peligrosas ocasionan daños al medio ambiente. A todo ello la Ley introduce un elemento más de confusión: el hecho de ser «relevantes» (104). En cualquier caso, el RD 363/1995 califica como peligrosas para el medio ambiente «las sustancias y preparados que presenten o puedan presentar un peligro inmediato o futuro para uno o más componentes del medio ambiente» (105).

Respecto a los promotores que no precisan informe base, se les conmina a adoptar las medidas necesarias destinadas a retirar, controlar, contener o reducir las sustancias peligrosas relevantes para que, teniendo en cuenta su uso actual o futuro aprobado, el emplazamiento ya no cree un riesgo significativo para la salud humana ni para el medio ambiente (106). El enunciado del artículo en sí mismo causa perplejidad por su redacción o su significado en un primer momento. Por una parte, sólo se les requiere la presentación del informe base a los promotores que usen o produzcan sustancias peligrosas, mientras que aquellos que no estén obligados a elaborar y entregar dicho informe han de adoptar medidas destinadas a retirar, controlar, contener o reducir las sustancias relevantes peligrosas ¿Pueden detectarse sustancias peligrosas si un promotor ha declarado que no las usa y produce? Tal vez, implícitamente la norma se refiere a los daños acumulativos o históricos, en tanto que han podido ser causados por instalaciones anteriores.

El funcionamiento continuado de las instalaciones siempre genera un impacto y un deterioro en los elementos del medio físico que precisa en cualquier caso el restablecimiento, más allá de que se trate o no de sustancias peligrosas. Probablemente, dada la extensión de la lista de

(103) La modificación fue operada por el Real Decreto 717/2010, de 28 de mayo.

(104) PERNAS GARCÍA, J.J., «Integración y coordinación procedimental de la evaluación de impacto ambiental y de la autorización ambiental integrada», en NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dir.), *Evaluación de impacto ambiental. Evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 96.

(105) Art. 2.2 RD 363/1995. Se añade un listado de sustancias que pueden considerarse peligrosas, que incluyen los explosivos, las cancerígenas, las inflamables, las tóxicas, las nocivas, corrosivas o irritantes.

(106) Art. 23.4 LPCIC.

sustancias, entre las que se encuentran las irritantes o corrosivas, parece que muchos más titulares u operadores deberían haber sido obligados a elaborar el informe base (107). Todas estas cargas vienen sensiblemente condicionadas por la tardía entrada en vigor y aplicación de las normas sobre suelos contaminados o, en su caso, la Ley sobre responsabilidad ambiental. Así, una instalación que hubiera funcionado durante veinte años es probable que no disponga de muchos de esos informes, aun habiendo empleado sustancias peligrosas. La LPCIC impone la obligación a los operadores de presentar anualmente información acerca de los valores límite de emisión, además de cumplir los requisitos que obligan a adoptar medidas y a llevar a cabo el control de sustancias peligrosas (108). La Ley no menciona el estado del elemento físico en sí, sino la presencia de sustancias peligrosas o la evolución de los valores límite de emisión.

Por lo que respecta a las legislaciones autonómicas, en Cataluña se ha pretendido implantar una especie de procedimiento administrativo de evaluación que permite al órgano competente de la Administración verificar si se han adoptado medidas de restablecimiento suficientes para permitir el cierre, de modo que el operador que cesa en la actividad se halla condicionado a la comprobación favorable (109). A partir de ese momento debe considerarse que se extinguen las cargas y deberes que pudieran recaer sobre el operador (110). En Andalucía el procedimiento es algo más complejo para el cierre definitivo de la instalación. Además de presentar un proyecto, el órgano ambiental competente debe solicitar un informe al ayuntamiento donde se ubique la instalación y a los órganos y entidades que hubiesen emitido informe vinculante en el procedimiento de concesión de la autorización ambiental integrada. Además de todos ellos, se solicitará dictamen a los órganos competentes en materia de abandono y clausura de depósitos de efluentes líquidos o de lodos procedentes de ac-

(107) LEE, M., «New environmental liabilities...», *cit.*, 2009, p. 270. La autora se cuestiona si el incumplimiento de los estándares y el daño ambiental consiguiente debe basarse exclusivamente en la utilización o no de sustancias peligrosas, no en otros factores, como la contaminación acumulada.

(108) Art. 22.1 i) y j) LPCIC.

(109) Art. 66.4 Ley 20/2009. El Decreto Legislativo 1/2015, de 12 noviembre, de Castilla y León, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Prevención Ambiental, se remite en su art. 48.1 a la legislación estatal básica, es decir, el Texto Refundido comentado anteriormente. Esta verificación aparece más clara en el art. 68.2 Ley 11/2014, de 4 de diciembre, del Parlamento de Aragón, sobre Prevención y protección ambiental.

(110) CASADO CASADO, L., «Novedades en el régimen de prevención y control ambiental de actividades en Cataluña: retroceso en la protección del medio ambiente versus promoción de la actividad económica», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 1, 2012, véase en <http://www.cedat.cat/ca/contacta>.

tividades, mineras, industriales y agrarias, así como otros que considere necesarios (111).

En Cataluña se les obliga a los promotores que presenten solicitud de autorización ambiental a indicar en el proyecto las características del suelo en el que se emplaza la actividad proyectada, siempre y cuando esta actividad esté definida como potencialmente contaminante del suelo por la normativa específica de aplicación (112). Como se aprecia, se emplea el término potencialmente contaminante no sólo por el uso de sustancias peligrosas, más allá de que, como se analizará posteriormente, se requiera un informe de situación o de calidad del suelo (113). En otros casos, la Ley autonómica requiere directamente la presentación del informe base cuando se prevea la posibilidad de contaminación del suelo o aguas subterráneas, si la actividad puede suponer la producción, uso o emisión de sustancias contaminantes (114). En otras comunidades no se hace referencia expresa a la documentación o contenido de la solicitud que analice el estado del suelo o las aguas (115).

3. Declaración de impacto ambiental y ambiental estratégica ordinarias

El órgano ambiental examina los impactos ambientales que ocasionan los proyectos o los planes que afectan a un ámbito territorial más extenso o por su carácter sectorial, así como plantea unas alternativas o solucio-

(111) Art. 41.2 Decreto, de 17 de enero de 2012, de la Junta de Andalucía, que regula autorización ambiental integrada y modifica el Decreto 356/2010, de 3 de agosto de 2010, que regula la autorización ambiental unificada. Se exige una verificación posterior aprobada por una entidad colaboradora en materia de calidad ambiental y el órgano competente podrá comprobar in situ la ejecución de medidas.

(112) Art. 17.1 e) Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Ley Prevención y Control Ambiental de Actividades de Cataluña. En la Región de Murcia se obliga a los promotores a incluir los informes preliminares mencionados en el Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. Aquí se aprecia la diferencia de criterio antes aludida respecto a qué personas deben elaborar los informes base. Se había concluido que les correspondía a los operadores que usen, produzcan o emitan sustancias peligrosas, mientras que en este caso se refiere a «sustancias potencialmente contaminantes». Habrá ocasión más adelante para precisar qué establece al respecto la legislación sobre suelos contaminados.

(113) Este requisito del informe previo es habitual en la legislación de muchas comunidades autónomas, como Andalucía a presentar el informe de situación a los operadores obligados a ello por la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión de la Calidad Ambiental. Véase Decreto 356/2010, de 3 de agosto, de la Junta de Andalucía (art. 14.1).

(114) Art. 36.2 Ley 6/2014, de 25 julio, de Prevención de Contaminación y Calidad Ambiental de Comunidad Valenciana.

(115) Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón; la Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado de Cantabria; art. 11.2 Decreto Legislativo 1/2015, de 12 noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León.

nes que, unidas a las medidas correctoras, permiten conciliar la viabilidad económica y social del proyecto con las exigencias ambientales(116). En teoría, el proyecto sobre el que versa la evaluación ambiental no debería variar si el mismo se somete a autorización ambiental integrada, lo que no siempre sucede(117). Por ello, en este apartado se señalarán las previsiones que establece la legislación en esta materia y que puedan incidir en la determinación del daño ambiental si se produjera el cese de la actividad(118).

La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA) desdobra el procedimiento en dos fases, aunque es más correcto señalar que sólo existe una tramitación ante el órgano ambiental. La anterior se desarrolla ante el órgano sustantivo y permite llevar a cabo consultas y el proceso participativo antes de remitir el Estudio de Impacto Ambiental al órgano ambiental para su examen técnico(119). Ese documento debería contener las características del suelo o de las aguas antes del inicio de la actividad y, sin embargo, en la Ley se silencia ese aspecto(120). La Declaración de Impacto Ambiental (DIA) omite incluir el estado de los elementos del medio físico entre los aspectos a desarrollar(121) y sorprende todo ello porque las medidas correctoras deben basarse en la situación original de aquellos elementos. Sin esa información es difícil saber en qué medida y cómo pueden neutralizarse los impactos ambientales del proyecto(122). Tan sólo el promotor que solicite al órgano ambiental el documento de alcance debe realizar un diagnóstico territorial y del medio

(116) RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., *La evaluación de impacto ambiental*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 265-269.

(117) QUINTANA LÓPEZ, T., «La evaluación ambiental. Hitos de su evolución», en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.) y CASARES MARCOS, A.B. (coord.), *Evaluación de impacto ambiental y evaluación estratégica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. pp. 33 y 34.

(118) NIETO MORENO, J.E., *Elementos estructurales de la Evaluación ambiental de planes y programas*, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Monografía, 17, 2011, pp. 104-109.

(119) GARCÍA URETA, A., «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental», RAP, 194, 2014, p. 331. Véase también, «Apuntes sobre la Ley de Evaluación Ambiental», IeZ (Ingu-rumena eta Zuzenbidea), 12, 2014, pp. 113-123. Asimismo, RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., «Marco jurídico de la evaluación ambiental. La Ley 21/2013, de 9 de diciembre de Evaluación Ambiental», en RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (Dir.), *Régimen jurídico de la evaluación ambiental. Comentario a la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, in toto.

(120) Art. 35.1 LEA.

(121) Art. 45.1 LEA.

(122) GARCÍA URETA, A., «La Directiva 2014/52 de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos», en GARCÍA URETA, A. (coord.), *La Directiva de la Unión Europea de evaluación de impacto ambiental de proyectos: balance de treinta años*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 206. Crítica el hecho de que la Directiva no establezca una enumeración exhaustiva de la información a remitir a la autoridad competente.

ambiente afectado por el proyecto (123). El contenido mínimo del estudio de impacto, previsto en el anexo VI LEA, se ha considerado básico por el TC, sin perjuicio de que las Comunidades autónomas puedan establecer en su normativa contenidos adicionales (124).

Sin embargo, para la evaluación de planes y programas la Ley obliga al promotor a incluir en su declaración ambiental estratégica «Los aspectos relevantes de la situación actual del medio ambiente y su probable evolución en caso de no aplicación del plan o programa» (125). Además, no pueden olvidarse las características ambientales de las zonas afectadas y «su evolución teniendo en cuenta el cambio climático esperado en el plazo de vigencia del plan o programa» (126). De todos modos, estas informaciones no pueden compararse ni asimilarse a los informes base exigidos para determinadas actividades. Así, el legislador presupone que el uso, producción o emisión de sustancias peligrosas se someterá a autorización ambiental integrada y, por ello, entiende apropiado no duplicar los trámites y presentar esa documentación en el procedimiento posterior. Aún así, no deja de sorprender que la adopción de las medidas correctoras se fundamente en descripciones o documentos de alcance cuyo contenido tampoco se halla suficientemente definido (127). Además, la solicitud del documento de alcance se ha convertido en un trámite voluntario para el promotor según la Ley estatal (128). Las comunidades autónomas, en cambio, pueden exigir la solicitud de este documento, al no considerarse un aspecto básico de la legislación ambiental (129).

(123) Art. 34.2 c) LEA. No se definen los aspectos que engloba el término diagnóstico y todo ello le otorga un margen muy amplio al órgano ambiental para elaborar el documento de alcance.

(124) STC 53/2017, de 11 de mayo, FJ 9.º

(125) Véase también, respecto a la evaluación estratégica, el art. 24.2 Ley 14/2014, de 26 diciembre, de Armonización y simplificación en materia de protección del territorio de Canarias. Para la evaluación de proyectos, puede consultarse el art. 32.1 en parecidos términos en cuanto al estudio de impacto ambiental. En los mismos términos se expresa el anexo 3 b) y c) Ley 6/2009, de 28 abril, de Evaluación Ambiental de Cataluña. ROSA MORENO, J., «Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica ambiental)», QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *Evaluación de impacto...*, cit., 2014, p. 123.

(126) Anexo IV LEA.

(127) SANTAMARÍA ARINAS, R.J., «Evaluando al evaluador: razones técnicas, jurídicas y políticas en la evaluación de impacto ambiental de proyectos», en GARCÍA URETA, A. (coord.), *La Directiva de la Unión Europea...*, cit., 2016, p. 49. Pone de manifiesto los términos y criterios tan vagos e indeterminados que recoge la legislación para elaborar el estudio de impacto ambiental, además de aquellos umbrales que pueden considerarse tolerables.

(128) CARBALLEIRA RIVERA, T., «El procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos», en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), *Evaluación de impacto...*, cit., 2014, p. 275.

(129) Véase STC 53/2017, de 11 de mayo, FJ 8.º No se considera básica el art. 34.1, apartado segundo, en lo relativo a considerar voluntario el documento de alcance, de modo que las comunidades autónomas pueden obligar al promotor a solicitarlo al órgano ambiental antes de iniciar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos.

Resulta curiosa la omisión legislativa porque la Directiva en materia de evaluación de impacto ambiental de proyectos obliga al promotor a facilitar una información más detallada que la que señala la LEA. En concreto, debe realizar «una descripción de los aspectos pertinentes de la situación actual del medio ambiente (hipótesis de referencia) y una presentación de su evolución probable en caso de no realización del proyecto en la medida en que los cambios naturales con respecto a la hipótesis de referencia pueden evaluarse mediante un esfuerzo razonable teniendo en cuenta la disponibilidad de información medioambiental y de conocimientos científicos» (130). Esta previsión alberga más sentido y en ese aspecto probablemente la Ley precise alguna modificación.

Con arreglo a la legislación autonómica catalana, deben incluirse en el estudio de impacto las características del suelo en el que se emplaza la actividad proyectada, siempre y cuando esta actividad esté definida como potencialmente contaminante del suelo por la normativa específica de aplicación (131). En Navarra, por ejemplo, no se alude a ningún tipo de información relacionada exclusivamente con los elementos del medio físico, sino con el modo en que pueden resultar afectados por la instalación (132). Más explícita y completa es la Ley manchega, al requerir que el estudio de impacto ambiental contenga «Inventario ambiental, con una descripción de los elementos del medio ambiente que puedan verse afectados de forma apreciable por el proyecto, y en particular la población, la fauna y flora y sus respectivos hábitats, la geomorfología, el suelo, el agua, el aire, el clima, el paisaje, la estructura y función de los ecosistemas naturales, las áreas protegidas y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico, así como, en su caso, sus respectivas interacciones» (133). El aspecto positivo de esta previsión es que no se limita a las características que presenta el suelo, sino que extiende el contenido hasta los hábitats, ecosistemas o la flora.

(130) Anexo IV Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(131) Art. 17.1 Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control Ambiental de Cataluña.

(132) Art. 39.1 a) Ley Foral 4/2005, de 22 marzo, de Intervención para la Protección Ambiental de Navarra. Se entiende, al igual que para el Decreto Legislativo 1/2015, de Castilla y León, que debe aplicarse la normativa estatal para la configuración del contenido del estudio de impacto (art. 56.1). Del mismo modo, la legislación de Aragón mimetiza el contenido de la LEA y no introduce ese examen previo de los elementos del medio físico, ni en el estudio de impacto ni en la declaración. Véase art. 15.2 Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón.

(133) Art. 8.1 c) Ley 4/2007, de 8 marzo, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha. La idea de una suerte de inventario ambiental también la recoge el art. 27.1 c) Ley 11/2006, de 14 de septiembre, de evaluaciones de impacto ambiental y evaluaciones ambientales estratégicas en las Islas Baleares. La Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente del País Vasco obliga a incluir en el estudio un «inventario ambiental y descripción de las interacciones ecológicas o ambientales claves» [art. 45.c)].

4. Legislación sobre residuos y suelos contaminados

La Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos contaminados (LRSC), no permite despejar la incógnita en torno a qué suelos o actividades deben presentar informes acerca de la calidad y estado del suelo. Así, aquella norma prevé que el Gobierno aprobará y publicará una lista de actividades potencialmente contaminantes de suelos. Los titulares de aquéllas han de remitir periódicamente a la Comunidad autónoma correspondiente los informes en los que figure la información que pueda servir de base para la declaración de suelos contaminados(134). La Ley no emplea la expresión «sustancias peligrosas», sino que se refiere a las actividades que pueden causar contaminación, incluso a lo largo de un periodo determinado de tiempo(135). Además, el régimen de responsabilidad es más riguroso que el previsto en la LRM, ya que los operadores o responsables deben asumir los costes, sin que siquiera quepa la inversión de la carga probatoria(136).

A renglón seguido, la Ley ordena a las comunidades autónomas la elaboración de informes de delimitación y declaración de suelos contaminados cuando existan componentes peligrosos procedentes de las actividades humanas. En esos informes han de evaluar los riesgos para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con criterios y estándares que determinará el Gobierno previa consulta a las comunidades autónomas(137). Por tanto, cabe distinguir dos momentos: uno, cuando la actividad es potencialmente contaminante, en la que se exigirán informes periódicos a los promotores(138); y, el otro, en caso de que el suelo sea declarado contaminado, por la presencia de componentes peligrosos para la salud humana o el medio ambiente. Esta última fase pertenece a la reparación o el restablecimiento del bien, mientras que la primera puede considerarse preventiva(139).

En caso de que cese definitivamente la actividad, el órgano ambiental podrá evaluar la calidad del suelo y decidir la reparación o el restablecimiento del mismo, sin perjuicio de que se hayan ocasionado daños a

(134) Art. 33.1 y 2 LRSC. Al respecto, véase BOLAÑO PIÑEIRO, M.C., «Responsabilidad en la limpieza...», *cit.*, 2015, p. 342. Incluso, el listado de sustancias potencialmente contaminantes no es cerrado.

(135) SANZ RUBIALES, I. y DE LA VARGA PASTOR, A., «Regulación, problemática...», en GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. (Dir.), *Comentarios sistemáticos...*, *cit.*, 2014, p. 460.

(136) VALENCIA MARTÍN, G., «Responsabilidad...», *cit.*, 2010. El autor duda en torno a si puede o no aplicarse la exención de sufragar costes a los operadores o propietarios.

(137) Art. 34.1 LRSC.

(138) SANZ RUBIALES, I. y DE LA VARGA PASTOR, A., «Regulación, problemática...», *cit.*, 2014, p. 464. Estos informes consisten, según su criterio, en «La puesta en conocimiento de la Administración de unos datos juzgados relevantes y que entraña un deber de colaboración con ella».

(139) DE MIGUEL PERALES, C., *Régimen jurídico español de los suelos contaminados*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 78-89.

otros elementos del medio físico, como cauces subterráneos, flora y fauna. La responsabilidad por estos últimos se somete a la legislación sobre responsabilidad ambiental, sin perjuicio de que se adopten soluciones conjuntas, al objeto de integrar todos los elementos en un mismo emplazamiento como si fuera desde el origen (140). De este modo, las actividades que se ejerzan con posterioridad disponen de información en torno al estado del suelo desde que comenzaron, lo que facilitará enormemente su reparación o, en su caso, el restablecimiento del resto de elementos del medio físico (141). Ahora bien, de nuevo se suscita el interrogante en torno al modo en que esa reparación desde el origen se llevará a cabo si los promotores que funcionaban con anterioridad a esa fecha no elaboraron una especie de estudio base o un informe de referencia que permita apreciar las diferencias y la alteración de los elementos del medio físico desde el inicio hasta el fin de la actividad.

El informe base, solicitado para la autorización ambiental integrada, si la actividad emplea, produce o emite sustancias peligrosas, coincide aquí en este último aspecto con la declaración de calidad del suelo. De ese modo, las actividades que precisan un informe base también deberán someterse a un informe de calidad del suelo en caso de que se detecte el carácter peligroso de las sustancias o componentes que alberga ese suelo. Otro asunto es que puedan coincidir en cuanto a su alcance, pero lo cierto es que deberían presentar elementos en común y puede plantearse, incluso, la posibilidad de unificar el trámite.

Con un carácter preventivo, se obliga a los operadores a presentar un informe periódico cuyo contenido no se precisa y tan sólo se señala la posibilidad de que sirva de base para la declaración de suelos contaminados (142). Recuérdese que el anexo I del RD 9/2005 detalla todas aquellas actividades potencialmente contaminantes del suelo. Es loable el intento del legislador por alcanzar una definición más acertada del daño ambiental

(140) DE LA VARGA PASTOR, A., *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados*, La Ley, 2012, pp. 123-127.

(141) ALONSO IBÁÑEZ, M.R., *Suelos contaminados, prevención y recuperación ambiental*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 78-85.

(142) Esta obligación de remitir informes periódicos ya se había implantado en el art. 3.1 del RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, y este precepto debe entenderse aplicable hoy en día: «Los titulares de las actividades relacionadas en el anexo I estarán obligados a remitir al órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, en un plazo no superior a dos años, un informe preliminar de situación para cada uno de los suelos en los que se desarrolla dicha actividad, con el alcance y contenido mínimo que se recoge en el anexo II». No obstante, debe notarse que estos informes preliminares de situación deben presentarlos las empresas que se recogen en el anexo I y algunas otras que se indican en el art. 3.2 del RD. Se caracterizan por producir un significativo impacto ambiental, como las que manejan sustancias peligrosas en más de 10 toneladas al año.

en cada caso(143) y, en consecuencia, la obligación de reparar, pero quedan cuestiones pendientes, como la necesidad de que ese informe sea más preciso e incluya diversos elementos del medio físico. Permitiría mejorar el diagnóstico sobre el impacto de la actividad que ha ido generándose con el paso de tiempo y adoptar medidas ante los riesgos que comporta(144). La transferencia de la contaminación entre elementos del medio físico requiere que la regulación de la responsabilidad sea unitaria, pues fragmentar la regulación impide una reparación del daño más integral.

En el ámbito autonómico se han aprobado algunas leyes específicas en esta materia de suelos contaminados, y algunas introducen ciertas particularidades y mayor desarrollo, lo que contribuye a mejorar sensiblemente las cuestiones ligadas a la responsabilidad. La legislación canaria remite al RD 9/2005 para determinar las actividades cuyos titulares deben presentar informes preliminares de situación(145). Sin embargo, el anexo del Decreto canario contempla el alcance y contenido mínimo exigido para ese informe. A continuación, a los promotores que lleven a cabo esas actividades potencialmente contaminantes se les pueden exigir informes de situación del suelo cuando se establezca, amplíe o clausure la actividad, si bien su contenido debe fijarlo el Gobierno por la vía reglamentaria. En Extremadura los propietarios del suelo deben presentar un informe de situación cuando se solicite una autorización para el desarrollo de una actividad no contaminante(146).

Por lo que respecta al contenido de los informes de situación, en la Comunidad de Madrid se ha previsto que se elabore un estudio hidrogeológico y un «muestreo y análisis del suelo y de las aguas subterráneas»(147). Todos estos informes precisan una aprobación previa del órgano ambiental, al objeto de que éste adopte las medidas correspondientes, como mo-

(143) BLÁZQUEZ ALONSO, N. y PICÓ BARANDIARAN, E., «La regulación de los suelos contaminados en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 279, 2013, pp. 119-123.

(144) SANZ RUBIALES, I. y DE LA VARGA PASTOR, A., «Regulación, problemática...», *cit.*, 2014, pp. 503 y 504. En ese sentido, la misma descontaminación o el control sobre el suelo representa un elemento de prevención.

(145) Art. 4 Decreto 147/2007, de 24 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma de Canarias y se crea el Inventario de Suelos Contaminados de Canarias. Se faculta a la Administración a requerir a los promotores nuevos informes complementarios, así como datos, análisis o aclaraciones que permitan evaluar la contaminación del suelo.

(146) Decreto 49/2015, de 30 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma de Extremadura. En parecidos términos en Extremadura la periodicidad de los informes es de 5 años. También prevé informes de situación simplificados que son voluntarios. Véase también art. 5.2 Decreto 60/2009, de 26 de febrero, de Suelos Potencialmente Contaminados y procedimiento para la declaración de suelos contaminados de Galicia.

(147) DT 2.º Decreto 326/1999, de 18 de noviembre, por el que se aprueba el régimen jurídico de los suelos contaminados de la Comunidad de Madrid.

dificar las condiciones de las autorizaciones o las medidas correctoras incluidas en la DIA(148). En la Comunidad Autónoma vasca se distinguen dos procedimientos: uno, la declaración en materia de calidad del suelo y, dos, el procedimiento de declaración de aptitud de uso del suelo. El procedimiento de calidad permite conocer las concentraciones de sustancias en el suelo y en otros elementos, lo que añade más garantías y, en función de ese examen, puede decidirse si el suelo es apto para su uso actual o previsto(149). La declaración de aptitud del suelo, en cambio, tiene por objeto validar la capacidad del suelo exclusivamente para uso industrial. En estos casos se requiere un informe de situación del suelo(150).

Los informes periódicos, a tenor de la legislación vasca, se entregan en un periodo de tiempo que depende de la intensidad de la contaminación y del tipo de actividad. El órgano ambiental les requerirá la entrega de más o menos información en función de esas distintas categorías de actividades(151). El interés por llevar a cabo un examen más exhaustivo de la situación del suelo se refleja en la Ley vasca, al introducir dos figuras como la investigación detallada y la investigación exploratoria de la calidad del suelo. La primera puede ordenarse para permitir una correcta delimitación del tipo, concentración y distribución de las sustancias contaminantes en el suelo y en el resto de medios en los casos en que el riesgo de contaminación no es aceptable. La investigación exploratoria se refiere a una investigación histórica que contribuye a delimitar las sustancias contaminantes que se han liberado en la realización de otras actividades(152). Las declaraciones de calidad del suelo deben emitirse en caso de que cese la actividad o cuando se implante o instale una nueva en un suelo que haya soportado una actividad o instalación potencialmente contaminante(153). Aún así, no se establece la obligatoriedad de un informe de situación para los suelos que en el futuro se usen por actividades potencialmente contaminantes. Al aplicarse la LPCIC, este informe base correspondería a las instalaciones que emitan, produzcan o usen sustancias peligrosas relevantes.

(148) Art. 7 Decreto 60/2009, de 26 de febrero, de Suelos Potencialmente Contaminados y procedimiento para la declaración de suelos contaminados de Galicia. Estas medidas también pueden ser modificadas de oficio con audiencia de las personas interesadas.

(149) BOLAÑO PIÑEIRO, M.C., «Responsabilidad en la limpieza...», *cit.*, 2015, p. 362.

(150) Art. 7.2 y 3 Ley 4/2015, de 25 de junio, de Prevención de la Contaminación del suelo del País Vasco.

(151) Art. 8.2 Ley 4/2015, vasca de Suelos Contaminados.

(152) Arts. 9 y 10 Ley 4/2015, vasca de Suelos Contaminados.

(153) Art. 23.1 a) y c) Ley 4/2015, vasca de Suelos Contaminados. En cualquier caso, ha de examinarse si las medidas de reparación que incluyan la declaración de calidad del suelo van anudadas a una obra previa cuya construcción se somete a la aprobación definitiva y previa del Plan Parcial correspondiente. Véase STSJ País Vasco 29 de mayo de 2014, RJCA 2014/604, FD 8.º y 9.º La declaración de calidad del suelo deviene inválida e ineficaz porque contempla medidas que se refieren a proyectos que, en principio, no se ajustan al Plan Parcial correspondiente.

Por último, en Andalucía los informes históricos de situación también deben ser presentados por los propietarios, en caso de que haya un cambio de uso del suelo y éste haya sido utilizado para realizar actividades potencialmente contaminantes (154). Al hilo de lo que se ha comentado anteriormente para la legislación vasca, en Andalucía no se impone la obligación de llevar a cabo un informe de situación u otro tipo de informe, salvo que sea una actividad que emplee sustancias peligrosas antes del inicio de la actividad. Tan sólo se les obliga a los operadores a dejar constancia de la actividad en el registro correspondiente y a presentar informes periódicos.

VI. Conclusiones

Primera. Al margen del escaso tiempo que lleva aplicándose en España la Ley 26/2007, es una regulación que requiere adaptarse a la crisis del sector secundario, al menos en nuestro entorno, y al hecho de que el desmantelamiento del tejido industrial se perfila como la tendencia en los próximos años. El título de este trabajo menciona la expresión «regulación integradora» para referirse a la necesidad de que la responsabilidad ambiental se rijan por unas normas que no dependan exclusivamente del régimen relativo a las actividades clasificadas, o de la prevención y control integrados de la contaminación o de los suelos contaminados o de la biodiversidad. Si realmente la Unión Europea y los estados pretenden materializar el firme propósito de implantar un único régimen de responsabilidad ambiental, han de afrontar determinadas cuestiones que se exponen a continuación.

Segunda. Si se admite la existencia de daños acumulativos o históricos, como parece que implícitamente se desprende de la legislación, debe aclararse de una vez el régimen de recuperación de costes para los operadores que observen las condiciones establecidas en la autorización. No todos los suelos o los elementos presentan igual grado de resiliencia en función de diferentes factores y, en consecuencia, unos han podido quedar más afectados que otros. Así, más allá de que se hayan cumplido los umbrales, estándares o valores límite de emisión, el operador que cesa en la actividad debe llevar a cabo el correspondiente examen o estudio del elemento del medio físico, si así se lo exige la Administración, o bien elaborar el informe base, de situación o de calidad de suelo, si así le corresponde de acuerdo con la Ley.

Tercera. En la misma Ley de responsabilidad medioambiental o en el reglamento deben precisarse todos aquellos aspectos o materias que debe contener un informe de situación o base. Además, para conocer mejor el

(154) Art. 55.1 Decreto 18/2015, de 27 de enero, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el reglamento que regula el régimen aplicable a los suelos contaminados.

estado básico de los elementos ambientales, la propia legislación en materia de responsabilidad ha de concretar la información exacta que deben presentar los operadores al órgano ambiental, tanto si solicitan una autorización ambiental integrada como si la actividad está sometida a EIA. La determinación del daño, su alcance, las medidas de reparación, el nexo causal, la corrección y la prevención o precaución para el futuro, depende de la información acerca de la situación originaria del elemento ambiental. Un conocimiento vago o no muy exhaustivo puede provocar la transferencia de la contaminación y una deficiente restauración del bien.

Cuarta. Debe preverse expresamente, también a través de la Ley de Responsabilidad Ambiental, que, si los bienes ambientales han sido dañados, la responsabilidad ambiental se dirima exclusivamente a través del procedimiento administrativo que establece la LRM y con las garantías que ésta prevé. Así, si cesa la actividad y el operador ha sido acusado en la vía penal o en la administrativa, se evita una suerte de procedimientos paralelos en la vía administrativa, o la inaplicación de la LRM si se ha incoado un proceso penal o se ha recurrido la sanción en la vía contencioso-administrativa. Si esta opción resulta inviable, al menos el legislador debería precisar qué aspectos deben ser sometidos exclusivamente a la responsabilidad ambiental, como la cuantificación de los daños o qué medidas deben adoptarse.

Quinta. El cese de la actividad viene precedido, en ocasiones, de procesos de quiebra o de dificultades económicas por parte del operador. Asumir el coste de las medidas por parte de la Administración en la actualidad parece una solución de último recurso, toda vez que se les ha obligado a aquellos a suscribir seguros o contratar garantías financieras. Sin embargo, no siempre las coberturas resultan suficientes para sufragar reparaciones y, en esos casos, exigir a la Administración que afronte el coste restante sería desproporcionado si el operador ha obtenido beneficios que luego han ido menguando o desapareciendo.

Sexta. Si se acepta el concepto de daño acumulativo a elementos del medio físico, no solamente por el uso, producción o emisión de sustancias peligrosas, y teniendo en cuenta el principio de precaución, debería exigirse un informe al operador que cesa en la actividad, aunque sólo haya empleado o producido sustancias potencialmente contaminantes. Esta distinción entre sustancias peligrosas y contaminantes o potencialmente contaminantes ignora el carácter continuado, histórico y acumulativo del daño en los elementos del medio físico.

Trabajo recibido el 27 de julio de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Gaur egun jarduera industrialak behera egin du nabarmenki, eta horrek esan nahi du gero eta enpresa gehiagok jarduera utzi behar dutela. Ingurune fisikoari lotutako elementuak kutsatzen duten instalazioak eraikitzen badituzte, ingurumen-erantzukizuna xedatzen duten arauak men egin behar diete, kaltea eta kaltetutako ondasunak berrezartzeko neurriak har ditzaten. Lan honek zalantzak argitzea du xede zenbait gaitan, esaterako, kaltea zehaztu, kalte historikoen edo jarraituen eta operadorearen erantzukizunaren gainean. Halaber, baimenak eta Administrazioak duen esku hartzeko baliabideak aztertzen dira, ezagutzeko ea ezartzen dituzten tresnak ingurumen-erantzukizunari dagozkion arauak osatu, hobetu edo garatzen dituztenak. Azkenik, ingurumen-erantzukizunari araubide batua ematen dioten proposamenak azaltzen dira, behintzat teknikoki funtsezkoak diren kontuetan, adibidez, hartu beharreko neurriak eta diru kopurua zehaztea.

GAKO HITZAK: Erantzukizuna. Ingurumena. Operadoreak. Industria. Uztea.

RESUMEN: En la actualidad ha decrecido sensiblemente la actividad industrial y eso significa que cada vez más empresas deben cesar en su actividad. Si han llevado a cabo actividades que pueden contaminar elementos del medio físico, deberían someterse a las normas sobre responsabilidad medioambiental para determinar el daño y las medidas que han de adoptar para restaurar los bienes dañados. Este trabajo tiene por objeto solventar algunas dudas que presenta la normativa en materia de responsabilidad ambiental en ciertos aspectos, como la determinación del daño, los daños históricos o acumulativos y la responsabilidad del operador. Asimismo, se analizan los permisos y técnicas de intervención administrativa para conocer si establecen mecanismos que complementen, mejoren o desarrollen los remedios que ofrece la normativa sobre responsabilidad ambiental. Por último, se presentan unas propuestas que tienen por objeto dotar de un régimen unificado a la responsabilidad ambiental, al menos en aspectos técnicamente esenciales como las medidas a adoptar y su cuantificación.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad. Medio ambiente. Operadores. Industria. Cese.

ABSTRACT: Currently industrial activity has decreased significantly and that means more and more individual companies need to close it down. In case they settle industrial facilities that can pollute elements of the environment, they should be subject to the rules on environmental liability in order to determine the liability and the measures they must take to restore the damaged goods. This work is aimed at solving some doubts raising the legislation about the environmental liability regarding some aspects, such as the definition of the damage, historical or sustained damages and operator's accountability. Likewise, licences and permits are analyzed in order to know whether they set mechanisms complementing, improving or developing the regulation on environmental liability. Finally, some suggested improvements are proposed that are aimed at achieving a unified regime for the environmental liability, at least on technically essential issues, like the necessary measures and their economic value.

KEYWORDS: Liability. Environment. Operators. Industry. Cessation.

Crisis del Estado de Bienestar y desafíos del siglo XXI: dualismo vital y brecha ciudadana*

Juana María Gil Ruiz

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.04>

Sumario: I. Un paseo por el derecho.—II. Diagnóstico de la posición de las mujeres en la esfera laboral.—III. Austeridad y pacto europeo por la igualdad de género: áreas de intervención. 1. Desempleo y pobreza. 2. Trabajo de cuidados y conciliación. 3. Violencia de género en el contexto de pareja.—IV. Algunas propuestas concluyentes y de mejora.—V. Bibliografía.

I. Un paseo por el derecho

Nos encontramos inmersos en un proceso de plena ebullición social, política y mediática que reclama cambios jurídicos a corto plazo con el ánimo de erradicar las distintas formas de violencia de género y acortar la significativa brecha de disfrute de derechos ciudadanos entre hombres y mujeres. En este sentido, tanto a nivel nacional como autonómico, algunas voces apelan a la urgencia de cambio y anotan en sus agendas modificaciones inminentes al respecto de la reciente apuesta legislativa que, por otra parte, España lleva haciendo apenas unos años atrás. La L.O.3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres acaba de cumplir diez raquíticos años, y la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género (por cierto, recientemente modificada en su artículo 1), pre-adolescente, no llega ni a los trece. En algunas comunidades autónomas, como Andalucía, se anuncia que a inicios de 2018 se presentará el Proyecto de Reforma de la Ley para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía (Ley 12/2007, de 26 de noviembre), erigiéndose en la primera ley que se apruebe por el Parlamento Andaluz a la vuelta de año.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto I+D+i del Ministerio de Economía y Competitividad *Carencias y alternativas jurídico-políticas al tratamiento de las violencias de género: formación e investigación en Derecho Antidiscriminatorio*, DER 2014-57244-R. Responsable principal: Juana María Gil Ruiz.

Sin embargo, tanto anuncio de modificación legislativa requiere, entiendo, tener conocimiento de lo conseguido y de donde nos encontramos jurídica y políticamente hablando. Hallar la puerta de salida en una habitación oscura, reclama ante todo, tomar conciencia de la posición que ocupamos en la misma para dirigirnos —con los menos golpes posibles y de manera certera y firme— hacia el *exit* para la igualdad efectiva ciudadana. Y esto requiere, al menos, reparar en algunos de estos avances jurídicos conseguidos, con no poco esfuerzo, recuperar a sus protagonistas y la metodología desde donde afrontarla y blindar la infraestructura de género que apenas acaba de llegar (que no penetrar) en las estructuras del sistema jurídico y político. Y esto implica: tiempo, conocimiento, reflexión y sobre todo, puesta en marcha —acción— de muchos de los mecanismos ya arbitrados para la consecución de los objetivos de igualdad, pero que esperan la llegada de un mayor compromiso político, de recurso humano más preparado y, sobre todo, de formación en género para poderlo acometer con rigor. Dicho esto, resulta obligado, aunque solo sea brevemente, hacer un breve paseo por el Derecho, y enmarcar los cambios legislativos desde la Constitución hasta nuestros días, en lo que debiera ser un nuevo marco jurídico antisubordiscriminatorio (Gil Ruiz, 2017), que debería hacer convulsionar las estructuras del sistema patriarcal excluyente para una buena parte de la ciudadanía. Sin duda hablamos de retos del siglo xxi, y esto implica partir del conflicto de Género, desde el conocimiento y el compromiso.

El 27 de diciembre de 1978, la Constitución española abrió la puerta formal de la igualdad con un novedoso y deseado artículo 14 que proclamaba que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Probablemente consciente de que un mero principio programático no iba a generar de manera automática la tan anhelada igualdad real, el legislativo constitucional compromete —en el artículo 9.2 C.E.— a los poderes públicos en la lucha por promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; en remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Asimismo, el artículo 35 de nuestra Carta Magna reza: «1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de trabajadores».

Han pasado 39 años de aquella victoria en pro de la libertad y de la igualdad, y la pregunta que nos seguimos planteando es si realmente dicha proclama del artículo 14 se presenta en la actualidad con entidad real desde una perspectiva de género o si, por el contrario, continúa formando parte de las entelequias o de los buenos deseos políticos de un Estado que se califica de Democrático y Social de Derecho. No queremos con esto desmerecer los importantes esfuerzos que se han hecho a nivel jurídico de adecuación de la legislación al principio de no discriminación señalado por la Constitución de 1978 y por la normativa comunitaria, todo lo contrario, pero entendemos que ni la igualdad legal-formal entre hombres y mujeres es suficiente, requiriendo medidas de carácter compensatorio, ni la falacia del igualitarismo jurídico puede llevarnos a «deponer las armas» en la lucha por la igualdad real. No en vano, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), en el contexto de la Estrategia 2020, insiste en tres objetivos más que recurrentes en lo que a las deficiencias de igualdad efectiva ciudadana se refiere; a saber: reducir las desigualdades en cuanto al empleo y protección social; promover un mejor equilibrio entre la vida laboral y privada de mujeres y hombres; y combatir todas las formas de violencia contra las mujeres.

Desde entonces hasta ahora se han modificado leyes, se han puesto en marcha acciones positivas diferenciadoras que pretenden nivelar desigualdades, y se han propuesto medidas —con mayor o menor éxito— con el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades en el empleo, facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar —no tanto la personal—, impulsar la participación de las mujeres o combatir la execrable lacra social que es la violencia de género. Sin duda alguna, la aprobación unánime por todas las fuerzas políticas de la L.O.3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres inaugura un antes y un después en el hacer jurídico y político en torno a la igualdad ciudadana (Gil Ruiz, 2012).

No obstante, y aun cuando escuchemos que la situación de las mujeres ha cambiado sustancialmente en las últimas décadas, en España todavía persiste un importante nivel de desigualdad que pone en entredicho los valores que fundamentan el orden democrático. He aquí algunos datos, a modo de sumario, que constatan dicha aseveración: la participación política de las mujeres, teniendo en cuenta todos los órganos de decisión, se mantiene con índices inferiores a los recomendados por la Unión Europea. El salario medio que perciben las mujeres es inferior al salario medio que perciben los hombres. Las mujeres soportan frecuentemente la acumulación de su jornada laboral al trabajo doméstico no remunerado, y éste es mayoritariamente la única actividad que desempeñan. En el caso de las familias monoparentales, éstas tienen generalmente como cabeza de familia a las madres, que a su vez represen-

tan el porcentaje más alto de parados en esta situación. Las mujeres son las principales beneficiarias de pensiones asistenciales o de viudedad que son las económicamente más bajas.

La necesidad de eliminar las diferencias existentes entre mujeres y hombres requiere la adopción de medidas urgentes que, partiendo de los desequilibrios que caracterizan las actuales relaciones de género, se encaminen a la superación de la discriminación por razón de sexo tanto desde una perspectiva individual como colectiva, con la finalidad de garantizar el derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres(1).

Una mirada al «deber hacer» jurídico-político europeo nos remonta —paradójicamente— a 1992, cuando la Recomendación del Consejo de la CEE, 92/442/CEE de 27 de julio de 1992 de convergencia de los objetivos y políticas de protección social(2), recomienda a los Estados miembros «contribuir a suprimir los obstáculos al ejercicio de una actividad profesional por parte de los padres con medidas que permitan conciliar las responsabilidades familiares y la vida profesional». La necesidad de conciliar la vida familiar y laboral debe percibirse como una condición vinculada de forma inequívoca a la realidad social. De hecho, ya a nivel internacional, la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres celebrada en Pekín, en septiembre de 1995, tras recordarnos que los derechos de las mujeres son derechos humanos, lo consideró objetivo estratégico y fue ratificado, con un compromiso formal, por los 189 Estados allí reunidos. Textualmente: «La igualdad de derechos, de oportunidades y de acceso a los recursos, el reparto igualitario de las responsabilidades respecto de la familia y una relación armoniosa entre mujeres y hombres son indispensables, tanto para su bienestar y el de sus familias, como para la consolidación de la democracia»(3). Y toda esta proclama la inserta en un marco de incorporación del principio del *gender mainstreaming*, como principio vinculante al que deben dirigirse todas las medidas legislativas, y de acción política —que incluye programas y proyectos públicos—. Este principio también fue incorporado por la Unión Europea en su acervo comunitario que reatraviesa desde el Tratado de Ámsterdam (art. 3.2), hasta el Tratado de Lisboa (art.8), sin olvidarnos de Directivas de significativo interés(4) al

(1) Véase la Estrategia 2020. Una estrategia para un crecimiento sostenible e integrador. Comunicación de la Comisión de Bruselas, 3.3.2010, COM (2010) 2020 final.

(2) Recomendación del Consejo 92/442/CEE, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social, en D.O.C.E., n.º L 245/49, 26 de agosto de 1992.

(3) IV Conferencia Mundial sobre las mujeres, Beijing, China, 4 a 15 de septiembre 1995, punto 15.

(4) La Directiva 2006/54, en su artículo 29 afirma: «Transversalidad de la perspectiva de género: Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva».

respecto, que obligaban a los Estados parte a transponer lo suscrito en tanto que *objetivo prioritario* de la Unión Europea. No en vano, se trata «de un principio firme y creciente, en el seno de la Unión Europea. En efecto, ha sido reconocido por el art. 3 del Tratado de Ámsterdam, (también en el art. 8 del Tratado de Lisboa), que ha incluido, como una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de Políticas Europeas, la promoción de la Igualdad de mujeres y hombres en todas las políticas y la eliminación de las discriminaciones. Se incluye como objetivo de la Unión, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (hasta el punto de condicionar) el conjunto de las Políticas Comunitarias al objetivo de la consecución de esa igualdad» (Rey Martínez, 2004). Ello implica que el fin de la igualdad ciudadana no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones y confirma el mayor rango de protección europeo por razón de género frente a otros cortes sistémicos. De este modo, y como puede constatarse en la redacción del artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «Cada Estado miembro *garantizará...*» —lo que implica intervención directa e incondicionada supra-estatal— cuando se trate de discriminaciones producidas por razón de género, frente al resto de causas de discriminación que también interseccionan y reatравiesan al género, pero que no configuran un derecho de eficacia directa por ahora(5). Frente a estas segundas —art. 19TFUE— «(... El Consejo (...) *podrá* adoptar acciones adecuadas)». Asimismo, el ámbito material de protección dispensada se configura distinto para las primeras, más rico y abierto —tocante al ámbito laboral y al no laboral—, frente al resto de causas de discriminación prohibidas que poseen una protección limitada centrada en la esfera laboral(6).

Y no puede ser de otra forma siendo coherentes con el Tratado de la Unión (Lisboa, 2009) y con la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea —que hace suya en su artículo 6.1— que establece (artículo 23 de la Carta) que la «igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse *en todos los ámbitos*, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución» y que «el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado».

(5) Se puede detectar también un cierto mayor grado de protección en la discriminación por razón de etnia, con un ámbito material más abierto que incluye esfera laboral y extra-laboral. Véase la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DOUE, n.º 180 de 19 de junio de 2000.

(6) Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, publicada en DOUEL, n.º 303, de 2 de diciembre de 2000.

De este modo, en el ámbito comunitario, la maternidad y la paternidad han sido contempladas en dos Directivas del Consejo de significativo interés. Nos referimos a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992 que contempla la maternidad desde la perspectiva de la salud y la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o que se halle en el período de lactancia (7); y la Directiva del Consejo 96/34/CEE de 3 de junio de 1996, fruto de un acuerdo entre la UNICE, el Centro Europeo de la Empresa Pública y la Confederación Europea de Sindicatos, derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010, que preveía el permiso parental como derecho individual e intransferible y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor. Se trataba originariamente, según calificó la Eurocámara de «un punto de partida fundamental» en la consecución de la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres, aun cuando se lamentaba de que su adopción hubiera sido a través de una directiva, y no como reglamento con aplicación inmediata. La actual Directiva 2010/18/UE aplica el acuerdo marco revisado, el 18 de junio de 2009, por las organizaciones europeas de interlocutores sociales intersectoriales, matizando e innovando algunos de sus términos. Entre ellos, repárese en la Cláusula 6 de la misma titulada «Reincorporación al trabajo», que introduce —aunque a título indicativo— ciertas prerrogativas del trabajador para adaptar su jornada de trabajo tras el disfrute de un permiso parental.

En esta línea de amplitud del ámbito material de protección antes señalado tampoco pueden desconocerse —centrada en el ámbito laboral— la Directiva (de refundición) 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (8), de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; como la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, referida al ámbito extralaboral.

Asimismo, no debemos olvidar que esta necesidad de conciliar vida personal, familiar y laboral se encuentra enmarcada también dentro del Convenio 156 de 1981 (OIT) sobre personas trabajadoras con responsabilidades familiares, así como la Recomendación 165 (OIT); o en el enfoque

(7) En la actualidad esta regulación, superada por la OIT, pretende ser modificada por otra posterior pero aún no ha logrado ser aprobada.

(8) Esta Directiva refunde —y sustituye desde el 15 de agosto de 2009—, a las Directivas 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al *acceso al empleo*; la Directiva 75/117/CEE relativa a la *igual retribución*, la 86/378/CEE sobre la igualdad de trato en *regímenes profesionales de Seguridad Social* (también modificada por la Directiva 96/97/CEE), y la 97/80/CEE, relativa a la *carga de la prueba* en los casos de discriminación por razón de sexo.

socio-laboral del Convenio 183 de la OIT sobre protección de la maternidad (9) y de la Carta Social Europea incidiendo en la protección «especial» de las trabajadoras.

Dentro del marco jurídico nacional, la necesidad de conciliar vida —personal— familiar y laboral tiene como fundamento los artículos 9.2, 14 y 39 de la Constitución Española, que contemplan, respectivamente, la promoción de las condiciones para que la libertad e igualdad de las personas sean reales y efectivas, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación y la protección social, económica y jurídica de la familia. De este modo la Ley 39/1999, de 9 de noviembre de 1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras estructurada en 22 artículos modificaba el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley General de la Seguridad Social, algunas Leyes reguladoras de la Función Pública, así como el Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas de la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los periodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

Sin embargo, la Ley de Conciliación no ha conseguido —probablemente porque no miraba hacia la corresponsabilidad—, sino todo lo contrario, difuminar las enormes diferencias existentes entre los géneros en el acceso, promoción profesional y condiciones de trabajo. La ley ha resultado ser, paradójicamente, una invitación jurídica a que el empresario no contrate a mujeres en tanto que arbitra, entre otros, permisos retribuidos (art. 37.3.b E.T.), reducciones de jornada (art. 37.4.5 y 6 E.T) y periodos de excedencia (art. 46.3. E.T) ya no sólo para el cuidado y crianza de menores, sino para el cuidado de un familiar enfermo hasta un segundo grado de consanguinidad y/ o afinidad. Pese a que la Ley fue especialmente cuidadosa en el uso del lenguaje y en todo momento habla de «personas trabajadoras», los datos sociológicos vienen a constatar que quien, mayoritariamente, se ocupa de la «ética del cuidado» son las mujeres (10).

(9) No obstante, y pese a centrarse en el ámbito laboral, es importante destacar que el Convenio 183 de la OIT considera que la protección del embarazo es una responsabilidad compartida de gobierno y sociedad, conformado por cinco componentes: licencia de maternidad, protección del empleo, prestaciones dinerarias y médicas, protección de la salud (respecto a un trabajo perjudicial para la salud de la mujer o de la niña o niño) y lactancia. Véase también la Recomendación de la OIT 191 (adoptada el 15 de junio de 2000) que recoge la conveniencia de asegurar la totalidad de las rentas anteriores y aconseja una duración mínima de la prestación de maternidad de 18 semanas,

(10) Según datos de la EPA del primer cuatrimestre de 2017, el 96% de las personas que reducen su jornada laboral para dedicarse al cuidado de menores son mujeres.

Probablemente ésta fue una de las razones, junto al compromiso adquirido con el *gender mainstreaming*, lo que impulsó la aprobación de la L.O.3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modificaba la Ley de Conciliación —por cierto, posteriormente también retocada —nunca mejor dicho— por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de Reforma Laboral. El objeto de la Ley de Igualdad queda recogido en su art. 1.1: «Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuese su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria» y para ello establecerá —según especifica en su apartado 2.º— principios de actuación de los Poderes Públicos, regulando derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y preverá medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.

No obstante, la L.O.3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que nace con vocación de código de igualdad, y que enmarca —dentro del *soft law*— un conjunto de medidas para impulsar de manera fáctica la igualdad efectiva, no termina de conseguir los objetivos ambiciosos, necesarios y urgentes propuestos. Ello ha provocado que algunas voces apunten a la conveniencia de modificar nuevamente la ley por ineficiente; mientras que otras apuntan por perseguir la implementación de la misma y esperar a que el ordenamiento jurídico y político se empape del principio del *gender mainstreaming* y de la metodología de género incorporada al nuevo discurso normativo y político. Sea como fuere, el debate se encuentra en plena ebullición política y ciudadana y requiere de un compromiso social para evitar que esta previsible nueva apuesta legislativa o desarrollo reglamentario pueda seguir abandonando a las mujeres al albur de las necesidades reproductivas sociales o a los abusos patriarcales del sistema productivo.

Sin embargo, sorprende que pese a la urgencia de recuperar este tipo de análisis con perspectiva de género, éstos apenas aparezcan en los discursos dominantes. Si el conflicto de clases fue un elemento clave para entender la existencia del Estado Social o de Bienestar, lo cierto es que el llamado conflicto de Género, lo es para la comprensión de la Crisis Global. Se trata de la expresión más cruda de la crisis sistémica y global en la que estamos inmersos y que descansa, a su vez, en una crisis acumu-

lada y multidimensional que afecta a la Sociedad del Trabajo y, como no a la crisis de los cuidados.

Pues bien, en nuestra línea de (re)pensar y sugerir medidas dirigidas a la eliminación de la discriminación y a la consecución del ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales para las mujeres sobre la base de la igualdad de mujeres y hombres, se nos plantea un enorme reto en el ámbito laboral: encontrar un modelo satisfactorio para mujeres y hombres coherente con las expectativas de la vida familiar y profesional, más aún ante las profundas transformaciones que están afectando al modo en que se relacionan éstos en dichos ámbitos. Ello exige la necesidad de modificar los términos y condiciones en que tienen lugar estas relaciones, a través de una puesta en común que conduzca a la redefinición de la correspondencia de tales espacios y tiempos de trabajo.

Dicho reto, nada fácil, requiere recuperar, en primer lugar, el panorama socio-laboral en el que las mujeres participan, así como mostrar, en segundo lugar, la situación en la que se encuentra nuestro Estado de Bienestar para conocer de manera directa cuáles van a ser algunos de los obstáculos o peligros que deberemos salvar en nuestra reflexión jurídico-política. No hacerlo así, esto es, no tener en cuenta la inversión de la pirámide demográfica, el descenso preocupante de la natalidad y el aumento de la tercera y cuarta edad, la crisis de acumulación, la crisis fiscal y de legitimación del Estado de Bienestar y la imposibilidad de prescindir de una mano de obra barata y auto-estimulada como es la femenina, supondrá volver a perpetrar una nueva violencia contra las mujeres, esta vez de la mano del Derecho y del Estado.

II. Diagnóstico de la posición de las mujeres en la esfera laboral

Siendo conscientes, como diría Alda Facio (Facio, 1993), que a veces, la preocupación —casi obsesiva— por justificar cada una de las aseveraciones —obvias— de la posición penalizada de las mujeres en el ámbito laboral, nos hace perdernos entre datos en demérito de la teoría, lo cierto es que en este momento sí parece conveniente partir de premisas derivadas de la diagnosis sociológica de la presencia ciudadana en el ámbito laboral, eso sí, con perspectiva de género. Estos son algunos datos⁽¹¹⁾ centrados en la realidad española, aun enmarcados en el contexto europeo:

- a) En primer lugar, España posee una de las tasa de ocupación femenina más bajas de la Unión Europea, sólo por encima de Italia y

(11) A lo largo de este epígrafe se mencionan las distintas fuentes consultadas que incluyen, en su rastreo, todos los datos aportados. Se obvia aludir pormenorizadamente a cada una de ellas, para agilizar el texto en pro de una mejor lectura.

Grecia. En este sentido, recientes informes⁽¹²⁾ denuncian que ha aumentado la brecha de género en empleo, al reducirse —tras la crisis— en un 0,24% y situarse en un 42,15% —más de 11 puntos por debajo de la tasa de empleo masculina. En lo que a la tasa de paro femenino se refiere, se ha incrementado en un 0,92%, situándose en el 21,95%, casi tres puntos y medio (3,43%) superior a la de los hombres, y erigiéndose en el segundo país de la Unión Europea con mayor índice de paro de mujeres. La tasa española de paro femenino se sitúa en el 25,4% frente a la europea que alcanza el 10,3%. Triplica la tasa de paro de países como Finlandia o Suecia y llega a quintuplicar la de países como Alemania, Austria y Reino Unido. En conclusión: con datos comparativos de la EPA del segundo cuatrimestre de 2011 y de 2016, hay 63.000 ocupadas menos, el número de asalariadas se ha reducido en 117.400 mujeres y hay 105.400 mujeres más en paro. Los datos del Servicio Público de Empleo muestran una reducción del 1,32% en la contratación femenina. Mientras que en julio de 2011 el porcentaje de mujeres contratadas se situaba en el 45,21%, en el mismo mes de 2016, éste ascendió a 43,89%. Por lo tanto, la diferencia en el porcentaje de contratación a favor de los hombres es de 12,22% y el aumento de la brecha en esta materia una realidad.

- b) En segundo lugar, las diferencias salariales entre mujeres y hombres con idénticos trabajos han aumentado en estos años de crisis, pese a los esfuerzos jurídicos antes mencionados. En España, según los datos de la última Encuesta Anual de Estructura Salarial publicada en 2015, la brecha salarial en 2015 alcanzó el 24% cuando en 2011 la brecha se situaba en 22%, lo que significa que las mujeres tendrían que trabajar 88 días más que los hombres para cobrar lo mismo. En su comparativa europea, la brecha salarial española supera en tres puntos a la comunitaria, con un 19,3% frente al 16,3%, lo que se traduce en una diferencia de más de 6.000 euros en favor de los varones españoles. Esta diferencia se debe, en parte, a que las mujeres se concentran en los tramos de

(12) Informe de UGT de 8 de marzo de 2016 con motivo del Día Internacional de la Mujer Trabajadora. Accesible en internet. Expansión, sección economía, 11/09/2016. Asimismo, puede consultarse el Informe Brecha Salarial 2016, titulado «¿Por qué Carmen gana menos que Juan?», accesible en http://www.ugt-andalucia.com/document_library. Para la realización de este informe se han utilizado como fuentes de datos la Encuesta Anual de Estructura Salarial del Instituto Nacional de Estadística del año 2015, la Encuesta de población activa del IV Trimestre de 2015 y el Informe de Evaluación de Impacto de Género de Andalucía de 2016. Sorprendentemente la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (INE) donde se recogen los datos más actuales, no incorpora datos desagregados por sexo. Recientemente acaban de publicarse los datos del Informe España, más cerca del Este de Europa, «La brecha salarial sectorial de la Unión Europea», de 3 de febrero de 2017, corroborando todas estas constantes aquí señaladas.

salarios más bajos. De hecho, el 67% de los cerca de dos millones de personas trabajadoras que perciben salarios iguales o por debajo del SMI son mujeres, disminuyéndose su presencia conforme se incrementan los salarios. No obstante, no es esta la única razón. Los trabajos de las mujeres con estudios universitarios, sea cual sea su campo, también están peor remunerados. De este modo, quienes finalizaron el primer y segundo ciclo universitario en el curso 2009/10 sufren una diferencia de más de 2.000 euros anuales de sueldo respecto a los varones en 2011, diferencia que aumentó hasta los 2.900 euros en 2014(13).

- c) En el panorama laboral siguen detectándose, pues, una segregación de oficios masculinos/femeninos, siendo las mujeres quienes ocupan puestos de inferior cualificación y poco prestigio social. Esto es así, pese a estar más presentes en todos los niveles de enseñanza no obligatoria, como Bachillerato, FP y Universidad, y pese a obtener mejores resultados académicos. La desigualdad entre hombres y mujeres se acentúa tras la ESO. Los datos desagregados por sexo detectan una mayor concentración de trabajo femenino en sectores donde la brecha salarial es muy acusada; a saber: sector servicios (35,19%), el de actividades administrativas (33%), los científicos (30,73%) o el sector sanitario (29,48%). Las mujeres se concentran en categorías profesionales poco cualificadas (80% de este sector está ocupado por mujeres) y soportan una brecha salarial del 30,4%, lo que no necesariamente indica que no posean cualificación, sino que mujeres sobre-cualificadas se encuentran subpagadas.
- d) Las mujeres siguen ocupándose de los trabajos dentro del hogar (domésticos, de cuidado y reproductivos), trabajos no remunerados ni reconocidos, pero necesarios más que nunca en una situación de crisis del Estado de Bienestar. La diferencia de trabajo realizado se calcula en 91 días más de trabajo no remunerado, lo que supondría que las mujeres en España trabajan un total de 179 días gratis (88 días de brecha salarial + trabajo no remunerado extra); esto es, casi la mitad de un año.
- e) Por otra parte, el índice de empleo femenino a tiempo parcial en España quintuplica al masculino especialmente en lo tocante a quienes tienen descendencia. El 30% de las mujeres con hijos tienen un contrato a tiempo parcial, mientras que en el caso de los padres esta pro-

(13) Véanse los Datos y cifras del sistema universitario español recogidos en *Datos y cifras del curso escolar 2016/2017* del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, 2016. Accesible en internet: www.mecd.gob.es

porción ronda el 6% (14), y esta situación incorpora también parcialidad en los salarios, en las prestaciones sociales de jubilación y en las posibilidades de promoción o estabilización del empleo. Las mujeres representan, según datos de la EPA de enero de 2017, el 72,5% de las personas ocupadas a tiempo parcial y no es por una cuestión de *voluntad*. Según UGT, el 60% de las mujeres que trabajan a tiempo parcial ha declarado no haber podido encontrar trabajo en jornada completa, lo que constata que no se trata de una libre elección de modalidad laboral de las mujeres, sino de una imposición-necesidad; al tiempo que la segunda de las razones —exclusiva de las mujeres— descansa en el cuidado de personas dependientes (menores o personas adultas enfermas, incapacitadas o menores en segundo grado de consanguinidad y/o afinidad). Y esta constante de asignación automática de trabajos a tiempo parcial para las mujeres también puede detectarse a nivel europeo: un 31,5% de mujeres en la Unión Europea trabaja a tiempo parcial, frente al 8,3% de los hombres, siendo el 80% del total de empleo a tiempo parcial desempeñado únicamente que por mujeres. No es de extrañar, pues, que las mujeres en Europa ganen alrededor de un 17,1% menos por hora que sus compañeros varones y que haya tenido que instituirse simbólicamente el 22 de febrero como día europeo por la igualdad salarial.

- f) Todo este panorama debe enmarcarse, a su vez, en el desequilibrio de uno de los pilares que sustenta el Estado de Bienestar. Ya no se encuentra compensado el relevo generacional. Por primera vez, en 2016, el número de óbitos supera al de nacimientos y no podemos desconocer la tendencia de esta dinámica uniformemente acelerada. España sobresale por su preocupante descenso del porcentaje de natalidad en los últimos treinta y cinco años, por debajo del nivel de reemplazo generacional, pasando de ser —en apenas unas décadas— de uno de los más altos de la Unión Europea (sólo superado por Irlanda) al más bajo. Si en 1975, el número medio de hijos/as por mujer era de 2,78, en el momento presente barajamos un tímido 1,32. Se requieren 260.000 nacimientos más al año (15), para poder compensar este *decalage* generacional, ahora enfati-

(14) Datos publicados por Eurostat, newrelease, 45/2016, 7 march 2016. Este informe destaca el incremento de la brecha en contratos a tiempo parcial en mujeres madres, frente a padres con hijos. Asimismo denuncia la enorme brecha salarial —en detrimento de las mujeres trabajadoras— que en la Unión Europea asciende al 16%.

(15) Datos pertenecientes al *Informe de Evolución de la Familia en España, 2016*, del Instituto de Política Familiar (IPF), presentados en Madrid, el 15 de mayo de 2017 con motivo del Día Internacional de la Familia. Curiosamente la previsión a la baja de estos datos fueron anunciados en el informe editado por la Consejería de Economía y Hacienda, a través del Instituto de Estadística de Andalucía, titulado *Hogares y Familias en Andalucía. Evolución y proyección hasta 2016*.

zado por la superación del número de muertes frente al de nacimientos. Y esta situación crítica sólo ha sido comparable con la vida en la I Guerra Mundial, tras la muerte de muchos hombres jóvenes y el retraso consecuente de la maternidad por la crisis económica de 1930. Junto a España, otros países del sur de Europa, como Grecia e Italia, siguen confirmando dicha dinámica: hasta una de cada 4 mujeres nacidas en 1970 podría no tener descendencia y la tendencia parece seguir *in crescendo*. Las mujeres son madres a partir de 32 años (frente a 1976 donde la edad elegida era la de 28,5 años), y algunas comunidades autónomas, como Asturias, Galicia o Canarias ya destacan por la correspondencia de menos de un hijo por mujer. Ya no tenemos recepción de inmigrantes para poder compensar este vacío y tampoco podemos desconocer la importante ratio de emigrantes —mujeres y hombres jóvenes— en busca de oportunidades laborales fuera de España.

- g) Pese a ser el recurso humano más preparado, la mujer debe emplear más tiempo que un hombre para obtener un empleo. De hecho, casi un tercio de las mujeres necesitan más de un año para encontrarlo —siendo la media de 18 meses—, en tanto que la mayor parte de los hombres lo consigue en menos de seis meses. Y aun cuando es conocido el dato de que las empresas con mujeres ejecutivas son más rentables, paradójicamente sólo un 3% las dirige.
- h) Asimismo, el hecho de que la mayoría de las tareas domésticas permanezcan como responsabilidad de las mujeres y los servicios no respondan a la demanda, somete a las mujeres a un permanente estrés, que se traduce en rupturas en la trayectoria laboral, falta de productividad, ausentismo e inestabilidad de las trabajadoras encargadas de asumir las responsabilidades familiares. El retiro del mercado de trabajo en este caso, cualquiera que sea el momento, compromete a largo plazo los ingresos y la calificación necesaria para reincorporarse al mercado de trabajo. El 39% de las mujeres afirma haber renunciado a un empleo o ascenso laboral por tener hijos o personas a su cargo (16). Asimismo, el segundo trimestre de 2016 de la EPA muestra el preocupante número de mujeres (3.374.200) que aún permanecen inactivas por dedicarse al trabajo doméstico, frente a la inactividad en los hombres por esta razón que asciende a 383.300. Y es que son ellas las que renuncian a su carrera profesional (6 de cada 10 mujeres (58,1%) frente al 6,2% de abandono por parte de los hombres; —o incluso creen,

(16) Estudio de la Fundación Pfizer «Conciliación y familia», junio de 2014. Accesible en http://www.fundacionfade.org/images/informe_final_estudio_foro_debate_social_2014.pdf

aun antes de haberse generado esta necesidad— que serán ellas (51,3%) las que tendrán que renunciar (17).

- i) Como consecuencia de este doble trabajo, reproductivo (no remunerado ni reconocido) y productivo, que le obliga a tener que elegir entre «conciliar» o renunciar, (a costa de penalizaciones laborales y/o personales), su posición ante la vejez parte de una clara desventaja quedando su calidad de vida gravemente comprometida. Las mujeres en España (18) cobran casi un 40% menos de pensión que los hombres, situación especialmente preocupante en aquellas que pertenecen al grupo etario de 70 a 74 años. De este modo, frente a los 1.197,19 euros que viene a cobrar un pensionista, las mujeres sólo recibirán 742,81 euros. Hablamos de una diferencia nada desdeñable de 454,38 euros a favor de los varones que se incrementa en las pensiones por enfermedad, donde una mujer cobrará 535 euros menos que ellos. No olvidemos que sólo un 36,91% de las pensiones contributivas disfrutadas por mujeres son por jubilación (19). Además, las mujeres ponen rostro a la pensión no contributiva (el 70% de quienes las reciben son mujeres) y a la precariedad de las pensiones contributivas (el 70,71% de ellas se si-

(17) Datos pertenecientes al *Estudio Somos equipo*, de la asociación Yo no renuncio, presentados en marzo de 2017, y realizado a partir de 24.000 entrevistas a familias españolas en torno a las dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral. Según la socióloga responsable de la investigación, Maite Egoscobal, en atención a los resultados de la misma: «No es el factor económico el que justifica el reparto desigual de tareas, sino que esa desigualdad se debe a estructuras heredadas de una cultura patriarcal». Prueba de ello es que cuando las parejas aportan la misma cantidad de dinero al hogar, la mujer sigue siendo en el 45,2% la principal responsable de las tareas doméstico-familiares, frente al 9% de los hombres.

(18) Con respecto a la brecha en pensión de jubilación por comunidades autónomas, Cataluña se presenta con una distancia superior (37,15%=600 euros menos) al de resto de comunidades como Extremadura (183 euros menos). No obstante, dicha diferencia no se debe tanto a cuestiones de igualdad, sino a que la cuantía media de la pensión de jubilación de los varones en dicha región es la más baja de España, ascendiendo a 975 euros. Ver informes de UGT antes referidos, especialmente el Informe España, Más cerca del Este de Europa, «La brecha salarial sectorial de la Unión Europea», 3 de febrero de 2017.

(19) Especialmente graves han sido los resultados de requerir período de carencia de 15 años para el acceso a la pensión de jubilación, asuntos resueltos por el TJUE, como es el *Asunto Elbal Moreno*, C-385/11- en Sentencia de 22 de noviembre de 2012. En el caso analizado la trabajadora, limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, en jornada parcial de 4 horas a la semana, debía cotizar 100 años para acceder a una ridícula pensión de jubilación de 112,93 euros al mes. Siguiendo las consignas del Tribunal Europeo, el TC falló en asunto similar (STC 61/2013, de 14 de marzo), declarando inconstitucional la regla 2 de la Disposición Adicional 7 de la LGSS, al vulnerar el artículo 14 de la Constitución española y generar una discriminación indirecta por razón de sexo y propició un cambio en la normativa española de la Seguridad Social por medio del RD Ley 11/2013, de 2 de agosto. Actualmente, las reglas específicas relativas a la acción protectora de la Seguridad Social, aplicables a los trabajadores a tiempo parcial se contemplan en los art. 245 a 249 de la TRLGSS, apostándose por el coeficiente de parcialidad acorde con la reducción proporcional de carencia según jornada trabajada respecto a un trabajador a tiempo completo. Al respecto de la sentencia del TC, véase Ron Latas, R.P., 2013.

túan por debajo de 600 euros). Sin duda, todos estos datos analizados y desagregados por sexo, permiten poner rostro a la execrable «feminización de la pobreza».

III. Austeridad y pacto europeo por la igualdad de género: áreas de intervención

Las medidas jurídico-políticas adoptadas, especialmente durante estos años de crisis, no han ayudado, sino todo lo contrario, a conseguir mayores niveles de igualdad fáctica ciudadana. No en vano, las mujeres en España se han visto particularmente afectadas por la política de austeridad que ha recaído, muy especialmente, en recortes del sector público, en tanto que representan el 70% de la mano de obra en el sector. Asimismo, los recortes en la atención pública y los servicios de salud favorecen el retorno a los roles tradicionales de género. A nivel mundial, tal y como indica el *Informe Global de la Brecha de Género* publicado por el Foro Económico Mundial el 25 de octubre de 2016, serán necesarios 170 años (52 años más) para cerrar la brecha económica de género en el mundo, frente a los 118 años previstos en 2015.

Se requieren una red de servicios sociales solventes —también en nuestro sistema de Seguridad Social— para restringir las prácticas más informales de cuidado de las personas; se requiere apostar por la maternidad promoviendo y reconociendo el importante valor de la misma; se requiere una normativa laboral y no sólo laboral (no proteccionista, sino promotora) que reconozca a las mujeres como ciudadanas y no como «colectivo atípico» que demanda soluciones parcheadas... En definitiva, se reclama el enfoque transversal institucional que incorpore la perspectiva de género de manera principal (*gender mainstreaming*) y que destine sus recursos —humanos y económicos— a conseguir el objetivo último ratificado que es la igualdad efectiva ciudadana.

Pasemos a analizar desde una perspectiva de género algunas de las medidas arbitradas en tres ámbitos de intervención —desempleo y pobreza, trabajo de cuidados y violencia de género— y a desvelar el alarmante estado de desprotección de las mujeres, en tanto que ciudadanas, por parte del Estado español.

Recientemente, en febrero de 2015, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha llamado la atención al Estado español por la disconformidad de la legislación interna laboral con los preceptos reconocidos en la Carta Social Europea (centrada en lo socio-laboral), durante el período de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012. La prueba de este corte transversal de la estructura sexo-género lo encontramos por ejemplo en las recientes medidas de reforma laboral adoptadas por el Go-

bierno (Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero), y convalidadas por el TC que, sin duda, repercuten duramente sobre las mujeres. Y es que el aumento de la tasa de pérdidas (y/o precarización) de empleo femenino ha supuesto menor atractivo a su contratación; importantes recortes presupuestarios del sector público (como seguidamente constataremos); la Reforma de la Administración Local; y la consecuente intensificación por parte de las mujeres de tiempos y trabajos no remunerados en el seno del hogar (especialmente de las mujeres con rentas más bajas). Pese a la superación del trámite constitucional, esta reforma no supera el control de convencionalidad según el CEDS (Conclusiones XX-3 de 2014). Asimismo, el Comité Europeo refiere siete conclusiones de no conformidad con la Carta Social Europea que merecen ser mencionadas y observadas con la lupa metodológica del género.

Dichas conclusiones se refieren a: la insuficiencia del salario mínimo profesional; la flexibilidad de tiempo de trabajo; la compensación de las horas extraordinarias; las medidas compensatorias para personas trabajadoras expuestas a riesgos residuales para su salud; el período razonable de preaviso para la terminación del contrato, incluido el período de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores; la inaplicación unilateral del convenio colectivo; la injerencia del Gobierno en el ejercicio del derecho de huelga, a través del arbitraje obligatorio y la criminalización de la participación en huelgas.

Ya con anterioridad, el Comité Europeo de Derechos Sociales había señalado incumplimientos del Estado español (Conclusiones XX-2 (2013) en relación a los derechos del ámbito de la salud y la protección social (art. 3, 11, 12, 13, 14 de la CSE y art. 4 del Protocolo) con claras repercusiones de género, habida cuenta de la importante ratio de mujeres inmigrantes irregulares en nuestro país y de las dificultades de las mujeres para encontrar trabajo. En ellas se declaraba la disconformidad con la Carta Social Europea de las normas internas por las que se excluía del Sistema Nacional de Salud a las personas extranjeras por razón de su estatus irregular. Esta discriminación deriva del *RD 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* y de la *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión de calidad del Sistema Nacional de Salud*, y el *RD 12/2012*, que requería para estar asegurado la residencia legal en España, lo que implicaría la exclusión de facto de la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular, pero también excluía a las personas de nacionalidad española de 25 años sin cotizaciones previas, la mayoría mujeres. Tampoco podemos olvidarnos de la especial vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes —sin papeles— que, en el mejor de los casos, se dedican a empleadas de hogar y/o cuidado de

personas dependientes, o a la prostitución o víctimas de mafias de trata de seres humanos.

El Comité Europeo de Derechos Sociales desecha en su último informe el argumento de la crisis como justificativo de restricciones legales en derechos sociales incluidos en la Carta Social Europea y que, por el contrario, deben ser «*especialmente garantizados*» en estos momentos.

Sin embargo, un inevitable análisis con perspectiva de género a los actuales Presupuestos Generales del Estado de 2016 nos permitirá concluir el abandono de la protección de los derechos de las mujeres como ciudadanas. Partamos de tres áreas de intervención, propias de los tres principales objetivos que se deben alcanzar según el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), en el contexto de la Estrategia 2020, a saber: reducir las desigualdades en cuanto a empleo y protección social; promover un mejor equilibrio entre la vida laboral y privada de mujeres y hombres; y combatir todas las formas de violencia contra las mujeres.

1. Desempleo y pobreza

El Estado español, en estos años de crisis global, ha apostado por una política de recortes que, sin duda, repercute desde un análisis de género, directamente sobre las mujeres como ciudadanas. Algunas de estas medidas son: la incentivación de la contratación a tiempo parcial (modificando el régimen de las horas complementarias, para flexibilizarlo, o suprimiendo la preferencia de acceso a un puesto a tiempo completo); la congelación (o nula subida) del salario mínimo interprofesional; o los recortes en la Protección de desempleo: RAI, desvirtuándose el carácter asistencial de esta prestación; o el aplazamiento *sine die* de una mejora sustantiva de la pensión de viudedad. En este sentido, la reducción de un 22% de la partida de prestaciones ahondará la ya existente brecha de género (22,55% o trabajar 82 días más al año que el varón y ser diplomada universitaria), habida cuenta de que las mujeres cuadruplican su presencia en trabajos a tiempo parcial y de corta temporalidad. Son empleos con pobreza e implican a su vez parcialidad salarial, de promoción profesional y de prestaciones sociales incluidas las de jubilación. En estos últimos cuatro años (2012-2015) la brecha entre la Tasa de paro de mujeres y hombres se ha triplicado. Asimismo, resulta obligado insistir en la omisión del análisis de género en los ingresos y Seguridad Social, cuando las pensiones contributivas y no contributivas vuelven a subir en 2016, el 0,5%, y las pensiones de viudedad están en el centro del debate, siendo las mujeres el 93% de los 2,3 millones de personas que viven de ellas. En

la actualidad, y tras estos años de crisis⁽²⁰⁾ y austericidio, la situación de las mujeres pensionistas se presenta peor y con mayor brecha de género que la existente en 2008.

Todo apunta a la necesidad de revisar el sistema de Seguridad Social, diseñado en su origen, en concordancia con el modelo laboral masculino, en donde el sustentador es el varón trabajador *versus* la esposa dependiente (que no sujeto), objeto de los derechos derivados. Las reglas del sistema retroalimentan esta desigualdad y empuja a las mujeres a la precariedad durante su vida laboral y a la dependencia económica durante el resto de su vida.

Asimismo, se ha reducido la financiación a los ayuntamientos —Ley 27/2013 de reforma de la Ley de Régimen Local— que deja sin recursos a los servicios sociales base, lo que desde una visión de género alerta del abandono de las mujeres y de su prole a la más absoluta pobreza. Es lo que se ha venido llamando feminización de la pobreza. Como muestra, un botón: el 72% de las personas beneficiarias del programa de solidaridad para personas con riesgo de exclusión social de la Junta de Andalucía, son mujeres.

2. Trabajo de cuidados y conciliación

El trabajo reproductivo (sin remuneración ni reconocimiento) sigue estando en manos de las mujeres lo que repercute, ineludiblemente, en las condiciones laborales, nivel de ocupación y tipo de empleo. Si a ello le sumamos la suspensión de la ampliación del permiso de paternidad hasta enero de 2017, la falta de dotación de escuelas infantiles de 0 a 3 años o la nimia subida en dependencia, destinada a disolverla (dentro y fuera de los domicilios), ineludiblemente el empuje y destierro de las mujeres al hogar es inevitable. En 2014 se tramitaron 31.435 excedencias por cuidado de hijo/as, de las cuales el 94% fueron tomadas por mujeres, porcentajes que se ha mantenido en 2015 (92%). No olvidemos tampoco que el 97% de las personas que cuidan a personas dependientes son mujeres —tanto en el caso de las auxiliares de las residencias, como mujeres que se ocupan de ello dentro del hogar— y que 500.000 personas perdieron la ayuda a domicilio.

(20) Al iniciarse la crisis, entre las pensiones medias de uno y otro sexo había una diferencia del 28,7%, manteniéndose prácticamente hasta 2011. En los dos años siguientes, inmersos en ella, la brecha se abrió abruptamente elevándose al 29,6% en 2012 y al 32,6% en 2013. En la actualidad, pese a la leve recuperación, no ha sido posible compensar el *decalage* entre pensiones. Datos recogidos recientemente por Clavero, 2017.

Si a ello le sumamos que España sólo destina a las familias el 1,31% del PIB, frente al 2,2% de media europea (21), y que las prestaciones familiares españolas apenas suponen el 59% de la comunitaria, entenderemos la falta de compromiso político y la dejación de responsabilidades reproductivas en las espaldas de las mujeres.

Y es que las últimas modificaciones acometidas por la Reforma Laboral (22) de 2010 y 2012 han considerado el derecho a la conciliación como un espacio más, susceptible de recortes flexibilizadores unidireccionales (en interés de la empresa) y no como un ámbito que requiere especial protección (23), tal y como exige la Ley de Igualdad y la normativa comunitaria. Algunos ejemplos de esta política de «reprivatización de la reproducción social» son: el cambio en el alcance del derecho subjetivo a la lactancia; la reformulación del alcance de las reducciones de jornada (Pazos Pérez, 2012: 242 y ss) por cuidado de menores o familiares (cómputo diario); el debilitamiento de la negociación colectiva y el empoderamiento de los criterios establecidos por Convenio Colectivo para la concreción horaria de la reducción de jornada por cuidado (art. 37.6 E.T.) y la distribución irregular del 10% de la jornada de trabajo (art. 34 E.T.); la desaparición de las bonificaciones establecidas en el art. 4.2 de la Ley 43/2006, para facilitar la reincorporación de la mujer trabajadora tras la maternidad o la excedencia por cuidado de hija/os; o las modificaciones en la movilidad geográfica (art. 40 E.T.) y modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 E.T.).

3. Violencia de género en el contexto de pareja

Los PGE han aumentado en un 6,3% los recursos destinados a violencia de género en el contexto de pareja, pero siguen estando por debajo de los niveles de 2009 (baja el 10,92%), resultando claramente insuficientes para afrontar esta lacra social. Con la crisis, en apenas tres años, se han reducido en 30% los fondos para prevenir la Violencia. Ya en 2015 se pretendió corregir la cifra incrementando un 8,6% estas partidas (aumentando la partida de Igualdad Efectiva a 20,82 millones y 23,7 millones la

(21) Frente a España y superando la media europea, nos encontramos con países con una inversión significativa del PIB en las familias; a saber: Dinamarca invierte el 4,1% del PIB, Luxemburgo el 3,6% e Irlanda el 3,4%, lo que repercute en un aumento de la natalidad y en la consecuente mejora de la calidad de vida de los miembros que conforman la unidad familiar.

(22) Esta gran Reforma se ha instrumentalizado a través del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de igual título, del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de igual título.

(23) Al respecto, merece la pena la lectura de Ballester, 2012: 99-100. Asimismo, véanse las siempre interesantes aportaciones de Lousada Arochena, 2013.

de Violencia de Género), pero esto supone, en conjunto el 0,01% del presupuesto total, además de ser una cantidad insuficiente para suplir el recorte de los Ayuntamientos antes referido. Esto ha supuesto el cierre de casas de acogida, Centros de la Mujer y la destrucción de 5.000 puestos de trabajo (Gil Ruiz, 2014: 11).

Por supuesto, mucho hay que decir sobre la escasez de recursos para formación en género, exclusión en los *currícula* de asignaturas formativas al respecto (Gil Ruiz, 2014b y 2015), y centralización del enfoque de la violencia en el plano penal (aun deficitaria) en detrimento de la igualdad y del consecuente recorte en medidas educativas, preventivas y sociales. Un dato más de la confluencia de factores discriminatorios en las mujeres lo constata además el nada desdeñable incremento de la violencia de un 33% en las mujeres con discapacidad.

IV. Algunas propuestas concluyentes y de mejora

Acorde con el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2014-2016), destacan dos objetivos —aún caballos de batalla— de especial relevancia para fomentar la igualdad de género en materia de empleo: la lucha contra la discriminación salarial (eje 1) y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, junto a la corresponsabilidad en la asunción de las responsabilidades familiares (eje 2). Sin duda, la necesidad de resaltar y promover el trabajo (en sentido amplio) de las mujeres, sus aptitudes y destrezas, se erige como pieza clave para combatir la brecha de género que, sin duda, también afectará a la clasificación, valoración y promoción profesional.

En tanto que de la resolución de dichos problemas, sin duda, van de la mano, se hace necesario que las relaciones entre el mundo laboral, la esfera doméstica, el Estado y las necesidades sociales, sean transformadas. Y ello es así porque de su superación depende tanto la reproducción social, como el logro de la igualdad material ciudadana. Se exige la corresponsabilidad individual y colectiva, pero también se requiere que las organizaciones, agentes y también instituciones se impliquen en reformular los tiempos y experiencias de la vida de mujeres y hombres, al unísono con lo dispuesto en la Estrategia Europa 2020 y en las Directrices integradas para las políticas económicas de los Estados miembros (2010-2014) (24). Todas

(24) Debe destacarse la Directriz 7.^a de las Directrices integradas en la Recomendación del Consejo de 27.4.2010 SEC (2010) 488 final que establece: «(...) Las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, especialmente entre los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y las mujeres, procurando que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnicos y científico no abandonen sus empleos».

estas constantes hemos de tenerlas muy presentes en un contexto de crisis del Estado de Bienestar como el que estamos padeciendo y que se manifiesta con características claras y alarmantes a corto-medio plazo: Inversión de la pirámide demográfica (descenso drástico de la natalidad e incremento de la 3.^a y 4.^a edad a la que habrá que cuidar); necesidad urgente de reducir gasto público; imposibilidad de prescindir de una mano de obra barata y autoestimulada como es la femenina; e impacto de la 4.^a Revolución Industrial centrada en la robotización y donde las mujeres se encuentran muy mal posicionadas. He aquí algunas de nuestras propuestas de cambio, —no exclusivas sino aproximativas—, centradas, en buena medida, en recuperar el derecho de conciliación como lo que debe ser: un ámbito que requiere de especial protección y promoción⁽²⁵⁾ y que no es susceptible de recortes ni postergaciones.

1. Conformación de una normativa laboral, tanto legal como convencional, que incorpore una perspectiva de género de manera principal y transversal (que supere la tradicional visión masculina y patriarcal). Ello permitirá transcender la configuración de las mujeres como anejos en el ámbito laboral —trabajador atípico— que parece prestar sus servicios a tiempo parcial o con temporalidad.
2. Necesidad de revisar el sistema de Seguridad Social, gestado en un marco de relaciones de trabajo desfasado, pensado en el varón como sustentador de la economía familiar frente a la mujer, esposa —centrada en las tareas de cuidado— y dependiente de sus derechos sociales. Actualmente, el déficit de integración de las mujeres en el mercado laboral —siendo el recurso humano más preparado—, genera un déficit de eficacia, pero también un déficit de equidad. Las desigualdades inter géneros se perpetúan, pero también se retroalimentan, ampliándolas.
3. Necesidad de valorar y reconocer las destrezas y aptitudes de las mujeres, así como su responsabilidad, esfuerzo y condiciones de trabajo⁽²⁶⁾, para subvertir la escala de valoración de factores en los procedimientos cuantitativos (y cualitativos) como técnica de recursos humanos. La constante sobreponderación de los méritos patriarcales (centrados en cuestiones «económicas»), frente a la subestimación de los méritos tradicionalmente considerados femeninos (precisión, destreza, coordinación manual), sigue colocando

(25) Este enfoque es el exigido tanto en L.O.3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, en la jurisprudencia reciente del TC (STC 26/2011), así como en la normativa comunitaria ya referida.

(26) Al respecto, véase la Directiva 2006/53/CE y el trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al informe sobre su aplicación, así como la Guía «Promoción de la Igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos», publicada por la OIT en 2008.

a las mujeres en subsectores productivos —poco reconocidos ni valorados— continuadores de las tradicionales funciones asignadas en el ámbito doméstico.

4. Actuar en educación y concienciación social que debe insistir en la necesidad de apostar por otro modelo de mujer, no lastrado ni hipotecado, dependiente de la dependencia de los demás (esposo+prole+progenitores). Asimismo debe enseñarse la importancia del cuidado (propio y ajeno), y reconocer, en tanto que responsabilidad social (art. 14.7 de la LOIEMH) y colectiva (que no problema individual de las mujeres), la ineludible tarea de conciliación de la vida familiar, laboral y personal, enfocada hacia la corresponsabilidad. Se trata de una cuestión estructural que reclama cambios (Marrades, 2016), aún hoy, no resueltos y que reatraviesa la economía, la política, la cultura, la ética, y por supuesto, el Derecho.
5. Reconocimiento y promoción de la maternidad, en tanto que generadora de bienes sociales y evitar cualquier hermanamiento —formal o informal— con la enfermedad. En este sentido, deben repensarse los permisos de maternidad y paternidad (art. 44 de la LOIEMH) —que han de ser ante todo y sobre todo, intransferibles—. Asimismo debe garantizarse de manera absoluta el retorno al empleo tras el disfrute de cualquier permiso parental y apostar por una política de incentivos al empresariado (ahora eliminados (27)) para compensar cualquier desequilibrio al respecto. En esta línea, el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017 añade la disposición adicional obligatoria que confirma la necesidad de incluir una bonificación (50% en sus aportaciones a la Seguridad Social) para aquellas empresas que destinen a sus trabajadoras embarazadas —con riesgo en el embarazo o durante la lactancia natural— a otro puesto de trabajo o función específica compatible con su estado.
6. Revisión del concepto de flexibilidad del tiempo de trabajo —actualmente unidireccional, en el sentido de adaptación a las necesidades productivas de las empresas— en atención a las necesidades vitales de las personas. Esta prioridad a las necesidades de las empresas, reforzada tras la última reforma laboral por Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de las personas traba-

(27) La disposición derogatoria única, apartado 1, letra f), de la Ley 3/2012, de 6 de julio, deroga el artículo 4.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que regulaba las bonificaciones en las cotizaciones por reingreso tras la maternidad o excedencia por causa de conciliación.

jadoras, no sólo afecta a la «penalizada» reducción de jornada por cuidado de personas enfermas, sino también al impulso de los contratos a tiempo parcial, en detrimento de las mujeres, en tanto que sujeto directamente afectado. Se requiere su urgente revisión y el consecuente impulso a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, (aún más) lastrado tras la posibilidad de horas complementarias «de aceptación voluntaria», así como el establecimiento de la reducción de la jornada con márgenes más abiertos y flexibles, tanto en la reducción mínima como en la máxima, mirando —esta vez— a los ojos de la ciudadanía.

7. Apuesta por una red de servicios sociales solventes para restringir las prácticas más informales de cuidado de las personas (problema a corto-medio plazo con la inversión de la pirámide demográfica y aumento de la tercera y cuarta edad).
8. Impulso de prestaciones⁽²⁸⁾ y subsidios familiares solventes que constituyan un entramado potente de prestaciones de Seguridad Social; a saber: subsidio parental de educación, subsidio por hijo/as de corta edad, ayuda al empleo de cuidado de niño/as (tanto por lo que se refiere al salario como a las cotizaciones sociales), subsidio para el cuidado de niño/as a domicilio (especialmente recomendable para progenitores con horarios penalizados) y potenciación del sistema de guarderías (gratuitas y de calidad). Estas medidas han supuesto que en Francia, el 85,4% de las madres con un vástago de menos de seis años esté trabajando. Asimismo, se deberían arbitrar subsidios pensados para paliar la urgencia y requerimiento de cuidados para la tercera y cuarta edad.
9. Flexibilizar el trabajo remunerado (supresión de la ausencia de horarios, especialmente para las personas trabajadoras de grupos superiores). Se pretende desviar el criterio de valoración de los cuadros desde la tradicional disponibilidad hacia su eficacia.
10. Mejorar y potenciar la promoción laboral de las mujeres tanto en el ámbito privado como público o semi-público. Algunos datos reclaman dicha medida. Con respecto al primero —el ámbito privado— de 2015 a 2016, el porcentaje de mujeres directivas en los Consejos de Administración del Ibex subió apenas del 13% al 20%. En 2017⁽²⁹⁾ el incremento ha sido de un esquelético 1,1% lo que co-

(28) Durante la presentación del proyecto de los Presupuestos Generales de 2017, el Gobierno ha confirmado la previsión de un incremento del 11% del gasto de 2017 para el conjunto de prestaciones que aparecen vinculadas a la cesación temporal en el trabajo por nacimiento de hijo, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia con una dotación de 2.450 millones de euros.

(29) Informe IESE Business School y Atrevia, sobre la presencia de las mujeres en la dirección de las grandes empresas españolas, 2017.

robora una evidente ralentización con respecto al año anterior. En relación al segundo —el ámbito público o semi-público— la RAE es un buen ejemplo de cómo urgen medidas de acción positiva diferenciadora. De casi un total de 500 miembros que han ostentado un lugar en la Academia a lo largo de su historia, sólo 11 han sido mujeres y ninguna ha sido directora. En la actualidad sólo hay 8 de 44 miembros, lo que apenas alcanza un 18% de presencia de mujeres como ciudadanas en el espacio de la palabra (30). Este anacronismo permanente y enquistado probablemente justifique la activación de medidas de acción positiva diferenciadora previstas (art. 11 de la LOIEMH) para motivar cambios en cumplimiento de objetivos previos marcados, en sectores reticentes (31).

11. Impulsar el emprendimiento femenino (En el 2012 se calculaba que un 4% de las mujeres locales había iniciado una actividad por cuenta propia. Tres años más tarde esa cifra aumentó únicamente hasta el 5,4%).
12. Persecución de la obligación general (art. 14 de la Constitución y art. 17.1 ET) y del mandato específico a las empresas, previsto en nuestra legislación laboral (art. 85.1 ET, art. 45 y 46 de la LOIEMH), de actuar para evitar situaciones de discriminación y negociar medidas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Ciertamente es que ateniéndose-

(30) Probablemente la activación de este tipo de medidas de acción positiva diferenciadora que permitiera el acceso de las mujeres —en tanto que mitad de la población— a ámbitos patriarcales muy marcados como es la RAE lograría el avance de medidas jurídicas —por otra parte, impulsadas desde la Unión Europea— como es el uso inclusivo y no sexista del lenguaje en el ámbito administrativo, pero también en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas (art. 14.11 LOIEMH). Asimismo, podrían minimizarse las reticencias existentes por parte de algunos académicos para colaborar con el mandato jurídico de representación ciudadana. Sirvan las palabras de Arturo Pérez Reverte, académico de la RAE, al respecto, recogidas en su artículo «No siempre limpia y da esplendor», y publicadas en su sección Patentes de Corso en *XL Semanal*, de 3 de octubre de 2016: «Y es que, como dije antes, en la RAE hay de todo. Gente noble y valiente y gente que no lo es. Académicos hombres y mujeres de altísimo nivel, y también, como en todas partes, algún tonto del ciruelo y alguna talibancita tonta de la pepitilla. En Felipe IV sigue cumpliéndose aquel viejo dicho; hay académicos que dan lustre a la RAE, y otros a los que la RAE da lustre. Que acabaron ahí por carambolas, cuotas o azares, y deben a la Academia buena parte de lo que son, o aparentan ser, ahora». Estas palabras del «alatrístemente célebre productor de *best sellers*» fueron replicadas por el también académico Francisco Rico, en su artículo «Las académicas y los académicos» en la sección Opinión del diario EL PAÍS, de 14 de octubre de 2016.

(31) Este tipo de medidas —temporales, razonables y proporcionadas— podrían corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres; a saber: infrarrepresentación de mujeres en Cátedras, Investigadoras Principales en Proyectos Competitivos, Altos Tribunales (TC, TS, Presidencia de Tribunales), Reales Academias, entre un largo etcétera que incluye la infrarrepresentación de mujeres en sectores tradicionalmente considerados como masculinos. En esta línea, el Ayuntamiento de Valencia ha previsto la modificación de su Plan de Igualdad para 2017 contemplando acciones positivas para la contratación de mujeres en los puestos de trabajo municipales donde se encuentren infrarrepresentadas, como los de Policía Local y Bomberos, y cuya presencia se eleva apenas a un 12,3% de la plantilla, en el conjunto del área de Protección Ciudadana.

nos a la literalidad de la ley (art. 85.1 ET), ésta repara en el «deber de negociar» pero no en la «obligación de llegar a acuerdos». En la necesidad de fiscalizar que los mandatos jurídicos se cumplan, urge el empoderamiento de los Servicios de Inspección Laboral. La urgencia de evaluar (para evitar su devaluación) la elaboración, ejecución y seguimiento de los Planes de Igualdad de la Empresas obligadas a incorporarlos en su acervo normativo, así como activar una política eficaz de sanciones, en caso de incumplimiento, permitiría acortar la brecha de género (salarial, de promoción y condiciones de trabajo) de cada una de éstas.

13. Relanzar el distintivo de excelencia «Igualdad en la empresa» para premiar las buenas prácticas y los cambios a través del carácter persuasivo (que no solo sancionador) de las medidas jurídicas y políticas arbitradas. Ello facultaría para fomentar en la pequeña y mediana empresa (99.84% de nuestro actual tejido empresarial (32), descontando autónomos) la conveniencia de apostar por la igualdad efectiva ciudadana porque es —aparte de una cuestión de justicia social—, sencillamente, una buena oportunidad para su empresa.

Éstas son sólo algunas de nuestras propuestas, conscientes de las muchas que quedan en el tintero, y de la importancia de apostar, además, por un nuevo modelo de socialización diferencial que no impulse la asignación —predestinada y subordinada— de esferas (doméstica-privada y pública) ni la imposibilidad de saltar de una a otra, sin abandonos ni penalizaciones. No sólo las instancias productivas (mercado y propiedad), y las formales-representativas (procesos judiciales y parlamentos) forman parte del «sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades» (Rawls, 1993: 76). Sabemos de la importancia de la asignación «encubierta» de papeles desde las instituciones socializadoras, asignando una definición social de los sexos.

Sólo redenificinando el modelo de ciudadanía (33) —completa y compleja— y apostando por el paradigma de justicia del «reconocimiento» que parte del «fundamento de que los demás son como uno mismo y que

(32) Según datos proporcionados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, correspondientes a enero de 2017, de un total de 2.839.112 empresas, 4262 corresponden a empresas de más de 250 personas trabajadoras.

(33) A nivel comunitario, BARRÈRE UNZUETA (2003: 47-66) ya lamentó la oportunidad perdida de refundar el concepto de ciudadanía europea tanto por el Tratado de Maastricht de 1992 como por las modificaciones introducidas en Ámsterdam e insistió en la importancia de elaborar un concepto europeo de ciudadanía basado en la igualdad de género. Especialmente interesante resulta su aportación desde la perspectiva iusfeminista en su libro *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites* (2014).

nada que uno se conceda a sí mismo tiene derecho moral a no concedérselo a otro, sino que, al contrario tiene el deber de pensar en el otro como en un sí mismo» (Valcárcel, 1993: 7), conseguiremos un modelo de Estado y de democracia que afronte y resuelva el dualismo vital y extinga, por fin, la brecha ciudadana.

V. Bibliografía

- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2003), «Ciudadanía europea e igualdad de género», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 66, pp. 47-66.
- BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2014), *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites*, Grijley, Perú, 2014.
- BALLESTER PASTOR, M.A (2012), «De cómo la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades», *Revista de Derecho Social*, n.º 57, pp. 99 y ss.
- CABEZA PEREIRO, J. (2012), «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica», *Lan Harremanak/Revista de Relaciones Laborales*, n.º 25.
- CASTAÑO, C. (dir.) (2015), *Las mujeres en la gran recesión: políticas de austeridad, reformas estructurales y retrocesos en la Igualdad de Oportunidades*, Valencia: Cátedra, Colección Feminismos.
- CLAVERO, V. (2017), «Desigualdad. La brecha entre las pensiones de hombres y mujeres se ha ensanchado durante la crisis», *PUBLICO*, 8 de febrero de 2017.
- FACIO MONTEJO, A. (1993), Cuando el Género suena, cambios trae. Una metodología para el análisis del fenómeno jurídico desde la perspectiva de Género, Illanud.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J. (ed.) (2012), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Albacete: Bomarzo.
- GIL RUIZ, J.M. (2012), *Las nuevas Técnicas Legislativas en España*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIL RUIZ, J.M. (2014a), «La Violencia Institucional de Género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 48, pp. 9-18.
- GIL RUIZ, J.M. (2014b), «Introducción de la perspectiva de género en las Titulaciones Jurídicas: hacia una formación reglada», en *Revista de Educación y Derecho. Education and Law Review*, vol. 10.
- GIL RUIZ, J.M. (2015), «Formación en Derecho Antidiscriminatorio: carencias e incumplimientos institucionales», *Revista ACADEMIA. Revista sobre enseñanza en Derecho*, vol. 26, año 13, Argentina, pp. 49-77.
- GIL RUIZ, J.M. (2017), «En torno al artículo 14 de la CEDJ: Concepto, jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa», en

- Revista Quaestio Iuris*, Vol. 10, n.º 02, Río de Janeiro, pp. 919-954. DOI: 10.12957/rqi.201727702.
- GIL RUIZ, J.M. (2017), «Towards a modern antidiscrimination Law», en *European Law Journal* (en revisión).
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2013), «La reforma laboral en perspectiva de género», XIV Congreso Nacional de Abogados Laboralistas, organizado por la Asociación Nacional de Abogados Laboralistas, A Coruña.
- MARRADES, A. (2016), «Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del Pacto Social», en *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 97, pp. 209-242.
- PAZOS PÉREZ, A. (2012), «La reducción de jornada tras las últimas reformas legislativas», en FERNÁNDEZ PRIETO, M. y CABEZA PEREIRO, J. (ed.), *Políticas de conciliación, permisos parentales y empleo*, Albacete: Bomarzo, pp. 242 y ss.
- RAWLS, J. (1993), *Teoría de la Justicia*, Madrid: FCE.
- REY-MARTÍNEZ, F. (2004), «Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 14, pp. 500-523.
- RON LATAS, R.P. (2013), «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2013, de 14 de marzo, sobre la cuestión de constitucionalidad sobre pensiones de jubilación para trabajadores a tiempo parcial», *Revista Aequalitas*, n.º 32.
- VALCÁRCEL, A. (1993), *Del miedo a la igualdad*, Barcelona: Crítica.

Trabajo recibido el 9 de junio de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Klaseen gatazka elementu giltzarria izan zen aurreko mendeko estatu soziala edo ongizate-estatua ulertzeko; XXI. mendeko mundu mailako krisia ulertzeko, ordea, genero-gatazka deiturikoa da elementu giltzarria, eta, zalan-tzarik gabe, aro berri honetako erronkak ezaugarritzen ditu. Artikulu honek bere egiten du genero-metodologia, eta, Europako nahiz estatuko araudiaren bilakara-testuinguruan eta emakumeek lan-eremuan duten kokalekuaren diagnostikotik abiatuta, Espainiak ongizate-estatuaren krisiaren aurrean emandako erantzuna eta emakumeek hiritar diren heinean duten babesgabetasuna jorratzen dira. Era berean, hobetzeari begirako proposamen juridiko-politiko batzuk aurreratuko dira, ongizate-estatuaren egungo desoreketatik abiatuta, epe labur-ertainean herritarren gainera eroriko diren arrisku batzuk ahaztu gabe. *Lege ferenda*-ko proposamen horiek —ez eskusiboak, gutxi gorabeherakoak baizik—, bizi-dualismoa eta herritarren banaketa konpontzeari begirakoak, hein handi batean zentratuko dira kontziliazio-eskubidea berreskuratzeko arloan, kontziliazio-eskubide horrek izan behar duen horretatik abiatuta: babes eta sustapen berezia behar dituen eremua da, murrizketarik edo luzamendurik onartzen ez duena.

GAKO HITZAK: Ongizate-estatuaren krisia. Herritarren banaketa. Lan-merkatura. Lan-eskubideak. Gizarte-prestazioak. Erantzunkidetasuna. Egiturazko berdintasunik eza. *Gender mainstreaming*. Aurrekontu-murrizketak. Herritarrak.

RESUMEN: Si el conflicto de clases fue un elemento clave para entender la existencia del Estado Social o de Bienestar en el siglo pasado, lo cierto es que el llamado conflicto de Género, lo es para la comprensión de la Crisis Global del siglo XXI y enmarca, sin duda, los nuevos desafíos de esta nueva era. Este artículo hace suyo la metodología de género y aborda —en un contexto de evolución normativa europea y nacional y partiendo del diagnóstico de la posición de las mujeres en la esfera laboral—, la respuesta española ante la crisis del Estado de Bienestar y la desprotección de éstas en tanto que ciudadanas. Asimismo, se avanzarán algunas propuestas jurídico-políticas concluyentes y de mejora, partiendo de los desequilibrios actuales del Estado de Bienestar, sin obviar algunos de los peligros que se ciernen a corto-medio plazo sobre la ciudadanía. Estas propuestas de *lege ferenda* —no exclusivas sino aproximativas— dirigidas a resolver el dualismo vital y la brecha ciudadana, se centrarán en buena medida, en recuperar el derecho de conciliación como lo que debe ser: un ámbito que requiere de especial protección y promoción y que no es susceptible de recortes ni postergaciones.

PALABRAS CLAVE: Crisis del Estado de Bienestar. Brecha ciudadana. Mercado laboral. Derechos laborales. Prestaciones sociales. Corresponsabilidad. Desigualdad estructural. *Gender mainstreaming*. Recortes presupuestarios. Ciudadanía.

ABSTRACT: If the Class conflict was key for the understanding of the welfare state in the last century, the so-called Gender conflict has become fundamental for a similar understanding of the 21st century Global Crisis and its challenging consequences. This article supports the gender methodology and addresses —in

the context of the evolution of national and European legislations on the basis of the women status in the labour market—, the Spanish response to the crisis of the welfare state and the lack of protection of women as citizens. In addition, insofar Spain must respond to the commitments made to Europe regarding the public agenda, some conclusive legal and political proposals and improvements will be made in this paper, based on the current imbalances of the welfare state, without neglecting some of the dangers in the short-medium term of the citizenship. These *lege ferenda* proposals —not comprehensive but rather approximate— are aimed at resolving the vital dualism and the citizenship gap. They will focus, to a great extent, on recovering the right of conciliation as what it should be: an area that requires special protection and promotion and which is not susceptible to cuts or any further delays.

KEYWORDS: Welfare state crisis. Citizenship gap. Labour market. Labour rights. Social benefits. Joint responsibility. Structural inequality. *Gender mainstreaming*. Budget cuts. Citizenship.

Las medidas provisionales administrativas. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Belén Marina Jalvo

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.05>

Sumario: I. Consideraciones generales.—II. Ámbito de aplicación de la regulación establecida por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.—III. Finalidades que pueden ser atendidas con la adopción de medidas provisionales.—IV. Momento de adopción de las medidas provisionales: 1. En especial, el régimen de adopción de las medidas previas al inicio del procedimiento.—V. La audiencia previa al interesado.—VI. Principios rectores de la adopción de medidas provisionales.—VII. La necesaria motivación del acuerdo de adopción de medidas provisionales.—VIII. Las medidas provisionales de posible adopción en los procedimientos administrativos: 1. La remisión a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 2. Medidas provisionales de posible adopción.—IX. Valoración final.

I. Consideraciones generales

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC, en adelante), regula en su art. 56 las medidas provisionales, que podrán tener por objeto asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer en el procedimiento administrativo, la protección provisional de los intereses implicados o, tal como también ahora menciona expresamente la LPAC, la protección de los derechos de los interesados o la efectividad de la resolución final. Todo ello, si existiesen elementos de juicio suficiente, es decir, si la efectividad de la resolución final o de los intereses o derechos mencionados resultase amenazada durante la tramitación del procedimiento.

Las medidas provisionales podrán acordarse antes de la iniciación del procedimiento administrativo o iniciado dicho procedimiento [apartados 2) y 1) del art. 56 LPAC, respectivamente], según preveía ya el art. 72 de la

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en lo sucesivo)(1).

Tal como ya señalaba la LRJPAC(2), no podrán adoptarse medidas provisionales que puedan causar perjuicios de imposible o difícil reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes(3).

También en línea de continuidad con la LRJPAC (art. 72.4), dispone la LPAC (art. 56.5) que las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. No resulta muy adecuada esta dicción de la ley que configura de forma facultativa el levantamiento o la modificación de las medidas adoptadas en caso de variación de las circunstancias en las que se hubiera fundado su adopción. Por el contrario, la extinción o modificación de las medidas provisionales acordadas será preceptiva si así deriva de la apreciación de las circunstancias no consideradas inicialmente(4).

En todo caso, si las medidas adoptadas no se hubiesen alzado con anterioridad, éstas se extinguirán «(...) cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento»(5). Puesto que la extinción de las medidas provisionales queda condicionada a la eficacia de la resolución final(6), tratándose de resoluciones sancionadoras, la duración de las medidas adoptadas en el procedimiento administrativo puede prolongarse hasta la firmeza administrativa de las mismas (art. 90.3 LPAC) e, incluso, extenderse hasta el momento en que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud de medida cautelar en el proceso contencioso-administrativo (art. 117.4 LPAC).

(1) Sobre la regulación de las medidas provisionales que llevaba a cabo el art. 72 LRJPAC, con carácter general, pueden verse, entre otros trabajos, MARINA JALVO, Belén, *Las medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2007; REBOLLO PUIG, Manuel, «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993.

(2) Art. 72.3.

(3) Ahora, art. 56.4 LPAC.

(4) En este sentido, *vid.*, también, GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, «Reglas generales de ordenación e instrucción del procedimiento», en GAMERO CASADO, Eduardo (Dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y del Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 1543.

(5) Art. 72.4 LRJPAC y art. 56.4 LPAC.

(6) Pese al carácter instrumental de las medidas provisionales, vinculadas en última instancia a la eficacia de la resolución que ponga fin al procedimiento, y sin perjuicio de que puedan ser alzadas en un momento anterior, hay quien considera que la LPAC debería haber concretado el plazo máximo de duración de éstas. *Vid.*, GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 203.

Ahora bien, según deriva de lo ya expuesto, el art. 56 no es el único precepto de la LPAC relativo a las medidas provisionales. Así, el art. 90.3 LPAC contempla la posibilidad de adoptar en la resolución que ponga fin a un procedimiento sancionador las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva. Por otra parte, en los procedimientos administrativos de recurso podrán adoptarse, además de la medida cautelar de suspensión de la eficacia de los actos recurridos, que se regirá por las normas del art. 117 LPAC, las medidas necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado (art. 117.4 LPAC). En rigor, como ya se habrá apreciado, la LPAC denomina «cautelares» a las medidas referidas en los mencionados artículos 90.3 y 117.4, por ser adoptadas cuando ya se ha dictado la resolución que pone fin al procedimiento, si bien ésta no es ejecutiva o su ejecución permanece suspendida. En realidad, estas medidas participan de la misma naturaleza de las medidas contempladas por el art. 56, puesto que, en ambos casos, concurre la nota de provisionalidad, y unas y otras tienen la finalidad cautelar de asegurar los fines pretendidos con la resolución.

Sin embargo, a diferencia de la LRJPAC, la LPAC no dedica ningún precepto a regular de forma singular las medidas provisionales que puedan acordarse en los procedimientos sancionadores, puesto que éstos no tienen ya la consideración de procedimientos especiales(7). Por ello, la LPAC ha derogado el Real Decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS), que también contemplaba disposiciones especiales sobre las medidas provisionales(8). En consecuencia, las disposiciones del art. 56 LPAC pueden aplicarse sin más a la adopción de medidas provisionales en los procedimientos administrativos sancionadores, de manera que podrán ser acordadas las medidas precisas sin necesidad de que dicha posibilidad esté prevista en la normativa reguladora del procedimiento en cuestión.

Puesto que el objeto de este trabajo no consiste en un estudio pormenorizado del régimen de las medidas provisionales administrativas, sino en el análisis de la reforma realizada por la Ley 39/2015, a simple vista, si se compara el art. 56 LPAC con el art. 72 de la LRJPAC, se advierte que, sin perjuicio de una serie de elementos del régimen jurídico de estas me-

(7) No puede obviarse que, al regular los procedimientos sancionadores como simples reglas especiales del procedimiento administrativo común, la LPAC «(...) oscurece y rebaja su significado jurídico», *Vid.*, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 56, 2015, pág. 21.

(8) Para un análisis detallado de la regulación precedente de las medidas provisionales en el procedimiento sancionador, véase PONS CÁNOVAS, Ferrán, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

didadas que han permanecido inalterados, la nueva normativa ha incorporado algunos aspectos novedosos en su regulación. Si bien las novedades referidas serán analizadas con el debido detalle en los apartados correspondientes de este trabajo, entre las más relevantes, destaca la exigencia de que las medidas previas a la iniciación del procedimiento resulten «necesarias y proporcionadas» (art. 56.2 LPAC). Respecto de estas medidas, es preciso destacar también que, a diferencia de lo dispuesto por el art. 72 LRJPAC, su adopción no queda limitada a los supuestos en que una norma con rango de ley así lo prevea expresamente sino que será posible en todo caso, pues tal exigencia ha desaparecido del texto del art. 56 LPAC.

En cuanto a las medidas adoptadas ya iniciado el procedimiento, dispone el art. 56 LPAC que deberán ser acordes con los principios de «proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad».

También ahora el art. 56 exige que el acuerdo de medidas provisionales sea motivado, tanto cuando se adopte antes como después del inicio del procedimiento.

Por otra parte, en cuanto a las medidas provisionales de posible adopción (antes o después de iniciarse el procedimiento), el art. 56.3 LPAC se remite a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC, a partir de ahora), en el intento de establecer un listado de las mismas.

Sin ánimo de enumerar en este apartado todos los cambios introducidos por el art. 56 LPAC ni de adelantar una valoración detallada de la regulación que lleva a cabo este precepto, a la vista de las cuestiones señaladas en los párrafos anteriores, no parece precipitado afirmar que la norma mencionada ha optado por ampliar las facultades de las Administraciones Públicas relativas a la adopción de medidas provisionales, pero, por otra parte, también el acuerdo de estas medidas aparece sujeto a principios y exigencias que la LRJPAC no contemplaba expresamente.

II. Ámbito de aplicación de la regulación establecida por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Las disposiciones del art. 56 LPAC, como el resto de las normas relativas al procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, se aplican al sector público en su conjunto, en los términos dispuestos por el art. 2 LPAC.

La nueva concepción del procedimiento administrativo común que, tal como señala el art. 1.1 LPAC, comprende el procedimiento sancionador y el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, comporta consecuencias nada desdeñables

para la aplicación de la regulación de las medidas provisionales. Por lo que respecta singularmente al procedimiento sancionador, su consideración como procedimiento administrativo común, sin perjuicio de algunas especialidades en su tramitación(9), supone que las medidas provisionales que hayan de acordarse en su seno se regirán por las normas generales del art. 56 LPAC. No existen ya en la LPAC las normas especiales para la adopción de medidas provisionales en los procedimientos sancionadores que sí recogía la LRJPAC (art. 136)(10) y completaba el art. 15 del derogado REPEPOS(11). Por tanto, la posibilidad de adoptar medidas provisionales en los procedimientos sancionadores no queda ya reducida a los supuestos en que así esté previsto en sus normas reguladoras, ni limitada a las medidas concretamente previstas en las correspondientes normas específicas (art. 15.2 REPEPOS) (12), sino que, con carácter general, cabrá adoptar cualquier medida que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la resolución [art. 56.3.i) LPAC](13).

(9) Sobre las especialidades en la tramitación de los procedimientos sancionadores, véanse los arts. 62, 63, 64, 85, 89 y 90 LPAC.

(10) Según disponía este precepto: «Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer».

(11) En virtud del precepto citado: «1. De conformidad con lo previsto en los artículos 72 y 136 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el órgano competente para resolver podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

Cuando así venga exigido por razones de urgencia inaplazable, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor podrán adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias.

2. Las medidas de carácter provisional podrán consistir en la suspensión temporal de actividades y la prestación de fianzas, así como en la retirada de productos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, y en las demás previstas en las correspondientes normas específicas.

3. Las medidas provisionales deberán estar expresamente previstas y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto».

(12) En relación con las especiales cautelas que los arts. 136 LRJPAC y 15 REPEPOS imponían en la adopción de medidas provisionales en los procedimientos sancionadores, y con la clara diferencia de la regulación que de las mismas llevaban a cabo los preceptos citados y el art. 72 LRJPAC, pueden verse, entre otras muchas, las SSTs de 15 de julio de 2008, recurso núm. 5357/2004, de 12 de marzo de 2012, recurso núm. 1070/2009, y 20 de marzo de 2012, recurso núm. 1501/2008, STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de octubre de 2010, recurso núm. 450/2008.

(13) En este sentido concluye también CANO CAMPOS, Tomás, lamentando que, a falta de disposiciones especiales sobre la adopción de medidas provisionales en los procedimientos sancionadores, «Ahora hemos de acudir a la regulación general de las medidas provisionales en el procedimiento administrativo común (art. 56), la cual ha sido criticada por atribuirle a la Administración una genérica y omnicomprensiva potestad que supone invertir a la Administración de las mismas potestades que al juez», «El autismo del legislador: la «nueva» regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *RAP*, núm. 201, 2016, pág. 54.

Igualmente, el régimen de las medidas provisionales establecido en art. 56 LPAC será de aplicación en los procedimientos de recurso administrativo, cuando habiéndose acordado la suspensión del acto impugnado, éstas resulten necesarias para «(...) asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado» (art. 117.4 LPAC).

No obstante, el ámbito objetivo de aplicación directa del art. 56 LPAC se reduce en virtud de lo establecido en Disposición adicional primera de la misma norma. Así, con carácter general, la regulación de las medidas provisionales que lleva a cabo el art. 56 tendría, en su caso, mera aplicación supletoria en los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia (apartado 1 de DA 1.^a), si éstos regulan de forma distinta el trámite de adopción de medidas provisionales. En todo caso, las normas reguladoras del procedimiento administrativo común y, en consecuencia, la regulación de las medidas provisionales, serían de aplicación supletoria en las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa; en las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo; y en las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo [letras a), b) y d) del apartado 2 de la DA 1.^a].

En el caso de los procedimientos sancionadores, las disposiciones del art. 56 LPAC tendrían simple aplicación supletoria en las actuaciones y procedimientos en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería [letra c) del apartado 2 de la DA 1.^a].

III. Finalidades que pueden ser atendidas con la adopción de medidas provisionales

Se ha señalado ya que, de conformidad con el art. 56.1 LPAC, iniciado el procedimiento, y en los mismos términos dispuestos por el art. 72.1 LRJPAC, el órgano competente para resolver podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer. Según deriva del tenor literal de la norma, la finalidad perseguida con la adopción de la oportuna medida provisional sería la garantía de la ejecución de la resolución que ponga fin al procedimiento.

Cuando, tal como hacía el art. 72 LRJPAC, la LPAC prevé la posibilidad de que, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente para iniciar o instruir dicho procedimiento pueda

adoptar las medidas provisionales, de oficio o a instancia de parte, la finalidad propia de éstas consiste en la protección provisional de los intereses implicados (art. 56.2). En buena lógica, no se alude en este caso a la garantía de la eficacia o de la efectividad de la resolución que pudiera recaer, en un momento en que aún no se ha iniciado un procedimiento administrativo e incluso podría no incoarse posteriormente. Por tanto, en estos casos, la medida adoptada se orientará a la protección provisional de los intereses implicados, debiendo entender por tales los intereses confiados a la Administración en cada uno de los sectores de su actividad, así como los intereses y también los derechos invocados por quienes soliciten la adopción de la medida provisional y que, a su vez, les permitirían seguidamente —en condición de interesados⁽¹⁴⁾— instar la iniciación del procedimiento a la que se condiciona el mantenimiento de las medidas provisionales que se hubieran acordado con carácter previo.

Pese a que la LPAC refiera la protección provisional de los intereses implicados a las medidas provisionales de posible adopción antes de la iniciación del procedimiento, es obvio que esta misma finalidad puede ser atendida por las medidas provisionales acordadas al inicio o durante la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo.

En refuerzo de lo dicho en los párrafos anteriores puede traerse a colación la referencia expresa que, por efecto de la remisión a la LEC, el art. 56.3.i) LPAC hace a la posibilidad de adoptar medidas que tengan por objeto la protección de los derechos de los interesados.

Reproduciendo también la dicción de la LEC (art. 727.11.^a), el mismo art. 56.3.i) LPAC contempla de forma igualmente expresa la adopción de las medidas provisionales que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución. De este modo, la LPAC pone de relieve otra finalidad que puede ser atendida por las medidas provisionales.

Importa resaltar que, como se ha dicho, además de las referencias a la garantía de la eficacia de la resolución que se dicte y a la protección de los intereses implicados que ya contemplaba el art. 72 LRJPAC, la LPAC ahora hace mención explícita de la protección de los derechos de los interesados y de la garantía de la efectividad de la resolución que se dicte, si bien no parece que estas nuevas referencias respondan a un propósito deliberado del legislador, y de ahí la dispersión de las mismas y la falta de la debida cohesión entre ellas. Dicho lo cual, no cabe ignorar que estas finalidades estaban ya presentes en la concepción de las medidas provisionales derivada de la regulación establecida en el art. 72 LRJPAC, así

(14) *Vid.*, art. 4.1.a) LPAC.

como en la práctica general de las medidas provisionales acordadas en los procedimientos administrativos (15).

Del conjunto de referencias del art. 56 LPAC a las diversas finalidades de las medidas provisionales (eficacia de la resolución, intereses implicados, derechos de los interesados y efectividad de la resolución), la relativa a la efectividad de la resolución es la más amplia y completa, pues comprende a todas las demás. Por tanto, el significado de la efectividad de la resolución va más allá de la mera garantía de la ejecución de la resolución que ponga fin al procedimiento, y debe ser interpretado en sentido amplio, entendiendo, como ha hecho la jurisprudencia, que «(...) las medidas cautelares van dirigidas a garantizar la efectividad del eventual resultado de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que son procedentes cuando hay un serio peligro de que los intereses o derechos subjetivos que pudieran ser reconocidos o amparados en la futura resolución resultasen ya irrealizables o gravemente lesionados; y deben ser acordadas cuando todavía, por no haber finalizado el procedimiento, no se puede anticipar un juicio sobre el problema de fondo. Así resulta de una interpretación finalista del artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, poniéndolo en relación con los preceptos que regulan la justicia cautelar en la Ley jurisdiccional» (16).

IV. Momento de adopción de las medidas provisionales

Tal como ya contemplaba la LRJPAC, de conformidad con lo previsto por el art. 56 LPAC las medidas provisionales podrán adoptarse antes de la iniciación del procedimiento, en el mismo acto de iniciación o durante la tramitación del procedimiento.

En el caso de los procedimientos sancionadores, la ley contempla expresamente la posibilidad de adoptar medidas provisionales incluso en

(15) Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos sancionadores, en los que la adopción de medidas provisionales es especialmente frecuente, y respecto de los cuales la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sostenido de forma reiterada que la actividad cautelar de la Administración pretende evitar «que el ilícito se produzca o que, producido, prolongue sus efectos o que el mismo se pueda reiterar». *Vid.*, entre otras SSTs de 26 de mayo de 1989, 4 de febrero de 1991, 3 de febrero de 1997, y 28 de febrero de 2012 (RJ 1989/4491, 1991/718, 1997/920 y 2012/5029, respectivamente).

El propio art. 15.1 del REPEPOS era bien explícito al señalar la posibilidad de adoptar en los procedimientos sancionadores las medidas provisionales necesarias para asegurar «(...) la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales».

(16) STS de 1 de octubre de 2003, recurso núm. 914/1998.

el momento mismo de dictar la resolución que ponga fin al procedimiento, y se mantendrán, en principio, hasta que dicha resolución sea firme en vía administrativa (17).

Por otra parte, tal como se ha adelantado en páginas anteriores, también en los procedimientos de recurso cabe adoptar las medidas provisionales que, para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución, resulten necesarias mientras se mantenga la medida cautelar de suspensión del acto impugnado (art. 117.4 LPAC).

1. En especial, el régimen de adopción de las medidas previas al inicio del procedimiento

Ahora bien, la LPAC contempla relevantes novedades relativas a las medidas previas a la iniciación del procedimiento. Entre tales novedades debe destacarse, singularmente, que la adopción de estas medidas no queda ya limitada a los supuestos en los que así lo prevea una ley sectorial, pues la LPAC ha suprimido tal requisito, de manera que ha generalizado la posibilidad de adoptar medidas provisionales antes de la iniciación del procedimiento.

Tampoco debe desdeñarse que la nueva regulación haya añadido el carácter «inaplazable» de la urgencia que legitima la adopción de medidas provisionales antes de la iniciación del procedimiento administrativo.

Parece lógico que la adopción de medidas provisionales responda a razones de urgencia en todo caso, también tras el inicio del procedimiento, pues, de lo contrario, la protección de los intereses o derechos implicados podría esperar a la ejecución de la resolución que se dicte. Iniciado el procedimiento, con carácter general, serán razones de urgencia las que aconsejen adoptar medidas provisionales para evitar que, mientras se instruye y termina el procedimiento, se mantengan situaciones que puedan mermar o eliminar la eficacia real de la resolución final (18).

En consecuencia, cabe pensar que la referencia expresa a la urgencia inaplazable determinante de la adopción de las medidas provisionales previas a la incoación del procedimiento que ahora introduce el art. 56.2 LPAC ha de tener un significado especial. Por ello, será preciso razonar la

(17) Tal como deriva del art. 90.3 LPAC, en la resolución que ponga fin al procedimiento podrán adoptarse medidas provisionales distintas de las que, en su caso, se hayan adoptado durante el procedimiento.

(18) En este sentido se pronunciaba el art. 15.1 REPEPOS, al disponer: «Cuando así venga exigido por razones de urgencia inaplazable, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor podrá adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias».

necesidad de adoptar inmediatamente estas medidas, por referencia a la posibilidad clara y evidente de riesgos o perjuicios inminentes, irreparables(19). A su vez, la citada exigencia puede servir de contrapeso a la posibilidad de adoptar estas medidas en cualquier procedimiento, sin necesidad de previsión expresa en una ley.

En otro orden de ideas, el art. 56.2 LPAC señala que las medidas provisionales previas a la iniciación del procedimiento podrán ser acordadas por «el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento», mientras que, con anterioridad, el art. 72.2 LRJPAC simplemente disponía su adopción por el «órgano competente». Esta previsión recuerda a otras disposiciones normativas que, una vez iniciado el procedimiento y por motivos de urgencia inaplazable, excepcionaban la regla general del órgano competente para resolver y permitían que las medidas provisionales necesarias fuesen acordadas por el órgano competente para iniciar o instruir el procedimiento(20).

En realidad, el avance del art. 56.2 LPAC en la concreción del órgano competentes es relativo, pues, en principio, la dicción del precepto mencionado permitiría entender que las medidas anteriores al inicio del procedimiento podrían ser acordadas indistintamente por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el órgano con competencia para instruirlo.

La determinación del concreto órgano competente para acordar estas medidas no presentaría ningún problema en los casos en que un mismo órgano tenga atribuida la competencia para iniciar e instruir el procedimiento. Sin embargo, la cuestión varía en los procedimientos en los que las fases de iniciación y resolución, por un lado, y la de instrucción deben encomendarse a órganos distintos, como ocurre en los procedimientos sancionadores(21).

Por otra parte, no será frecuente que el órgano competente para la instrucción pueda adoptar medidas provisionales antes de la iniciación del procedimiento, pues no es inusual que el instructor sea designado tras la iniciación del procedimiento en cuestión.

En definitiva, para mayor concreción sobre el órgano u órganos competentes para acordar medidas provisionales antes del inicio del procedi-

(19) *Vid.*, al respecto, STS de 14 de noviembre de 2007, recurso núm. 77/2004. También la STS de 20 de marzo de 2012, recurso núm. 1501/2008, ha concretado que las situaciones de inaplazable urgencia que exigen la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional son situaciones de emergencia. En el ámbito doctrinal, también GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, ha concluido que, más que urgencia parece que el legislador requiere un estado de «emergencia» para poder adoptar las medidas en cuestión. *Vid.*, «El procedimiento administrativo común: iniciación y ordenación», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (Dir.), *La nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pág. 270.

(20) Nuevamente, es el caso del art. 15.1 REPEPOS, citado en páginas precedentes.

(21) Art. 63.1 LPAC.

miento habrá que estar a lo que establezca la normativa reguladora de cada procedimiento.

V. La audiencia previa al interesado

En la redacción del art. 56 LPAC se ha omitido cualquier mención de la audiencia previa como requisito para la adopción de medidas provisionales, sin que existan elementos de juicio para apreciar si se trata de un propósito decidido o de un mero olvido del legislador. La audiencia previa al interesado no se menciona en el art. 56, a no ser que se entienda exigible por la remisión que este precepto efectúa a la LEC.

Conviene recordar que, durante la vigencia de la Ley 30/1992, la jurisprudencia ha venido admitiendo abiertamente que, a falta de mención expresa de este requisito en el art. 72, pueden acordarse las medidas provisionales sin previa audiencia a los interesados(22). Añadidamente, los Tribunales han argumentado que, dada la urgencia con que deben acordarse las medidas, si se espera y se concede plazo para la audiencia, mientras tanto podría consumarse la situación que se trata de evitar con la medida procedente(23). No obstante, ocasionalmente, la jurisprudencia ha exigido este trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores(24), pese a no estar previsto en su normativa reguladora.

La audiencia a quien haya de soportar una medida provisional resulta muy conveniente, si no necesaria, para evitar que, tal como exige la Ley

(22) Entre otras, STSJ de Baleares de 24 de diciembre de 2002, recurso núm. 1060/2000.

(23) *Vid.*, STS de 17 de julio de 2000, recurso núm. 2757/1993, y STSJ de Castilla y León de 12 de noviembre de 2004, recurso núm. 244/2003.

(24) Según la STS de 15 de julio de 2008, recurso núm. 5357/2004: «(...) al no ser automática la medida cautelar y comportar la alteración de una situación de hecho, el afectado por la misma debió ser previamente oído, dándole la oportunidad de aportar las pruebas tendentes a demostrar la improcedencia de la misma o los perjuicios que le pudiese causar.

La necesaria audiencia previa aparece directamente relacionada con el deber de motivar la medida, que sólo por razones de inaplazable urgencia cabría adoptar *inaudita parte*, pero siempre mediante explícita justificación, (...)».

La STS de 20 de marzo de 2012, recurso núm. 1501/2008, reitera lo dispuesto por la STS de 15 de julio de 2008, y añade lo siguiente: «Consiguientemente, la adopción de la medida provisional *inaudita parte* requiere una específica motivación que exteriorice no sólo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional, pues, si no existe esa situación de emergencia, lo procedente es oír a la parte afectada antes de acordar una medida provisional que al fin y al cabo repercutirá desfavorablemente sobre su esfera de intereses personales y patrimoniales. En una materia como la sancionadora, en la que tan importante resulta salvaguardar las garantías inherentes al derecho de defensa, la posibilidad de eludir este trámite de audiencia previa debe ser valorada y aplicada, pues, de forma restrictiva y rigurosamente justificada».

(art. 56.4 LPAC), su adopción vulnera los derechos de los interesados o pueda ocasionarles perjuicios de difícil o imposible reparación.

No existe razón para que el trámite de audiencia sea obviado sistemáticamente en la adopción de medidas provisionales en los procedimientos administrativos. La LPAC ha desaprovechado la oportunidad de incorporar la exigencia de audiencia previa al régimen de las medidas provisionales, bien con carácter previo a su adopción, como regla general, o con posterioridad a la misma si razones de urgencia inaplazable impiden o desaconsejan observar este trámite antes de acordar la medida correspondiente. Así se contempla en procedimientos administrativos regulados en normas sectoriales(25). Otro tanto ocurre en la regulación de las medidas cautelares que lleva a cabo la LJCA(26), y también es el caso de la LEC(27), norma a la que precisamente se remite el art. 56.3 LPAC.

VI. Principios rectores de la adopción de medidas provisionales

Según la LPAC, una vez iniciado el procedimiento, las medidas provisionales se adoptarán de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad (art. 56.1).

Sin embargo, también de conformidad con la LPAC, antes de la iniciación del procedimiento administrativo, se podrán adoptar las medidas provisionales que resulten necesarias y proporcionadas (art. 56.2).

De entrada, estas referencias a los principios rectores de la adopción de las medidas provisionales o a las características que deben revestir las mismas suponen una novedad en la regulación de la LPAC, pues, con anterioridad, el art. 72 de la Ley 30/1992 no incluía ninguna de estas menciones(28). No obstante, en la jurisprudencia(29) podían encon-

(25) Así, por ejemplo, la Ley valenciana 10/2000, de 12 de diciembre, de Residuos, dispone en su art. 81.2) que «(...) no se adoptará ninguna medida provisional sin el trámite de audiencia previa a los interesados, salvo que concurran razones de urgencia que aconsejen su adopción inmediata, basadas en la producción de un daño grave para la salud humana o el medio ambiente, o que se trate del ejercicio de una actividad regulada en esta Ley sin la preceptiva autorización o con ella caducada o suspendida, en cuyos casos la medida impuesta deberá ser revisada, ratificada o dejada sin efecto tras la audiencia a los interesados».

(26) Arts. 131 y 135.1.a).

(27) Art. 733.

(28) Por lo que respecta a la exigencia de proporcionalidad, a juicio de COLOM PIAZUELO, Eloy, se encontraba ya establecida con carácter general en el art. 53.2 LRJPAC (hoy, art. 34.2 LPAC). *Vid.*, «Artículo 72. Medidas provisionales», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, y MAURANDI GUILLÉN, Nicolás, *Comentarios a la Ley 30/1992*, Lex Nova/Thomson Reuters, 2013, pág. 486.

(29) Una completa selección de jurisprudencia relativa a las medidas provisionales administrativas puede consultarse en MESEGUERYEBRA, Joaquín, *Las medidas provisionales en vía administrativa*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 59 y ss.; MARINA JALVO, Belén, *Las medidas provisionales ...*, *op. cit.*, pág. 195 y ss.

trarse algunas referencias generales a los principios mencionados(30), de las que no siempre podía extraerse con claridad el significado y alcance de los mismos.

Por el contrario, en el caso de las medidas provisionales de posible adopción en los procedimientos sancionadores, el art. 15.3 del REPEPOS sí disponía que deberían «(...) ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto», y la jurisprudencia se ha ocupado de comprobar la concurrencia de estas exigencias(31).

Ahora bien, de una primera lectura e interpretación literal de los preceptos indicados de la LPAC podría extraerse que la adopción de medidas provisionales no se rige por las mismas reglas cuando tiene lugar antes de la iniciación del procedimiento que cuando coincide con el inicio del mismo o se da con posterioridad a dicho trámite. Ateniéndonos al tenor literal de los preceptos citados, parecería entonces que las medidas adoptadas ya iniciado el procedimiento no tienen que resultar necesarias y que tampoco las medidas adoptadas antes de la iniciación del procedimiento tendrían que reunir las exigencias de efectividad y menor onerosidad. Parece obvio que la adopción de una medida provisional ha de resultar necesaria en todo caso, en el sentido de imprescindible, con independencia del momento en que se adopte, pues, de lo contrario, la protección de los intereses o derechos implicados en cada caso podría esperar hasta el momento de dictarse la resolución final. El carácter necesario o inaplazable debe predicarse de las medidas acordadas una vez iniciado el procedimiento, y mucho más si se tiene en cuenta que ahora la LPAC (art. 96.1) contempla la posibilidad de tramitación simplificada del procedimiento en determinados supuestos. Tanto o más cabe decir de la necesidad de las medidas previas al inicio del procedimiento, considerando, además, que según dispone el art. 56.2 LPAC, no podrán ser objeto de recurso hasta el momento en que se inicie el procedimiento en cuestión(32), suponiendo que efectivamente llegue a iniciarse. La exigencia de necesidad de estas medidas debería ponerse

(30) Así, refiriéndose al art. 72 LRJPAC, la STS de 1 de diciembre de 2003, recurso núm. 914/1998, señalaba que «(...) la Administración ha de respetar en la adopción de tales medidas los principios de proporcionalidad, justificación y adecuación a su finalidad, debiendo ser decidida la tutela cautelar de la efectividad del eventual resultado del procedimiento administrativo en función de una mera valoración indiciaria de la importancia que presenten los concretos intereses en conflicto».

(31) *Vid.*, entre otras, STS de 28 de febrero de 2012, recurso núm. 4396/2010.

(32) No obstante, las medidas en cuestión deberían ser recurribles igualmente en caso de que finalmente el procedimiento no se inicie.

En los mismos términos, véase, también GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, *Reglas generales de ordenación e instrucción del procedimiento ...*, *op. cit.*, pág. 1543.

en relación también con el carácter inaplazable de la urgencia que legitima su adopción.

A su vez, como es lógico, las medidas provisionales que hayan de acordarse antes de la iniciación del procedimiento deberían ser igualmente acordes con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.

Avanzando entonces en la concreción de los principios que han de observarse en la adopción de medidas provisionales, pocas dudas presenta la exigencia de efectividad, pues es obvio que debe tratarse de medidas efectivas, es decir, idóneas para asegurar el objetivo pretendido en cada ocasión, bien sea la ejecución de la resolución final o bien la protección provisional de los intereses o derechos en juego.

En cuanto a la exigencia de optar por la medida que resulte menos onerosa para el sujeto que haya de padecerla(33), por regla general, para que pueda ser atendida será preciso que existan varias medidas que sirvan para atender de forma efectiva el fin perseguido(34). En realidad, dado que la LPAC permite adoptar cualquier medida necesaria para asegurar la efectividad de la resolución, no será fácil concluir de forma unívoca sobre si la medida en cuestión, elegida entre una pluralidad indeterminada de medidas provisionales, se ajusta a la exigencia de menor onerosidad.

Tampoco resulta exenta de dudas la determinación del alcance del principio de proporcionalidad, que también condiciona la adopción de medidas provisionales, y cuyo significado no aclara el art. 56 LPAC.

Este principio se menciona en otros preceptos de la propia LPAC —y también de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico de Sector Público (LR-JSP)— relativos a diversas manifestaciones de la actividad administrativa con incidencia en los derechos e intereses legítimos de los particulares, y en ninguno de ellos se define, pese a lo cual, en cada ocasión parece tener connotaciones distintas(35).

(33) En palabras de GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, la tipificación expresa del principio de menor onerosidad, «(...) no sólo condiciona la elección de una determinada medida provisional y no otra igualmente congruente y de intensidad proporcionada, sino que también condiciona la adopción misma de cualquier medida provisional, su propia existencia», *El procedimiento administrativo común ...*, op. cit., pág. 269.

(34) En los términos de la STS de 15 de enero de 2002, recurso núm. 155/1998, «(...) el principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en los casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables y sólo con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado».

(35) Ya se alertó en la doctrina que a causa de «(...) la progresiva extensión de los principios de proporcionalidad y favor libertatis —que de principios específicos de la actividad de policía han pasado a ser considerados principios generales de cualquier actividad pública de incidencia negativa sobre

Así, por lo que respecta a la regulación del procedimiento administrativo, se dispone que solo mediante ley podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados por la LPAC, «cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento» (art. 1.2 LPAC).

En el caso de la ejecución forzosa de los actos administrativos el art. 100 LPAC dispone que se efectuará «(...) respetando siempre el principio de proporcionalidad» y, si fueran varios los medios de ejecución admisibles, «(...) se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual».

En relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria, sujeto a los principios de buena regulación, el art. 129 LPAC menciona, entre otros, el principio de proporcionalidad, en cuya virtud «(...) la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios» (art. 129.3 LPAC).

En la LRJSP (art. 4.1), cuando se trata de establecer los principios rectores de la intervención de las Administraciones Públicas en el desarrollo de una actividad privada, se dispone que éstas «(...) deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, (...)».

Cuando opera como principio rector de la potestad sancionadora, el principio de proporcionalidad exige «(...) observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción» (art. 29.3 LRJSP).

De los preceptos referidos puede extraerse que el principio de proporcionalidad comporta, por un lado, la exigencia de que las diversas manifestaciones de la actividad administrativa con incidencia en los derechos o intereses legítimos de los particulares y, por lo que ahora importa, las medidas provisionales, resulten necesarias para atender a los fines propios de la actividad administrativa en cuestión. Por otro lado, la medida dispuesta por la Administración habrá de resultar idónea, adecuada o eficaz para alcanzar el fin perseguido en cada caso (36). Por último, la exi-

los ciudadanos— se ha perdido su contenido preciso pasando a tener un significado vago y diverso según los casos; ahora se les puede invocar para cualquier cosa pero al precio de no decir casi nada y sin que se sepa si es algo distinto de la congruencia, de la adecuación, de la interdicción de la arbitrariedad, de la razonabilidad o simplemente de la justicia que, como la armonía, tuvo que ver siempre con las proporciones», REBOLLO PUIG, Manuel, *Medidas provisionales en el procedimiento administrativo* ..., op. cit., pág. 670.

(36) La jurisprudencia califica de desproporcionadas las medidas provisionales que resultan innecesarias o inadecuadas para preservar los intereses en juego. *Vid.*, por ejemplo, SSTs de 27 de julio de 1999, recurso núm. 1419/1992, y de 29 de abril de 2002, recurso núm. 1779/1996.

gencia de proporcionalidad implica que la actuación administrativa no solo no habrá de incurrir en exceso para salvaguardar el derecho o interés correspondiente (37), sino que, en ocasiones, incluso, como ocurre con las medidas provisionales, deberá ser la menos restrictiva de entre las posibles. Será excesiva en todo caso, y por ello desproporcionada, una medida provisional que ocasione al interesado perjuicios de imposible o difícil reparación o que suponga una vulneración innecesaria de derechos amparados por las leyes (38).

Las conclusiones expuestas coincidirían con la formulación doctrinal del principio de proporcionalidad (39), en cuya virtud éste exige, por un lado, que cuando una actuación resulte necesaria, se opte por la alternativa más idónea para alcanzar el resultado pretendido. Por otro lado, la exigencia de proporcionalidad comportaría la necesidad del debido equilibrio entre la concreta intervención, el fin perseguido y la afcción del derecho o libertad que resulta de tal intervención.

Por lo demás, y pese a la falta de referencias expresas del art. 72 LRJPAC a estos principios rectores de la adopción de medidas provisionales, la jurisprudencia ha venido exigiendo su observancia e interpretando los mismos en términos similares a los aquí señalados (40).

Si se acude a la regulación de las medidas cautelares en la LEC, norma a la que remite el art. 56.3 LPAC, se observa que no menciona expresamente el principio de proporcionalidad. No obstante, al regular las características de las medidas cautelares, la LEC (art. 726.1) dispone que el tribunal podrá acordar como medida cautelar cualquier actuación que sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela ju-

(37) Así puede extraerse también de la STC de 26 de noviembre de 1984, que al enjuiciar la adopción de medidas provisionales en un procedimiento sancionador señala: «(...) la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada e irrazonable no será propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso».

(38) En este sentido, puede verse también, COLOM PIAZUELO, Eloy, *Medidas provisionales ...*, op. cit., pág. 487.

(39) Vid., LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, págs. 56 y siguientes. Las exigencias de necesidad de la medida, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto integran el denominado «test alemán de proporcionalidad», según señala GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, «Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional», en CARRASCO DURÁN, Manuel (Coord.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Aranzadi, Pamplona, 2006.

(40) Según señala la STSJ de Cantabria de 24 de septiembre de 1998, recurso núm. 2487/1997, la motivación de la adopción de las medidas provisionales debe referirse a «(...) la necesidad de la adopción de las medidas mismas, su conexión con la garantía del procedimiento y la resolución final que recayera, su adecuación a tales fines, su elección preferente respecto de otras medidas menos restrictivas de la libertad (...)».

dicial que pudiera otorgarse, y que no sea susceptible de ser sustituida por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado.

Refiriéndose específicamente al embargo preventivo, la LEC (art. 727.1) dispone que tal medida podrá acordarse siempre que resulte ser medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

A su vez, cuando la LEC contempla que el demandado pueda solicitar la caución sustitutoria de las medidas cautelares, señala que, para decidir sobre tal petición, el tribunal también tendrá en cuenta si la medida cautelar en cuestión «(...) habría de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante» (art. 746.2).

En definitiva, importa resaltar que no debe obviarse la relevancia de las referencias a los principios de necesidad, proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad incorporadas de forma expresa por el art. 56 LPAC, ni éstas deben entenderse como meras formalidades. Se trata de verdaderas exigencias cuya concurrencia deberá motivarse de forma explícita y detallada por la Administración, que condicionan la adopción de las medidas provisionales, y pueden ser útiles para combatir la arbitrariedad en la elección de la concreta medida, pero no eliminan la discrecionalidad administrativa⁽⁴¹⁾, habida cuenta de que el mencionado principio de proporcionalidad no tiene un significado claro y preciso y, por tanto, resulta interpretable⁽⁴²⁾.

(41) Sin embargo, en ocasiones, la jurisprudencia sostiene lo contrario. Así, tal como señala la STS de 16 de febrero de 2009, recurso núm. 1887/2007, y reitera la STS de 20 de marzo de 2012, recurso núm. 1501/2008, «(...) al aplicar medidas provisionales la Administración no dispone de un margen de apreciación que le permita optar entre distintas opciones, todas igualmente justas y admisibles para el ordenamiento jurídico, sino que debe buscar la solución adecuada para el lance concreto, a la vista de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes. No actúa, pues, una potestad discrecional sino otra reglada, dirigiéndose hacia la única meta pertinente en atención a las singularidades del supuesto, orientándose con las pautas que le proporcionan los principios de proporcionalidad y equidad, a fin de evitar, tal y como recuerda el artículo 72, apartado 2, de la Ley 30/1992, causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados».

(42) No deben obviarse los riesgos derivados de la invocación del principio de proporcionalidad «(...) que todo lo matiza y cuestiona según el concreto caso de que se trate», tal como afirma BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario», en *RAP*, núm. 135, 1994, pág. 52. De ahí la importancia de los intentos dogmáticos de concretar y racionalizar el contenido del principio de proporcionalidad, dado el carácter tan indeterminado de este principio. *Vid.*, GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad ...*, *op. cit.*

VII. La necesaria motivación del acuerdo de adopción de medidas provisionales

Si bien el art. 54.1.d) LRJPAC mencionaba ya la adopción de medidas provisionales entre los actos administrativos de obligada motivación, tal requisito aparece ahora contemplado por partida doble en el art. 56.2 LPAC y en el art. 35.1.d) de la misma Ley, de manera que no debe desdeñarse la relevancia de esta exigencia específica de motivación (43).

La motivación en cuestión habrá de referirse a la concurrencia de los requisitos exigidos por el art. 56 LPAC para la adopción de medidas provisionales. Por tanto, la motivación deberá expresar la existencia de elementos de juicio suficientes de los que deriva la necesidad de acordar una determinada medida provisional para evitar situaciones jurídicas que pudieran ser incompatibles con la efectividad —en sentido amplio— de la resolución que pueda recaer; la concurrencia de los principios rectores de la adopción de estas medidas (necesidad, idoneidad, menor gravosidad) (44), que implica la ponderación de los diversos intereses en juego; así como, en definitiva, la proporcionalidad de la medida elegida, que no podrá ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación a los interesados, ni violación de derechos amparados por las leyes (45).

Para que sea posible comprobar que, en función de las circunstancias del caso concreto (46), la medida reúne los requisitos del art. 56 LPAC, no bastará una sucinta referencia de hechos y fundamentos de

(43) En referencia concreta a las medidas provisionales acordadas en un procedimiento sancionador, cuya normativa exigía expresamente que se adoptasen mediante acuerdo motivado, la STS de 15 de julio de 2008, recurso núm. 5357/2004, recuerda que «El precepto contenido en los artículos 136 de la Ley 30/1992 y 15.1 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/93, es categórico en cuanto exige una específica motivación que justifique la adopción de la medida de carácter provisional, de manera que no basta, para cumplir con el deber de motivar la medida cautelar, expresar los hechos constitutivos de la infracción, su calificación y las posibles sanciones, sino que es necesario explicar y exponer las razones por las que se acuerda la medida provisional (...)».

(44) Según señala la STSJ de Cantabria de 24 de septiembre de 1998, recurso núm. 2487/1997, la motivación de la adopción de las medidas provisionales debe referirse a «(...) la necesidad de la adopción de las medidas mismas, su conexión con la garantía del procedimiento y la resolución final que recayera, su adecuación a tales fines, su elección preferente respecto de otras medidas menos restrictivas de la libertad (...)».

(45) Sobre el contenido de la motivación de la adopción de medidas provisionales, en términos parecidos a los expresados en el texto, también puede verse GALLARDO CASTILLO, María Jesús, *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015 ...*, op. cit., págs. 207-208.

(46) En los términos de la STS de 20 de marzo de 2001, rec. 8121/1996, se requiere una motivación suficiente, que exprese las circunstancias y razones que justifican la medida provisional adoptada, «(...) a efectos de realizar el juicio de razonabilidad sobre la finalidad y proporcionalidad».

derecho, sino que deberá existir una motivación real, suficiente y no meramente formal (47).

Desde otra perspectiva, habida cuenta de lo expuesto, el deber de motivar está estrechamente relacionado con la conveniente audiencia previa al interesado, de ahí la necesidad de una motivación adicional y específica en los casos en que la medida sea adoptada *inaudita parte* (48).

VIII. Las medidas provisionales de posible adopción en los procedimientos administrativos

1. La remisión a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Son varias las consideraciones oportunas en relación con la remisión que en este punto la LPAC hace a la LEC. En primer lugar, resulta cuestionable la remisión a la ley procesal civil, como si la normativa reguladora del procedimiento administrativo y, en su caso, la regulación de las medidas cautelares que lleva a cabo la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (49) no constituyesen referencias suficientemente próximas y completas para integrar el régimen de las medidas provisionales administrativas.

En segundo lugar, existe una distancia obvia entre un proceso judicial y un procedimiento administrativo y también entre las medidas cautelares adoptadas en cada uno de estos ámbitos. Por obvio que sea, no está de más resaltar que, en el primer caso las medidas se adoptan por un Tribunal para garantía de la tutela judicial efectiva, y en el segundo caso se acuerdan por un órgano administrativo para asegurar la efectividad de la resolución que pueda recaer en el procedimiento.

(47) La STS de 12 de marzo de 2012, recurso núm. 1070/2009, señala que «(...) la motivación de la medida, más que un requisito formal, es el elemento estructural y básico de la resolución e ineludible para valorar su justificación, pues, de otro modo, no sería posible fiscalizar su respeto al principio de proporcionalidad ni la concurrencia de motivos que la justifiquen».

(48) Así, la STS de 20 de marzo de 2012, recurso núm. 1501/2008, señala que «(...) la adopción de la medida provisional inaudita parte requiere una específica motivación que exteriorice no sólo la procedencia de la medida y su justificación desde la perspectiva de salvaguardia del interés general y la protección de los bienes jurídicos concernidos, sino también la necesidad de prescindir del trámite de audiencia por existir una situación de inaplazable urgencia, esto es de emergencia, que exige la adopción inmediata e inaplazable de la medida provisional, pues, si no existe esa situación de emergencia, lo procedente es oír a la parte afectada antes de acordar una medida provisional que al fin y al cabo repercutirá desfavorablemente sobre su esfera de intereses personales y patrimoniales».

(49) Con frecuencia la jurisprudencia ha puesto en relación la regulación de las medidas provisionales de la LRJPAC con los preceptos que regulan la justicia cautelar en la LJCA. *Vid.*, entre otras, STS de 1 de octubre de 2003, recurso núm. 914/1998.

En todo caso, existen diferencias considerables en aspectos esenciales de la regulación que de las medidas en cuestión hacen la LPAC y la LEC. La LEC dedica a la cuestión un Título completo (concretamente, el Título VI, «De las medidas cautelares», que comprende los arts. 721 a 747). Cabría entender que, en su caso, las disposiciones del Título mencionado serían de aplicación, con la necesaria adaptación, a la adopción de medidas provisionales administrativas. Las consecuencias de esta interpretación no son desdeñables, teniendo en cuenta que la LPAC permite acordar cualquier medida necesaria para asegurar la efectividad de la resolución, y que sus disposiciones no son demasiado prolijas en lo relativo a las garantías que han de rodear la adopción de tales medidas. La posición del sujeto pasivo de las medidas provisionales mejoraría y la eficacia de las mismas no se resentiría en todo caso si se observasen en el procedimiento administrativo disposiciones de la LEC tales como la regla general de audiencia previa al demandado, la exigencia —también como regla general— de caución al solicitante de la medida cautelar, la posibilidad de que el demandado pueda solicitar la sustitución de la medida cautelar por la caución suficiente, para evitar así que la medida cautelar pueda restringir o dificultar su actividad patrimonial o económica «(...) de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante» (art. 746.2 LEC).

Por otra parte, si como parece, el art. 56.3 LPAC se remite, en realidad, al elenco de las medidas contempladas por la LEC, también así carece de justificación que la ley reguladora del procedimiento administrativo se remita a una ley procesal. Como concluye el Dictamen del Consejo de Estado 275/2015, de 29 de abril, la LPAC no puede renunciar a regular esta materia con sustantividad propia, de modo que, en todo caso, la remisión a la LEC resulta innecesaria.

2. Medidas provisionales de posible adopción

El art. 56.3 LPAC contempla la posible adopción de las siguientes medidas: a) Suspensión temporal de actividades; b) Prestación de fianzas; c) Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por estas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable; d) Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos; e) El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; f) La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda; g) Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen; h) La

retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas; i) Aquellas medidas que, para la protección de los derechos de los interesados prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución».

Pues bien, lo cierto es que el citado art. 56.3 LPAC se limita a enumerar una serie de medidas provisionales de posible adopción por los órganos administrativos competentes, que no se corresponden precisamente con «los términos previstos» en la LEC. La enunciación de medidas provisionales de posible adopción que lleva a cabo el art. 56.3 LPAC permite comprobar que ni son todas las que están ni están todas las que se mencionan en el art. 727 LEC, que establece las «medidas cautelares específicas».

La LPAC no ha extrapolado a su texto de forma mimética todas las medidas específicas enunciadas en el art. 727 LEC, sino que ha incorporado algunas de esas medidas que, a su vez, aparecen desprovistas de los matices que las rodean en el art. 727 LEC y, por tanto, descontextualizadas. En particular, a diferencia de lo que ocurre en el art. 727 LEC, el art. 56.3 LPAC no se ha hecho eco de las indicaciones sobre los supuestos en que procede la adopción de las medidas enunciadas⁽⁵⁰⁾. En todo caso, si se tiene en cuenta que la eficacia de la resolución final o de unos mismos intereses o derechos presentes en el procedimiento podrían ser asegurados mediante diversas medidas mencionadas en la LPAC, en última instancia, la elección de la medida procedente en el caso concreto debería venir determinada por los principios establecidos en los apartados 2) y 3) del citado art. 56 LPAC.

En principio, la redacción empleada por la LPAC podría hacer pensar que dicha norma se propone enumerar de forma limitativa las medidas de posible adopción. Sin embargo, la LPAC —igual que la LEC— hace una enumeración ejemplificativa de medidas provisionales de posible adopción que no constituye un *numerus clausus*, pues concluye señalando, aquí sí en términos muy similares a los utilizados por la LEC, que podrán adoptarse todas aquellas medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución (art. 56.3.i LPAC). Así pues, más allá de las medidas orientadas a la protección de los dere-

(50) En el art. 727 LEC, «junto a cada medida concreta, por lo demás, el legislador establece en ocasiones presupuestos específicos de adopción, singularmente en lo relativo a la situación jurídica cautelable o tipo de pretensión para cuya efectividad se autoriza la adopción de la medida», ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, en CORDÓN MORENO, F., ARMENTA DEU, T., MUERZA ESPARZA, J.J., TAPIA FERNÁNDEZ, I. (Coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, Vol. II, pág. 685. En parecidos términos, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, en DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGASTORRES, I., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, 2001, pág. 1223.

chos de los interesados, la redacción de este precepto de la LPAC no permite extraer que solo quepa la adopción de medidas provisionales expresamente previstas en ésta u otras leyes, como tampoco cabe derivar esa conclusión del art. 727 LEC(51), que ha inspirado el enunciado del referido art. 56.3 LPAC(52).

Visto que el art. 56 LPAC permite la adopción de todas las medidas precisas para la protección de los derechos de los interesados, si están expresamente previstas en una ley, o de cualquier otra que se considere necesaria para garantizar la efectividad de la resolución, es obvio que, entre ellas, se encuentran, como mínimo, todas las previstas por la legislación administrativa de carácter sectorial.

Por otra parte, entre el catálogo de concretas medidas enunciadas en el art. 56.3 LPAC —algunas de ellas son habituales en los listados de la legislación sectorial—, además de las que tienen por objeto la suspensión de las actividades o servicios contrarios a los intereses que deban ser atendidos en cada concreto procedimiento administrativo, predominan las orientadas a asegurar las obligaciones de contenido económico que pueda establecer la resolución que ponga fin al procedimiento. Si bien, sobre este particular, conviene tener en cuenta que, de conformidad con la Disposición adicional primera de la LPAC, y las especialidades por razón de la materia a las que ésta alude, una parte muy significativa de los procedimientos y actuaciones en los que se sustancian obligaciones de contenido económico se rigen por su normativa específica, de modo que en ellos la LPAC solo tendría aplicación supletoria. El art. 56.2 LPAC ha establecido un listado ejemplificativo de una serie de medidas provisionales de tipo conservativo idóneas para algunos procedimientos, pero que, por el contrario, podrían resultar insuficientes, por inadecuadas, para asegurar la efectividad de la resolución final en otros tipos de procedimientos administrativos.

En definitiva, al margen de la remisión a la LEC y de la enunciación de medidas provisionales, el art. 56.3 LPAC permite la adopción de cualquier medida provisional necesaria para asegurar la efectividad de la resolución, de la misma manera que el art. 72 LRJPAC permitía acordar

(51) Así lo estima la doctrina civilista, afirmando, en relación con el art. 727 LEC, que «(...) la ley permite la adopción de cualesquiera medidas que se ajusten a lo previsto en el art. 726, siendo la del artículo 727 una enumeración a título meramente ejemplificativo», ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pág. 693. También, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* ..., op. cit., pág. 1218.

(52) Sin embargo, a juicio de NÚÑEZ SÁNCHEZ, Fernando, el art. 56.3.i) establece de forma rotunda la exigencia de la necesaria reserva legal para la adopción de medidas provisionales en el procedimiento administrativo. Vid., «Artículo 56. Medidas provisionales», en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, *Régimen Jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2016, pág. 471.

cualesquiera medidas provisionales oportunas para asegurar la eficacia de la resolución. Así derivaba de su tenor literal y así lo ha interpretado la jurisprudencia, señalando que el citado art. 72 LRJPAC no establece al respecto otra regla que la de que sean medidas oportunas para asegurar la eficacia de las resoluciones, sin más límite que el del perjuicio irreparable o el de indefensión en los supuestos de tutela judicial efectiva (53).

IX. Valoración final

En el régimen establecido por la LPAC se aprecian cambios de diverso significado en la regulación de las medidas provisionales. La nueva regulación otorga a la Administración más facilidades en la adopción de medidas provisionales, como deriva de la supresión de la exigencia de previsión legal expresa de la posibilidad de acordar tales medidas antes de la iniciación del procedimiento. Otros de estos cambios derivan de la nueva concepción del procedimiento administrativo común que incluye al procedimiento sancionador sujeto, por lo que ahora importa, a las reglas generales de adopción de medidas provisionales, de modo que podrá adoptarse en el mismo cualquier medida sin necesidad de que una norma distinta del art. 56 así lo prevea.

Por el contrario, hay otras disposiciones en el art. 56 LPAC que contribuyen a acotar las facultades de la Administración para la adopción de las medidas provisionales, que pueden reducir la discrecionalidad y pueden ser una garantía de acierto de la decisión administrativa. Es el caso, por ejemplo, de la necesidad de acordar las medidas correspondientes con sujeción a los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad —si bien la ley no concreta el significado y alcance de estas exigencias—, así como de la necesidad de motivar la adopción de la medida en cuestión por referencia a los principios mencionados. Curiosamente, se trata de requisitos que ya contemplaba la normativa y la jurisprudencia, especialmente en relación con la adopción de medidas provisionales en los procedimientos sancionadores donde, tal como ya se ha dicho, la LPAC ha eliminado otras garantías adicionales que antes condicionaban la adopción de las medidas que nos ocupan.

A la hora de mencionar las medidas provisionales de posible adopción, el art. 56 LPAC ha efectuado una remisión innecesaria, inadecuada y parcial a la LEC que, si bien tiene cierta utilidad ejemplificativa, permite adoptar cualquier medida sin necesidad de que esté prevista en una ley.

(53) *Vid.*, STSJ de Cataluña de 21 de enero de 1997, recurso núm. 1889/1994.

Por otra parte, la LPAC ha omitido pronunciarse sobre diversas cuestiones relevantes del régimen de las medidas provisionales, entre las que cabe destacar la relativa a la conveniencia de oír previamente al sujeto pasivo de la medida.

A tenor de todo lo expuesto, en una valoración de conjunto, puede decirse que el art. 56 LPAC ha aumentado las facultades administrativas para la adopción de medidas provisionales, ya de por sí amplias al amparo del art. 72 LPAC. Y ello sin perjuicio de los nuevos principios y exigencias incorporados por la LPAC para la adopción de medidas provisionales, cuyo significado y alcance no es demasiado concreto.

Trabajo recibido el 26 de mayo de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkidearen urriaren 1eko 39/2015 Legearen 56. artikulua berrikuntza batzuk sartu ditu behin-behineko neurrien erregulazioan. Labur-labur esan dezakegu, batetik, 39/2015 Legeak murrizketa arautzaile batzuk sartu dituela behin-behineko neurriak hartzeko eremuan. Orain, prozedura oro har hasi aurretik har daitezke neurri horiek. Era berean, Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkidearen Legeak jasotzen duen administrazio-prozedura erkidearen ikuskera berriaren ondorioz, kasu bakoitzean behar diren behin-behineko neurriak hartu ahalko dira prozedura zehatzaileetan, araudi erregulatuarekin aurreikuspen espezifikorik egon beharrik gabe.

Beste alde batetik, eskakizun gehigarri batzuk ezartzen ditu erregulazio berriak, kontuan hartu behar direnak administrazio-prozedura hori hasi aurretiko edo hasi ondorengo behin-behineko neurriak hartzean. Horrela, administrazioak neurri horiek hartzean duen irizpidezotasuna murrizten lagunduko da.

Beste leku batetik begirata, nabarmendu egin behar da legegileak sartu dituen aldaketek hainbat inspirazio-iturriri erantzuten dietela, edo hori ematen duela; izan ere, Administrazio Publikoen Administrazio Prozedura Erkidearen Legeak Prozedura Zibilaren Legea hartu nahi izan du erreferentziazat har daitezkeen behin-behineko neurriak zeintzuk diren adieraztean, baina, neurri horiek hartzeko modua arautzen duten printzipioei dagokienez, legegileak aurreko araudian prozedura zehatzaileetako behin-behineko neurriak hartzeko araubidea ezaugarritzen zuten zenbait berezitasuni begiratu diela dirudi.

GAKO HITZAK: Behin-behineko neurriak. Administrazio-prozedura. Ebazpenaren eraginkortasuna. Proporzionaltasuna. Motibazioa.

RESUMEN: El art. 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) ha introducido algunas novedades en la regulación de las medidas provisionales. De forma resumida puede decirse que, por una parte, la Ley 39/2015 ha eliminado algunas restricciones normativas relativas a la adopción de las medidas provisionales, de manera que ahora éstas pueden ser acordadas antes del inicio del procedimiento con carácter general. A su vez, a consecuencia de la nueva concepción del procedimiento administrativo común que recoge la LPAC, en los procedimientos sancionadores podrán adoptarse las medidas provisionales precisas en cada caso, sin necesidad de previsión específica en la normativa reguladora.

Por otra parte, la nueva regulación establece una serie de exigencias adicionales que deben observarse al acordar las medidas provisionales previas o posteriores a la iniciación del procedimiento administrativo de referencia, contribuyendo así a reducir la discrecionalidad administrativa en su adopción.

Desde otra perspectiva, cabe destacar que los cambios introducidos por el legislador parecen responder a distintas fuentes de inspiración pues, mientras que en lo relativo a la enunciación de las medidas provisionales de posible adopción la LPAC ha pretendido tomar como referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que respecta a los principios que ordenan la adopción de las medidas señaladas el legislador parece haber tenido en cuenta, principalmente, algunas singularidades que, en la normativa precedente, caracterizaban al régimen de adopción de las medidas provisionales en los procedimientos sancionadores.

PALABRAS CLAVE: Medidas provisionales. Procedimiento administrativo. Efectividad de la resolución. Proporcionalidad. Motivación.

ABSTRACT: Article 56 of Act 39/2015 of October 1st, on the Common Administrative Procedure by the Public Administrations provided some novelties in the regulation of interim measures. In brief we can consider that on the one hand Act 39/2015 has lifted some normative restrictions regarding the adoption of interim measures so that they now can be agreed in general before the beginning of the procedure. At the same time, as a consequence of the new common administrative procedure conception established by the LPAC, in penalty procedures interim measures specific to each case might be adopted without the need to be specifically stated by the governing regulation.

On the other hand, the new regulation has established a number of additional requirements to be observed when agreeing previous or subsequent interim measures to the beginning of the administrative procedure of reference, contributing to reduce administrative discretion at the time of their adoption.

From another angle, it should be noted that changes introduced by the legislator seem to respond to several sources of inspiration since whilst the establishment of interim measures to be adopted the LPAC intended to take as reference the Civil procedure law, concerning the principles that govern the adoption of the aforementioned measures, the legislator seem to have taken into account mainly some particular features that in the previous legislation characterized the system of adoption of interim measures in penalty procedures.

KEYWORDS: Interim measures. Administrative procedure. Effectiveness of the resolution. Proportionality. Motivation.

Actividades privadas compatibles de los altos cargos en la Administración General del Estado*

José María Pérez Monguió

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.06>

Sumario: I. Introducción y sistemática.—II. El régimen de las actividades compatibles privadas en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.—III. Administración del patrimonio personal o familiar: 1. Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias. A) Participaciones superiores a un 10% en empresas, en tanto que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público. B) Participación en empresas que reciban subvenciones provenientes de la Administración C) Participación en una empresa subcontratista de otra que tenga contratos de cualquier naturaleza con el sector público. D) Regularización del alto cargo en cuanto al cumplimiento de las limitaciones en participaciones societarias. 2. Control y gestión de valores y activos financieros. A) Ámbito subjetivo. B) Contenido material. C) Excepciones.—IV. Producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas.—V. Colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional.—VI. Participación en entidades culturales o benéficas.—VII. Bibliografía.

I. Introducción y sistemática

El ejercicio de la actividad de un alto cargo se desarrolla en el marco de un conjunto de principios y exigencias establecidas actualmente, entre otras normas, en Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁽¹⁾ y

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto DER2016-77513-R: Financiado AEI y FEDER, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

(1) La Ley 19/2013 distingue entre principios generales y principios de conducta en el artículo 26.2. Véase sobre los citados principios, J. M.^a PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur

en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Unos principios y exigencias que se han ido desarrollando e implementando desde unos pilares básicos, ya recogidos, en algún caso de forma embrionaria, en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, como son, entre otros muchos, los de imparcialidad, dedicación exclusiva, retribución única y todo ello en el marco del principio de *Buena Administración*.

Con todo, desde la Ley de incompatibilidades de los altos cargos de los años ochenta se han venido contemplando en las distintas leyes excepciones que permitían atenuar algunos principios como el de dedicación y retribución única, facilitando el desarrollo de ciertas actividades que podían compatibilizarse con el desarrollo del cargo y que se han clasificado en públicas y privadas.

Así el propio artículo 13 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado parte de una negación absoluta de compatibilidad para después proceder a recoger las excepciones, cuando dispone que «Los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea».

Los argumentos para relajar el severo régimen de incompatibilidad de los altos cargos son diversos para los supuestos de actividades públicas y privadas.

En el primer caso, el principal motivo puede residir en la posibilidad de emplear al alto cargo en otras actividades de naturaleza pública que permitan optimizar al máximo las capacidades y habilidades y, entre ellas se prevén: a) El desempeño de los cargos que les correspondan con carácter institucional, de aquellos para los que sean comisionados por el Gobierno, o de los que fueran designados por su propia condición; b) El desarrollo de misiones temporales de representación ante

Menor, 2014, pp. ; J. JUSTO MEGÍAS QUIRÓS, «Regeneración democrática de los altos cargos», en A. TRONCOSO REIGADA, *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas-Thomson Reuter, 2017, pp. 1505 a 1528 y M. M. SERRANO PÉREZ, «Los principios de actuación del buen gobierno», en A. TRONCOSO REIGADA, *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Civitas-Thomson Reuter, 2017, 1529-1565.

otros Estados, o ante organizaciones o conferencias internacionales. c) El desempeño de la presidencia de las sociedades a las que se refiere el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando la naturaleza de los fines de la sociedad guarden conexión con las competencias legalmente atribuidas al alto cargo, así como la representación de la Administración General del Estado en los órganos colegiados, directivos o consejos de administración de organismos o empresas con capital público o de entidades de Derecho Público.

En el caso de la compatibilidad con algunas actividades privadas el propósito es bien distinto y, esencialmente, tiene como objeto principal evitar *fallecimiento civil*, esto es que el cargo termine por fagocitar a la persona. De esta manera, se permite el desarrollo, por una parte, de actividades para la administración del patrimonio personal y familiar, y por otra el desarrollo de determinadas actividades muy específicas y con un mayor número de limitaciones que las actividades públicas.

El objeto de este trabajo será precisamente el análisis del régimen de este último tipo de compatibilidades, esto es las privadas, tomando como piedra angular la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, con el propósito de ver los avances o retrocesos que se hayan podido producir con arreglo a la normativa estatal anterior. Esta perspectiva no será un obstáculo para acudir también a la legislación autonómica sobre altos cargos, aunque también se recurrirá a la normativa de transparencia y buen gobierno pues, por ejemplo, la compatibilidad de los altos cargos se han regulado en la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia, todo ello con el fin de poder realizar comparaciones que permitan extraer las aportaciones que se han efectuado en esta materia.

II. El régimen de las actividades compatibles privadas en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado

Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado prevé, como hicieron la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, la compatibilidad del ejercicio de un puesto de alto cargo con una serie de actividades pri-

vadas(2), sin perjuicio de la previsión del artículo 8 de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos. Esta compatibilidad ha estado sujeta a que el desarrollo de las mismas no comprometiese la imparcialidad o independencia en el ejercicio o desempeño del cargo.

El ejercicio de las actividades privadas permitidas, que tiene un carácter tasado, está sujeto a que no puedan afectar o comprometer la imparcialidad e independencia pero incluso en los casos en que esto no suceda, el principio de jerarquía administrativa(3) puede suponer o puede llegar a limitar el desarrollo de las actividades privadas inicialmente compatibles. Esta posibilidad esencialmente se podría producir o consumir, como expondré, en las actividades contempladas en los apartados 13.2.c).1.^a y 2.^a, entre las que se hallan las de producción y creación artística, literaria, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquellas, así como la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos o la participación en entidades culturales o benéficas. Todo ello en la medida que puede suceder que determinadas actividades privadas compatibles sean susceptibles de provocar una situación no deseable o, basta que así lo considere el superior, para la Administración, pensemos por ejemplo la participación en determinados foros o determinadas publicaciones que no resulten adecuadas o convenientes u oportunas. Sin embargo, no tiene cabida en el ámbito de la mera administración del patrimonio personal o familiar pues en este caso entraría en el campo más bien del conflicto de interés.

(2) Arts. 4 Ley 12/1995 y 10 Ley 5/2006.

(3) La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado introdujo un nuevo matiz, que ahora reproduce la Ley 3/2015, al incluir la expresión «sin perjuicio del principio de jerarquía administrativa». Este inciso fue incluido durante la tramitación parlamentaria. Véase la enmienda 28 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (BOCG Congreso de los Diputados, serie A, núm. 25-5, de 26 de abril de 2005).

Actividades privadas compatibles

Requisitos previos comunes	Actividad	Requisitos específicos
La actividad no puede comprometer la imparcialidad o independencia del alto cargo en el ejercicio de su función.	Las de mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en la presente ley.	Participaciones societarias: art. 14. Control y gestión de valores y activos financieros: art. 18.
	Producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquellas	No pueden ser consecuencia de una relación de empleo, o de prestación de servicios, o suponer un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes.
	Colaboración y asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional.	
	Participación en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o en fundaciones.	No pueden percibir ningún tipo de retribución, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione conforme a lo previsto en el artículo 3.5 de la Ley 49/2002.

III. Administración del patrimonio personal o familiar

La Ley 3/2015 prevé como una de las actividades compatibles la «mera administración del patrimonio personal o familiar con las limitaciones establecidas en la presente Ley» —art. 13.2.c).1.^a—. Sin entrar a fondo en la valoración de la medida, pues resulta razonable, como ha puesto de manifiesto SARMIENTO MÉNDEZ, que la persona que accede a la condición

de alto cargo pueda continuar con la administración de su patrimonio(4) pues no sería lógico que se le impidiese la supervisión de sus intereses económicos(5).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 11 de junio de 2014 (*JUR/2014, 162671*) manifiesta que «De entenderse que cualquier relación entre la función pública a la que se pretende acceder y la profesión que se ejercía, es por sí solo determinante de incompatibilidad, resultaría que sólo los ciudadanos con nulo pasado profesional, pueden acceder a un cargo público. O lo que es lo mismo: sólo pueden acceder los profesionales de la política. La interpretación de la norma ha de permitir el acceso a la vida pública a profesionales de la actividad privada porque ello redundaría en beneficio de la sociedad, que se vería privada de poder tener gestores y dirigentes altamente cualificados en su distintos campos profesionales, y además, un ente tras una interpretación tan restrictiva y constrictora, constituiría una interpretación disuasoria para aquéllos, porque en su caso acceder a la vida pública les comportaría un quebranto absoluto en su vida, de forma que al fin se traduciría en una discriminación intolerable e incompatible con lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Constitución».

Al margen de esta consideración, lo cierto es que la redacción no es muy adecuada, aunque sea la misma que se recoge desde hace décadas en la legislación estatal y la mayoría de las disposiciones autonómicas(6).

(4) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 11 de junio de 2014 (*JUR/2014, 162671*) entiende que el patrimonio empresarial o comercial sí que puede integrarse en la excepción del patrimonio personal o familiar, cuya mera administración no es incompatible con el cargo público. Resultan de interés los argumentos que esgrime para entender que no existe incompatibilidad en el ejercicio de un alto cargo con la propiedad de una oficina de farmacia (F. J. 3.º).

(5) X. A. SARMIENTO MÉNDEZ, «As incompatibilidades dos membros da Xunta e demais altos cargos», en *Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 1 (1996), p. 345.

(6) Véanse también, entre otros, los artículos 8.1.d) Ley 13/2005, de 27 de diciembre, del régimen de incompatibilidades de los altos cargos al servicio de la Generalidad —en esta comunidad no se emplea el término «mera» sino que se recurre al término «simple»— (en el mismo sentido del art. 42.a) Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de la Comunidad de Galicia—, 11.a) Ley de Cantabria 1/2008, de 2 de julio, reguladora de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración de Cantabria, 56.a) Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros de La Rioja 8/2003; art. 7.2.e) Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León; 7.a) Ley 2/1996, 19 noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears.; 8.1 Ley 3/1997, de 8 de mayo, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Comunidad Autónoma de Canarias; 6 Ley 19/1996, de 4 de noviembre, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de Navarra y de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y 7.1.e) Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat Valenciana, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos o 7.2.e) Ley 8/2016, de 28 de octubre, de incompatibilidades y conflictos de intereses de personas con cargos públicos no electos de la Generalidad Valenciana. La Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la

Así como ha dejado de manifiesto MESEGUER YEBRA(7), el término «mera» debe entenderse como una restricción del alcance de lo que es, en efecto, una pura excepción(8) que es calificada por SÁNCHEZ BLANCO como una expresión poco afortunada(9).

Esta actividad compatible se encuentra, con una redacción idéntica, en la Ley 12/1995 —art. 4.a)— y en la Ley 5/2006 — art. 10.a)— con la única excepción de que la norma del 2006 se refería a las limitaciones establecidas en el artículo 6, esto es, el relativo a las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias(10). Sin embargo, vinculado a esta materia se encuentra el control y gestión de valores y activos financieros, cues-

Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura ha mejorado técnica y conceptualmente esta causa de compatibilidad cuando dispone que será compatible el ejercicio del cargo «con las actuaciones que se deriven de la administración de su patrimonio personal o de la unidad familiar o las no retribuidas que pudieran realizarse profesionalmente en relación con dicha unidad familiar salvo en el supuesto de participación en el capital de empresas y sociedades...» —art. 29.1.c)—.

(7) J. MESEGUER YEBRA, *Conflictos de Intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*, Bosch, Barcelona, 2007. p. 193.

(8) El Grupo Parlamentario Popular propuso eliminar el término en la enmienda 29 al proyecto de la que fuese la Ley 5/2006 (BOCD Serie A. núm. 25-5, de 26 de abril de 2005).

(9) A. JIMÉNEZ BLANCO, «Estatuto de los miembros del Gobierno: deberes, derechos e incompatibilidades», en AA. VV. (Coord. L. PAREJO ALFONSO), *Estudios sobre el Gobierno*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1996, p. 226. Algunos autores han criticado el empleo del verbo administrar por entender que en el orden jurídico civil se contraponen a disponer y, por tanto, se podría llegar al absurdo de que un ministro no pudiera vender un inmueble de su propiedad. Desde nuestra posición esta interpretación debe ser rechazada pues administrar, en la tercera acepción del Real Diccionario de la Lengua Española, se define como «Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes» y, por tanto, entendemos que la administración también lleva implícita la disposición de los bienes que integran el patrimonio. Véase, J. MESEGUER YEBRA, *Régimen de conflictos...*, ob. cit., pp. 193-194. El artículo 7.1.d) de la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de la Generalitat, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos «Las derivadas de la simple administración de su patrimonio personal o familiar...», al igual que el artículo 42.1.a) Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia.

(10) En el artículo 5 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, bajo la rúbrica *Compatibilidad con la administración del patrimonio personal o familiar*, se contemplan conjuntamente las limitaciones de participación en empresas cuando se dispone que «Las actividades derivadas de la mera administración del patrimonio personal o familiar no están sujetas a lo dispuesto en el artículo 3, salvo el supuesto de participación superior al 10% entre el titular del alto cargo, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro, hijos menores y personas tuteladas en el capital de sociedades que tengan ciertos, contratos o concesiones de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local» y el artículo 7.2.e) Ley 3/2016, de 30 de noviembre, del Estatuto de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León permite «La administración del patrimonio personal o familiar, siempre que no ostente por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o con persona con quien conviva con análoga relación de afectividad, participaciones directas o indirectas, iguales o superiores a un diez por ciento, o que sin llegar a este porcentaje supongan una posición en el capital social que pueda condicionar de forma relevante su actuación, en empresas o entidades que tengan contratos, conciertos o convenios con el sector público estatal, autonómico o local».

tión a la que la Ley 5/2006 dedicaba el artículo 13(11), pero al hacer mención, esta última exclusivamente al citado artículo 6, parecía que quedaban excluidos del control y gestión de activos financieros, cuando realmente forman parte del patrimonio personal.

De esta manera, al hacer referencia la Ley 3/2015 de forma genérica «a las limitaciones establecidas en la Ley», realiza una mejora técnica en esta cuestión, aunque también es cierto que podía haber incluido ambos artículos, esto es el 14 y el 18, en la redacción de la actividad compatible de administración del patrimonio personal o familiar siguiendo el ejemplo de la Ley País Vasco 1/2014 que expresamente remite a los artículos 22, *Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias* y 23, *Control y gestión de valores y de activos financieros* —art. 14.1.a)—.

1. Limitaciones patrimoniales en participaciones societarias

Esta limitación tiene como objetivo evitar, por una parte, el conflicto de interés que podría provocar la tenencia de participaciones societarias y, por otra, remover aquellas actividades que podrían afectar al principio de dedicación exclusiva que planea sobre el ejercicio de las funciones desarrolladas o desempeñadas por un alto cargo, prevista en el artículo 13 de la Ley 3/2015. Su antecedente inmediato se halla en el artículo 6 de la Ley 5/2006, aunque las diferencias son significativas como tendremos ocasión de ver, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva.

De esta manera, el artículo 14 contempla tres supuestos generales en los que los altos cargos tendrán una limitación patrimonial en participaciones societarias, con las particularidades que veremos en los siguientes epígrafes: *a)* participaciones superiores a un 10% en empresas, en tanto que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público, *b)* Participación en empresas que reciban subvenciones provenientes de la Administración y *c)* Participación en una empresa subcontratista de otra que tenga contratos de cualquier naturaleza con el sector público. Con carácter previo al análisis de estas limitaciones es oportuno adentrarnos en el ámbito subjetivo de la limitación, que no prohibición, pues dentro de los límites previstos no existe ninguna limitación.

La Ley 3/2015 prevé que «los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta —entendiéndose esta como persona física o jurídica que actúa por cuenta del alto cargo— participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto que tengan concier-

(11) El citado precepto era a su vez una reproducción del artículo 7 de la Ley 12/1995.

tos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local...».

La primera cuestión que sobresale, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, es que el ámbito subjetivo del régimen de limitación patrimonial en participaciones societarias es más limitado, en tanto que la redacción proscribía la tenencia de participaciones al alto cargo «por sí o por persona interpuesta», expresión que ha sustituido a la referencia que el artículo 6.1 de la Ley 5/2006 contenía al alto cargo «por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas» (12). Continúa el Consejo de Estado manifestando que «Se dice que parece ser más limitado porque se aprecia cierta ambigüedad en la redacción del precepto en la medida en que la referencia anterior «junto con cónyuge», sea cual sea el régimen económico matrimonial, persona que conviva en análoga relación de afectividad, hijos dependientes y personas tuteladas se aludía a un criterio para computar el volumen de la participación mientras que la referencia a la persona interpuesta es una precisión relativa al concepto de tenencia» (13).

De esta manera, el órgano consultivo recomendaba aclarar si la expresión «persona interpuesta» debe entenderse referida al «tercero independiente» al que se refiere el artículo 14.3, o a la entidad financiera encargada de la gestión y administración de las acciones y participaciones del alto cargo prevista en el artículo 18.1 del por entonces anteproyecto. Lo cierto es que no queda especialmente clara esta cuestión, pues el artículo 14.3 cuando se refiere al tercero independiente, entiende «como tal a un sujeto en el que no concurren las circunstancias contempladas en el apartado 1».

(12) El Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia en el Congreso, en la enmienda núm. 12, solicitó la modificación del artículo 14.1 con el fin de revisar la redacción del artículo 6 de la Ley 5/2006. La propuesta concreta, que no fue admitida, era la siguiente: «1. Los altos cargos no podrán tener, por sí, por persona interpuesta, ni por personas vinculadas tales como su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, familiares hasta cuarto grado de consanguinidad, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas, en tanto que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública».

(13) La extensión de la limitación al cónyuge, hijos y personas tuteladas es común en la legislación de incompatibilidades autonómica. Véanse, entre otros, los artículos 5 Ley Andalucía 3/2005; 17.1 Ley Cantabria 1/2008; 5.1.a) Ley Asturias 4/1995; 4.3 Ley Cataluña 13/2005 —extiende la medida a demás familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad—; 4.3 Ley Canarias 3/1997 —esta última no incluye a los hijos o personas dependientes— o 4.3 Ley Comunitat Valenciana 8/2016, que incluye también a las parejas de hecho o situaciones de análoga convivencia y en el mismo sentido 7.2.e) Ley Castilla y León 3/2016.

Por último, el Consejo de Estado instaba al Gobierno a precisar si el volumen de participación previsto en el apartado 1 del artículo 14 —esto es, el diez por ciento— debía calcularse sumando automáticamente a las participaciones propias las del cónyuge e hijos dependientes o solo cuando éstos puedan ser considerados persona interpuesta, si es que así fuera. En este sentido, la redacción del precepto parece que no ofrece duda alguna, pues se dispone que «los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones...», y, en consecuencia estimamos que solo podrán sumarse los porcentajes cuando pueda demostrarse que aquellas tienen la condición de personas interpuestas. En este sentido, consideramos más acertada la fórmula de la Ley 5/2006, que partía de la premisa de que las participaciones del cónyuge en sentido amplio, hijos dependientes y personas tuteladas se incluían directamente en el porcentaje del alto cargo. La opción de la Ley 5/2006 tampoco era perfecta pues en ella eran excluidas todas aquellas personas interpuestas que no fueran las anteriores. Por ello, entendemos que debería haberse mantenido la formulación anterior que funcionaba como una presunción *iure et de iure*, e incluir la figura de la persona interpuesta, que puede englobar incluso personas jurídicas o físicas, pero en este caso tendría que demostrarse el carácter interpuesto. La opción que mantenemos es muy estricta pero, con la redacción actual, en la que la superación de los porcentajes previstos del 10% no supone la obligación de enajenar las participaciones superiores, lo cierto es que el alto cargo no pierde ni se desprende de su patrimonio (14), pues como expondré, la enajenación

A. PARTICIPACIONES SUPERIORES A UN 10% EN EMPRESAS, EN TANTO QUE TENGAN CONCIERTOS O CONTRATOS DE CUALQUIER NATURALEZA CON EL SECTOR PÚBLICO

Esta limitación, que exclusivamente es efectiva «en tanto que tengan —las empresas— conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público» ya se encontraba en el artículo 6.1 de la Ley 5/2006(15). La única diferencia se encuentra en el elemento subjetivo que hemos analizado en el epígrafe anterior. Esto es, que se ha pasado hacer girar el límite previsto sobre el titular del alto cargo, su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas por el alto cargo y personas interpuestas.

(14) Véanse las reflexiones de J. MESEGUERYEBRA, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades...*, ob. cit., pp. 117-120.

(15) Véase, sobre conflicto de intereses y contratación, el interesante trabajo de A. CERRILLO MARTÍNEZ, *El Principio de Integridad en la Contratación Pública*, Thomson-Aranzadi, 2014.

El límite del 10%, común en la legislación autonómica de conflicto de intereses(16), fue criticado durante la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2015, llegando a solicitar, sin éxito, el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso, su eliminación bajo la premisa de que «La participación en una sociedad que tiene vinculación con el sector público (conciertos o contratos), aunque mínima, puede influir en la decisión de un alto cargo»(17). Esta limitación exclusivamente perdura durante el tiempo en que dura el concierto o contrato de cualquier naturaleza con el sector público(18).

Sin embargo, como bien ha señalado MESEGUER YEBRA, una cantidad inferior al diez por ciento no supone o significa que no se pueda tener el control efectivo de la empresa, sobre todo en los casos de grandes compañías, en las que suele ser improbable que quien ostente el poder tenga participaciones muy amplias. De esta manera, el ar-

(16) Véanse, p. e., arts. 5 Ley Andalucía 3/2005; 4.2 Ley Baleares 2/1996; 4.1 Ley Canarias 3/1997; 8 Ley Cataluña 13/2005; 5.1.a) Ley Asturias 4/1995; 17.2 Ley Cantabria 11/2008 o 3.2 Ley Navarra 19/1996. Resulta muy interesante el artículo 4 de la Ley Comunitat Valenciana 8/2016 cuando exceptúa este límite cuando «las acciones o participaciones de las que la persona sea propietaria por formar parte de un establecimiento mercantil familiar y que hayan estado en su poder por lo menos los cinco años anteriores a su nombramiento o, si la transmisión se produce por causa de muerte, en un periodo inferior o durante el mismo mandato. En este caso, la persona afectada durante el mandato no podrá ejercer ningún cargo de gerencia o administración de la empresa, se limitará únicamente a mantenerse como propietaria de las acciones y estará sujeta a los deberes del artículo 6 y del apartado 2 de este artículo», al igual que tampoco se aplicará a las «cooperativas de trabajo asociado ni cooperativas agrícolas, de consumo o de aprovechamiento energético».

(17) Véase enmienda 42 (BOCD Serie A núm. 83-2, 9 de diciembre de 2014).

(18) Ley Andalucía 3/2005 recoge una excepción al régimen de compatibilidad para la administración del patrimonio personal o familiar en los supuestos de «participación superior al diez por ciento entre el titular del alto cargo, su cónyuge, pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro, hijos menores y personas titulares en sociedades que tengan conciertos, contratos o concesiones de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local». Una previsión similar ya se encontraba en la Ley del 84. Sin embargo, la redacción actual ha mejorado notablemente la anterior en la medida que la primera no contemplaba a las parejas de hecho y personas tuteladas y sólo se producían en los supuestos en que la participación fuera superior al 10% en las sociedades que tengan conciertos de obras, servicios o suministros, sea cual sea su naturaleza, exclusivamente cuando aquéllos fueran con la entidad pública en la que desempeñase su cargo, mientras que con la ley vigente esta limitación ha sido eliminada, ampliándose a todo el sector público estatal, autonómico o local. Esta cautela se ha visto reforzada, en cierta medida, con la obligación que se impone en el artículo 9 de la Ley Andalucía 3/2005, que es una reproducción del artículo 8 de la Ley Andalucía 5/1984, a las empresas, entidades o sociedades que tomen parte en licitaciones públicas, contraten o hayan de encargarse de la gestión de cualquier servicio público, ya sea prestado directamente por la Administración de la Junta de Andalucía o a través de sus entes instrumentales, de acreditar, mediante la oportuna certificación expedida por su órgano de dirección o representación competente, que no forma parte de los órganos de gobierno o administración a ninguna persona que se encuentre en las situaciones referidas en esta disposición. El incumplimiento de este requisito supondrá el rechazo de las proposiciones que no acompañen dicha certificación, junto a los documentos requeridos en cada caso. De esta manera, se articula un nuevo instrumento, al margen de las propias declaraciones exigidas por la Ley a los altos cargos, para la detección de posibles participaciones de altos cargos en sociedades que participen empresas, entidades o sociedades que tomen parte en licitaciones públicas, contraten o hayan de encargarse de la gestión de cualquier servicio público, ya sea prestado directamente por la Administración de la Junta de Andalucía o a través de sus entes instrumentales.

título 14.2 de la Ley 3/2015, siguiendo el sendero del artículo 6.1 de la Ley 5/2006, relaja a la mínima el requisito general del porcentaje para los supuestos en los que las empresas tengan la forma de sociedad anónima con un capital suscrito superior a 600.000 euros, en cuyo caso, las participaciones patrimoniales del alto cargo, no tienen que llegar al 10%, pues bastará con que su porcentaje pueda condicionar de forma relevante su actuación —art. 14.2— (19), esto es, lo que se conoce como capital de control (20).

Esta medida debe ser calificada como positiva por recoger una realidad y una posibilidad. Sin embargo, lo cierto es que la misma reposa o gira sobre un concepto jurídico indeterminado como es el de «una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación», que genera muchas dudas. Y como mantiene MESEGUER YEBRA «dicha estimación sólo puede efectuarse con rigor tomando en cuenta aspectos como el ámbito sectorial del mercado en el que actúa la sociedad, el número y capacidad de los competidores en el sector, el grado de intervencionismo público en el mismo, la dispersión accionarial en el capital...» (21).

B) PARTICIPACIÓN EN EMPRESAS QUE RECIBAN SUBVENCIONES PROVENIENTES DE LA ADMINISTRACIÓN

La segunda de las limitaciones se extiende a los altos cargos que tengan participaciones en empresas que reciban subvenciones «provenientes de cualquier administración pública». De la redacción de la limitación lo único que resulta claro es el hecho de que la subvención puede provenir de cualquier administración pública y no, como se exigía anteriormente, de la Administración General del Estado —art. 6.1 *in fine* Ley 5/2006— (22), circunstancia que supone, como ha señalado el Consejo de Estado, una mayor limitación con respecto a la normativa ante-

(19) Ya se preveía en la Ley 5/2006 —art. 6.2—. El Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso, en la enmienda núm. 53, solicitaba la supresión del artículo 14.2, pues «debe ser totalmente incompatible tener participaciones en una sociedad que mantiene vinculación contractual con el ámbito público» (BOCD Serie A núm. 83-2, 9 de diciembre de 2014).

(20) En un mismo sentido el artículo 4.3 Ley Comunitat Valenciana 8/2016 y 7.2.e) Ley Castilla y León 3/2016.

(21) Véanse las reflexiones de J. MESEGUER YEBRA, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades...*, ob. cit., p. 118.

(22) Esta redacción, como ha señalado el Consejo de Estado, comporta una mayor limitación respecto de la prevista en el artículo 6 de la Ley 5/2006, que circunscribía la anterior limitación respecto de las subvenciones provenientes de la Administración General del Estado. Véase Dictamen del Consejo de Estado 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

rior(23)y(24). Sin embargo, no queda resuelto si esta limitación exige que el alto cargo por sí, o a través de persona interpuesta, tenga una participación del diez por ciento en la empresa que recibe la subvención o si por el contrario, no está sujeta a porcentaje alguno, resultando lo único relevante que la misma reciba subvenciones.

La solución es compleja en la medida que la redacción es desafortunada cuando dispone que: «Los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas (...) o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública». Una primera aproximación parece conducirnos a la idea de que la percepción de subvenciones no va vinculada a porcentajes de participación al establecer una disyuntiva. Esta posible interpretación tendría como consecuencia una limitación estricta en la medida que cualquier participación, por pequeña que fuese, de un alto cargo en una empresa que recibiese subvenciones, estaría prohibida. La segunda opción sería entender qué es exigible para que se perfeccione la limitación de que el alto cargo tenga participaciones que sumen el porcentaje previsto y que la empresa reciba subvenciones. Esta segunda opción es la más razonable, pues de otra manera un alto cargo no podría tener ninguna participación en una empresa que recibiese subvenciones por parte de cualquier administración pública. Además sería conveniente establecer unos límites a las cantidades subvencionadas en la medida que las subvenciones son muy variadas y por importes muy distintos. De hecho, de *lege ferenda* podría establecerse una limitación absoluta en los casos de subvenciones otorgadas por la Administración General del Estado, ámbito directo de influencia del alto cargo, y en los demás casos establecer unos mínimos para que fuesen relevantes a estos efectos.

Por último, tampoco resulta de fácil comprensión la expresión empresas «que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración Pública», pues «que reciban» parece indicar que las citadas empresas son destinatarias «habituales» de este tipo de ayudas públicas y no se vincula a un momento concreto. Por tanto, en teoría sería suficiente que la empresa hubiese recibido subvenciones durante unos años anteriores al nombramiento del alto cargo. Esta solución no es satisfactoria y por ello, entendemos que debe interpretarse en un sentido restrictivo y abarcar

(23) Dictamen del Consejo de Estado 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

(24) La Exposición de Motivos de la Ley 3/2015 considera esta medida un gran avance cuando manifiesta que: «Se refuerza también la regulación de las limitaciones en participaciones societarias en el sentido de que también será incompatible la participación en más de un diez por ciento en empresas que reciban subvenciones que provengan de cualquier Administración Pública».

exclusivamente el tiempo en el que el alto cargo está en activo o, como mínimo, establecer un plazo. Con todo, es importante tener presente que la concesión de una subvención puede conllevar un plazo muy amplio de ejecución y de posterior justificación. En ese *interin*, uno de los participantes de la empresa podría ser nombrado alto cargo. En estos casos, entiendo que el alto cargo debería, si tiene más del diez por ciento, enajenar o ceder los excedentes, inhibirse en los casos en que por razón de su cargo tenga alguna competencia sobre la gestión de la subvención y comunicarlo a la Oficina de Conflictos.

C) PARTICIPACIÓN EN UNA EMPRESA SUBCONTRATISTA DE OTRA QUE TENGA CONTRATOS DE CUALQUIER NATURALEZA CON EL SECTOR PÚBLICO

La Ley 3/2015, como ya se contemplaba en la Ley 5/2006 —art. 6.1— (25), extiende la limitación a los supuestos en los que la vinculación del alto cargo no sea directamente con la empresa que contrata la Administración Pública, sino con la que subcontrata. Una medida que debe ser siempre calificada, *a priori*, de acertada en la medida que evita o limita el fraude de ley pues sin ella sería sencillo burlar la limitación impuesta a través de mecanismos de ingeniería empresarial.

Así, el artículo 14.1 manifiesta que «lo dispuesto en el párrafo anterior será también de aplicación al caso en que la empresa en la que participen sea subcontratista de otra que tenga contratos de cualquier naturaleza

(25) En la Ley 12/1995 la subcontratación no se recogía, y por tanto, pese a que algunas interpretaciones parecían indicar que en la expresión «participaciones superiores a un diez por ciento en empresas que tengan conciertos o contratos, de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local» (art. 2.1) podía entenderse que también afectaba a la subcontratación. De hecho, incluso durante la tramitación Parlamentaria de la Ley Galicia 9/1996, con una redacción idéntica (art. 3.4) se propugnó una que pretendía extender su dicción al ejercicio de cargos directivos y de gestión en empresas subcontratistas, tesis que, en definitiva no prosperó, por entenderse insertada, implícitamente en los supuestos de la ley (*Boletín Oficial del Parlamento de Galicia*, de 26 de agosto de 1996, p. 13.851). Sin embargo, las dudas en este sentido eran múltiples pues como se manifestó en el Dictamen 121/2001, de 8 de junio, del Consejo Consultivo de Galicia «con la expresión conciertos o contratos exigen inequívocamente, como presupuesto, el convenio directo con la Administración Pública, cosa que no ocurre con los subcontratos, según explicita el artículo 115.3 del vigente texto refundido de la LCAP y así entiende unánime y reiteradamente la jurisprudencia, doctrina jurisprudencial que actualmente viene corroborada por el artículo 11 del vigente texto refundido cuando entre los requisitos de los contratos de las administraciones menciona, entre otros que aquí no nos interesan, la presencia de un contratista y como condición sine qua non, la concurrencia en la relación negocial de una Administración; requisito que no se da en el subcontrato, precisamente, porque la única relación que en el subcontrato se establece es entre el contratista y el subcontratista. La conclusión que se impone, por lo dicho, sobre el primer punto del dictamen es que el subcontrato no está tipificado como causa de incompatibilidad en el artículo 3.4 de la Ley gallega 9/1996, de 18 de octubre, siempre que concurren las circunstancias que el precepto prevé, y concretamente que el alto cargo no ostente cargo directivo en la empresa subcontratada». Véase las interesantes reflexiones sobre la materia de J. MESEGUERYEBRA, *Régimen de conflicto de intereses...*, *ob. cit.*, pp. 123 y ss.

con el sector público estatal, autonómico o local siempre que la subcontratación se haya producido con el adjudicatario del contrato con la Administración en el que el alto cargo preste servicios y en relación con el objeto del contrato».

La redacción, muy mejorable, plantea dudas e incógnitas que comienzan con la referencia «a lo dispuesto en el párrafo anterior», pues el párrafo anterior se refiere a las personas interpuestas cuando considera «persona interpuesta a la persona física o jurídica que actúa por cuenta del alto cargo». De este modo, no se alcanza, en una interpretación literal, a entender el sentido del precepto en la medida en que simplemente se define la figura de la persona interpuesta, pero realmente ello no da sentido al texto. Por tanto, entiendo que el precepto realmente se refiere al primer párrafo del artículo 14.1, esto es «los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento...» (26)y (27).

Por ello, partiendo de esta premisa, el precepto extiende la prohibición de participar a los altos cargos con más de un diez por ciento, directamente o a través de persona interpuesta, en una empresa que subcontrate con otra que tenga contratos de cualquier naturaleza con el sector público.

La Ley ha establecido un requisito, esto es que «la subcontratación se haya producido con el adjudicatario del contrato con la Administración en la que el alto cargo preste servicios y en relación con el objeto de ese contrato». Este requisito conlleva o produce una diferencia con respecto a la regla general en cuanto que se exige que el adjudicatario del contrato lo sea con la Administración donde el alto cargo desarrolla o desempeña su función y en relación a ese contrato. De este modo, la previsión del precepto no se aplicaría en caso de que la Administración que hubiese adjudicado el contrato fuese distinta a aquella en la que el alto cargo preste servicios como, por ejemplo, sucedería en el supuesto de que la Junta de Andalucía adjudicase un contrato a una empresa y esta última

(26) En apoyo de esta teoría el punto 31 de la Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, que bajo la rúbrica División del artículo, dispone que: «El artículo se divide en apartados, que se numerarán con cardinales arábigos, en cifra, salvo que solo haya uno; en tal caso, no se numerará. Los distintos párrafos de un apartado no se considerarán subdivisiones de este, por lo que no irán numerados.».

(27) En la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado la redacción en este particular era mucho más clara cuando disponía que «Los titulares de los cargos no podrán tener (...), participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado».

subcontratara con la empresa en la que el alto cargo tiene participaciones, en cuyo caso no operarían los límites impuestos.

Esta previsión en relación a la subcontratación me parece muy oportuna. Sin embargo, sería igualmente conveniente extenderla de *lege ferenda* a los supuestos en los que una empresa recibiese subvenciones por parte de la Administración en la que el alto cargo prestase sus servicios y ésta contratase a la empresa en la que el alto cargo tiene participaciones (28).

D) REGULARIZACIÓN DEL ALTO CARGO EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO DE LAS LIMITACIONES EN PARTICIPACIONES SOCIETARIAS

El artículo 13.3 de la Ley 3/2015 se ocupa, siguiendo en gran medida el artículo 6.3 de la Ley 5/2006, de los supuestos en los que un alto cargo posea las participaciones en empresas en el momento del nombramiento o de manera sobrevenida durante el desarrollo del cargo cuando dispone que «... la persona que sea nombrada para ocupar un alto cargo poseyera una participación en los términos a los que se refieren los apartados anteriores, tendrá que enajenar o ceder a un tercero independiente, entendiéndose como tal a un sujeto en el que no concurren las circunstancias contempladas en el apartado 1, las participaciones y los derechos inherentes a las mismas durante el tiempo en que ejerza su cargo, en el plazo de tres meses, contados desde el día siguiente a su nombramiento. Si la participación se adquiriera por sucesión hereditaria u otro título gratuito durante el ejercicio del cargo, la enajenación o cesión tendría que producirse en el plazo de tres meses desde su adquisición».

Con carácter previo al análisis de esta cuestión es necesario precisar o delimitar a qué se refiere el precepto con la expresión «Cuando la persona que sea nombrada para ocupar un alto cargo poseyera una participación en los términos a los que se refieren los apartados anteriores». Esto es, si la medida prevista en el apartado 3 del artículo 14, se aplica a los altos cargos que tengan más de un diez por ciento de participaciones societarias, con la salvedad, ya mencionada, de las sociedades anónimas cuyo capital supere los 600.000 euros, en las cuales el alto cargo, sin llegar al diez por ciento, ese porcentaje le permita tener una posición en el capital social que pueda condicionar de forma relevante su actuación o,

(28) Pensemos en el caso en el que el Ministerio de Agricultura da una subvención a una empresa ganadera para comprar material para actualizar las instalaciones y esta comprara a la empresa en la que el alto cargo del citado ministerio tiene participaciones para suministrar el material o para efectuar las obras pertinentes.

por el contrario, las medidas previstas que afectan a los altos cargos con un diez por ciento, pues los porcentajes superiores están prohibidos(29).

La respuesta es evidente. Las medidas articuladas se aplican a aquellos supuestos en los que los altos cargos en el momento del nombramiento o durante el desarrollo del puesto, tienen participaciones superiores al diez por ciento en empresas con los requisitos del artículo 14.1, pues hasta ese porcentaje no existe limitaciones. El problema se origina cuando el citado porcentaje se supera. La solución a esta cuestión en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado era radical. El alto cargo debía desprenderse de las mismas(30) —entendemos de todas aquellas que le hicieran superar el 10%— en el plazo de tres meses(31), contados desde el día siguiente a su

(29) La Ley País Vasco 1/2014 contempla una fórmula similar, con la diferencia de que no la limita a las Sociedades Anónimas, sino que la extiende a las Sociedades Mercantiles, cuando dispone que: «Cuando se trate de sociedades mercantiles cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, o la cuantía que al efecto se fije en las leyes de presupuestos, la prohibición establecida en el apartado anterior se aplicará cuando los sujetos descritos reúnan participaciones que, aun no llegando al diez por ciento allí establecido, supongan una posición en el capital de la empresa que permita condicionar de forma relevante su actuación» —art. 22.2—.

(30) Desprenderse de las participaciones superiores al diez por ciento es la única medida prevista en las leyes autonómicas. Véanse entre otros arts. 17.3 Ley Cantabria 1/2008 —que emplea el verbo transmitir—, 4.2 Ley Canarias 3/1997; 43.3 Ley Galicia 1/2016; art. 3.2 Ley Navarra 19/1996; 33.2 Ley Extremadura 1/2014; 58.2 Ley La Rioja 8/2003, 22.3 Ley País Vasco 1/2014 o 14.2 y 3 Ley Comunitat Valenciana 8/2016. Otras Comunidades Autónomas exclusivamente prohíben superar el porcentaje pero no establecen el plazo para deshacerse del excedente, como por ejemplo, Ley Andalucía 3/2005; Ley 4/1995; Ley Cataluña 13/2005. En el caso de Ley Castilla y León 3/2016 se establece un régimen muy particular cuando dispone que «En el supuesto de incursión en causa sobrevenida de incompatibilidad, el alto cargo deberá comunicarlo de manera inmediata a la Inspección General de Servicios y optar por solicitar el cese o realizar, en el plazo de dos meses desde que se produjo dicha causa, las actuaciones necesarias para eliminar la incompatibilidad. Si no se efectuara la opción expresa, se entenderá que opta por el cese y se procederá a su formalización».

(31) Las Comunidades Autónomas han previsto unos plazos muy variados, así, p. e., el art. 4.2 Ley Canarias 3/1997 prevé la posibilidad de que los plazos se amplíen en los supuestos en que por imperativo legal o por disposición estatutaria fuere preceptivo un plazo superior en el procedimiento de transmisión—; el art. 4.2 Ley Baleares 2/1996 y 343.4 Ley Galicia 1/2016 que establecen un plazo de un mes para deshacerse de las participaciones que se posean en el momento del nombramiento, plazo que se amplía a tres cuando se adquiera por sucesión hereditaria; el art. 3.2 Ley Navarra 19/1996 que dispone un plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su nombramiento y si la participación se adquiriere por sucesión hereditaria durante el ejercicio del cargo, tendrá que desprenderse de la misma en el plazo de cuatro meses desde su adquisición; el art. 33.2 Ley Extremadura 1/2014 prevé un plazo de un mes desde el nombramiento y de tres meses cuando lo sea por sucesión hereditaria y el art. 58.3 de La Ley La Rioja 8/2003 prevé un plazo general de dos meses y cuando sea por sucesión hereditaria de tres, y el art. 22.3 Ley País Vasco 1/2014 recoge un plazo para desprenderse de las participaciones que superen el límite del 10% en el plazo de los tres meses posteriores a su nombramiento. Si la situación patrimonial prohibida se adquiriera de manera sobrevenida durante el ejercicio del cargo, por sucesión hereditaria u otro título gratuito, tendrá igualmente tres meses, contados desde que se produzca la adquisición, para desprenderse de las participaciones que superen los límites establecidos o el art. 14.2 y 3 Ley Comunitat Valenciana 8/2016 que prevé dos meses tanto cuando es previa al nombramiento como cuando es sobrevenida, un plazo que comienza su cómputo en el momento de la notificación de la incompatibilidad.

nombramiento y en el caso de que fuesen adquiridas por vía hereditaria u otro título gratuito durante su ejercicio, debía hacer lo mismo en el mismo plazo, teniendo como punto de partida el momento de la adquisición —art. 6.3— (32).

Esta solución, que hemos calificado de radical, obligaba al alto cargo a deshacerse de las participaciones de las que disponía, con independencia de la oportunidad efectuar la enajenación o transmisión, recordando que con la ley anterior no podía expresamente transferirse al cónyuge, sea cual fuere el régimen económico matrimonial, o la persona con la que conviviese en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, mientras que ahora, como hemos analizado, la Ley 3/2015 se refiere a persona interpuesta exclusivamente. Este hecho podía comportar, por tanto, pérdidas patrimoniales significativas en la persona del alto cargo y entorpecer su regreso al ámbito profesional tras el cese.

La Ley 3/2015 ha subsanado esta situación en la medida que ha previsto la alternativa entre la enajenación o la cesión a un tercero independiente del ejercicio de los derechos correspondientes a las participaciones (33) y (34). Esta alternativa, valorada positivamente por el Consejo de Estado en el Dictamen al anteproyecto de ley, comporta la posibilidad de conservar la titularidad de las participaciones no obstante el ejercicio de

(32) P. GARCÍA MEXÍA —*Los conflictos de intereses...*, ob. cit., p. 155— consideraba muy positivo el carácter perentorio de los plazos para desprenderse de las participaciones.

(33) El Consejo de Estado consideró necesario que se especificara en la Ley «qué debe o puede entenderse por «tercero independiente» a los efectos del referido precepto, pues la mayor o menor consecución del objetivo de transparencia, legalidad y ausencia de conflictos que se proponen al anteproyecto se propone deriva, entre otros extremos, de la definición de conceptos jurídicos si no indeterminados, si imprecisos, cuya delimitación corresponde a una norma del rango de la proyectada». Este motivo propició que se definiese en el mismo precepto, como un sujeto en el que no concurren las circunstancias contempladas en el apartado 1». Esto es, que no se trate de una persona interpuesta. Véase *Dictamen del Consejo de Estado* 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

(34) Un caso excepcional, en el marco autonómico que sigue el ejemplo de la Ley 5/2006, esto es la obligación del alto cargo de «desprenderse» de las participaciones que superen el 10%, el que se encuentra en el artículo 17 de la Ley Cantabria 1/2008, que opta por una fórmula mucho más rígida que la articulada en la Ley 3/2015. Así se parte de la premisa de que los altos cargos no podrán administrar personalmente las participaciones que posean por sí o junto con su cónyuge o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, en empresas o sociedades que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público autonómico. Por tanto, con independencia del porcentaje de participación se le prohíbe la administración personal de las mismas para lo cual y dentro del plazo de tres meses desde que tuviera lugar el nombramiento o la adquisición de las participaciones, las personas que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la presente Ley deberán encomendar la administración de las participaciones a sociedades especializadas mientras dure el ejercicio del cargo, debiendo ser inscrito el contrato de encomienda en el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales en la forma que reglamentariamente se determine. Sin embargo, esto no es todo, pues en los supuestos en que las participaciones sean superiores al diez por ciento del capital social de dichas empresas o sociedades, se les obliga en el plazo de tres meses desde el nombramiento a proceder a su transmisión, hasta quedar incluidas en este límite.

los derechos asociados a las mismas corresponderá a un tercero independiente (35) y (36).

La obligación de enajenar o ceder las participaciones y los derechos inherentes a las mismas tiene una serie de controles, traducidas en las obligaciones de:

- a) Disponer de un informe favorable y previo a la operación de enajenación o cesión de la Oficina de Conflictos de Intereses. En el momento en que se solicita el mismo por parte del alto cargo, se debe entender suspendido el plazo de tres meses para la enajenación o cesión hasta que se reciba el informe. Con todo, entendemos que hubiera sido más oportuno que se estableciera la obligación inmediata de solicitud del informe en el momento en que el alto cargo es nombrado o cuando de forma sobrevenida supera el límite de

(35) El Consejo de Estado recomendaba «modificar la redacción del apartado señalado para especificar que, si eso es lo que se pretende, se aclare que los derechos cuya cesión puede articularse a favor de un tercero, son los derechos políticos, pero no los derechos económicos en la medida en la que no resulten contrarios a las restantes previsiones contenidas en la Ley proyectada». Véase Dictamen del Consejo de Estado 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

(36) Debemos apreciar que la Ley 5/2006 empleaba el verbo desprenderse, que comporta cualquier acción que permita eliminar del patrimonio del alto cargo las citadas participaciones, entre las que se encuentra la enajenación y también la donación, pero la Ley 3/2015 exclusivamente recoge como medidas posibles la enajenación o la cesión.

participaciones previsto, y sólo a partir de la recepción del informe, comenzase el cómputo del tiempo para la enajenación o cesión.

- b) Declarar las operaciones, así como la identificación, en su caso, del tercero independiente a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales(37). No existe un plazo para declarar las comunicaciones y, por ello, debemos acudir al plazo general de tres meses previsto en el artículo 17 de la Ley 3/2015 para la declaración de bienes y derechos.

Cuadro resumen

Requisitos del alto cargo	Requisitos de las empresas	Consecuencias	
<p>Más de 10%, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas en empresas.</p> <p>Excepción aunque el porcentaje sea menos del 10%: sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, y las participaciones del alto cargo, aun siendo inferiores al porcentaje, le otorguen una posición en el capital social que pueda condicionar de forma relevante su actuación.</p>	<p>—Tenga conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local.</p> <p>—Reciba subvenciones de cualquier Administración Pública.</p> <p>—La empresa en la que participe sea subcontratista de otra que tenga contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local siempre que la subcontratación se haya producido con el adjudicatario del contrato con la Administración en la que el alto cargo preste servicios y en relación con ese contrato.</p>	Obligación alternativa de:	Plazo:
		Enajenar o Ceder a un tercero independiente, el excedente superior al 10%.	Tres meses desde el nombramiento o desde la adquisición por sucesión hereditaria u otro título gratuito.
		Garantías	
		<p>—Disponer de un informe favorable y previo a la operación de enajenación o cesión de la Oficina de Conflictos de Intereses.</p> <p>—Declarar las operaciones, así como la comunicación, en su caso, del tercero independiente a los Registros de Actividades y de Bienes y Derechos Patrimoniales.</p>	

(37) Esta exigencia ya se recogía en el artículo 3.2 Ley 12/1995 y, posteriormente, en el artículo 6.3 de la Ley 5/2006.

2. Control y gestión de valores y activos financieros

El artículo 18 de la Ley 3/2015, *Control y gestión de valores y activos financieros*(38), tiene su antecedente en el artículo 7 de la Ley la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, que con alguna modificación se incorporó, con la misma rúbrica en el artículo 13 de la Ley 5/2006. Es una figura que, como han dejado de manifiesto distintos autores, es conocida como fideicomiso ciego, fondo ciego o administración dormida, y que goza de un amplio arraigo en la legislación estadounidense(39). El fideicomiso ciego permite a una persona que ejerce un alto cargo, ceder la administración de su patrimonio a un tercero independiente, originándose un *virtual muro* entre una autoridad pública y su patrimonio, todo ello con el fin de evitar cualquier conflicto de intereses en las decisiones que debe adoptar en el ejercicio de su cargo(40).

(38) La rúbrica de este precepto no ha cambiado con respecto a las dos leyes anteriores. Sin embargo, en el anteproyecto la rúbrica del artículo 18 era «Control y gestión de acciones y participaciones societarias». Fue el Consejo de Estado el que sugirió modificar la rúbrica del artículo y mantener la denominación actual, que era la contenida en el artículo 13 de la Ley 5/2006, «Control y gestión de valores y activos financieros», «y ello porque carece de sentido prever la contratación con una entidad financiera registrada en la CNMV para la gestión y administración de acciones (si lo son de sociedades no cotizadas) y participaciones en sociedades de responsabilidad limitada». De esta manera, argumentaba el Órgano Consultivo que «no puede perderse de vista que la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y, en el mismo sentido, la Comisión Nacional del Mercado de Valores operan en el marco de los mercados de instrumentos financieros cotizados o cuyo subyacente cotice, por lo que aquélla carece de competencias sobre las acciones y participaciones de empresas no cotizadas. Y, por tanto, «Si lo que se pretende es asegurar que la gestión de acciones y participaciones sociales por el alto cargo no incurra en ningún riesgo de conflicto de interés con el cargo público que ostenta, tal fin se alcanza mediante la enajenación o cesión de los derechos políticos derivados de unas y otras —circunstancia que prevé el artículo 14 del anteproyecto—. En cambio, si lo que se propone el artículo 18, como parece deducirse de la redacción propuesta y de la equivalente actualmente vigente, es asegurar que el alto cargo no pueda incidir de ningún modo en las decisiones de inversión relativas a su cartera de activos durante el tiempo que ostenta el alto cargo, basta con su regulación en los términos previstos, si bien especificando que se trata de valores e instrumentos financieros». Como consecuencia «y para adaptar la denominación del precepto a la regulación vigente en materia de Mercado de Valores, debería sustituirse la expresión activos financieros por la de valores e instrumentos financieros, que es la contenida en el artículo 2 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores». Dictamen del Consejo de Estado 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

(39) J. MESEGUER YEBRA, *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades...*, ob. cit., p. 243 y P. GARCÍA MEXÍA, *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Arazandi, 2001, p. 215.

(40) Véanse las consideraciones de A. CERRILLO I MARTÍNEZ, «Los conflictos de intereses y los actos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos», en AA.VV., *La corrupción en España*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 196-197.

A) ÁMBITO SUBJETIVO

El control y gestión de valores y activos financieros ha sufrido un proceso de ampliación de su ámbito subjetivo. Así, en la Ley 12/1995 esta figura estaba prevista exclusivamente para los altos cargos que ostentasen competencias reguladoras, de supervisión o control sobre sociedades mercantiles, cuando emitiesen valores y otros activos financieros negociables en un mercado organizado y, en relación con aquéllos de que fuesen titulares tales personas, sus cónyuges no separados legalmente o sus hijos menores de edad no emancipados. Esta línea fue seguida por la Ley 5/2006 que, sin embargo, la extendió también a los miembros del Gobierno y Secretarios de Estado, manteniendo la previsión en relación a los hijos y los cónyuges. Sin embargo, estos últimos quedaban excluidos cuando el régimen matrimonial fuese el de separación de bienes. Como final de este proceso, la Ley 3/2015 ha extendido la figura a todos los altos cargos sin distinción pero, sin embargo, se han eliminado las referencias a los hijos y cónyuges(41), como también, se ha producido, como hemos analizado en el caso de las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias —art. 14— o en el caso, de las declaraciones voluntarias de bienes y derechos.

B) CONTENIDO MATERIAL

Los altos cargos deben contratar, conforme con las previsiones del Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores(42), a una empresa autorizada a prestar servicios de inversión para la gestión y administración de las acciones u obligaciones admitidas a negociación en mercados regulados o en sistemas multilaterales de negociación, productos derivados sobre las anteriores, acciones de sociedades que hayan anunciado su decisión de solicitar la admisión a negociación y participaciones en instituciones de inversión colectiva, siempre y cuando no se dé ninguna de

(41) Las normas autonómicas siguen incluyendo a los cónyuges e hijos menores no emancipados: véanse los artículos 23.1 Ley País Vasco 1/2014; 11.1 Ley Canarias 3/1997; 15.1 Ley Cataluña 13/2005; 15.1 Ley Navarra 19/1996 —art. 13.1— o 59.1 Ley La Rioja 8/2003.

(42) En el Anteproyecto de Ley no se especificaba que el contrato se debía realizar de conformidad a la ley 24/1988, y fue el Consejo de Estado en el Dictamen del Consejo de Estado 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, el que señaló la necesidad de que los mismos se realizasen conforme a la Ley 24/1988 — esta referencia debe entenderse ahora realizada al Real Decreto Legislativo 4/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores— «para asegurar la realización del oportuno test de idoneidad donde se recojan los criterios de inversión y de riesgo de la persona afectada».

las excepciones descritas en el epígrafe siguiente. Esta contratación se mantendrá exclusivamente mientras dure el desempeño del alto cargo y, por tanto, no se aplicará el régimen común de los dos años previsto para todas las actividades de los ex-altos cargos y que preveía expresamente la Ley 12/1995(43).

Por su parte, la entidad con la que el alto cargo contrate la gestión de sus valores y activos financieros realizará su actividad, sin que pueda recabar ni recibir instrucciones de inversión de los interesados, siguiendo exclusivamente las directrices generales de rentabilidad y riesgo establecidos en el contrato(44). La norma prevé consecuencias importantes para las entidades cuando el artículo 18.3 *in fine* dispone que el incumplimiento de la entidad de las obligaciones previstas tendrá la consideración de infracción muy grave a los efectos del régimen sancionador que como entidad financiera le fuese aplicable(45).

La Ley impone a los altos cargos la obligación de entregar las copias de los contratos suscritos a la Oficina de Conflictos de Intereses para su anotación en los Registros(46), así como a la Comisión Nacional del Mer-

(43) MESEGUER YEBRA — *Régimen de conflictos de intereses e incompatibilidades...*, *ob. cit.*, p. 244— entiende que «el establecimiento de plazos sería necesario para evitar que la información privilegiada adquirida durante el ejercicio del cargo público pueda ser utilizada perniciosamente en provecho propio». La Ley Cataluña 13/2015 prevé que «La gestión a cargo de esta entidad debe mantenerse mientras ejerzan el cargo y los dos años posteriores al cese» —art. 15.1—.

(44) En el artículo 18.2 del Anteproyecto de Ley se disponía «que tampoco podrá revelárseles la composición de sus inversiones —a los altos cargos titulares de los valores e instrumentos financieros gestionados a través de la entidad financiera—, salvo que se trate de instituciones de inversión colectiva o que, por causa justificada, medie autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores», cuestión que fue retirada como conciencia del Dictamen del Consejo de Estado 1435/2013, de 6 de febrero de 2014, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, pues como manifestó el Órgano Consultivo «Esta previsión carece de conexión con la realidad en la medida en la que el alto cargo deberá conocer de sus inversiones —aunque no las gestione ni pueda decidir sobre ellas— aunque sólo sea para la formulación de su declaración anual del Impuesto del Patrimonio o del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, cuya aportación anual exige el artículo 17.2 del anteproyecto, o para poder disponer o decidir acerca de la gestión que se realice de sus inversiones. Parece que la prohibición de incidir sobre las decisiones que el gestor adopte respecto de las inversiones del alto cargo no es incompatible con la facultad de éste de valorar la gestión de su cartera y optar por un contrato con una entidad o gestor distinto, a la vista del resultado de su actuación». En el mismo sentido, véanse por ejemplo, los artículos 15.1 Ley Cataluña 13/20005; 23.2 Ley País Vasco 1/2014; 59.2 Ley La Rioja 8/2003; 13.1 Ley Navarra 19/1996 o 11.2 Ley Canarias 3/1997.

(45) Esta es una consecuencia que ya se preveía en los artículos 7.1 *in fine* de la Ley 12/1995 y 13.1 *in fine* de la Ley 5/2006. También se encuentra algún ejemplo en la normativa autonómica, como el artículo 13.1 *in fine* de la Ley Navarra 19/1996.

(46) Las regulaciones autonómicas han previsto la obligación de entregar copia del contrato de gestión y administración suscrito con entidad financiera en el registro de bienes patrimoniales, en el caso de la Ley Cataluña 13/2005, para que sean anotados en la Comisión Nacional del Mercado de Valores —art. 15.2—, o exclusivamente al Registro, como es el caso, entre otros, de la Ley Canarias 3/1997 —art. 11.3—, Ley País Vasco 1/2014 —art. 23.1— o Ley La Rioja 8/2003 —art. 59.3— o tanto al Registro de Actividades e intereses y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como por ejemplo, la Ley Navarra 19/1996 —art. 13.2—.

cado de Valores(47). La Ley no especifica ni el plazo para la formulación de los contratos ni para la entrega de la copia de los mismos a la Oficina de Conflictos y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores(48). En ese sentido, entendemos que el contrato debería suscribirse incluso antes de la toma de posesión y ser remitido a las entidades inmediatamente, no sobrepasando en ningún caso el plazo de tres meses previsto para declaraciones de bienes y derechos.

C) EXCEPCIONES

La obligación de contratar una empresa autorizada para la gestión de los valores y activos financieros de los altos cargos tiene dos excepciones. Una primera de naturaleza cuantitativa de los citados valores y activos que se fija en 100.000 euros(49), cantidad que se calculará por el valor a los efectos del Impuesto sobre Patrimonio(50).

La segunda excepción es de naturaleza cualitativa —sin precedentes en la legislación anterior— esto es, no se aplicará el régimen previsto cuando los valores o activos financieros de que sea titular el alto cargo sean participaciones en instituciones de inversión colectiva en los que no se tenga una posición mayoritaria o cuando, tratándose de valores de entidades distintas, el alto cargo no realice ningún acto de disposición por iniciativa propia y tan sólo se limite a percibir los dividendos, intereses o retribuciones en especie equivalentes, acudir a ofertas de canje, conversión o públicas de adquisición.

(47) Esta previsión ya se contenía en el artículo 13.2 de la Ley 5/2006. La Ley 12/1995 establecía la obligación de entregar copias de los contratos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, pero no hacía referencia a la Oficina de Conflicto de Intereses pues su creación se produjo con la Ley 5/2006, y exigía entregar los contratos en el Registro de Bienes y Derechos Patrimoniales.

(48) La Ley Canarias 3/1997 ha previsto que «Los altos cargos que se encuentren en la situación descrita en el apartado 1 de este artículo remitirán, dentro del mes siguiente a su celebración, copia del contrato suscrito con la entidad financiera al Registro de Intereses de Altos Cargos» —art. 11.3—.

(49) En la Ley País Vasco 1/2014 se ha contemplado la misma cantidad de 100.000 euros, pero se diferencia en el hecho de que será calculada según su cotización media correspondiente al trimestre anterior a la toma de posesión—art. 23.1 *in fine*—.

(50) Esta cantidad era la que se preveía tanto en la Ley 12/1995 —art. 7.1— como en la Ley 5/2006 —art. 13—. Sin embargo, recordemos que estas leyes incluían a los efectos del cómputo a los hijos menores no emancipados y a los cónyuges no separados legalmente, siempre que no fuese en régimen de separación de bienes.

IV. Producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas

Esta actividad privada compatible, con idéntica redacción, en las Leyes 12/1995 y 5/2006, tiene dos límites: *a)* no pueden ser consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios y *b)* no puede suponer un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes, y dos perspectivas: por una parte, la creación o producción de obras artísticas o intelectuales y por otra parte, la publicación de aquellas (51).

La creatividad es una manifestación del principio de libertad de expresión, un medio de desarrollo de la personalidad y un derecho reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución que contempla el derecho a la «producción y creación literaria, artística, científica y técnica» que en modo alguno puede ser cercenado por ninguna norma de incompatibilidad. Todo ello sin olvidar la imposibilidad real de impedir a un alto cargo, esto es una persona, que manifieste su creatividad o desarrolle su inquietud intelectual en su vida estrictamente privada. Sin embargo, ello no es obstáculo para que se establezca la limitación o la salvedad que introduce el precepto que exige que estas actividades no se desarrollen en el marco de una relación de empleo, pues afectaría al principio de dedicación exclusiva, o que suponga un menoscabo del estricto cumplimiento de sus funciones, que atentaría frontalmente con uno de los elementos teleológicos del principio anterior, que es lograr que el alto cargo no se vea afectado por otras actividades que limiten su capacidad para el desempeño de sus cometidos (52).

(51) Véanse también, entre otros, los artículos 7.2.a) Ley Castilla y León 3/2016, 7.1.c) Ley Comunitat Valenciana 8/2016; 8.1.b) Ley Canarias 3/1997; 8.1.d) Ley Cataluña 13/2005; 11.b) Ley Cantabria 1/2008; 56.b) Ley La Rioja 8/2003; 2.1.b) Ley Galicia 1/2016 y 6 Ley Navarra 19/1996.

(52) En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 2 de noviembre de 1989 (RTC 1989/178), analiza la posible inconstitucionalidad de la limitación —va referida a la Ley estatal de 1984 pero el contenido es el mismo que el de la Ley Andalucía 3/2005— al considerar los recurrentes que la salvedad establecida condicionaba el ejercicio de la libertad de expresión. El Alto Tribunal manifestó que «no hay tal condicionamiento, sin embargo, si se tiene en cuenta la finalidad que persigue el precepto, que es, precisamente, excluir del régimen de incompatibilidades —con todas sus consecuencias, incluidas, claro es, las de naturaleza económica— la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Que se haga la salvedad de la producción realizada como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios para nada afecta a dicha libertad, sino exclusivamente a la titularidad de la referida producción, que, por recaer en el ente público de que se trate, no tiene ningún sentido que se exceptúe ese supuesto del régimen de incompatibilidades. Los demandantes reprochan también la limitación del carácter ocasional, contenida en los apartados g) y h) del repetido precepto, que consideran que infringe, simultáneamente, los arts. 20 y 27 de la Constitución. Sin embargo, la limitación en cuestión es perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, ya que de no existir esa limitación, «el ejercicio habitual, reiterado y constante de las actividades a que se refieren los apartados g) y h) del art. 19 de la Ley impugnada podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad del correspondiente ente público» (F. J. undécimo).).

En cuanto a la publicación, concepto que debe entenderse en un sentido amplio y finalista, pues existen creaciones que no se publican como, por ejemplo, esculturas o pinturas, sigue el mismo criterio (53). Esto es, se podrá «publicar», que es la forma de comercializar la obra, siempre que no sea consecuencia de una relación de empleo con la editorial, con la galería... En este sentido, hubiera resultado oportuno, y por ello, lo proponemos de *lege ferenda*, introducir el elemento de no habitualidad, como hace por ejemplo el artículo 4.2.a) del Decreto Andalucía 176/2005 cuando dispone que «... así como las publicaciones derivadas de aquéllas podrán efectuarse de forma no habitual y siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios».

Por último, existe un tema interesante relacionado con esta cuestión que se concreta en dilucidar si los altos cargos en ejercicio de esta actividad compatible podrían recibir los emolumentos correspondientes.

Una respuesta apresurada, tras la lectura del artículo 13.1 *in fine* de la Ley 3/2015 —«tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones Públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea»— podría inclinarnos a pensar que sería incompatible cualquier retribución por el desarrollo de las citadas actividades.

Sin embargo, el punto segundo del citado artículo comienza manifestando «lo dispuesto apartado anterior se entiende sin perjuicio de las excepciones siguientes», entre las que se encuentra esta, y, por tanto, entendiendo que no existe ningún problema que se derive de la norma para que pudiera percibir las retribuciones fijadas o acordadas. Esta solución, ajustada a Derecho, no resulta absolutamente satisfactoria en la medida en que se pueden producir situaciones alejadas del espíritu de la Ley, como, por ejemplo, que se le encargarse un informe a un alto

(53) La Ley País Vasco 1/2014 ha individualizado como causa compatible «La comercialización y publicación de producción y creación literaria, artística, científica o técnica, siempre que no traigan causa de una relación de trabajo o de un contrato de prestación de servicios» —art. 14.1.c)— y no prevé las «de producción y creación literaria, artística o técnica». Esta opción puede tener sentido en la medida que la actividad creativa, en términos generales, no es susceptible de limitación pues se halla dentro de la esfera privada de cada individuo, aún en los supuestos en que afectara o supusiera un menoscabo del cumplimiento, siempre que se desarrolle al margen de una relación de empleo o prestación de servicios. Sin embargo, la comercialización y publicación, se producen en un momento posterior al de la «creación» y podría afectar a la independencia e imparcialidad. Con todo, y aunque la anterior afirmación es generalmente cierta, pueden darse supuestos en los que la creación, pese a ser un acto personalísimo, puede realizarse como consecuencia de una relación de empleo en cuyo caso podría generar problemas de compatibilidad.

cargo, que fuese pagado con dinero público, aunque el mismo se lo hubiera encomendado la Administración a un tercero privado con el que hubiera contratado o incluso le hubiera otorgado una subvención. En estos casos, entendemos que no debería ser aceptable que el alto cargo percibiese cantidad alguna, sobre todo en los casos en los que la Administración de la que depende es la que ha efectuado el contrato u otorgado la subvención (54).

Por este motivo, de *lege ferenda* proponemos adoptar la fórmula empleada en la Ley Balears 2/1996 cuando dispone, en su artículo 7.b) *in fine*, que: «No obstante, la realización de estudios, de informes, de memorias, de investigaciones, de creaciones literarias, artísticas y similares será incompatible, aunque fuera solicitada o encargada por personas físicas o jurídicas privadas, si deben ser retribuidas con cargo a la Administración General del Estado o entidades dependientes de ella» (55)y (56).

V. Colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional

El artículo 13.2.c)/2.^a de la Ley 3/2015, junto con las actividades de producción y creación literaria, artística..., excluye del régimen de incompatibilidades la colaboración y la asistencia como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento

(54) En la tramitación parlamentaria en el Congreso, el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, en la enmienda 36 proponía un cambio de redacción del artículo 13.2.c)/2.^a, en el que se condicionaba la compatibilidad a que «... no perciban ningún tipo de retribución ni supongan un menoscabo del cumplimiento de sus deberes», aunque después en la justificación de la medida exclusivamente parecía ir referida a la colaboración y la asistencia ocasional y excepcional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias, etc.

(55) La cursiva es mía.

(56) El artículo 8.b) Ley Castilla y León 6/1998 (derogada por la Ley 3/2016), en un sentido similar, disponía que «El ejercicio de los cargos o puestos a que se refiere esta Ley es, además, incompatible: con la realización de estudios, informes, memorias, investigaciones, creaciones literarias, artísticas y similares cuando sean retribuidos con cargo a fondo de las Administraciones Públicas o de Entidades dependientes de ellas o cuando se originen como consecuencia de una relación de empleo o prestación de servicios». En la nueva ley no aparece un precepto de esta naturaleza y exclusivamente se prevé, en relación a esta cuestión, la compatibilidad con las actividades de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de las mismas [art. 7.2.a)].

de sus deberes(57). Pero para que se produzca esta compatibilidad se requiere que la actividad tenga un carácter ocasional y excepcional, sin olvidar que no puede ser consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios, ni suponer un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes(58). Todo ello sin olvidar que este tipo de actividades deben ser privadas, pues en los casos en que el alto cargo asista como ponente a un acto de esta naturaleza con ocasión de su cargo debe entenderse que forma parte del desarrollo normal de su actividad y, por tanto, no tendría razón para ser excepcionada(59).

(57) Alguna Comunidad Autónoma ha previsto, al margen de esta participación ocasional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, la compatibilidad con la docencia universitaria siempre que no suponga un menoscabo en sus funciones, sea a tiempo parcial y generalmente se requiere autorización previa (p.ej. arts. 6 Ley Navarra 19/1996 o 7 Ley Canarias 3/1997). La Ley Galicia 1/2016 es amplia en este sentido en cuanto que se refiere al ejercicio de funciones docentes, de carácter reglado, cuando en su artículo 41, *Compatibilidad con el ejercicio de la docencia*, dispone que: «1. Se podrá compatibilizar, cumplidas las restantes exigencias de la presente ley, el ejercicio de funciones docentes, de carácter reglado, siempre que no supongan menoscabo de la dedicación en el ejercicio del cargo público y se realice en régimen de dedicación a tiempo parcial. 2. El desarrollo de esta actividad no podrá suponer en ningún caso incremento alguno sobre las cantidades que por cualquier concepto corresponda percibir por el ejercicio del cargo público, con excepción de las indemnizaciones por gastos de viajes, estancias y traslados que les correspondan de acuerdo con la normativa vigente en el área docente, y dándose idéntico destino a los derechos económicos que, en su caso, pudiesen devengarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40.2.3. Para el ejercicio de las funciones docentes se requerirá la autorización expresa de la persona titular de la consejería competente en materia de función pública. 4. Los altos cargos comprendidos en el ámbito de aplicación de este capítulo podrán participar en las actividades a cargo de los centros oficiales de formación y perfeccionamiento del personal empleado público mediante la impartición de conferencias y cursos, siempre que dicha colaboración se produzca con carácter excepcional, así como en los congresos, seminarios y actividades análogas, teniendo derecho a la percepción de las indemnizaciones previstas reglamentariamente. Los centros de formación dependientes de la Administración general de la Comunidad Autónoma y de los entes instrumentales del sector público autonómico comunicarán trimestralmente a las consejerías competentes en materia de presupuestos y de función pública el desglose de las cantidades satisfechas por los conceptos indicados.» La Ley Generalidad Valenciana 8/2016 procede a una regulación pormenorizada y huye del concepto de docencia universitaria para referirse, como la Comunidad Gallega, a la docencia reglada, cuando prevé que «El ejercicio del cargo será compatible con la realización de actividades docentes de carácter reglado, siempre que no sea en detrimento de la dedicación al ejercicio del cargo público, se realicen en régimen de dedicación a tiempo parcial y, en todo caso, con un límite no superior a las 60 horas lectivas anuales, y siempre que la retribución que se perciba no supere el 30 % que les corresponde por razón del cargo. El ejercicio de las funciones docentes requiere la autorización expresa de la Oficina de Control de Conflictos de Intereses» (art. 7.3). En el caso de la Ley País Vasco 1/2014 se prevé, en relación a la declaración de actividades, que «la declaración relativa al ejercicio de las actividades docentes que vinieran desempeñando o que estuvieran comprometidas con anterioridad al inicio de la relación de servicio como cargo público se realizará antes de esta, quedando en suspenso la toma de posesión hasta que el Consejo de Gobierno se pronuncie sobre la compatibilidad» —art. 20.3—.

(58) Véanse también, entre otros, los artículos 8.1.b) Ley Cataluña 13/2005; 7 Ley Baleares 2/1996; y 8.1 Ley Canarias 3/1997; 11.b) Ley Cantabria 1/2008; 41.1 Ley Galicia 1/2016; 7.2.b) Ley Castilla y León 3/2016; 7 Ley Madrid 14/1995; 6 Ley Navarra 19/1996 o 14.b) Ley País Vasco 1/2014.

(59) La Ley Cataluña 13/2005, en el artículo dedicado a las actividades privadas compatibles, distingue a) La participación ocasional en seminarios, cursos, conferencias, coloquios y programas de cualquier medio de comunicación social, siempre y cuando no sea consecuencia de una relación

El requisito del carácter ocasional exigido por la Ley para que este tipo de actividades resulte compatible es común en el escenario de la normativa autonómica de incompatibilidad y de conflicto de intereses de los altos cargos, todo ello en la medida que como ha señalado el Tribunal Constitucional este elemento, en relación con el Régimen de incompatibilidad de los empleados públicos (60) «es perfectamente razonable y coherente con el sistema de incompatibilidades (...), ya que de no existir esa limitación, el ejercicio habitual, reiterado y constante de la actividad podría entrar en contradicción con la dedicación al puesto de trabajo en la Administración, con menoscabo de la eficacia de la actividad correspondiente» (61).

Sin embargo, debemos observar que la Ley 3/2015, siguiendo el criterio de la Ley 5/2006, introduce junto con el carácter ocasional, el de excepcional (62), requisito que no tiene paragón en ninguna norma auto-

de trabajo o de prestación de servicios y b) La participación en seminarios, jornadas o conferencias organizadas por centros oficiales destinados a la formación del personal de las administraciones públicas catalanas, siempre y cuando no tenga carácter permanente o habitual y participen en los mismos por razón del cargo que ocupan, de su especialidad profesional o de la posición que ocupan en la organización administrativa de la Generalidad —art. 8.1.b) y c)— a los que aplica el mismo régimen cuando desde nuestra perspectiva son supuestos distintos que deberían tener regímenes distintos. Pues en el segundo caso nos hallamos ante cursos organizados y financiados por la Administración, y aunque los altos cargos puedan participar aportando sus conocimientos y experiencia, no es razonable que puedan ser retribuidos por ello. Véase en un sentido similar el art. 7 bis a) y b). *Actividades docentes, culturales y científicas en los ámbitos público o privado*, Ley Balears 2/1996. En Canarias se prevé que el desempeño de un alto cargo será compatible con la impartición y dirección de seminarios, cursos y conferencias en centros oficiales destinados a la selección, formación y perfeccionamiento de funcionarios, siempre que no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año» —art. 7.2 Ley Canarias 3/1997—. Pero en este campo, el texto más claro es el artículo 17 de la Ley País Vasco 1/2014. —*Compatibilidad con el ejercicio de la docencia universitaria y con la formación de empleados públicos*, cuando dispone que: «1.—Los cargos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley podrán compatibilizar sus funciones con el ejercicio retribuido de la docencia en la enseñanza universitaria, siempre que no suponga detrimento de su dedicación y, en todo caso, con un límite no superior a las sesenta horas lectivas anuales. 2.—Asimismo, y con los mismos límites señalados en el apartado anterior, podrán participar en seminarios, jornadas o conferencias organizadas por centros oficiales destinados a la formación del personal de las administraciones públicas, siempre y cuando no tenga carácter permanente y participen en los mismos por razón del cargo que ocupen, de su especialidad profesional o de la posición que ocupen en la organización administrativa del sector público». Resulta interesante la previsión del Acuerdo 132/2015, de 15 de octubre, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba la renovación y ampliación del Código Ético y de Austeridad de los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de sus entes adscritos cuando manifiesta que: «Los altos cargos harán pública su participación como ponentes en congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos, siempre que su participación se efectúe en su condición de alto cargo y renunciarán a las cantidades que les pueda corresponder por dicha participación».

(60) La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas, en su artículo 19.h), *Actividades exceptuadas del régimen de incompatibilidades*, dispone que: «Quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la presente Ley las actividades siguientes: la colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional».

(61) STC núm. 178/1989 de 2 noviembre (RTC 1989\178).

(62) El carácter excepcional no se contenía en la Ley 12/1995 [art. 4.b)].

nómica y que entendemos que viene a reforzar el primer elemento, pues la interpretación resulta compleja a no ser que entendamos, en una visión forzada, que el carácter ocasional se predica del desarrollo de este tipo de actividades y la excepcionalidad, podría ir vinculada a la participación en varias ediciones de un mismo curso o congreso, en cuyo caso quedaría prohibida.

Un argumento que la Ley 3/2015 no aborda es si los altos cargos pueden percibir remuneración por estas actividades. Lo que sí parece indicar es que no existe inconveniente alguno, sobre todo al entender, como hemos indicado, que nos hallamos ante actividades privadas (63). Con todo, en la tramitación parlamentaria en el Congreso, el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, en la enmienda 36, proponía un cambio de redacción del artículo 13.2.c).2.^a, en el que se condicionaba la compatibilidad a que «no perciban ningún tipo de retribución».

En estos casos, alguna Comunidad Autónoma, como es el caso de Andalucía exige que las mismas «no estén financiadas específicamente por la Administración de la Junta de Andalucía» —art. 4.b) Decreto Andalucía 176/2005— (64). Esta medida nos parece adecuada, a la vez que oportuna. Un alto cargo no debería poder participar en una actividad privada de esta naturaleza —recordemos que cuando es con ocasión de su cargo no debería percibir retribución alguna—, cuando ha sido la Administración quien lo ha organizado, financiado o promocionado, sobre todo en los casos en que la Administración sea la misma en la que aquél desarrolla su actividad.

(63) GARCÍA MEXÍA —Los conflictos de intereses, *ob. cit.*, p. 159— ve con desconfianza la participación en este tipo de actos a cambio de retribuciones suculentas porque puede resultar peligrosa en orden a preservar la imparcialidad de los mismos, pues es frecuente que las retribuciones sean cuantiosas y, en numerosas ocasiones, estos actos están organizados y/o promovidos por colectivos interesados.

(64) Como mantuvimos en su momento —«Régimen de los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía», en AA.VV. (coords. por S. FERNÁNDEZ RAMOS, J. M. PÉREZ MONGUIÓ) Estudios sobre el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, pp. 221-278— «Una aplicación estricta del precepto llevaría a pensar que los altos cargos no podrían participar ni colaborar, en modo alguno, cuando la actividad se encuentre financiada por la Junta de Andalucía. Sin embargo, esta interpretación literal debe ser abandonada o desechada, pues debemos entender que el precepto se refiere exclusivamente a las actividades de esta naturaleza ajenas al cargo. No tendría sentido que un Consejero no pudiese pronunciar una conferencia financiada por su propia Consejería cuando su intervención se deba precisamente al cargo que ocupa, lo que no podría es percibir ingreso alguno en virtud de su intervención».

VI. La participación en entidades culturales o benéficas

La compatibilidad de la participación de altos cargos en entidades culturales, tiene su antecedente en el artículo 4.c) de la Ley 12/1995, compatibilidad que estaba condicionada por una parte a que aquellas no tuviesen ánimo de lucro, y, por otra, se exigía que aquel no percibiese ningún tipo de retribución o percepción por la actividad, todo ello sin olvidar que no debía comprometer la imparcialidad o independencia del alto cargo en el ejercicio de su función (65).

Esta actividad compatible no ha sufrido en las leyes posteriores una modificación conceptual y simplemente se han llevado a cabo mejoras técnicas de la misma, siempre en torno al concepto de retribución o compensación por el desarrollo de la actividad. Así, la Ley 5/2006 limitaba la retribución o percepción al límite previsto en el artículo 3.5 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, que regula el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (66). El artículo 13.2.c).3.^a de la Ley 3/2015 ha dado un paso más mejorando técnicamente las previsiones de la anterior. De esta manera se establece, como hacía la Ley 12/1995, la prohibición de retribución alguna, pero se prevé el derecho a ser reembolsados de los gastos que le origine, gastos que deberán ser debidamente justificados, todo ello conforme a lo previsto en el artículo 3.5 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (67).

(65) Algunas Comunidades Autónomas, como es el caso de Cataluña, no contemplan esta modalidad de excepción al régimen de incompatibilidad y solo se refieren a la participación en entidades sin ánimo de lucro —art. 8.1.e) Ley 13/2005. Otras Comunidades requieren que las entidades benéficas o culturales no tengan ánimo de lucro para poder reconocer la compatibilidad, como es el caso de la Comunidad Balear —art. 7.d) Ley 2/1996—, mientras que otras exigen la ausencia de ánimo de lucro y la ausencia de retribución alguna—arts. 56.c) Ley La Rioja 8/2003; 42.1.c) Ley Galicia 1/2016; 8.1 Ley Canarias 3/1997; 6 Ley Navarra 19/1996; 14.d) Ley País Vasco 1/2014. La Ley Baleares 2/1996 contiene una causa de compatibilidad no prevista expresamente en ninguna norma sobre la materia. Nos referimos a la «participación, como voluntario, en actividades solidarias de entidades benéficas sin ánimo de lucro, siempre que no comporten ningún tipo de menoscabo del cumplimiento de los deberes o las funciones correspondientes» —art. 7.c)—. Véase, sobre el tratamiento de esta causa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, J. M.^o PÉREZ MONGUIÓ, «Régimen de los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía», en AA.VV (coord. por S. FERNÁNDEZ RAMOS, J. M.^o PÉREZ MONGUIÓ), *Estudios sobre el Gobierno y la Administración*, de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, pp. 238-239.

(66) Véase artículo 10.c) Ley 5/2006.

(67) Art. 3.5 Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo: «Las entidades a que se refiere el artículo anterior, que cumplan los siguientes requisitos, serán consideradas, a efectos de esta Ley, como entidades sin fines lucrativos: 5.º Que los cargos de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno sean gratuitos, sin perjuicio del derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione, sin que las cantidades percibidas por este concepto puedan exceder de los límites previstos en la normativa del Impuesto sobre la Renta

El mayor problema que se deriva de la presente causa de compatibilidad es la definición de «participación», pues resulta un concepto jurídico indeterminado. En este sentido la única Comunidad Autónoma que ha previsto la naturaleza de la participación ha sido la cántabra, cuando la Ley Cantabria 1/2008 manifiesta, en su artículo 11.c): «La participación como patrono, representante estatutario o miembro del órgano de gobierno en entidades culturales o benéficas que no tengan ánimo de lucro o fundaciones, siempre que no perciban ningún tipo de retribución o percepción por dicha participación, y sin perjuicio de su derecho a ser reembolsados de los gastos debidamente justificados que el desempeño de su función les ocasione. Las cantidades percibidas por este concepto no podrán exceder de los límites previstos en la normativa sobre impuesto de la renta de las personas físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen», que como puede apreciarse es una reproducción del artículo 3.5 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

VII. Bibliografía

- CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «Los conflictos de intereses y los actos de integridad: la prevención de la corrupción en los contratos públicos», en AA.VV., *La corrupción en España*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 185-212.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Thomson-Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- GARCÍA MEXÍA, P., *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*. Aranzadi, 2001.

de las Personas Físicas para ser consideradas dietas exceptuadas de gravamen. Lo dispuesto en el párrafo anterior no resultará de aplicación a las entidades a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior y respetará el régimen específico establecido para aquellas asociaciones que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación, hayan sido declaradas de utilidad pública. Los patronos, representantes estatutarios y miembros del órgano de gobierno podrán percibir de la entidad retribuciones por la prestación de servicios, incluidos los prestados en el marco de una relación de carácter laboral, distintos de los que implica el desempeño de las funciones que les corresponden como miembros del Patronato u órgano de representación, siempre que se cumplan las condiciones previstas en las normas por las que se rige la entidad. Tales personas no podrán participar en los resultados económicos de la entidad, ni por sí mismas, ni a través de persona o entidad interpuesta. Lo dispuesto en este número será de aplicación igualmente a los administradores que representen a la entidad en las sociedades mercantiles en las que participe, salvo que las retribuciones percibidas por la condición de administrador se reintegren a la entidad que representen. En este caso, la retribución percibida por el administrador estará exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y no existirá obligación de practicar retención a cuenta de este impuesto».

- JIMÉNEZ BLANCO, A., «Estatuto de los miembros del Gobierno: deberes, derechos e incompatibilidades», en AA. VV. (Coord. L. PAREJO ALFONSO), *Estudios sobre el Gobierno*. Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1996.
- JUSTO MEGÍAS QUIRÓS, J., «Regeneración democrática de los altos cargos», en A. TRONCOSO REIGADA, *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Civitas-Thomson Reuter, 2017, pp. 1505 a 1528.
- MESEGUERYEBRA, J., *Conflictos de Intereses e incompatibilidades de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración*. Bosch, Barcelona, 2007.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, «Régimen de los altos cargos de la Administración de la Junta de Andalucía», en AA.VV (coords. por S. FERNÁNDEZ RAMOS, J. M.^a, PÉREZ MONGUIÓ) *Estudios sobre el Gobierno y la Administración de la Junta de Andalucía*. Sevilla, 2011, pp. 221-278.
«Deberes de los altos cargos andaluces en ejercicio», en *Administración de Andalucía: Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 80, 2011, pp. 115-146.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M.^a, y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El Estatuto de los altos cargos*. Thomson Reuter, 2016.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X. A., «As incompatibilidades dos membros da Xunta e demais altos cargos», en *Revista Xurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*, núm. 1 (1996).
- SERRANO PÉREZ, M.^a, M., «Los principios de actuación del buen gobierno», en A. TRONCOSO REIGADA, *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. Civitas-Thomson Reuter, 2017, 1529-1565.

Trabajo recibido el 16 de septiembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Oinarrizko zutabe batzuen arabera joan dira garatzen eta ezartzen goi-kargu baten jarduera garatzeko esparrua eratzen duten printzipioak eta eskakizunak. Goi Karguen Bateriaezintasunei buruzko abenduaren 26ko 25/1983 Legean jaso dira horietako batzuk, hastapenetan batzuk; hala nola, beste askoren artean, inpartzialtasuna, erabateko arduraldia eta ordainsari bakarra, hori guztia administrazio onaren printzipioaren esparruan kokatuta.

Bada, lauogeigarren hamarkadako Goi Karguen Bateriaezintasunei buruzko Legean salbuespen batzuk jaso dira, eta, horiekin, printzipio batzuk arindu ahal izan dira (arduraldiarena eta ordainsari bakarrarena, adibidez). Bestetik, salbuespen horiei esker, karguarekin bateragarri izan daitezkeen jarduera jakin batzuk garatzea erraztu da, eta publikoetan eta pribatueta sailkatu dira jarduera horiek.

Goi-karguen jarduera pribatu bateragarrien araubidea aztertu nahi izan da lan honekin, Estatuko Administrazio Orokorreko goi-karguen jarduna arautzen duen martxoaren 30eko 3/2015 Legea hartuta euskarritzat.

GAKO HITZAK: Goi-karguak. Gobernu ona. Jarduera pribatu bateragarria. Norberaren ondarea administrazioa. Balio finantzarioak. Sozietate-partaidetzak. Ekoizpen artistikoa. Hizlari gisa aritzea.

RESUMEN: El ejercicio de la actividad de un alto cargo se desarrolla en el marco de un conjunto de principios y exigencias que se han ido desarrollando e implementando desde unos pilares básicos, ya recogidos, en algún caso de forma embrionaria, en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos, como son, entre otros muchos, los de imparcialidad, dedicación exclusiva, retribución única y todo ello en el marco del principio de *Buena Administración*.

Con todo, desde la Ley de incompatibilidades de los altos cargos de los años ochenta se han venido contemplando excepciones que permiten atenuar algunos principios como el de dedicación y retribución única, y facilitan el desarrollo de ciertas actividades que pueden compatibilizarse con el desarrollo del cargo y que se han clasificado en públicas y privadas.

El objeto de este trabajo es el análisis del régimen de las actividades compatibilidades privadas de los altos cargo, tomando como piedra angular la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

PALABRAS CLAVE: Altos cargos. Buen gobierno. Actividad compatible privada. Administración patrimonio personal. Valores financieros. Participaciones societarias. Producción artística. Colaboración como ponente.

ABSTRACT: The exercise of activity by a senior official is to be developed within the framework of a set of principles and requirements which have progressed and been implemented from some fundamental pillars, already established, in some cases in a very embryonic form, by Act 28/1983 of December 26th, on incompatibilities of senior officials as they are, among many, the impartiality, full-

time dedication, sole remuneration and all of it within the framework of the good administration principle.

However, since Act on incompatibilities of senior officials in the eighties many exceptions have been envisioned which allow to mitigate some principles like full-time dedication and sole remuneration, and they ease the development of some activities which could be made compatible with the exercise of the activity and that have been classified as public and private.

The scope of this work is to analyze the regime for private compatible activities of senior officials taking as cornerstone Act 3/2015 of March 30th, on the exercise of activities by senior officials within the central state administration.

KEYWORDS: Senior officials. Good governance. Private compatible activity. Personal wealth management. Financial securities. Corporate investments. Artistic production. Collaboration as speaker.

El derecho a la vivienda y la dialéctica entre descentralización y recentralización

Andrei Quintiá Pastrana*

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.07>

Sumario: I. Introducción.—II. El impacto de la descentralización en el desarrollo y subjetivación del derecho de vivienda: 1. El derecho a la vivienda como un derecho subjetivo. 2. Los legisladores estatal y autonómico ante el derecho de habitación. 3. Reino Unido y Escocia: La exigibilidad del derecho en el marco internacional.—III. Acción pública y soluciones coactivas. La respuesta del legislador autonómico a la situación de emergencia habitacional: 1. Las reformas autonómicas de 2013. 2. Asiento de la reforma autonómica: Decreto-ley 6/2013 de Andalucía, Ley 24/2013 de Navarra y Ley 2/2014 de Canarias. 3. Acción pública y grandes propietarios: Las leyes 3/2015 de Euskadi y 24/2015 de Cataluña. 4. Las reformas tras la respuesta del Tribunal Constitucional: Las leyes 10/2016 de Aragón, 2/2017 de Valencia, la ley 2/2017 de Extremadura y el proyecto de ley balear.—IV. La respuesta del Tribunal Constitucional a las soluciones autonómicas: 1. La aproximación formal: caso de extraordinaria necesidad y límites materiales del presupuesto habilitante. A. El caso de extraordinaria necesidad. B. Los límites materiales del presupuesto habilitante. El derecho de propiedad y el derecho de vivienda. C. Carácter subjetivo del derecho a la vivienda. 2. Un nuevo reparto competencial en materia de vivienda. A. La hipótesis de la distorsión del mercado hipotecario. B. Existencia de legislación estatal sobre la materia. C. Transgresión de las bases estatales. 3. Un paso adelante: el caso de la STC 62/2016.—V. Conclusiones

* Armela-Red de Investigación en Igualdad, Derechos y Estado Social, USC. Este trabajo se encuadra en el Proyecto «Vulnerabilidad social, crisis económica y derecho a la vivienda. Las políticas públicas de garantía social» (DER2016-79913-R).

I. Introducción

La crisis financiera e inmobiliaria que se desató en 2007 generó un reparto desigual de perjuicios y beneficios entre los implicados en el mercado hipotecario. En 2014 el Consejo General del Poder Judicial cifró en 346.784 los lanzamientos practicados desde el 2008, de los cuales 104.430 se realizaron solo entre enero de 2013 y junio de 2014⁽¹⁾. Esta situación de emergencia habitacional justificó, a ojos de algunos legisladores autonómicos, el desarrollo de un instrumento que dotase de contenido subjetivo al derecho a la vivienda.

Dicho desarrollo consistió en una serie de reformas promulgadas entre 2013 y 2017, que fueron impugnadas por el Ejecutivo central ante el Tribunal Constitucional. Las reformas se caracterizan por reconocer el ejercicio de una acción pública en materia habitacional y crear procedimientos destinados a la conservación de la vivienda habitual que fuese objeto de desahucio o a la incorporación al parque público de inmuebles desocupados. Los recursos del Ejecutivo, por su parte, se fundamentaron en una invasión competencial de los títulos exclusivos del Estado, al entender que estas normas afectan a la competencia estatal en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Por otra parte, desde una perspectiva de conjunto del panorama legislativo, parece que las Comunidades Autónomas mantienen una actitud más progresiva en cuanto al desarrollo de la vertiente subjetiva del derecho a la vivienda que los poderes centrales. Aproximarse al estudio de esta aparente correlación entre descentralización y refuerzo de los títulos sociales permitiría despejar ciertas dudas sobre el debate generado alrededor de esta cuestión.

Se ha discutido mucho en la doctrina y la jurisprudencia sobre la exigibilidad del derecho a la vivienda ante los tribunales ordinarios, sin embargo el poder legislativo no ha entrado a abordar esta cuestión sino a partir del estallido de la burbuja inmobiliaria. Así, el carácter subjetivo de este derecho ha sido, hasta ahora, una disquisición más teórica que práctica.

Este estudio pretende acercarse en profundidad a la relación entre la descentralización y centralización legislativa y el desarrollo del derecho a la vivienda, centrándose para ello, en la observancia de las características básicas de las reformas autonómicas promulgadas a partir de 2013 y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015.

(1) «Comunicado desahucios y sobreendeudamiento en España» de Jueces para la democracia [Consultado en línea en <http://juecesparalademocracia.blogspot.com.es/2014/11/comunicado-desahucios-y.html> el 30 de julio de 2017]

II. El impacto de la descentralización en el desarrollo y subjetivación del derecho de vivienda

1. El derecho a la vivienda como un derecho subjetivo

El desarrollo del derecho a una vivienda digna y adecuada en nuestro ordenamiento está estrechamente conectado con la cláusula del Estado social(2). Se integra, junto a otros títulos sociales, en el Capítulo III de la Sección II del Título I de la Constitución, bajo la rúbrica de «principio rector de la política social y económica», lo que ha determinado que para el Constitucional no se trate de un auténtico derecho subjetivo, sino de un principio rector o un mandato de optimización a los poderes públicos(3).

Buena parte de la doctrina, actualmente, discrepa con el Alto Tribunal y sí reconoce el carácter subjetivo del derecho, sin embargo las posiciones no son uniformes. Para algunos autores, como Ponce, se trata de un derecho subjetivo del que se deriva un mandato ineludible al legislador para que articule los medios necesarios para la determinación de su aplicación, alcance y extensión(4). Para López, igualmente, estamos ante un verdadero título configurado constitucionalmente, si bien admite que su sentido subjetivo podría también ser identificado «en todo caso como consecuencia del desarrollo legislativo producido en la materia» pues «cuenta ya con el desarrollo legal que se exige en el art. 53.3 de la Constitución Española para poder alegar dicho derecho ante la jurisdicción ordinaria»(5). Maguregui no entra a discutir la naturaleza del art. 47CE, pero es firme cuando describe la existencia de un derecho subjetivo en la reciente legislación vasca de vivienda(6). Tornos(7) coincide parcialmente con la jurisprudencia del TC al entender que el art. 47 CE, en tanto que precepto, no contiene un auténtico derecho subjetivo, sin embargo sí considera que impone un mandato al legislador para el desarrollo de di-

(2) Cfr. JARIA I MANZANO, Jordi, «El derecho a una vivienda digna en el contexto del Estado social» en *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*. Edisofer. Madrid, 2011, pág. 58

(3) Cfr. PONCE, Juli, «La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional» en *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas en el marco del servicio público de alojamiento*. Cizur Menor. Navarra, 2017, pág. 73

(4) *Ibid*, pág. 62

(5) Cfr. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, *Construyendo el derecho a la vivienda*. Marcial Pons. Madrid, 2010, págs. 13 y 16

(6) Cfr. MAGUREGUI, Íñigo, «Ley 3/2015. El derecho a la vivienda como derecho subjetivo» en *Urbaniker*, 2015 [Consultado en línea el 6 de julio de 2017 en <http://urbaniker.net/?=822>]

(7) Cfr. TORNOS MAS, Joaquín, «Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad» en *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas en el marco del servicio público de alojamiento*, 2017, págs. 149 y 150

cho sentido subjetivo y —al igual que Maguregui— deduce que este mandato se ha cumplido en la legislación en materia habitacional de Euskadi. Por tanto, aunque no existe una interpretación uniforme, sí parece predominar un sector de la doctrina que entiende que en la legislación ordinaria se ha configurado un auténtico derecho subjetivo a la vivienda en atención a un mandato del constituyente.

La primera incorporación a la legislación ordinaria del derecho la realiza el legislador estatal, mediante una transposición ampliada del precepto constitucional (8) y se produce en la Ley 8/2007 del suelo, hoy integrada en el Real Decreto legislativo 7/2015 (9). Esta disposición completa el contenido material del art. 47 CE con una serie de previsiones reconocidas en los textos internacionales, como la garantía de que el hogar no se vea afectado por contaminaciones ambientales o acústicas. Se trata de una progresión en el desarrollo del derecho pues lo dota de mayor alcance, sin embargo la ley no incorpora ningún tipo de acción o procedimiento para su ejercicio, volviéndolo así virtual e inexigible. El legislador estatal tuvo en sus manos la oportunidad de darle un contenido subjetivo al derecho a la vivienda en aplicación del art. 53.3 CE y, no obstante, optó por no hacerlo, configurándolo como un mero principio rector.

En el mismo año se promulga en Cataluña la Ley 18/2007 de derecho a la vivienda que, a diferencia de la norma estatal, en su artículo 6 sí reconoce el ejercicio de una acción pública ante la jurisdicción ordinaria. Por medio de este precepto se articula por primera vez en nuestro ordenamiento la exigibilidad del derecho. Así mismo, en su art. 42, esta ley recogía un procedimiento expropiatorio —hoy derogado por una ley posterior— que contemplaba la imposición de un alquiler forzoso a las viviendas deshabitadas sobre la base de un nuevo sentido de la función social de la propiedad sobre la vivienda: la obligación de mantenerlas ocupadas. El legislador catalán había profundizado más que el estatal a la hora de desplegar el contenido subjetivo del derecho a la vivienda reconociendo una acción y un procedimiento para demandar su aplicación ante la Administración y los tribunales.

Tras la aprobación de la norma catalana, el siguiente texto de interés en términos de desarrollo subjetivo del derecho a la vivienda fue la ley

(8) El art. 5.1.a) del actual Texto Refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana, que integra el derecho ya recogido en la Ley 8/2007 establece que «todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras intrusiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados».

(9) Cfr. VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*. Iustel. Madrid, 2011, pág. 63

manchega 1/2011, de 10 de febrero, que preveía, no sólo la configuración de una auténtica acción pública en materia de vivienda, sino que, a diferencia de la ley catalana, además, la dotaba de recursos para hacerla materialmente aplicable. No obstante, la vigencia de la norma fue escasa y fue derogada por el propio parlamento manchego el 21 de febrero del 2012.

Este primer contraste entre la legislación autonómica y la estatal con respecto al derecho a la vivienda perfila una tendencia que se mantuvo en el tiempo y que cristalizó en la ola de reformas autonómicas en materia habitacional de 2013, iniciada por el Decreto-ley andaluz 6/2013 y sostenida por la ola de reformas Estatutarias que, desde el 2006, recogen el derecho en su texto. De hecho, el reconocimiento en la legislación ordinaria de una acción para el ejercicio del derecho, a día de hoy, solo se halla en dos leyes más, ambas autonómicas y surgidas en el marco de dicha ola, la Ley 3/2015 de Euskadi y la Ley 2/2017 de Valencia.

Esta ola de reformas se caracteriza por el desarrollo de unos mecanismos expropiatorios o sancionadores orientados a amortiguar los efectos del desahucio derivado de una ejecución hipotecaria recaída sobre ciertos sujetos vulnerables, así como a agregar viviendas deshabitadas al parque de alquiler social. Salvo las normas valenciana y extremeña, todas fueron recurridas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional, sin embargo, hasta la fecha solo se ha resuelto el recurso sobre el Decreto-ley andaluz que ha concluido con la derogación parcial de la norma mediante la STC 93/2015, de 14 de mayo.

En el fundamento decimoséptimo de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional afirmó que es el Estado el que define «la extensión de la intervención pública de protección de personas en situación de vulnerabilidad» con respecto al mercado hipotecario y que, al mismo tiempo, el mismo Estado «impide que las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias propias adopten disposiciones que, con este mismo propósito de tutela, afecten de un modo más intenso a dicho mercado».

La tesis es sencilla: las Comunidades Autónomas no podrán superar el nivel de protección social establecido por los poderes centrales, imponiendo así a las Autonomías un límite para el desarrollo de coberturas públicas, incluso en el marco de sus propios títulos competenciales. Lo que comporta en la práctica una supeditación de los títulos sociales —en concreto del derecho a la vivienda— a las necesidades de los mercados.

No obstante, el Tribunal Constitucional no parece que siempre haya seguido esta tesis. Al contrario, en la importante STC 152/1988, de 20 de julio, donde desarrolló y sentó los criterios sobre la relación de los títulos del art. 148.1.3 y el art. 149.1.13 CE establecía que las autonomías «pue-

den definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado». En este pronunciamiento el Tribunal entendía que el Decreto estatal, impugnado por el Gobierno vasco, que dio origen al recurso podía definir actuaciones protegibles, sin perjuicio de que «la Comunidad Autónoma del País Vasco pueda, en virtud de su política de vivienda, conforme al art. 10.31 del EPV, definir otro tipo de actuaciones protegibles».

El Estado ha buscado una progresiva ampliación de sus competencias y lo ha hecho con el fin de intervenir en la ejecución de distintos procedimientos e instrumentos administrativos dirigidos a la protección de sujetos especialmente vulnerables y, en concreto por lo que nos ocupa, en materia de derecho a la vivienda. El Tribunal Constitucional, sobre la base de una interpretación amplia del art. 149.1.13 CE, avala ese movimiento centrípeto del Estado, desdibujando el modelo autonómico y social. Movimiento que favorece los intereses de los principales agentes mercantiles y financieros y opera en detrimento de las regulaciones más proactivas con los intereses de los sectores sociales vulnerables, desarrolladas por las Comunidades Autónomas.

Resulta llamativo, de hecho, que principalmente se articule la entrada en la competencia de vivienda por medio del título sobre las bases y la coordinación de la planificación económica y no a través del título contenido en el ordinal primero del 149.1 CE, que habilita al Estado para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles y que juega un importante papel en el desarrollo estatal de los derechos sociales. Como afirma Ponce, «en la regulación estatal actual [...] parece carecerse de una preocupación por fijar una garantía mínima del derecho a la vivienda y del derecho a la igualdad [...] que podría estar justificada mediante el art. 149.1.1 CE» (10).

2. Los legisladores estatal y autonómico ante el derecho de habitación

Esta correlación, parece no restringirse solo al ámbito del derecho de vivienda y se presenta como una constante en términos históricos. Así, según Cabrillo Rodríguez, «[l]a centralización de la regulación fue vista [...] en España durante mucho tiempo como un instrumento para la liberalización de la actividad económica». Y frente a esta posición liberalizadora y centralizante del Estado, según el autor, en muchas ocasiones las Comunidades Autónomas ocupan un rol más centrífugo al tiempo que

(10) PONCE SOLÉ, Juli, «Políticas públicas para afrontar la regeneración urbana de barrios degradados. Una visión integrada desde el Derecho» en *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 41-42, pág. 24

más proclive a la protección social, desarrollando normas que intervienen con mayor intensidad en el mercado de lo que lo hacen el legislador y el ejecutivo central(11).

En materia de vivienda esta tesis parece comprobarse al comparar el papel del Estado y las CCAA en el desarrollo del derecho. Inscrito en la Constitución como un principio rector de la política económica, ha sido subjetivado, únicamente, por obra de la acción de legisladores autonómicos. Es especialmente destacable que, precisamente, aquellas Comunidades con una vocación de asentamiento competencial más importante como Cataluña, País Vasco o, recientemente, Valencia destacan precisamente por abanderar este proceso de subjetivación del derecho al haber desarrollado las únicas normas en nuestro ordenamiento que articulan una acción pública para su ejercicio.

Esta labor subjetivadora se refleja, también, en la literatura. Ruiz-Rico(12) señala, por ejemplo, la incorporación al Estatuto de Autonomía de Cataluña de un procedimiento judicial especial de defensa de derechos sociales que dotaría de exigibilidad ante los tribunales derechos considerados, hasta ahora, meramente «programáticos» e inexigibles, como la vivienda. Este procedimiento fue, posteriormente, desactivado por el Constitucional en su Sentencia 31/2010 de 28 de junio.

En todo caso, son las reformas autonómicas posteriores a 2013 las que destacan en el proceso descentralizador y subjetivador. Estos instrumentos aprobados en Andalucía, Canarias, Navarra, País Vasco, Cataluña, Valencia, Aragón y Extremadura —y que más adelante analizaremos en detalle— han querido dotar a las Administraciones Públicas de recursos y procedimientos necesarios para la exigibilidad material del derecho. Todas ellas, salvo las normas valenciana y extremeña, han sido recurridas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional.

Desde una perspectiva técnico-jurídica es importante resaltar que las reformas desarrollan, no solo un derecho subjetivo de acceso a la vivienda, sino también un derecho subjetivo a la permanencia en la vivienda, siendo pioneras por ello en el ámbito comparado. Contienen un sistema expropiatorio y sancionador al que pueden acogerse las personas vulnerables afectadas por un procedimiento de desahucio para mantener su posesión en la vivienda durante un periodo adicional tras el lanzamiento para mantener su posesión en la vivienda durante un periodo adicional tras el lanzamiento. Además, las leyes vasca y valenciana reco-

(11) CABRILLO RODRÍGUEZ, Francisco, «Unidad de mercado y competencia regulatoria» en *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía* núm. 871, 2013, págs. 29 y 30

(12) Cfr. RUÍZ-RICO, Gerardo, «Derechos sociales y reforma de los estatutos de autonomía: el derecho a la vivienda» en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* núm. 2, 2006, pág. 87

nocen el ejercicio de una acción pública para exigir ante los tribunales y ante la Administración la asignación de una vivienda de manera efectiva.

Por el contrario, el legislador estatal, que ha buscado diversas vías para entrar en la competencia en materia de vivienda, parece servir de freno a esta subjetivación. La ley 8/2007, hoy integrada en el Real Decreto legislativo 7/2015, fue el primer texto ordinario en recoger el derecho a la vivienda en nuestro ordenamiento, renunciando a expresar en él ninguna acción o procedimiento para su ejercicio. Igualmente, el ejecutivo central, aun sucediéndose distintos avatares políticos, se hace notar por la falta de desarrollo de un Reglamento que le de contenido al concepto de «vivienda vacía» de la Ley de haciendas locales, sin el cual es imposible articular ningún impuesto que grave este fenómeno (13) (14).

Se encuentra en trámite de aprobación el Plan estatal de vivienda 2018-2021, que integra un «Programa de ayuda a los desahuciados de su vivienda habitual». Curiosamente, este Plan se asemeja a las reformas autonómicas en materia de vivienda que el mismo Gobierno impugnó ante el Tribunal Constitucional, pues incorpora ciertas innovaciones introducidas, previamente, por el legislador autonómico en las referidas normas.

El plan supera uno de los estándares fijados en las reformas autonómicas al establecer un umbral mayor de lo que venían disponiendo estas para acogerse a las previsiones. No obstante, ofrece no solo menos coberturas en las prestaciones que estas leyes, sino también un mayor obstáculo para su exigibilidad, debido a su propia naturaleza jurídica no imperativa, que contrasta con el carácter de ley de los instrumentos autonómicos.

En síntesis, observamos una tendencia en las Comunidades Autónomas conducente al refuerzo y subjetivación del derecho a la vivienda (mediante el reconocimiento de una acción pública o el desarrollo de procedimientos encaminados a la conservación del mínimo vital) y una resistencia en la actividad del Estado a esta tendencia (a través de la interposición de recursos, o la renuncia a un desarrollo completo del contenido subjetivo del derecho).

(13) A estos efectos es necesario indicar que Navarra y País Vasco, que gozan de un régimen fiscal autónomo, sí han desarrollado un impuesto a las viviendas vacías a través del art. 184 Ley Foral 2/1995 de Haciendas Locales de Navarra y la Ley 3/2015 de Vivienda del País Vasco.

Cfr. SIBINA TOMÁS, Domènec, «El parque residencial deshabitado en la legislación autonómica de vivienda: la perspectiva que ofrecen los recursos de inconstitucionalidad pendientes de resolución» en *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas en el marco del servicio público de alojamiento*. Cizur Menor. Navarra, 2017, pág. 89

(14) El Parlamento de Cataluña ha intentado desarrollar un impuesto sobre el fenómeno por medio de la Ley 14/2015, de 21 de julio, que ha sido recurrida por el Gobierno central. Con la admisión a trámite del recurso la ley fue inicialmente suspendida, si bien por medio del Auto 157/2016 de 20 de septiembre el Tribunal acordó el levantamiento de la suspensión.

Podríamos encontrar, entonces, una cierta relación entre los procesos de descentralización y el desarrollo del derecho a la vivienda y, así mismo, entre los procesos de centralización y las resistencias a estos desarrollos. Para Cabrillo, esta llamativa relación viene motivada por la propia tensión inherente a las relaciones centro-periferia:

«hay varios argumentos que incitan al político autonómico a legislar en un gran número de cuestiones y a tratar de controlar sus economías en un grado aún mayor de lo que lo hace el poder central. Por un lado está la propia afirmación de su poder, en un sistema todavía relativamente joven. [...] En otros casos, sin embargo, la regulación es el resultado de objetivos específicos, dirigidos a apoyar los intereses de determinados grupos sociales y económicos» (15).

A partir de los argumentos de Cabrillo cabría entender que, con carácter general, la regulación autonómica, aun dirigida por mayorías favorables a la liberalización de la economía y contrarias a la intervención de los poderes públicos, suele ser más proclive al desarrollo de los derechos sociales de lo que cualquier mayoría, incluso intervencionista, en el poder central. Y lo cierto es que, analizada en profundidad, esta aseveración cobra bastante sentido. Para entenderlo habría que remitirse a la distribución competencial y partir del contexto político en el que —y para el que— se crea el Estado de las Autonomías.

A diferencia de otros modelos compuestos o federales, como el alemán o el de los Estados Unidos, que son tendencialmente simétricos, el Estado compuesto español se asienta sobre una tensión entre los poderes «central» y «periféricos», que viene motivada por factores históricos, lingüísticos o económicos de gran calado. Álvarez, Portos y Vourdas definen la «distancia cultural» como la relación entre las culturas central del Estado y periféricas. A través de cálculos econométricos hallaron la relación de este factor con la formación de mayorías electorales centrifugas en determinadas regiones europeas (16). Son, precisamente, estas mayorías electorales las responsables del desarrollo legislativo de las medidas administrativas que aquí analizamos. Podemos hablar, por tanto, de un punto de conexión entre las tensiones culturales y la evolución de la legislación en materia de vivienda y protecciones sociales.

Siguiendo con esta tesis, cuando analizamos la distribución de los títulos competenciales comprobamos que, mientras que al Estado le fueron

(15) CABRILLO RODRÍGUEZ, «Unidad de mercado y competencia regulatoria», *Op. cit.*, págs. 29-30

(16) Cfr. ÁLVAREZ PEREIRA, Brais, PORTOS, Martín y VOURDAS, John, «Waving goodbye? The determinants of autonomism and secessionism in Western Europe» en *Regional Studies*, 2017, pág. 4

atribuidas competencias relativas a aspectos más nucleares de la economía, tales como: la determinación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica o la determinación de las bases del sector energético; a las Autonomías les fueron atribuidos títulos de naturaleza más prestacional o asistencial, vinculados a los denominados «derechos sociales» o cuyo desarrollo requiere de una mayor intervención de los poderes públicos en el ámbito de dichos derechos como, entre otros, la vivienda.

Teniendo en cuenta que existe una tensión evidente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el hecho de que el marco de operaciones de estas últimas sea, fundamentalmente, el de los derechos y las protecciones sociales resulta determinante, pues su desarrollo es la única manera que las Autonomías tienen de resolver dicha tensión.

Es normal, por tanto, que en la actualidad haya cierta identidad entre centralización y políticas de *laissez faire* por parte del Estado y descentralización y desarrollo de políticas proteccionistas de la mano de las Autonomías. No parece que se trate solo de una opción, sino de un resultado inevitable.

3. Reino Unido y Escocia: La exigibilidad del derecho en el marco internacional

En el ámbito comparado encontramos ciertas equivalencias que nos permiten contrastar de algún modo esta tesis. Cuando Keating estudia el proceso de descentralización desarrollado en Gran Bretaña a finales de los 90' nos informa de que, en los años posteriores a la *devolution*, aunque hubo gobiernos laboristas tanto en Londres como en Edimburgo que mantenían líneas políticas similares, «Escocia no siempre siguió al Reino Unido en el programa de externalización y mercantilización del sector público» (17).

Los críticos con la descentralización, normalmente, denuncian el riesgo de que se produzca lo que técnicamente la literatura denomina «carrera hacia el fondo», por la potencial competencia entre las administraciones. Es decir, que las previsiones sociales se vean mermadas en el marco de una competencia interregional que rebaje impuestos y prestaciones a cambio de que las empresas se alojen en su territorio. A esto hace referencia, entre los académicos españoles, el propio Cabrillo (18). Respecto del caso escocés, Keating opone, de manera interesante, el hecho de que, sin embargo, en la práctica, la descentralización en el Reino

(17) KEATING, Michael, «The political economy of devolution» en *A Wealthier, Fairer Scotland. The Political Economy of Constitutional Change*. Edinburgh University Press. Edimburgo, 2017, pág. 13

(18) Cfr. CABRILLO RODRÍGUEZ, «Unidad de mercado y competencia regulatoria», *Op. cit.*, pág. 31

Unido no ha producido otra cosa sino una «carrera hacia arriba», al haberse encargado las administraciones descentralizadas de «ampliar universalidades y derechos sociales» (19).

Aunque no cuenten con Constitución escrita, el sistema de descentralización británico, basado en la atribución de títulos competenciales, recuerda al sistema de descentralización español. Su ordenamiento también ha atribuido a las regiones el desarrollo del derecho de vivienda y, a este respecto, resulta interesante observar como el derecho a la vivienda en Escocia tras la *devolution*, no solo tiene una cobertura mayor que el previsto en el resto de la Unión, sino que además destaca en el ámbito comparado por sus innovaciones.

La *2012 Commitment* escocesa, elaborada en el marco de la *Homelessness etc. (Scotland) Act* ha superado los estándares fijados en el derecho británico anterior a la descentralización al haber prescindido de los filtros para la concesión de ayudas fundados en la «prioridad», universalizando, así, las prestaciones en materia habitacional (20).

El derecho inglés —Inglaterra no tiene parlamento propio, por lo cual su legislación depende íntegramente de lo decidido en Westminster— dispone de una herramienta denominada *Empty Dwelling Management Order (EDMO)*, que se asemeja a la norma andaluza en materia de vivienda por su contenido y efectos. Sin embargo, lo cierto es que los resultados de este instrumento administrativo son muy pobres, apenas se llevó a efecto 17 veces en todo 2014, frente a un parque de 600.000 viviendas vacías (21).

En Francia, aunque el derecho a la vivienda no llega a reconocerse constitucionalmente (22) existe la llamada Ley *DALO (Droit au logement opposable)* que produce unos efectos similares a los instrumentos referidos y que, como en el caso de las *EDMO*, tampoco ha tenido gran alcance en la práctica.

En opinión de Eleta-De Filippis (23), que elaboró un estudio práctico de la tramitación de los recursos franceses: «opera en la práctica una jerarquización de los solicitantes prioritarios y urgentes alrededor de criterios

(19) Cfr. KEATING, *Op. cit.*, pág. 9

(20) Cfr. KING, Fiona, «Scotland: Delivering a Right to Housing», en *Journal of Law Social Policy* núm. 24, 2015, págs. 156 y 161

(21) Cfr. OSBORNE, Hillary, «Powers to bring empty houses into use "ignored"» en *The Guardian*, 11 de febrero de 2015 [Consultado en línea el 9 de junio de 2017 en <https://www.theguardian.com/money/2015/feb/11/powers-empty-houses-ignored-empty-dwelling-management>]

(22) Si bien es cierto que su carácter constitucional fue admitido por el *Conseil constitutionnel* por medio de una interpretación del Preámbulo de la Constitución de 1946. Vid. JARIA I MANZANO, *Op. cit.*, 2011, pág. 57

(23) Cfr. ELETA-DE FILIPPIS, Roxanna, «El derecho a la vivienda en Francia: La Ley Dalo (*droit au logement opposable*) actores y prácticas: Una observación de terreno» en *Derecho y cambio social* núm. 24, 2011, pág. 9

morales más que legales [...] que sirvan para separar los “buenos pobres” de los “malos pobres”». El escaso impacto de este instrumento derivaría precisamente de esa jerarquización.

Habida cuenta de todo esto y sin entrar a valorar detalladamente el impacto de la apuesta escocesa, sí podemos afirmar que, en términos de desarrollo normativo, el legislador de Edimburgo ha profundizado no sólo más que el de Londres sino también que el de otros Estados europeos. Esta profundización ha sido posible gracias a un marco de descentralización amplio que permite la generación de distintas respuestas con bases ideológicas diferentes.

En España, dichas diferencias podrían verse suprimidas de nuestro ordenamiento si la tesis actual del Constitucional —analizaremos en profundidad en el capítulo cuarto— se mantiene. La descentralización comporta una democratización del desarrollo normativo, generando ya —en nuestro ordenamiento y en los vecinos— normas más protectoras, pero, además, más eficientes y fácilmente ejecutables. Razón por la cual algunos autores, como Pisarello o Aparicio (24), apuestan por la reformulación del modelo actual, en la dirección de un «constitucionalismo multinivel» o «constitucionalismo en red» que diese más protagonismo a los diferentes agentes que operan en el desarrollo normativo del Estado.

III. Acción pública y soluciones coactivas. La respuesta del legislador autonómico a la situación de emergencia habitacional

1. Las reformas autonómicas de 2013

Como tuvimos ocasión de mencionar en el epígrafe anterior, en el 2013 se inició una ola de reformas autonómicas en materia de vivienda, eminentemente subjetivadoras del derecho, cuyo objeto es atender las necesidades habitacionales provocadas por la crisis financiera e inmobiliaria. Se trata del Decreto-ley 6/2013 de Andalucía, la Ley 24/2013 de Navarra, la Ley 2/2014 de Canarias, la Ley 3/2015 de Euskadi, la Ley 24/2015 de Cataluña, la Ley 10/2016 de Aragón, la Ley 2/2017 de Valencia y la ley 2/2017 de Extremadura. Todos estos textos fueron recurridos por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional salvo el valenciano y el extremeño (25). No obstante, por el momento el Tribunal solo se ha pro-

(24) Cfr. APARICIO WHILELMI, Marco y PISARELLO, Gerardo, «El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?» en *El clip*, núm. 42, 2007, pág. 4

(25) Al momento de realizarse este trabajo el Gobierno inició los trámites para una Comisión Bilateral con la Comunidad Valenciana, paso previo a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad.

nunciado sobre el Decreto-ley 6/2013, declarando inconstitucional y derogando parte de su articulado.

Las reformas se caracterizan por definir la función social de la propiedad en relación con el derecho de vivienda, sancionando a los propietarios que mantienen los inmuebles desocupados. Una determinación de los límites de la propiedad sobre la vivienda que ya había introducido en nuestro ordenamiento el art. 42 de la Ley catalana 18/2007 cuando disponía en su apartado sexto que «la Administración puede declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad y acordar el alquiler forzoso de la vivienda». Este alquiler forzoso se articulaba mediante una expropiación temporal y de uso de los inmuebles deshabitados, de manera similar a la configurada en la presente ola normativa, si bien fue derogado por una ley posterior, la catalana 9/2011 de 29 de diciembre

Siete de los ocho textos aprobados a partir de 2013 contemplan la expropiación forzosa como la herramienta principal de la que se valen para dotar de contenido subjetivo al derecho. La única norma que no lo hace es la Ley 24/2015 de Cataluña, quizás debido a que el legislador catalán renunció, *motu proprio*, a utilizar este procedimiento con la reforma efectuada por medio de la Ley 9/2011 (26). No obstante, el procedimiento elegido por la ley 24/2015, aunque excluye la expropiación y, en su lugar, recurre a un sistema sancionador, recuerda bastante en la práctica a los sistemas expropiatorios recogidos en los restantes textos.

En cualquier caso, estas leyes no son las primeras en vincular el derecho de vivienda con la institución de la expropiación forzosa. El art. 155.2 de la Constitución de Weimar de 1919, que ofrece la primera referencia al derecho en el constitucionalismo de Europa occidental (27), ya los conectaba cuando disponía que «[l]os bienes inmuebles cuya adquisición se necesita para satisfacer la necesidad de vivienda [...] pueden ser expropiados» (28). Así mismo, como hemos visto, otros ordenamientos vecinos como el francés, el inglés y el escocés cuentan con instrumentos administrativos de características semejantes a los que han desarrollado los legisladores autonómicos desde 2013, como la *Empty Dwelling Management Order* contenida en la *Housing Act* de 2004 para Inglaterra y Gales o la Ley DALO (*Droit au Logement Opposable*) de 2007 en Francia.

(26) Es necesario destacar que, pese a tener un contenido muy similar al de los procedimientos integrados en las leyes aprobadas a partir de 2013, el art. 42 de la Ley 18/2007 de Cataluña no fue recurrido ante el TC en todo su período de vigencia.

(27) Cfr. JARIA I MANZANO, *Op. Cit.*, pág. 55

(28) El tenor literal del precepto es: «Grundbesitz, dessen Erwerb zur Befriedigung des Wohnungsbedürfnisses, zur Förderung der Siedlung und Urbarmachung oder zur Hebung der Landwirtschaft nötig ist, kann enteignet werden. Die Fideikommisse sind aufzulösen.»

Las reformas autonómicas de 2013, no obstante, sí son pioneras en el ámbito comparado por cuanto introducen una nueva vertiente del derecho subjetivo a la vivienda: el derecho de permanencia. Hasta ahora esta solo se recogía en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (29), el Decreto-ley 6/2013 abrió el camino a su codificación en textos legales. Bajo la forma de la expropiación temporal de uso, el legislador autonómico pretende impedir que determinadas personas, consideradas vulnerables, se vean privadas de sus viviendas, retardando materialmente los efectos del lanzamiento, otorgándoles, de este modo, un derecho de permanencia.

Los textos son tan semejantes en cuanto a su contenido que podemos abordar el estudio de sus principales características de manera conjunta. Distintos factores —como ha sido el propio sentido del fallo del Tribunal Constitucional sobre el Decreto-ley 6/2013— han condicionado el desarrollo, marcando ciertos cambios en las normas que nos llevan a agruparlas, principalmente, en tres generaciones normativas.

2. Asiento de la reforma autonómica: Decreto-ley 6/2013 de Andalucía, Ley 24/2013 de Navarra y Ley 2/2014 de Canarias

Promulgadas entre 2013 y 2014, estas reformas son la primera aproximación del legislador autonómico al desarrollo de los límites a la propiedad sobre la vivienda introducidos por el art. 42 de la Ley 18/2007 de Cataluña. Regulan una serie de categorías que reproducirán, después, las siguientes generaciones y que forman la columna vertebral de esta ola normativa. Consisten, fundamentalmente, en actuaciones de fomento para la intervención en el mercado inmobiliario y en el establecimiento de un sistema sancionador y expropiatorio que pretenden servir de garantía del derecho subjetivo a la vivienda en sus vertientes de permanencia y acceso.

La aplicación de estas medidas requiere, en primer lugar, la configuración «del supuesto de hecho al que se vincula el incumplimiento de la función social» (30), es decir, la determinación del concepto jurídico de «vivienda deshabitada». Los legisladores autonómicos lo hicieron mediante una definición básica del hecho y la enumeración *numerus apertus*

(29) Caso *Marzari vs. Italia*, donde el Tribunal falló en favor de una persona con una discapacidad física sobrevenida que fue desalojada de su vivienda por haber dejado de pagar el alquiler como medida de presión para que reformasen el inmueble en que residía a fin de adaptarlo a las necesidades derivadas de su estado.

(30) TORNOS MAS, «Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad», *Op. cit.* pág. 161

de una serie de indicios objetivos de no habitación. Esta categoría se acompaña de la obligación de colaboración para todas las personas físicas y jurídicas con la Administración, a fin de proveerla de la información necesaria para la declaración de las viviendas deshabitadas.

La declaración se realiza por medio de un procedimiento contradictorio con trámite de audiencia y con un plazo máximo de resolución de un año. Finaliza con una resolución declarativa que se lleva a inscripción —de oficio— a un Registro de viviendas desocupadas, creado a partir de estas mismas normas.

Las reformas dan cuerpo a la nueva función social de la propiedad a través de un sistema de infracciones entre las que destaca la de no dar efectiva ocupación a los inmuebles destinados a servir de vivienda durante el plazo de dos años para el caso de que el propietario sea una persona jurídica. En las fórmulas andaluza y canaria las sanciones correspondientes a estas infracciones son multas pecuniarias, sin embargo, la norma navarra contempla, además, en su art. 52, la expropiación forzosa del inmueble como sanción complementaria. Está prevista frente al incumplimiento de las sanciones ordinarias, o de un requerimiento de ocupación.

Con todo, el aspecto más contestado de estas normas, que constituye el núcleo de los recursos de inconstitucionalidad es la «Declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social». Ésta define un procedimiento expropiatorio con el que pretende desarrollar el sentido subjetivo de permanencia del derecho a la vivienda.

Dada la actual situación económica y las condiciones del mercado de vivienda, el desalojo de estas personas consideradas «vulnerables», podría llevarlas a una permanente situación de falta de hogar, al no hallarse en situación para afrontar el coste de un nuevo inmueble. Sin embargo, resulta llamativo que este procedimiento no busca solo mantener a las personas en una vivienda, pues esta finalidad podría conseguirse con el mero realojo en otra finca, sino que busca mantenerlas en el que había venido siendo su hogar hasta ese momento. Algo que parece partir de un concepto amplio de vivienda, que algunos autores como Ponce⁽³¹⁾ conciben como el «espacio propio donde poder desarrollar la intimidad y la vida familiar».

(31) Cfr. PONCE, Juli, «Siete consideraciones sobre el derecho a la vivienda, la ciudad y las viviendas vacías: podemos hacer más (y mejor).» en *Revista catalana de dret públic blog*, 2015 [Consultado en línea el 23 de julio de 2017 en <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2015/03/20/siete-consideraciones-sobre-el-derecho-a-la-vivienda-la-ciudad-y-las-viviendas-vacias-podemos-hacer-mas-y-mejor-juli-ponce-sole/>]

La expropiación es de uso y temporal(32) de las viviendas objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria que fueron propiedad de personas consideradas vulnerables y cuyo adjudicatario final es una entidad financiera o sus filiales inmobiliarias y entidades de gestión de activos. La *causa expropriandi* es el incumplimiento de la función social de la propiedad que introducen las normas.

La expropiación se aplica una vez producido el efectivo traslado de propiedad entre ejecutado y ejecutante y busca mantener durante tres años al desahuciado en posesión del inmueble en condición de usuario. Las características básicas de esta expropiación, la temporalidad y la parcialidad —solo se expropia el derecho de uso—, llevan a Moreu a entender que se trata en realidad de un alquiler forzoso(33) algo que encaja con el hecho de que ya en la norma catalana de 2007 se configurase expresamente como un alquiler forzoso en el propio texto.

La legislación estatal en materia de expropiación forzosa establece que el abono del justiprecio le corresponde al beneficiario de la expropiación. Dado que el beneficiario aquí es una persona en situación de vulnerabilidad, pudiéndose encontrar este ante la paradoja de verse obligado al pago de una cantidad que no fuese capaz de soportar económicamente, las leyes autonómicas recogen un régimen especial en el que participa la Administración. Así, el beneficiario solo queda obligado al pago de una cantidad reducida que no puede ser superior al 25% de sus ingresos ni superior al total del propio justiprecio.

Un problema de orden práctico deriva de este sistema mixto ya que, en esta primera generación normativa, los textos condicionan el pago a las disponibilidades presupuestarias. Esto pone en cuestión la aplicación práctica del procedimiento, pues sin pago del total del justiprecio no puede llevarse a efecto la expropiación. La norma andaluza prevé un fondo construido a partir de la remuneración procedente de los intereses devengados en los depósitos por fianza de arrendamiento y suministro de la Comunidad, sin embargo, en opinión de Díaz(34) estos fondos en 2012 no excederían de unos hipotéticos 800.000€, a todas luces insuficientes para afrontar una medida de estas dimensiones.

Las normas no recogen en ningún apartado la cantidad a entregar en concepto de justiprecio, sino que se remiten a la legislación estatal. A partir

(32) El decreto andaluz y la ley canaria establecen un máximo de tres años para la expropiación y la ley navarra sube este plazo a los cinco años.

(33) Cfr. MOREU CARBONELL, Elisa, «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social» en *Vivienda y crisis económica. Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*. Cizur Menor. Navarra, 2014

(34) Cfr. DÍAZ CADÓRNIGA, Jorge, «Decreto-ley andaluz 6/2013 sobre viviendas: ¿un adecuado instrumento de política social?» en *El notario del siglo XXI* núm. 67, 2013

de esta remisión, partiendo del art. 42 de la Ley de la expropiación forzosa que nos envía a las reglas de valoración de la Ley del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, Moreu(35) calcula el montante total en un 2% por cada período de un año sobre el 75% del valor de la vivienda según la tasación que conste en el contrato hipotecario.

Finalmente, en todo caso, podemos cuestionar que el legislador autonómico haya optado por establecer esta garantía por medio de la institución, pues aún en su modalidad de urgencia resulta un procedimiento engorroso y lento, poco práctico de cara a una medida que se presenta como una respuesta a una situación de «emergencia social».

3. Acción pública y grandes propietarios: Las leyes 3/2015 de Euskadi y 24/2015 de Cataluña

Esta segunda generación normativa mantiene las mismas características que comentamos respecto de la primera, introduciendo algunas variaciones innovadoras, entre las que destacan el reconocimiento, en la ley vasca, de una acción pública para demandar la asignación de una vivienda, o el desarrollo en la Ley 24/2015 de Cataluña del concepto jurídico de «grandes propietarios» y de un sistema de alquiler forzoso que prescinde de la expropiación.

La primera acción pública reconocida en nuestro ordenamiento para ejercitar el derecho de habitación es la del art. 6 de la Ley catalana de vivienda 18/2007. Sin embargo, esta acción no otorga ningún derecho concreto ni se acompaña de procedimiento especial alguno. Se limita a reconocer, con carácter genérico, la exigibilidad de «la legislación en materia de vivienda» ante la Administración Pública y los Juzgados de lo contencioso-administrativo. La acción pública que recoge la ley vasca (art. 6 a 9 de la Ley 3/2015 de Euskadi), en cambio, reconociendo la exigibilidad de la legislación en materia habitacional ante la Administración y los tribunales, integra, asimismo, un derecho y un procedimiento especial para demandar, ante estos mismos órganos, el concreto acceso a la «ocupación legal de una vivienda o alojamiento protegido».

Frente a la naturaleza eminentemente instrumental del art. 6 de la ley 18/2007, el correlativo de la ley de vivienda Euskadi se presenta como un precepto tanto instrumental como substantivo. El componente subjetivo de la acción catalana se ve superado, entonces, en la acción de la ley 3/2015, que articula por primera vez en nuestro ordenamiento, no solo la exigibilidad del derecho de vivienda sino, también, la exigibilidad de «una vivienda» conforme a la literalidad del art. 47 CE.

(35) Cfr. MOREU CARBONELL, *Op. cit.*, págs. 409-411

Toda persona con vecindad administrativa vasca puede ejercitar esta acción con independencia de su nacionalidad, siguiendo así las modernas tendencias universalizantes de los títulos sociales. En cuanto a los restantes requisitos subjetivos, la ley se remite a un reglamento que, al momento de escribirse este trabajo, se encuentra en desarrollo. En todo caso, su ámbito subjetivo está limitado, fundamentalmente, a personas en situación de exclusión que no vieron atendidas sus necesidades habitacionales mediante otras políticas de vivienda previstas en la legislación.

Otra de las características más interesantes de esta acción se halla en el art. 9, que habilita a la Administración para que, con carácter subsidiario, dé cumplimiento al derecho no mediante la entrega efectiva de un inmueble sino por medio de la entrega de una prestación económica equivalente. Para Maguregui, el hecho de que la ley vasca recoja esta prestación sustitutoria desplaza la acción de la materia habitacional a la materia asistencial (36), condicionando así el carácter más esencial del contenido subjetivo. Sin embargo, considerando que esta prestación se articula solo de manera subsidiaria, puede entenderse, en realidad, como una garantía de que la Administración cumplirá con su obligación, con independencia de que la Comunidad Autónoma disponga o no del suficiente parque de vivienda y, por tanto, podría resultar incluso un refuerzo de la subjetivación del derecho.

En todo caso, la ley 3/2015 también resulta innovadora más allá de esta acción por cuanto resuelve el problema referido al pago del justiprecio que se daba en las normas de primera generación. Como ya comentamos, estas lo condicionan a la disponibilidad presupuestaria lo que, de no realizarse la consignación necesaria, pondría en peligro la ejecución del procedimiento o el pago de la indemnización, generando una grave inseguridad jurídica. La ley vasca, en cambio, lo soluciona disponiendo la creación de un fondo al que asigna una cantidad concreta de dinero «equivalente al número de lanzamientos realizados en la Comunidad en procesos de desahucio por ejecución hipotecaria en el ejercicio inmediatamente anterior».

Por su parte, la ley catalana destaca por el desarrollo del concepto de *gran tenidors* (grandes propietarios) que se reproduce, posteriormente, en las normas de la tercera generación y sobre el que pivota un sistema alternativo de intervención sobre el derecho de propiedad. El legislador catalán consigue en la práctica unos resultados muy similares a los de las restantes normas autonómicas, si bien acude como instrumento coactivo, al procedimiento sancionador. Su sistema consiste en la imposición, a de-

(36) Cfr. MAGUREGUI, Íñigo, «El derecho subjetivo de acceso a la vivienda. Reflexiones» en *Urbaniker*, 2015 [Consultado en línea el 30 de julio de 2017 en <http://urbaniker.net/?p=841>]

terminados sujetos que son destinatarios finales de un inmueble-vivienda, previa interposición de una demanda de desahucio, la obligación de formular una oferta de alquiler social al ejecutado, bajo pena de sanción pecuniaria.

Los sujetos obligados son, por una parte, aquellas personas jurídicas que hubiesen adquirido una vivienda procedente de un procedimiento de ejecución hipotecaria después del 30 de abril de 2008 y, por otra parte, los grandes propietarios. La ley encaja en este nuevo concepto jurídico a todas las entidades financieras, sus filiales inmobiliarias y los fondos de inversión, así como a todas aquellas personas jurídicas titulares de una superficie habitable de más de 1.250 metros cuadrados, con la excepción de las que participen de la ordenación del alquiler social con un porcentaje determinado de su parque, así como los promotores de vivienda social.

Al igual que las restantes normas, para la determinación de los beneficiarios de esta medida, la ley catalana establece unos umbrales de ingresos⁽³⁷⁾. Sin embargo, a mayores, introduce en el apartado 11 del artículo 5 una cláusula que permite que también las personas que superen dichos umbrales puedan acogerse a la medida cuando medie un informe favorable de los servicios sociales que acredite una situación de riesgo inminente de pérdida de vivienda. Esta cláusula resulta innovadora en términos de universalización del derecho, en la línea de la legislación escocesa, al flexibilizar el tradicional sistema de umbrales con la entrada en la valoración de otros criterios subjetivos, pero no discrecionales. En todo caso, cualquier persona que desee acogerse a las medidas debe inscribirse en el Registro de solicitantes de *habitatge*.

La ley 24/2015 produce sus efectos con carácter previo al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, pues la oferta del alquiler social debe formularse antes de interponer la demanda de desahucio, mientras que las medidas expropiatorias de las restantes normas autonómicas producen sus efectos una vez completado el procedimiento ejecutivo. Esta cuestión cronológica puede ser relevante en la resolución del recurso por el Tribunal Constitucional, pues, como veremos más adelante en mayor profundidad, su fallo gira entorno a la idea de superposición entre la norma autonómica de vivienda y la prórroga concedida en casos similares en la Ley estatal 1/2013

Finalmente, es necesario resaltar que al igual que la ley navarra, los instrumentos catalán y vasco comprenden mecanismos administrativos para la incorporación de vivienda vacía al parque público. La ley vasca lo hace por medio de un procedimiento expropiatorio, preceptuado en su

(37) Si bien en la ley catalana no se utilizan como referencia los múltiplos del IPREM sino los del *Indicador de Renda de Sufficiència de Catalunya*.

art. 59, que puede ser decretado tanto por la localidad como por la Comunidad Autónoma por un plazo máximo de cinco años prorrogables en otros cinco. Los sujetos pasivos no son descritos en el precepto así que debemos remitirnos al art. 56, donde se describe la vivienda deshabitada, comprendiendo un gran abanico de posibles titulares dominicales, excluyendo solo a los propietarios de segundas viviendas o determinados casos justificados. La ley catalana, por su parte, recurre al sistema sancionador y en su art. 7 se vale de una cesión obligatoria, imponible por un plazo máximo de tres años. El sujeto pasivo en el caso catalán se restringe a las personas jurídicas sometidas al impuesto de viviendas vacías no exentas que posean fincas desocupadas en lo que la ley denomina «zonas de fuerte y acreditada demanda residencial», es decir, zonas en que resida como mínimo una persona en situación de exclusión y de riesgo de pérdida de vivienda.

4. Las reformas tras la respuesta del Tribunal Constitucional: Las leyes 10/2016 de Aragón, 2/2017 de Valencia, 2/2017 de Extremadura y el proyecto de ley balear

El 14 de mayo de 2015 se publica la STC 93/2015 que resuelve el recurso interpuesto contra el Decreto-ley andaluz 6/2013, declarando la inconstitucionalidad del procedimiento expropiatorio y de varios preceptos que también regulan la intervención sobre la propiedad de inmuebles-vivienda. A partir de este momento apreciamos un cambio en el comportamiento del legislador autonómico, motivado, probablemente, por el sentido de dicho fallo. No obstante, el sentido del cambio no ha sido unívoco, y las tres leyes promulgadas hasta el momento⁽³⁸⁾ construyen respuestas divergentes. En primer lugar, se aprueba la Ley 10/2016 de Aragón, más cautelosa en el desarrollo de los mecanismos de intervención pública que las anteriores reformas y, posteriormente, las 2/2017 de Valencia y 2/2017 de Extremadura que, por el contrario, continúan la línea de las generaciones normativas precedentes.

Las tres reformas son fácilmente encuadrables como parte de esta ola normativa. La aragonesa y la valenciana reproducen el concepto de «gran tenidors» introducido en la ley catalana de 2015 si bien lo definen de manera distinta. Asimismo, en las tres leyes se formula —con mayor o menor alcance— una exigibilidad de la legislación habitacional y todas ellas intervienen en el mercado de la vivienda para garantizar el mínimo vital

(38) Aunque las leyes vasca y catalana se promulgaron con posterioridad a la publicación del fallo, dada la inmediatez con que se sucedió, la conocida lentitud del procedimiento legislativo nos hace dudar del impacto real que la sentencia haya podido tener sobre su desarrollo.

en casos de personas afectadas por procedimientos de desahucio. Sin embargo, su aproximación es completamente diferente.

La ley valenciana integra gran parte de las innovaciones que la ola de reformas ha venido desarrollando. Por ejemplo, su sistema de intervención en el mercado consiste en una combinación entre el sistema sancionador catalán y la expropiación forzosa y viene complementado, además, por el reconocimiento de una acción pública para exigir de manera efectiva una vivienda.

Dicho sistema mixto se estructura en los artículos 12 y 13 de la ley. El primero de los preceptos desarrolla la medida sancionadora, de un contenido materialmente muy similar al sistema catalán, si bien en este caso el mecanismo se activa ya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria que motiva la medida, a diferencia del catalán, que es previo. Según el artículo 12.1, «[l]a iniciación del procedimiento, judicial o extrajudicial, para la ejecución de las garantías hipotecarias [...] implicará la creación de una nueva obligación entre la entidad financiera, la filial inmobiliaria o entidad de gestión de activos que resulte adjudicataria del remate y el propietario comprador y deudor, y quedará constituido el derecho de este último a poder contratar un arrendamiento con opción de compra que evite el lanzamiento de esta vivienda».

El incumplimiento de esta obligación causa la expropiación forzosa del usufructo del inmueble en cuestión, según nos informa el art. 12.4 de la ley. Por tanto, la sanción no tiene carácter pecuniario, como sucede en el caso catalán, sino que sirve de puente entre las dos fases de este sistema mixto, activando un procedimiento expropiatorio construido a imagen de los desarrollados por las restantes reformas autonómicas. Respecto a este procedimiento, debemos señalar que se trata de una expropiación de usufructo y no de simple uso, como hasta ahora se venía contemplando y, así mismo, también destaca el hecho de que se dispone para un plazo superior al previsto hasta ahora: tres años prorrogables por otros tres años más.

El fallo del Constitucional que derogaba el procedimiento expropiatorio andaluz se sostenía, entre otros motivos, sobre una lectura en términos de compatibilidad entre la ley estatal 1/2013 y la disposición impugnada, entendiéndose que esta se solapaba por sus efectos con la primera. Por este motivo, parece introducir el legislador valenciano, al comienzo del artículo 12, el siguiente tenor: «En caso de que tengan concedidas medidas estatales de moratoria, podrán acogerse a esta ley cuando finalice la mencionada moratoria».

La acción pública declarada en la reforma valenciana se articula de una manera similar a la de la ley vasca, profundizando en el desarrollo del aspecto subjetivo del derecho. No obstante, resulta llamativo que el instrumento de Les Corts contempla el silencio administrativo positivo

como una posible forma de finalización del procedimiento. Así, el art. 6.3 establece que «[s]i transcurrido el plazo de seis meses previsto en el apartado anterior [...] no se hubiera dictado resolución, se entenderá otorgado el uso de un alojamiento por silencio administrativo». Resultando que, a diferencia de la ley 3/2015 de Euskadi, ésta no contempla una prestación económica sustitutoria y, destacando el parque público de vivienda en España por su escasez, parece cuestionable la introducción del silencio positivo. Al ser recurrible ante la jurisdicción ordinaria la resolución de la Administración Pública, se corre el riesgo de generar un alto número de resoluciones materialmente inejecutables que atasquen el sistema.

La ley extremeña parece más contenida en el desarrollo del sentido subjetivo del derecho, pues no incorpora una acción pública, como hace la valenciana(39). Como sistema de intervención en el mercado se decanta por el procedimiento expropiatorio, complementado con algunas medidas sancionadoras, en la línea de la primera ola de reformas normativas, aunque como la norma valenciana, ésta prevé la expropiación del usufructo de la vivienda y no del simple uso.

Es interesante señalar que también su desarrollo parece estar condicionado por el sentido del fallo de la STC 93/2015. La norma extremeña integra en el procedimiento una cláusula condicional que parece tratar de sortear un eventual fallo derogatorio del Constitucional. Según el apartado segundo del art. 2 de la ley, la medida expropiatoria no se aplica cuando se acredite que la entidad ha concertado un alquiler asequible con el titular de la vivienda objeto de ejecución por un mínimo de tres años o, cuando «se acredite que el lanzamiento ha sido suspendido por aplicación del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, o la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social».

Además, la ley extremeña, al igual que la norma catalana, prevé en el inciso final del artículo 2.3.c).2.º que, aquellos sujetos que superen los umbrales de ingresos establecidos para la aplicación del procedimiento de expropiación forzosa, si media informe de los servicios sociales que acredite una situación de riesgo de exclusión residencial, pueden ser beneficiarios de la medida.

La ley aragonesa se aproxima a esta cuestión de una manera diferente. Dispone en su art. 19 una «garantía del derecho a una alternativa

(39) No obstante, la asamblea extremeña ha aprobado la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social que prevé, en su artículo 18, una «línea de ayudas para familias afectadas por ejecuciones hipotecarias». En virtud de este precepto, aquellas personas que pudiesen ser beneficiarias de la asignación de una vivienda de promoción pública, tendrían derecho a una prestación pecuniaria para hacer frente al pago del alquiler de una vivienda libre mientras no se resuelva la entrega de una vivienda de promoción pública

habitacional digna», aparentemente oponible ante la Administración Pública. Sin embargo, no articula un procedimiento a esos efectos, ni tampoco es clara en la dicción sobre el carácter de este derecho ni se contempla expresamente su exigibilidad en el precepto.

En todo caso, esta ley 10/2016 de Aragón incluye muchos de los elementos presentes en leyes precedentes como el concepto de «grandes propietarios» —aunque formulado en términos diferentes a las leyes catalana y valenciana—, la declaración de viviendas deshabitadas o la cesión de viviendas desocupadas. No obstante, aunque establece una intervención en el mercado inmobiliario en favor de las personas en situación de riesgo de exclusión perjudicadas por un procedimiento de ejecución hipotecaria en su artículo 20, el instrumento aragonés excluye la posibilidad de un sistema sancionador o expropiatorio. Quizás buscando evitar la derogación del articulado por invadir las competencias de bases y coordinación de la economía el precepto se limita a declarar sin más la «suspensión del procedimiento».

No obstante, esto podría motivar igualmente su derogación, por afectar a las competencias estatales *ex art.* 149.1.6 CE en materia de legislación procesal, pues su redacción parece buscar regular directamente la organización y desarrollo del procedimiento de desahucio. Con todo, la precisión introducida en el art. 21.4 de la ley podría salvar el texto al disponer que «[e]xcepcionalmente y para evitar su desahucio de la vivienda habitual, la Administración autonómica podrá hacerse cargo del pago de la renta arrendaticia». Es decir, interpretados de manera conjunta, la suspensión del art. 20 no sería un mandato al poder judicial para la interrupción del proceso, sino un mandato a la Administración Pública para que esta intervenga, por ejemplo, abonando las cantidades adeudadas, a fin de interrumpir el procedimiento por las causas legalmente establecidas. No obstante, cuesta aceptar esta interpretación siendo el tenor literal de este precepto que los lanzamientos «quedarán en suspenso».

En estos momentos, además de estas dos normas, se está tramitando la aprobación en Baleares de una nueva ley de vivienda que también recoge el concepto de «grandes propietarios» y establece un sistema de intervención en el mercado inmobiliario en favor de personas en situación de vulnerabilidad afectadas por procedimientos de ejecución hipotecaria estructurado a semejanza de las reformas autonómicas aquí expuestas. En concreto, el texto se estructura de una manera muy parecida a la ley 24/2015 de Cataluña en tanto que, por un lado, aborda la cuestión de la pobreza energética y, por otro, excluye el procedimiento expropiatorio y dispone en su artículo 36 —de una manera más modesta que el texto catalán— un sistema de cesión obligatoria de viviendas desocupadas propiedad de los grandes tenedores.

IV. La respuesta del Tribunal Constitucional a las soluciones autonómicas

1. La aproximación formal: caso de extraordinaria necesidad y límites materiales del presupuesto habilitante

El Tribunal Constitucional, por interpelación del Ejecutivo central, respondió a esta andanza legislativa de las Autonomías con la STC 93/2015 (40). Esta sentencia resuelve el recurso interpuesto contra el Decreto-ley andaluz 6/2013, la primera de las reformas de la ola normativa, sin embargo, el Tribunal Constitucional no entra a valorar la constitucionalidad de las normas por su fondo, sino que se limita al análisis de aspectos, fundamentalmente, formales.

El Abogado del Estado, en representación del Gobierno, había sustentado su impugnación en los siguientes motivos: a) Falta del presupuesto habilitante para la aprobación del Decreto-ley; b) Quiebra de los límites materiales del art. 86.1 CE para los Decretos-ley; c) Discriminación inconstitucional de entidades financieras o sus filiales inmobiliarias; d) Vulneración de la competencia estatal del art. 149.1.13 CE. El Tribunal renuncia a pronunciarse sobre el tercero de los motivos y examina, únicamente, los tres restantes, destacando por realizar una aproximación expresamente formal a los dos primeros.

A. EL CASO DE EXTRAORDINARIA NECESIDAD

Se discute en el primer motivo la existencia del presupuesto habilitante que requieren el art. 86.1 CE y el art. 110 del Estatuto de Andalucía para el desarrollo del Decreto-ley. El Constitucional razona la adecuación de las normas al presupuesto del art. 86.1 CE aplicando una presunción básica. Si hacemos una lectura sistemática de los preceptos, si los analizamos como parte de un instrumento más amplio, es razonable asumir que su naturaleza dependa del conjunto. Es evidente que el Decreto-ley, globalmente considerado, responde a una extraordinaria necesidad y, por lo tanto, no parece racional dudar de la adecuación constitucional de los dichos preceptos impugnados, en concreto.

A este respecto, también se presenta la problemática de la ejecución de las normas impugnadas. Sin embargo, frente a las alegaciones del

(40) Puede resultar de interés la consulta del Auto 244/2013 del Tribunal Constitucional que se pronuncian sobre el mantenimiento de la suspensión de la norma, a efectos de conocer con detalle las posiciones de las partes. Por motivos de extensión de este trabajo no podemos profundizar en su estudio, no obstante, puede consultarse en línea en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23669>

Abogado del Estado, el Tribunal afirma que, aun cuando los preceptos desarrollan una serie de procedimientos y mecanismos complejos que retrasan su ejecución, la eficacia inmediata de la norma no depende de que se lleve a efecto con mayor o menor intermediación, pues eficacia y ejecución son elementos independientes.

En el presente supuesto, la eficacia de estas medidas nace en el momento en que se aprueban como parte integrante de «un programa de acción orientado a movilizar el parque de viviendas deshabitadas» (FJ 10) y no en el momento en que estas se pudiesen ejecutar. Por lo tanto, según este razonamiento, para el TC sí estamos ante un «caso de extraordinaria necesidad» que justifica la acción normativa del ejecutivo andaluz y, esto con independencia de que el procedimiento autonómico de desarrollo legislativo fuere más o menos rápido.

A la luz de todas estas consideraciones en el fundamento undécimo el TC realiza una aseveración que, si bien pasa un tanto desapercibida, tiene un enorme valor jurídico. Sostiene el Tribunal que, en caso de extraordinaria necesidad, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar las medidas que consideren necesarias siempre que se hallen dentro de su espectro competencial, incluso cuando el Estado ya haya legislado la materia desde el suyo propio. Este razonamiento, que parece formularse como una concesión a los intereses del legislador autonómico, esconde realmente un claro sentido centralizador, pues no podemos entenderlo si no partimos de una prevalencia de la acción normativa del Estado en las llamadas «competencias compartidas» e, incluso, en las «competencias exclusivas» de las Comunidades Autónomas.

El vaciamiento competencial en las materias compartidas venía asentándose en la doctrina del Constitucional. Este vaciamiento se manifiesta a través de una interpretación amplia del concepto de «bases» de una manera que trasciende la noción de regulación nuclear y que alcanza tanto leyes como incluso reglamentos administrativos o actos meramente ejecutivos(41).

La novedad radica, sin embargo, en una nueva interpretación expansiva de los títulos competenciales del Estado y el impacto que ésta provoca sobre las materias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Se trata de la construcción de una *ratio* particular que ya se venía gestando en pronunciamientos anteriores y que constituye el pilar fundamental de esta sentencia: el dibujo de una nueva distribución competencial.

(41) Cfr. BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercé, «La doctrina de la sentencia 31/2010 sobre la definición estatutaria de las categorías competenciales» en *Revista catalana de dret públic* núm. Especial S, 2010, pág. 251

B. LOS LÍMITES MATERIALES DEL PRESUPUESTO HABILITANTE. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y EL DERECHO A LA VIVIENDA

Podemos afirmar, en síntesis, que la norma impugnada responde a una extraordinaria necesidad y, por lo tanto, que existe presupuesto habilitante para la acción normativa del ejecutivo andaluz. Sin embargo, una serie de preceptos del Decreto-ley encontraría, según el Tribunal, su falta de acomodo constitucional en los límites materiales que establecen los art. 86.1 CE y 110 del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Se trata de los art. 1.3, 25.5, 25.6 y 53.1a) del Decreto que, según la sentencia, afectarían al derecho de propiedad y, por lo tanto, contravendrían la prohibición impuesta por el dicho art. 86.1 CE al desarrollo de estas normas de no afectar a los derechos fundamentales.

Es innegable el encaje pacífico y consolidado de los preceptos referidos en el marco del art. 33 de la Constitución. Es cierto que, según la tradición jurisprudencial y doctrinal, la función social de la propiedad se configura al imponer obligaciones o condiciones al propietario en su derecho o al orientar el uso que este hace de sus bienes⁽⁴²⁾ como sucede con las normas impugnadas y, también, que el propio articulado hace referencia expresa al derecho de propiedad.

Aun así, toda vez que «el análisis de la problemática jurídica de la vivienda va más allá de los problemas entre la oferta y demanda de un bien que está en el mercado, de un bien a cuyo disfrute se puede acceder en condición de propietario o arrendatario, y que se puede utilizar como garantía de un crédito hipotecario»⁽⁴³⁾ parece legítimo cuestionar que esta sea la única interpretación válida. La lectura jurídica que se puede hacer de los preceptos impugnados no es unívoca y las referencias directas al acceso a la vivienda o a la habitación efectiva de inmuebles que hallamos en ellos conectan con el derecho a una vivienda digna y adecuada, preceptuado en el art. 47 CE. El artículo primero del Decreto en su apartado tercero establece una serie de medidas de fomento destinadas a favorecer el acceso a la vivienda y los artículos 25.5, 25.6 y 53.1.a) establecen las bases de un mecanismo administrativo que sanciona la no habitación de las fincas.

El Tribunal Constitucional solo reconoce la perspectiva dominical de los preceptos, por considerar que estos se limitan a establecer «que el único uso posible de un determinado tipo de bienes debe realizarse de un modo efectivo» (FJ 13). Sin embargo, esto no es del todo cierto ya que no se trata de cualquier tipo de bienes, sino de aquellos que constituyen, o

(42) Cfr. TORNOS MAS, Joaquín, «La dignidad humana y el derecho a una vivienda digna» en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 61-62, 2016 pág. 32

(43) *Ibid*, pág. 31

son susceptibles de constituir, domicilio habitual. Así mismo, cuando el Decreto-ley impone una modalidad de uso determinado sobre estos, tampoco está hablando de cualquier tipo de uso, sino del que afecta al propio núcleo del artículo 47 CE.

En un contexto social y económico de emergencia habitacional, en el que se reproduce un conflicto fáctico entre vivienda y mercado, la Junta de Andalucía opta por elaborar un conjunto de protecciones que, deliberadamente, desarrollan el derecho de habitación. Invirtiendo la lógica del Constitucional, podemos preguntarnos si acaso la función social de la propiedad sobre la vivienda no es, sino, parte del contenido del derecho de vivienda. A estos efectos podemos señalar el art. 3.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo y rehabilitación urbana que dispone que «[e]l suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia».

Algunos autores, así lo entienden, como Ruiz-Rico (44), para quien «[e]l derecho a la vivienda comprende implícitamente algunas dimensiones específicas. La más relevante posiblemente sea la indicación obligatoria de una función orientada a asegurar las condiciones objetivas que permitirían el ejercicio individualizado de ese derecho constitucional». En un sentido similar, Jaria i Manzano sostiene que la configuración del derecho de habitación en el bloque constitucional le otorga «al acceso a la vivienda una protección constitucional que justifica determinadas medidas tuitivas de los poderes públicos, que pueden constituirse en limitaciones a determinados derechos» (45), llegando, en el caso de su articulación en los Estatutos de Autonomía, a amparar «medidas que constituyan una limitación a derechos constitucionales económicos como el de propiedad o la libertad de empresa, con el objetivo de facilitar el acceso a una vivienda digna» (46). Y es que, de lo contrario se estaría vaciando de sentido el derecho a la vivienda, limitándolo a su vertiente de ordenación urbanística y del suelo.

Tampoco podemos desconocer la cláusula final del art. 47 CE que obliga a los poderes públicos a frenar la especulación sobre la vivienda. Para Ruiz-Rico esta cláusula comprende tanto el diseño de iniciativas legislativas en materia de urbanismo como, también, la creación de instrumentos y planes generales de vivienda y, en todo caso, «una habilitación

(44) RUÍZ-RICO, *Op. cit.*, pág. 35

(45) JARIA I MANZANO, *Op. cit.*, pág. 72

(46) *Ibid.*, pág. 65

que alcanza a la actuación administrativa de los poderes públicos» (47). Por ello, podemos preguntarnos si acaso hoy, habida cuenta de la burbuja inmobiliaria y la crisis del crédito hipotecario, el control sobre la especulación que el ejecutivo andaluz realizaba a través de la norma impugnada, no entraría también dentro del contenido de dicha cláusula y por lo tanto, dentro del contenido del derecho de habitación.

C. CARÁCTER SUBJETIVO DEL DERECHO A LA VIVIENDA

Ahora bien, el hecho de que podamos juzgar que los preceptos impugnados están amparados por el derecho a la vivienda no los excluye de una potencial declaración de inconstitucionalidad. El art. 110 del EAAAnd establece que los Decretos-ley no podrán afectar a los derechos recogidos en el propio Estatuto. El estatuyente andaluz dispuso en su art. 25 que: «[p]ara favorecer el ejercicio del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, los poderes públicos están obligados a la promoción pública de la vivienda. La ley regulará el acceso a la misma en condiciones de igualdad, así como las ayudas que lo faciliten».

Llegados a este punto, la cuestión estriba en determinar si el art. 25 del Estatuto andaluz reconoce efectivamente un derecho de habitación o no y si este es, efectivamente, un derecho o un mandato a los poderes públicos. Aquí nos encontraríamos con tres posibles interpretaciones que motivarían soluciones distintas.

Parte de la doctrina entiende que los Estatutos no pueden establecer una declaración de derechos, pues esta facultad «no está entre las materias que el art. 147.2 CE enumera como propias de los Estatutos de Autonomía» (48). Así, no podríamos entender el art. 25 del EAAAnd como un derecho en sentido propio y, por lo tanto, el Decreto-ley 6/2013 no conculcaría ningún límite material para el desarrollo de estas normas.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí ha reconocido a los estatuyentes autonómicos la facultad de integrar en sus textos declaraciones de derechos. Expresamente lo razona en su sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, confirmada después por la 249/2007, de 13 de diciembre, donde dispone, a modo de síntesis, que «el contenido estatutario no puede entenderse de acuerdo con una interpretación literal del art. 147 CE, en concreto, de los cuatro subapartados relacionados en su apartado 2, puesto que el Estatuto puede regular aspectos complementarios a los señalados tanto en su dimensión material como organizativa» (FJ 5).

(47) RUÍZ-RICO, *Op. cit.*, pág. 34

(48) Díez-PICAZO, Luis María, «¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?» en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 78, 2006, pág. 65

Ahora bien, ¿es el derecho a la vivienda un derecho subjetivo o un principio rector de la política social y económica? Según el Alto Tribunal el derecho a la vivienda inscrito en el art. 47 CE se configura como un mero mandato a los poderes públicos (STC 152/1988) y, del mismo modo, el derecho a la vivienda recogido en el Estatuto andaluz, como un mandato a los poderes públicos autonómicos andaluces (STC 93/2015). No estaríamos, por tanto, ante un verdadero derecho exigible ante los tribunales, sino ante un marco de referencia para el desarrollo normativo. Si seguimos esta lectura, podríamos considerar que, por este motivo, al no afectar a un derecho, sino a un principio rector, no se contravendría el mandato del art. 110 EAAAnd que sanciona el desarrollo de derechos estatutarios por el Ejecutivo. Y, por tanto, los preceptos impugnados sí serían compatibles con el bloque de constitucionalidad.

Una tercera solución se sustenta en la lectura que un sector de la doctrina hace del derecho de habitación, entendiéndolo, bien como un derecho subjetivo, bien como un derecho con potencialidad subjetiva desarrollable por vía del art. 53.3 CE.

Así, para Ponce, el art. 47 CE se configura como un auténtico derecho subjetivo por cuanto de él se derivan obligaciones jurídicas para un sujeto en favor de otro (49). La exigibilidad directa o indirecta de este derecho, en su opinión, se comprueba en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas e incluso de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (50).

Por otro lado, Tornos entiende que el precepto constitucional, así como los derechos estatutarios en materia de vivienda son, únicamente, «mandatos de optimización» a los poderes públicos por cuanto no reconocen acción alguna. Su exigibilidad ante los tribunales resultaría determinante para su reconocimiento como auténtico derecho subjetivo y, por tanto, esta exigibilidad depende de su posterior desarrollo por el poder legislativo (51), sin embargo, dicho desarrollo si dotaría al derecho de un aspecto subjetivo, apartándolo de la mera consideración de principio informante del ordenamiento.

Por tanto, irónicamente, si nos guiamos por estas tesis más proactivas con las personas afectadas por los procedimientos de desahucio, el Decreto-ley si rebasaría los límites del art. 110 EAAAnd por resultar un auténtico derecho con eficacia jurídica y, así, los art. 1.3, 25.5, 25.6 y 53.1a) del Decreto-ley 6/2013 resultarían incompatibles con el bloque de constitucio-

(49) Cfr. PONCE, «La tutela judicial del derecho a la vivienda y el papel del Tribunal Constitucional español: luces y sombras en el contexto europeo e internacional», *Op. cit.*, pág. 62

(50) *Ibid.*, págs. 51, 56 y 61

(51) Cfr. TORNOS, «Las viviendas desocupadas y la función social de la propiedad», *Op. cit.*, págs. 149 y 150

nalidad al afectar a un derecho —el de vivienda— recogido en el Estatuto de Autonomía de Andalucía.

2. Un nuevo reparto competencial en materia de vivienda

Declarados inconstitucionales los art. 1.3, 25.5, 25.6 y 53.1a), el Tribunal centra ahora su examen en la Disposición Adicional segunda y en los apartados restantes del artículo 25 del Decreto andaluz. La idea central de ese examen es determinar el ajuste constitucional de los preceptos a las reglas del juego competencial.

El marco normativo que tomaron como referencia los magistrados a la hora de evaluar la constitucionalidad de la norma andaluza es, exclusivamente, la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Este texto dispone en su Capítulo I la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de determinados colectivos vulnerables afectados por un procedimiento de ejecución hipotecaria dirigido contra la que es su vivienda habitual. Esta suspensión produce sus efectos antes de que se produzca el lanzamiento y comporta su absoluta suspensión.

Para el TC, el ejecutivo andaluz, con el desarrollo del Decreto-ley habría roto con la política estatal contenida en este marco normativo y, por lo tanto, habría invadido el ámbito competencial del art. 149.1.13 CE (bases y coordinación de la economía), atribuido en exclusiva al Estado. Esta invasión, según la mayoría que suscribe el fallo, se produciría por la concurrencia de tres circunstancias. La primera: que el Decreto-ley regula aspectos relevantes para el mercado hipotecario. La segunda: que ya existe regulación estatal en el ámbito de protección social que pretende desarrollar el ejecutivo andaluz y que las Comunidades Autónomas no pueden trascender esos niveles de protección. Y la tercera: que el Decreto-ley, según entiende el Tribunal, rompe con la legislación estatal, obstaculizando su aplicación.

A. LA HIPÓTESIS DE LA DISTORSIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

Con el Decreto-ley 6/2013 el ejecutivo andaluz diseñó un instrumento que comprende tanto políticas de fomento en materia de vivienda como medidas que desarrollan la vertiente subjetiva de este derecho. La lectura teleológica y sistemática de la Disposición adicional segunda y del art. 25 del texto nos lleva inmediatamente al contenido del art. 47 CE. Su finalidad no es regular las necesidades de los deudores hipotecarios, sino atender a necesidades habitacionales de sectores en grave riesgo de exclusión

social. Es innegable que estas medidas, en desarrollo del derecho de vivienda, afectan al mercado hipotecario, pero ni su finalidad principal es esa ni el nivel de incidencia es, económica y jurídicamente, relevante.

En el recurso, la Abogacía del Estado sostiene que la medida impugnada pone en riesgo el objetivo de desinversión de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB), argumento que asume el Constitucional para resolver en su fallo. Sin embargo, el ámbito subjetivo del texto andaluz es tan acotado que parece cuestionable estimar dicho riesgo. La norma andaluza solo resulta aplicable a las necesidades de unidades familiares concretas que, entre otros, deben cumplir los siguientes requisitos: a) sus ingresos no superen el triple del IPREM; b) el esfuerzo que representa la carga hipotecaria sobre estos ingresos se haya multiplicado por, al menos, 1,5 puntos; y c) que este esfuerzo suponga más de un tercio de la renta familiar, proporción que destaca con el umbral, más amplio, del cincuenta por ciento previsto en la norma estatal.

Es difícil calcular con exactitud el nivel de incidencia ya que los datos no se hayan tan desagregados como sería deseable, pero sabemos que, en 2013, el Consejo General del Poder Judicial cifró en 4.280 el total de los lanzamientos practicados en Andalucía derivados de ejecuciones hipotecarias; que el gasto medio (52) en vivienda en España representaba menos del tercio de los ingresos familiares en ese mismo año; y que la renta media (53) por hogar en Andalucía estaba por encima del triple del IPREM correlativo. Sabemos, además, que la SAREB en el año 2015 ya se había desprendido de un 22% de sus activos inmobiliarios (54) y que el último censo del INE (55) sobre vivienda computaba 637.221 viviendas vacías en la Comunidad Autónoma andaluza. A la luz de estos datos, parece que hablamos, por tanto, de un instrumento con un efecto económicamente marginal, sin capacidad de alterar ningún tipo de planificación o estrategia económica, pero con una elevada potencialidad en términos humanos.

El Decreto-ley amortigua la aceleración de la incorporación de stock al mercado, al imponerles a determinados inmuebles lo que, para alguna autora como Moreu es, en realidad, un alquiler forzoso (56). Sin embargo, nada obsta para que el nuevo propietario pueda disponer de los bienes

(52) Nota de prensa del INE de 17 de junio de 2015 de la *Encuesta de presupuestos familiares Año 2014*. Consultada en <http://www.ine.es/prensa/np914.pdf>

(53) Fuente: INE

(54) Consultable en <http://www.elmundo.es/economia/2015/04/01/551aec23268e3e7a288b457b.html>

(55) Nota de prensa del INE de 18 de abril de 2013 de los *Censos de población y viviendas 2011*. Consultada en <http://www.ine.es/prensa/np775.pdf>

(56) Cfr. MOREU, *Op. cit.*

como quiera, mientras no los ocupe en el plazo legalmente establecido. La norma habilita a la Administración andaluza, únicamente, para la expropiación temporal del derecho de uso (*ius utendi*), pero no del resto de facultades dominicales, ni si quiera del derecho de disfrute (*ius fruendi*). Aunque sí se merme parte del atractivo mercantil de los inmuebles por quedar afectos temporalmente a una expropiación de uso, no se imposibilita o condiciona su enajenación. Resulta interesante advertir en este punto que la ley marco estatal que el fallo considera afectada sí establece, en cambio, un plazo suspensivo en la ejecución que impide que la propiedad pase del ejecutado al ejecutante, obstaculizando realmente los objetivos de desinversión.

Cualquier análisis jurídico del impacto que la norma recurrida pueda generar a los objetivos de la SAREB debería estar acompañado de un estudio que lo sustente, especialmente teniendo en cuenta que esta Sociedad está participada por más de un 50% de capital privado. El Tribunal Constitucional opta, en cambio, por realizar una serie de afirmaciones apodícticas con un contraste discutible con la realidad económica sin aportar ningún estudio justificativo en la sentencia, como han señalado voces en la literatura como Ponce(57).

Se sugiere en el pronunciamiento, además, que el Decreto-ley rompe con la política de «reorganización y recapitalización del sector financiero» que desarrolló el Estado ante «la dificultad de acceso al crédito por empresas y consumidores». Es cierto que el hecho de que la norma andaluza comporta efectos desfavorables para las entidades crediticias y financieras podría suscitar en ellas un cierto recelo en la concesión del crédito, condicionando la política estatal de reflote del mercado hipotecario. Ahora bien, realizando un examen profundo, es necesario matizar esta secuencia lógica con dos precisiones.

En primer lugar, el acceso a las hipotecas debe constreñirse para prevenir la formación de nuevas burbujas y situaciones de sobre endeudamiento, cumpliendo así con el mandato de la Directiva 2014/17/EU. El mercado hipotecario en España es un mercado sobredimensionado y deformado por una tasa de tenencia de la vivienda en propiedad que se sitúa entre el 77,3-78,8% frente a un 15,6-21,1% de alquiler(58). Esta proporción es el producto artificial de una «continuada política de estímulo a la

(57) Cfr. PONCE, Juli, «¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda?» en *Transjus*, 2015 [Consultado en línea el 12 de octubre de 2016 en <https://transjusblog.wordpress.com/2015/06/04/ha-expropiado-el-tribunal-constitucional-las-competencias-autonomicas-en-materia-de-vivienda-a-proposito-de-la-stc-de-14-de-mayo-de-2015-declarando-la-inconstitucionalidad-de-la-regulacion-an-2/>]

(58) La relación de 77,3 (propiedad) y 15,6 (alquiler) la proporciona el INE en su *Encuesta de condiciones de vida* y la relación de 78,8 (propiedad) y 21,1 (alquiler) se refleja en las *Housing statistics* del Eurostat.

propiedad» (59) perfectamente comprobable en la evolución histórica recogida por el INE, según la cual, frente a la tasa del 46,9% en propiedad y 51,4% en alquiler del año 1950, tras un crecimiento constante en las sucesivas décadas, nos encontramos ante un 77,3% y 15,6% respectivamente en el año 2015 (60).

Y, en segundo lugar, no es cierto que la caída de la concesión de préstamos a la vivienda se tenga que acompañar necesariamente de una caída global del crédito. La realidad, de hecho, es muy distinta: según los actuales datos de evolución de la financiación existe una cierta relación entre el crecimiento negativo del crédito nuevo a la vivienda y el crecimiento positivo del crédito nuevo al consumo. Se aprecia el desplazamiento hacia el crédito al consumo como una especie de «vía de escape para los bancos ante las dificultades de rentabilidad en el sector» (61) que pone en cuestión la idea que parece ser la base del enjuiciamiento de constitucionalidad de que la única solución del mercado ante una situación de estrés es la salida de los competidores.

Habida cuenta de todo lo expuesto, tanto por su finalidad e impacto, como por su sistemática, cuesta creer que la Disposición Adicional Segunda y el art. 25 del Decreto-ley 6/2013 sean en realidad un instrumento de regulación del mercado hipotecario. En todo caso, los efectos colaterales sobre entidades crediticias y financieras de esta medida deben comprenderse dentro del ámbito de los art. 47 y 148.1.3 CE, toda vez que «la intermediación financiera ha dejado de ser un elemento neutro en el funcionamiento de los mercados de vivienda para ser partícipe directo de las posibilidades de arranque atribuibles a oferta y demanda de vivienda en España», al convertirse «bancos y cajas en un agente más a tener en cuenta en los futuros diseños de política de vivienda» (62).

B. EXISTENCIA DE LEGISLACIÓN ESTATAL SOBRE LA MATERIA

Las letradas de la Junta de Andalucía y los magistrados discrepantes invocaron la aplicación, por analogía a este supuesto, de la *ratio* contenida en la STC 37/1988 al entender que el Decreto-ley 6/2013, introduciendo «modificaciones de índole social» no «alcanza a desplegar una efi-

(59) PAREJA-EASTAWAY, Montserrat y SÁNCHEZ-MARTÍEZ, M.^a Teresa, «El mercado de vivienda en España: la necesidad de nuevas propuestas» en *El acceso a la vivienda en un contexto de crisis*. Edisofer. Madrid, 2011, pág. 49

(60) HERRERO, Fernando y CREMADES, Víctor, *Vivienda y financiación. La oferta del crédito en el nuevo mercado hipotecario y otras formas de acceso a la vivienda*. ADICAE. Zaragoza, 2016, pág. 51

(61) *Ibid.*, pág. 43

(62) PAREJA-EASTAWAY, Montserrat y SÁNCHEZ-MARTÍEZ, M.^a Teresa, *Op. cit.*, págs. 47 y 48

cacia incisiva en la política económica general del Estado o en los elementos básicos de la misma» (FJ 7).

La mayoría que suscribe el fallo, sin embargo, rechaza su aplicación por cuanto considera que sí se produce dicha eficacia incisiva, aunque esto resulte altamente cuestionable en términos tanto económicos como jurídicos. Sustentan el fallo sobre la premisa de que el Decreto no desarrolla el derecho a la vivienda, sino que es, en realidad, un instrumento de regulación del mercado hipotecario. Por este último motivo entraría en el ámbito competencial del art. 148.1.13 CE colisionando con la Ley estatal 1/2013, desarrollada en amparo de dicho título.

La interpretación de los títulos «básicos» del Estado y la determinación de su juego competencial ha sido tratada con profundidad por la literatura y la jurisprudencia desde hace décadas, sin embargo, como denuncia Xiol Rius en su voto particular, desde la STC 34/2013, de 14 de febrero, se viene produciendo un giro interpretativo recentralizador que se apoya en el art. 149.1.13 CE. Este movimiento centrípeto ya se había puesto de manifiesto en relación con el derecho de vivienda —aunque de manera más discreta— en las STC 112/2013, de 9 de mayo y 139/2013, de 8 de julio, que resolvían dos conflictos positivos de competencias interpuestos por la Comunidad Autónoma de Madrid, dirigidos contra varios preceptos de los planes estatales de vivienda de 2005-2008 y 2009-2012.

En el conflicto que dio origen a la STC 112/2013, la Comunidad de Madrid argumentaba que el art. 6.1 del plan estatal comporta una invasión de las competencias autonómicas en materia de urbanismo y vivienda. Curiosamente, para el Tribunal no se produce tal invasión ya que, a su juicio, el precepto impugnado no constituye «una regla urbanística, sino una medida básica de política económica que se inserta en la política de vivienda y que encuentra cobertura competencial en el art. 149.1.13 CE» (FJ 5). De manera similar, la STC 93/2015 quiso delimitar el contenido de la competencia autonómica en materia de vivienda afirmando que su desarrollo debía limitarse a «precisar los usos posibles de las edificaciones según el lugar en que se ubiquen dentro de la ciudad o a disciplinar el sector» (FJ 13).

Se observa en la jurisprudencia un desplazamiento del elemento habitacional del art. 148.1.3 CE hacia los títulos competenciales del Estado. El Constitucional está despojando a la competencia en materia de vivienda de su propio contenido, atribuyendo a la regla tercera del apartado primero del art. 148 un valor meramente urbanístico. Si seguimos la tesis del TC, parece que la palabra vivienda nunca haya existido entre las enumeradas por ese precepto y que, por el contrario, se pueda deducir con absoluta claridad de lo preceptuado en el art. 149.1.13 CE.

En un ejercicio de desbordamiento del alcance del art. 149.1.13 CE, el Tribunal ha establecido una prelación jerárquica clara entre este y las

competencias atribuidas a las Autonomías. El nuevo criterio interpretativo de que se sirve el Constitucional desborda el contenido del título, que ahora habilita al Estado para desarrollar normas en ámbitos constitucionalmente reservados a las Comunidades Autónomas, con todo grado de detalle y concreción, lo que supone, en la práctica, una reconfiguración del esquema de distribución competencial. Cualquier actividad normativa queda supeditada ahora al visto bueno del Estado.

Esta decisión es muy cuestionable, ya desde una perspectiva meramente técnica y es que, ahora, las reglas de distribución competencial se vuelven ya completamente irreconocibles, lo que, en un momento de clara fragmentación del derecho, provoca un alto nivel de inseguridad jurídica tanto para el desarrollo del Derecho administrativo en sí mismo como para los particulares afectados por las normas en cuestión.

En su defensa, el Constitucional sostiene que el criterio no agota la competencia de la Comunidad Autónoma por cuanto seguiría habilitada para el desarrollo de medidas de fomento. Sin embargo, en múltiples ocasiones, su jurisprudencia ha considerado las políticas de fomento diseñadas por el Estado como leyes medida y, por tanto, también dentro del marco del art. 149.1.13 CE, como en la STC 179/1985, de 19 de diciembre, que se pronunciaba sobre la gestión del poder de gasto, o las 188/1989, de 16 de noviembre y 197/1996, de 28 de noviembre⁽⁶³⁾. No resultaría extraño, por ello, que el Estado, en amparo de dichos pronunciamientos, desarrollase también medidas de fomento en materia de vivienda que afectasen a la Comunidad andaluza y que pudiesen ser avaladas *a posteriori*.

Es más, ya la STC 139/2013 justificaba su fallo argumentando, respecto del texto impugnado y finalmente convalidado, que: «la reforma no obsta para que las Comunidades Autónomas establezcan su propia política de vivienda, en la que podrán introducir el régimen de intervención administrativa que resulte acorde con la finalidad perseguida» (FJ 4). Dos años después, dicho régimen de intervención administrativa ha sido nuevamente acotado en lo que parece una reformulación encubierta del sistema competencial.

C. TRANSGRESIÓN DE LAS BASES ESTATALES

A juicio del tribunal, el Decreto-ley andaluz «rompe» con la legislación del Estado y por ello no pasa el test de constitucionalidad. Concreta-

(63) Cfr. CARRASCO DURÁN, Manuel, «La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13a de la Constitución)» en *Revista de derecho político* núm. 62, 2005, pág. 72

mente, con el art. 1 del Real Decreto-ley 1/2015 de 27 de febrero de mecanismos de segunda oportunidad, que establece un plazo de suspensión de siete años⁽⁶⁴⁾ para los lanzamientos que se adopten en la ejecución de una deuda hipotecaria contra la vivienda habitual de determinados sujetos vulnerables. Sin embargo, como critican Ponce⁽⁶⁵⁾ y los cuatro magistrados que subscribieron los votos particulares, el Tribunal no motiva su alegación, se limita a declarar la incompatibilidad sin más.

Si examinamos el contenido de las normas de contraste vemos que, en realidad, no existe contradicción. Al contrario: las normas producen sus efectos en momentos temporales distintos. Como explica la magistrada Asua Batarrita en su voto, la previsión andaluza solo puede aplicarse cuando finalice el plazo de suspensión de la previsión estatal, decretándose el lanzamiento, «pues solo a partir de entonces podría producirse el supuesto de hecho previsto por la norma andaluza», no hay por tanto incompatibilidad, sino mera «sucesión de normas en el tiempo». Y es que la norma andaluza, configurada como una medida expropiatoria, requiere que se haya producido el efectivo traslado de la propiedad, resultando, así, materialmente imposible la superposición de las normas invocadas.

Es más, parece muy cuestionable presumir que la norma andaluza incida con mayor intensidad que la estatal en la ordenación del sector económico de la vivienda, por cuanto el Decreto-ley 6/2013 no afecta a la ejecución al producir sus efectos con carácter inmediatamente posterior, mientras que la Ley 1/2013 retiene la propiedad en manos del ejecutado durante el plazo legalmente determinado.

Motivo este por el que tampoco podemos compartir la lectura de la magistrada Encarnación Roca Trías que, en su voto particular, defiende que la norma andaluza conlleva una invasión del título contenido en el art. 149.1.6 CE que habilita en exclusiva al Estado para el desarrollo de legislación procesal, por afectar a la normal ejecución de las garantías hipotecarias.

La expropiación forzosa produce sus efectos una vez finalizado el proceso de ejecución hipotecaria y fuera de él —no tendría sentido de otro modo—, con la misión de mitigar su impacto sobre determinados sujetos vulnerables. No condiciona en absoluto su desarrollo, ni tampoco busca substituirlo con un procedimiento alternativo o, si quiera, con un resultado substancialmente distinto, habida cuenta de que se trata, al fin y al cabo, de una expropiación de uso de tan solo tres años de duración.

(64) Sin embargo, el *deus a quo* para el plazo de suspensión es el de la aprobación de la Ley para todos los desalojos. Es decir, se produce la paralización de los lanzamientos, con independencia de cuando se hayan iniciado, hasta el año 2020, dejando de producir efectos más allá.

(65) PONCE, *Op. cit.*, «¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda?»

No parece, por tanto, que sea incompatible con la normativa básica estatal en ninguna de sus manifestaciones. Las diferencias entre la norma impugnada y la norma de contraste son, o bien meramente técnicas, o bien responden a motivaciones políticas diferentes, pero jurídicamente compatibles. Estas diferencias forman parte del desarrollo democrático de un Estado descentralizado y en este sentido caminaba la ratio fijada por la STC 37/1988 que fue invocada por la defensa de la Junta de Andalucía en la tramitación de este recurso. En aquel pronunciamiento, para el Constitucional, la mera diferencia técnica o política no comportaba una incidencia suficiente en el título competencial del Estado como para generar la declaración de inconstitucionalidad.

La tesis actual del Tribunal parece asentarse más en un juicio de oportunidad que en uno de constitucionalidad. La norma andaluza no es incompatible con la estatal, sino políticamente discordante. En palabras de Ponce, el TC está «construyendo el art. 149.1.13 como un precepto excluyente de alternativas políticas y no como lo que le corresponde ser desde una perspectiva técnico-jurídica: la garantía de unas bases estatales en el sector económico» (66).

3. Un paso adelante: el caso de la STC 62/2016

El derecho a la vivienda está íntimamente ligado al principio de la dignidad humana, como se evidencia en la propia dicción del artículo 47 CE cuando se refiere a una «vivienda digna y adecuada». La relación real entre la dignidad y la vivienda es difícilmente determinable en términos subjetivos y su distribución en el ordenamiento es tremendamente difusa —como lo es también el derecho a la vivienda en sí mismo— si bien, tradicionalmente, se viene entendiendo que alcanza unos mínimos requisitos de superficie, salubridad, seguridad y comodidad (67).

En el 2008 un 13,1% de la población bajo el umbral de la pobreza no podía mantener su vivienda a una temperatura adecuada y un 9,6% aquejaba retrasos en el pago de las facturas de suministros básicos. En 2015 se trataba ya de un 23,3% y un 22,1% respectivamente (68). La pobreza energética es un asunto estrechamente vinculado al derecho a la vivienda y tanto es así que una de las dos principales normas que se desarrollaron

(66) *Ibid.*

(67) Cfr. IACONO, Geneviève, «Las frágiles bodas del principio de dignidad y del derecho a la vivienda» *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* núm. 61-62, pág. 24

(68) Cfr. Consejo Económico y Social, *Políticas Públicas Para Combatir La Pobreza En España*. CES. Madrid, 2017, pág. 158

en Cataluña frente a este fenómeno contenía disposiciones tanto en materia de pobreza energética como en materia habitacional.

La otra norma es el Decreto-ley 6/2013 por el que se modificó el Código de Consumo de Cataluña, recurrido por el Gobierno por colisionar con la Ley 24/2013 del sector eléctrico y la Ley 34/1998 de hidrocarburos e invadir los títulos del art. 149.1.13 y 149.1.25 CE. El recurso se resolvió en la reciente STC 62/2016(69), caracterizada por el mismo criterio uniformador y recentralizador de la STC 93/2015, sancionando discrepancias de criterio como si fuesen incompatibilidades normativas.

Sin embargo, en este pronunciamiento el Tribunal da un paso más allá. Sostiene que el Estado adaptó las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE protegiendo al consumidor vulnerable a través de la financiación del precio del suministro de la electricidad y gas «y no mediante el establecimiento de prohibiciones de desconexión del suministro» (FJ 10). En su opinión, esta decisión tiene un carácter excluyente, algo, por otra parte, difícilmente deducible de la lectura de las Directivas, que no disponen con carácter excluyente sino meramente alternativo, como se infiere de los art. 3.7 y 3.3 de los respectivos instrumentos: «cada uno de los Estados miembros definirá el concepto de cliente vulnerable que podrá referirse a la pobreza energética y, entre otras cosas, a la prohibición de desconexión de dichos clientes en períodos críticos».

El desarrollo del Decreto no resultaría, por tanto, incompatible con normas positivas, identificables e interpretables, con instrumentos o mecanismos diseñados por el Estado, sino con una voluntad difusa y velada que, hasta ahora, solo el Tribunal Constitucional ha sacado a relucir. Y lo hace, como sucedía en la sentencia anterior, para dejar claro que no consiente que se exceda el nivel de protección pública fijada por el Estado. Se trata de una estrategia claramente centralizadora que limita las capacidades de las Autonomías de establecer políticas propias(70).

El ejecutivo catalán amparó el desarrollo del Decreto-ley en sus competencias en materia de «consumo», «energía» y «servicios sociales», pero en opinión del Constitucional los preceptos impugnados en realidad están afectos a los títulos estatales en materia de bases y coordinación de la economía y de bases del régimen energético y minero por cuanto «inciden directamente en la configuración del contenido del régimen jurídico de uno de los sujetos que intervienen en el sector eléctrico y de gas, al

(69) Puede ser de interés la consulta del Auto 23/2015 que se pronuncia sobre el mantenimiento de la suspensión del Decreto catalán, cuyo estudio, al igual que el del Auto 244/2013, excede el contenido de este trabajo. Puede accederse en línea a esta resolución en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24357>

(70) Vid. AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PRADO, Raquel, «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar» en *RVAP* núm. 99-100, 2014

afectar directamente a sus obligaciones y derechos, y también conciernen a la garantía del suministro».

Nuevamente, se produce un desplazamiento de los títulos con contenido en materia de protección pública (vivienda, servicios sociales, consumo) en favor de títulos que arbitran relaciones económicas y mercantiles. El argumento es, otra vez, la protección de la unidad del mercado en España y, en la práctica, la protección de sujetos privilegiados en relaciones económicamente desiguales: el sector financiero y el sector energético. Esta lectura es cuestionable toda vez que, como bien señala Xiol Rius en su voto, no existe jurisprudencia consolidada sobre la determinación de las bases del sector energético. Y, como afirma Carrasco, «una de las principales finalidades con la que el Estado suele utilizar la competencia del artículo 149.1.13.^a de la Constitución viene a ser la de llevar a cabo la ordenación básica de sectores de la actividad económica con respecto a los cuales la Constitución no le reconoce a aquél competencia específica alguna» (71).

Así mismo, en todo caso, aun adscribiendo la regulación al ámbito del art. 149.1.13 y del art. 149.1.25 CE, no se puede atribuir el desarrollo de todo tipo de legislación sobre la materia al Estado, a riesgo de desconocer la estructura descentralizada sobre la que se asienta nuestro ordenamiento (72).

V. Conclusiones

El derecho a la vivienda es un derecho con dimensión tanto objetiva como subjetiva. Su exigibilidad, sin embargo, no es directa, como en el caso de los derechos civiles y políticos, sino que debe ser reconocida en la legislación ordinaria con un cauce procedimental y procesal al efecto

Al analizar qué sujetos han incorporado a nuestro ordenamiento este contenido subjetivo y de qué manera lo han hecho, se puede apreciar lo que parece una correlación entre el desarrollo de dicho contenido y la descentralización legislativa. De manera que, mientras que las Comunidades Autónomas se han colocado en la vanguardia del proceso de subjetivación, generando instrumentos, procedimientos y acciones que dotan de exigibilidad al derecho, los poderes centrales se han mantenido en una posición más conservadora, llegando a frenar, en ocasiones, la iniciativa autonómica.

(71) CARRASCO DURÁN, *Op. cit.*, pág. 66

(72) Cfr. PONCE, Juli, «La sentencia del Tribunal Constitucional contra la pobreza energética» en *Agenda Pública*, 2016 [Consultado en línea el 26 de mayo de 2017 en <http://agendapublica.elperiodico.com/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-sobre-la-pobreza-energetica/>]

Los poderes autonómicos, aunque con ciertas carencias en términos de técnica legislativa, han incorporado a nuestro ordenamiento dos elementos fundamentales e innovadores en materia de vivienda. En primer lugar, han introducido un nuevo aspecto de la vertiente subjetiva del derecho de habitación: el derecho a no ser expulsado de la vivienda habitual, que hasta ahora solo se encontraba de manera puntual en la jurisprudencia europea. Y, en segundo lugar, han incorporado la acción pública para demandar la entrega efectiva y material de una residencia.

El poder central, en cambio, se ha aproximado a la competencia en materia de vivienda desde una perspectiva más conservadora. Entiende el derecho como un mero principio rector y así lo ha configurado en las ocasiones en que se ha decidido a legislar sobre esta cuestión. Así mismo, se ha opuesto a las reformas autonómicas surgidas a partir de 2013, iniciando sendos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sostenidos —como ilustra el recurso al Decreto-ley 6/2013 de Andalucía— por una posición más próxima a los intereses de los mercados y las entidades financieras que al desarrollo de los derechos sociales.

Esta correlación también parece manifestarse en otros Estados vecinos, como el caso del Reino Unido, cuyo sistema de descentralización recuerda al que vertebra nuestro ordenamiento. La Administración escocesa, en opinión de algunos autores, destaca por haber generado una normativa en materia de vivienda que no solo supera los estándares británicos previos a la descentralización sino, también, los actuales estándares internacionales. Lo cual habría logrado en ejercicio de una «carrera hacia arriba» en términos de competencia interregional, que los habría llevado a profundizar en la universalización del derecho.

El Tribunal Constitucional solo se ha pronunciado, por el momento, sobre una de las ocho normas autonómicas aprobadas desde 2013. El Tribunal ha seguido las tesis del Estado y ha declarado inconstitucional el procedimiento andaluz de expropiación forzosa. Lo ha hecho en una aproximación meramente competencial, denunciando la falta de competencia de las Comunidades Autónomas para regular en materia de vivienda cuando se afecta, también, a aspectos centrales de la economía como el mercado hipotecario. Esta misma idea la ha reproducido después en la sentencia sobre el Decreto 6/2013 de Cataluña de pobreza energética. Se trata, en la práctica, de un movimiento materialmente recentralizador que, al mismo tiempo, entorpece el desarrollo del contenido subjetivo de los derechos sociales.

En nuestro ordenamiento, la centralización legislativa en materia de vivienda amenaza con frenar la progresión de la subjetivación del derecho. Por el contrario, los marcos de regulación descentralizados favorecen una competencia horizontal que ampara el ensanchamiento de los

títulos sociales, universalizándolos y volviéndolos exigibles. La descentralización ha favorecido, aquí y en otros ordenamientos, la generación de instrumentos que presentan innovaciones tan interesantes que han sido asumidas, posteriormente, por los mismos poderes centrales que, en un principio se oponían a ellas, como hemos visto respecto del proyecto de Plan estatal de vivienda para el periodo 2018-2021, que incluye matices y aspectos que fueron aportados por la ola autonómica de reformas de 2013.

Parecen oportunas, por tanto, como síntesis para concluir este análisis, las reflexiones de Gerardo Pisarello y Marco Aparicio: *«El constitucionalismo debería abandonar su obsesión por la unidad, por el principio de jerarquía y por la decisión en último término. En su lugar, debería dar lugar a un panorama en el que el principio de competencia, así como los mecanismos horizontales y verticales de resolución consensuada de los conflictos, tuvieran un mayor papel»* (73).

Trabajo recibido el 11 de septiembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

(73) APARICIO WHILELMI, Marco y PISARELLO, Gerardo, «El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?» en *El clip*, núm. 42, 2007, pág. 14

LABURPENA: Etxebizitzarako eskubidearen garapenean legeria descentralizatzeak duen inpaktua jorratzen da lan honetan; zehazki, alderdi subjektiboari dagokionez. Hurbilketa honetan, etxebizitzarako eskubidearen garapenaren ikuspegi historikoa hartzen da abiapuntutzat, eta eremu konparatuan alderatzen da eredia. Era berean, Andaluzian, Kanarietan, Nafarroan, Katalunian, Euskal Autonomia Erkidegoan, Valentzian, Extremaduran eta Balear irltako lege-proiektuan etxebizitza-arloan onartu diren arau autonomikoen edukia aztertzen da, eta Konstituzio Auzitegiaren maiatzaren 14ko 93/2015 Epaiazen zuzenbide-oinarrien azterketarekin alderatzen dira arau autonomiko horiek. Epai horretan, Andaluziako Etxebizitzaren Legearen kontra formulatu zen konstituzio-kontrakotasuneko errekurtsua ebatzi zen. Ondorioa honako hau da: eskumen-esparru descentralizatuek, orain artean eta baliteke etorkizunean ere hala izatea, mesede egin diote Administrazio Publikoaren eta Administrazioarekiko Auzi Epaitegien aurrean etxebizitzarako eskubidea galdagarri egiten duten tresnak eratzeari.

GAKO HITZAK: Etxebizitza izateko eskubidea. Deszentralizatzea. Eskumen-banaketa. Nahitaezko desjabetzea. Gizarte-bazterketa

RESUMEN: Este trabajo se aproxima al impacto de la descentralización legislativa en el desarrollo del derecho a la vivienda, en concreto de su aspecto subjetivo. En esta aproximación se toma una perspectiva histórica de dicho desarrollo y se contrasta el modelo en el ámbito comparado. Se analiza, así mismo, el contenido de las normas autonómicas en materia de vivienda aprobadas en Andalucía, Canarias, Navarra, Cataluña, País Vasco, Valencia, Extremadura y el proyecto de ley balear y se contrastan con el análisis de los fundamentos de derecho de la Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015 de 14 de mayo que resuelve el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la ley andaluza de vivienda. Se llega a la conclusión de que los marcos competenciales descentralizados han favorecido, hasta ahora, y podrían seguir favoreciendo en un futuro, la articulación de instrumentos que vuelven exigible el derecho a la vivienda ante la Administración Pública y los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la vivienda. Descentralización. Distribución de competencias. Expropiación forzosa. Exclusión social.

ABSTRACT: This work draws closer to the impact of legislative decentralization in the development of the right to housing, particularly of its subjective aspect. On this approach a historical perspective is taken regarding such development and the model is set against in the comparative area. Likewise, the content of rules in force in the Autonomous Communities in the field of housing passed in Andalusia, Canary Islands, Navarra, Cataluña, Basque Country, Valencia, Extremadura and the bill of Balearic Islands are analyzed and they are set against the analysis of the legal basis of the Constitutional Court judgment 93/2014 of May 14th which determines the action on unconstitutionality made against the Andalusian Act on housing. It was concluded that the

decentralized competence framework have so far favoured and could further in the future the articulation of legal tools that could make effective the right to housing before the Public Administration and the Contentious-Administrative courts.

KEYWORDS: Right to housing. Decentralization. Distribution of Competences. Expropriation. Social exclusion.

La publicidad directa al público de los medicamentos con receta: el justo equilibrio entre los beneficios y los riesgos*

M. Asunción Torres López

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.08>

Sumario: I. Aspectos generales del régimen jurídico de la publicidad de los medicamentos en España: 1. Marco jurídico. 2. El conflicto de derechos: los bienes jurídicos protegidos. 2.1. La libertad de expresión y el derecho a realizar publicidad comercial. 2.2. El derecho a la salud y su protección jurídica.—II. La publicidad de medicamentos directa al público: 1. Punto de partida y marco general. 2. Publicidad directa al público de los medicamentos cuyo uso no requiere receta médica. 3. Publicidad directa al público de los medicamentos cuyo uso requiera la previa prescripción médica (medicamentos con receta).—III. La publicidad directa al público de medicamentos con receta en Estados Unidos: 1. El debate sobre la permisión de la publicidad directa al público de medicamentos con receta. 2. Breve referencia a la competencia en materia de medicamentos y de publicidad en Estados Unidos: La Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) y la Comisión Federal de Comercio (FTC).—IV. Un apunte sobre la publicidad de los medicamentos en el entorno online.—V. Consideraciones finales: entre los riesgos y los beneficios de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta, una posición favorable a la misma, pero condicionada al cumplimiento de requisitos legales.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Ministerio de Economía y Competitividad, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma de Generación del Conocimiento, DER2013-48665-P, sobre la Evaluación y Gestión de Riesgos en el campo de los Medicamentos y Alimentos: Farmacovigilancia y Seguridad Alimentaria (IP principal del Proyecto).

I. Aspectos generales del régimen jurídico de la publicidad de los medicamentos en España

1. Marco jurídico

El sistema sanitario es un sistema público en el que el Estado se ha convertido en el garante del derecho a la salud del ciudadano. La consideración del acceso al sistema sanitario como una responsabilidad pública justifica la injerencia del Estado en derechos constitucionales como es el derecho a la libertad de expresión o la libertad de empresa y en la posibilidad de que las empresas farmacéuticas realicen publicidad directa al público de sus productos, siempre que se trate de medicamentos que necesiten receta médica. Si bien, aún en el caso de una publicidad de medicamentos que no necesiten receta, como veremos, se considera que la publicidad es concebida legalmente en su vertiente de información, dejando en un plano secundario el componente esencial de la persuasión, que persigue el fin último de vender el producto; ello se debe a que las exigencias legales en cuanto a los contenidos y la forma de exponer la publicidad van enfocadas exclusivamente a la finalidad de educar al público en el cuidado de su salud.

En España, el marco jurídico general de la publicidad viene determinado por la Ley 34/1988, de 15 de noviembre, General de Publicidad (LGP), norma de cabecera que establece el régimen general de la publicidad, aunque también tiene aplicación la Ley 31/1991, de 10 de mayo, de Competencia Desleal (LCD)(1). La LGP define la publicidad como «toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones». Esta definición, excluye del ámbito de aplicación de la norma otro tipo de publicidad en la que puede no concurrir una finalidad comercial. Ello hace que nos encontremos con otras normas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el completo marco jurídico de la publicidad que en este estudio viene referida a los medicamentos y, más en concreto, la publicidad de los medicamentos con receta directa al público.

Además, según cuál sea el soporte utilizado en la publicidad, existe una regulación específica. Así, cuando la publicidad utiliza un formato audiovisual, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audio-

(1) Ambas normas modificadas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

visual (LGCA) establece reglas aplicadas al medio. Cuando el soporte de la publicidad es Internet, donde los formatos son múltiples, hemos de considerar que las reglas generales de publicidad son las mismas; si bien, no existe un marco jurídico global que regule la Red, toda vez que Internet no conoce de fronteras entre Estados, por lo que la dificultad de determinar la normativa aplicable en un caso concreto es evidente, dado el principio de territorialidad de las normas. En este sentido, hemos de tener en cuenta la Ley 34/2002, de 11 de julio, de los Servicios de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI).

Cuando el producto objeto de la actividad publicitaria es un medicamento, además del marco jurídico general de la publicidad, y por expresa remisión de la misma a una regulación específica, la primera norma que regula la publicidad es el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, en ejecución de las disposiciones de la Directiva 92/98/CEE, del Consejo, sobre esta materia y bajo la cobertura legal de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. Las modificaciones posteriores de que ha sido objeto esta norma se deben, de una parte, a la derogación de la Directiva de 1992, por la actualmente vigente, la Directiva 2001/83/CE, del Consejo y el Parlamento Europeo, de 6 de noviembre de 2001, que establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano (2); y, de otra parte, a las modificaciones de la Ley del Medicamento, fruto de las cuales se dicta el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. Estas dos normas conforman el marco jurídico específico en nuestro Estado derivado de la normativa de la Unión Europea en materia de la publicidad de medicamentos.

La Directiva se aplica a los medicamentos de uso humano producidos industrialmente y destinados a ser comercializados en los Estados miembros e impone al respecto una serie de prohibiciones en la actividad publicitaria que los Estados miembros han de respetar. Expresamente exige que los Estados miembros establezcan en sus ordenamientos internos, esencialmente, dos prohibiciones:

(2) La Directiva de 2001 viene a sustituir a la Directiva 1992/28/CEE, de 31 de marzo, primera Directiva que se dicta sobre la publicidad de medicamentos de uso humano. La Directiva de 2001 continúa vigente, si bien, ha sido objeto de modificaciones posteriores, como la llevada a cabo por la Directiva 2012/26/UE, de 25 de octubre, en lo referente a la farmacovigilancia; la Directiva 2011/62/UE, de 8 de junio, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal; o también, en la Directiva 2010/84/UE, de 15 de diciembre, etc. Sin embargo, en lo que respecta a la regulación de la publicidad directa al público de medicamentos no ha sufrido modificaciones relevantes.

- 1) De un lado, se prohíbe toda publicidad de un medicamento para el que no se haya otorgado una autorización de comercialización conforme al Derecho comunitario.
- 2) De otro lado, se prohíbe la publicidad directa al público de los medicamentos con receta.

El régimen jurídico específico, al que nos referimos más adelante, es resultado de un previo juicio de valor entre dos bienes jurídicos enfrentados, de un lado, el derecho a la salud y, de otro lado, el derecho a la actividad publicitaria, amparada, conforme a lo establecido por nuestro Tribunal Supremo, por la libertad de expresión. El resultado de ese juicio de valor justifica los límites a la libertad de expresión a favor del necesario uso racional de los medicamentos, como marca la Directiva.

La regulación concreta nos lleva necesariamente a plantear una clara definición de derechos: el derecho de protección de la salud, derivado del artículo 43 CE; la libertad de expresión y el derecho a la información (en su vertiente activa y pasiva) del artículo 20 CE; y también la libertad de empresa, reconocida en el artículo 38 CE. Ello nos permitirá realizar un adecuado análisis de algunas cuestiones esenciales de la regulación que en este momento tan solo advertimos:

- a) En primer lugar, tan solo está permitida la publicidad de medicamentos que no requieran de prescripción médica, en otro caso está prohibida. La primera cuestión a debatir es si tal prohibición está justificada. Ello implica que consideremos los bienes jurídicos que entran en conflicto, cuáles son los derechos enfrentados y qué protección merecen. El derecho a la salud y el derecho a la actividad publicitaria. Esto nos lleva a la segunda precisión.
- b) Si la publicidad es o no un derecho fundamental. Aunque a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2010, se considera que la publicidad está amparada por el derecho fundamental a la libertad de expresión del artículo 20 CE, debe ser analizado también desde la perspectiva del derecho a la libertad de empresa.
- c) En tercer lugar, las exigencias establecidas por la legislación para realizar la publicidad de medicamentos (cuando no requieren una prescripción médica), desembocan en la categorización de un tipo de publicidad-información, relajando, en gran medida, el elemento esencial de la publicidad que es, junto a la información, la persuasión. En este sentido, la actividad publicitaria se convierte en una acción de informar sobre las características del producto al consumidor, actividad que, en principio, no corresponde realizar a la empresa cuando lo que pretende, en todo caso, es vender un producto. De ahí la importancia que adquiere la función de la Administración Pública en cuanto fuente de información al consumidor.

- d) En cuarto lugar, debe hacerse una consideración al desarrollo de la sociedad digital que ha llevado a que la actividad publicitaria se desarrolle a través de múltiples formatos y medios, sobre los que el alcance de la legislación está condicionado por el principio de territorialidad de las normas, lo que se opone frontalmente al carácter abierto de la Red. Ello exige un replanteamiento de la regulación, nuevas técnicas de articulación del derecho a la información y el fomento de la autorregulación.

2. El conflicto de derechos: los bienes jurídicos protegidos

El fin esencial de la normativa es garantizar un uso racional de los medicamentos, que sea seguro y eficaz para los pacientes y potenciales pacientes. Por ello, el legislador europeo y los legisladores de los Estados miembros, han considerado necesario regular, de modo específico, la publicidad de los medicamentos, en tanto en cuanto, un uso indebido de la publicidad puede dar lugar a un uso irracional de los mismos, que, a su vez, puede derivar en un daño a la salud. Se ponen, pues, en conflicto dos bienes jurídicos dignos de protección constitucional, y según dónde situemos el peso de la balanza, según cómo articulemos el camino jurídico para alcanzar el fin, prevalecerá uno u otro. Así, de un lado, el derecho a realizar publicidad, de otro lado, el derecho a la salud. Este conflicto de derechos nos lleva a plantear una serie de cuestiones previas al análisis de la normativa y sobre la base de las cuales se asentará nuestra conclusión. Así, debemos establecer cuál es el nivel de protección que merecen ambos derechos y hasta dónde alcanza la responsabilidad de los poderes públicos en la consecución de ambos derechos.

La literatura jurídica sobre ambos derechos es importante, por lo que, sobre la base de la misma, nos limitaremos a acentuar los aspectos de mayor interés a este trabajo (3).

(3) Con carácter específico en materia de medicamentos, véase J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (2013), «El tratamiento jurídico de la Publicidad de Medicamentos de uso humano: entre la libertad de empresa y la protección de la salud: tratamiento jurídico», en A. PALOMAR OLMEDA y J. CANTERO MARTÍNEZ (dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Pamplona: Aranzadi; N. IRACULIS ARREGUI (2008), *La publicidad de medicamentos*, Ed. La Ley; T. DE LA CUADRA SALCEDO (1999), «La regulación de la publicidad de los medicamentos de uso humano», en VV.AA., *Derecho de la sanidad y los medicamentos: seis estudios*, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Universidad Carlos III.

Con carácter general, véase A. RUBÍ PUIG (2005), «Publicidad y libertad de expresión», *Revista para el análisis del Derecho*, 311, sobre el la publicidad como libertad de expresión y la doctrina jurisprudencial estadounidense en materia de protección constitucional de la publicidad. S. SOLANS BALLARINI (2010), «Publicidad y libertad de expresión: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, pleno de 15 de enero de 2010», *Noticias Jurídicas*, diciembre de 2010.

2.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A REALIZAR PUBLICIDAD COMERCIAL

La libertad de expresión es un derecho fundamental recogido en el artículo 20 de la Constitución Española, en el que se reconoce y protege el derecho «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito, o cualquier otro medio de reproducción», así como también el derecho «a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Se diferencia, en realidad, dos derechos distintos aunque muy relacionados, de un lado, la libertad de expresión y, de otro lado, el derecho a recibir y comunicar información.

La libertad de expresión goza en la mayoría de los Estados democráticos del máximo nivel de protección jurídica, al ser considerado un fundamento esencial de la sociedad, que contribuye, además, a formar una opinión pública libre. Si bien, no es un derecho ilimitado, lo que permite la intervención del mismo en aras a proteger otros bienes jurídicos con los que entre en conflicto (seguridad, orden público, ...); la libertad de expresión está sometida a los límites establecidos por cualquiera de las Leyes sobre las que pueda tener incidencia (4).

En España, el derecho a realizar publicidad comercial se considera dentro de este derecho fundamental a partir del año 2010, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010, en el caso Mitsubishi (5), recogiendo tanto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos humanos como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (6). Hasta entonces gozaba de la protección de la libertad de empresa, recogida en el artículo 38 CE, dentro del grupo de derechos y deberes del ciudadano, pero

(4) Así, en la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de junio de 2004, (RJCA 2005\365) se afirma en su fundamento jurídico cuarto. De la que se deriva, además, que es irrelevante que se considere o no la actividad publicitaria como libertad de expresión, pues lo esencial es el objeto de la actividad publicitaria, un medicamento, y la aplicación de la normativa específica en materia de publicidad de medicamentos. El objeto del caso se centra en la ilicitud de un publirreportaje financiado por un laboratorio con el fin de incitar y promover la prescripción de determinados medicamentos en detrimento de otros; se pone en entredicho la eficacia y seguridad de los medicamentos antidepressivos genéricos, frente al original comercializado por el laboratorio. El reportaje resulta ser «tendencioso e infundadamente alarmista sobre los medicamentos genéricos».

(5) STS, Sala de lo Civil, de 15 de enero de 2010 (RJ\2010\415).

(6) Ámbito tratado ampliamente por la doctrina; solo basta recordar el contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho de toda persona a la libertad de expresión; libertad que comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencias de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Si bien, ello no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. Por otra parte, el ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en su sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección

no como derecho fundamental, que permite defender este derecho a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De lo que se trata es de determinar si el fin comercial de la publicidad y su objetivo principal de obtener un beneficio de carácter económico, es o no relevante para incluir este derecho en la libertad de expresión de ideas, pensamientos u opiniones o en el derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de difusión.

Hasta el caso Mitsubishi los Tribunales españoles han considerado fuera de este derecho fundamental la publicidad, precisamente por el fin comercial que la caracteriza y el ánimo de disuadir al público, más que el de expresar una idea u opinión, o el de dar una determinada información que, en todo caso, ha de ser veraz(7). En esta Sentencia el Tribunal Supremo reconoce que la publicidad es una manifestación de la libertad de expresión y de información reconocida en el artículo 20 CE y, aplicando la doctrina del TEDH, cualquier restricción a la publicidad comercial debe estar justificada por un interés público y ser razonablemente proporcionada. El Tribunal Supremo afirma que la publicidad es una forma de comunicación «con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes

de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para la garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Pues bien, la interpretación de este artículo ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a considerar que los poderes públicos de los Estados no pueden intervenir la esfera de autonomía que el Convenio confiere a los derechos, si bien es posible establecer límites para lo cual impone unas condiciones que, básicamente, se concretan en las siguientes: 1.—Que los límites estén previstos en la Ley. 2.—Que sean necesarios en una sociedad democrática para conseguir un fin legítimo. 3.—Que sean proporcionales con relación al fin legítimo perseguido.

En este sentido y, entre otros estudios, puede verse T. FREIXET SANJUÁN (2003), «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15, págs. 463-497, en el que realiza un análisis de la doctrina del TEDH sobre la importancia de los derechos y sus límites, en concreto de la libertad de expresión; en este sentido, el TEDH elabora un test para aplicarlo siempre que detecte injerencias de las autoridades en los derechos amparados por el Convenio y, como hemos visto, «la limitación o injerencia ha de estar prevista en una Ley, ha de estar justificada en una finalidad legítima, ha de ser necesaria en una sociedad democrática y debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida».

Por otra parte, este test de los límites del TEDH es de especial interés en un Estado como el nuestro en el que no existe una regulación concreta sobre el alcance que puedan tener las limitaciones que se puedan imponer a los Estados. De modo que los límites que se pueden imponer a los derechos, o bien son límites específicos directamente establecidos en la Constitución para un derecho en concreto, o bien hay que deducirlos del propio sistema de derechos y con relación al marco general constitucional, esto es, inferirlo de la propia Constitución a través del conflicto de derechos o de la interpretación que de los derechos pueda hacerse a partir del artículo 10.2 CE.

Así, STEDH de 24 de febrero de 1994, asunto Casado Coca y STEDH de 17 de octubre de 2002, asunto Stambuk, entre otras.

(7) En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 julio (JUR\2007\167560), se alude que los derechos que normalmente se invocan en el campo de la actividad publicitaria son la libertad de expresión e información y la libertad de iniciativa económica y de empresa. Y recuerda que en Europa a diferencia de EE.UU. y Canadá, la jurisprudencia viene rechazando que sea la libertad de expresión y de información el basamento de la publicidad. La publicidad ha tenido como fundamento la libertad de empresa y la propiedad privada.

y servicios» y que esa comunicación «puede tener un contenido informativo o integrado por ideas u opiniones o ambos a la vez» y «con una relevancia cada vez mayor en el proceso de toma de decisiones en el mercado por parte de quienes son sus destinatarios»; además, expresa con claridad que aunque la publicidad sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa, ello no justifica que se excluya del alcance de la libertad de expresión del artículo 20 CE (8).

El objeto de la libertad de expresión es la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones, es la manifestación de creencias, de juicios de valor; por lo que cabe preguntarse si la actividad publicitaria, si el derecho a realizar comunicaciones comerciales queda amparado por la libertad de expresión, toda vez que la publicidad tienen como rasgo definitorio e imprescindible la intención de persuadir a su destinatario a que consuma el producto que se publicita, más allá de su contenido informativo, que debe ser veraz.

En mi opinión, el ánimo de lucro que encierra la publicidad la excluye del concepto de libertad de expresión, por lo que no comparto la afirmación contenida en esta Sentencia; las comunicaciones comerciales constituyen una actividad amparada por la libertad de empresa, más que por la libertad de expresión. El factor económico, al que alude la Sentencia como «voto económico» emitido en el mercado por el destinatario de la publicidad, es clave para definir los límites de lo que no debe considerarse libertad de expresión (9).

Pero, más allá de la ubicación constitucional de la publicidad, comparto las conclusiones a las que llega el Tribunal en cuanto al reconocimiento de la protección del derecho a realizar publicidad, sin tener que identificar ésta con la libertad de expresión.

En este sentido, debemos tener en cuenta que la libertad de empresa es considerada un derecho fundamental y, como tal, debe ser sometida a la teoría de los límites de los derechos constitucionales, en la que lo que se pretende es lograr el justo equilibrio entre los riesgos y beneficios de los derechos en conflicto, pero sin anular uno de ellos. Como también comparto, la consideración como derecho fundamental de un principio rector de la política social y económica como es el derecho a la salud.

(8) Fundamento Jurídico Quinto.

(9) En concreto señala que no puede discriminarse en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación, pues ello generaría inseguridad al tener que identificar múltiples categorías intermedias en la que llama una «realidad multiforme». Además, muchos mensajes comerciales «contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria...». Al margen de que tal circunstancia pudiera darse en algún caso, sí es cierto que el interés económico de la industria farmacéutica, no es otro más que el de vender el producto, aunque las restricciones legales obligan al preponderante carácter informativo de la publicidad de los medicamentos.

2.2. EL DERECHO A LA SALUD Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

La regulación de la publicidad del medicamento gira en torno a la protección de otro derecho constitucional, cual es el derecho a la salud, que se ha derivado del artículo 43 CE, ubicado entre los llamados «principios rectores de la política social y económica», con un nivel de protección constitucional, en principio, inferior al conferido a los derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad de expresión, e inferior también, al reconocido a los derechos y deberes de los ciudadanos, entre los que se encuentra la libertad de empresa. En concreto, el artículo 43 reconoce en su primer apartado el derecho a la protección de la salud y en su segundo apartado encomienda a los poderes públicos la función de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios que sea necesarios, derivando la regulación de los derechos y deberes de todos los implicados a la Ley.

El derecho a la salud se contempla como un derecho prestacional y de configuración legal. El Estado es prestador del servicio y garante del mismo. A él corresponde la responsabilidad por los daños causados a los pacientes derivados del funcionamiento del servicio público sanitario, siempre y cuando se pruebe la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño, y se pruebe, asimismo, la vulneración de la «Lex artis» en el caso concreto, conforme al instituto legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Se da cumplimiento a este mandato constitucional a través, en primer lugar, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Más tarde se completa y desarrolla a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente; La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. A partir de ahí se diseña un sistema de garantías en el ámbito de la salud y de reconocimiento de derechos sanitarios de gran importancia y que conforma una nueva relación médico-paciente⁽¹⁰⁾. Siendo un derecho de carácter prestacional, conformado por un marco legal específico que permite al ciudadano exigir de los poderes públicos un nivel mínimo de prestaciones; hasta dónde llegue ese nivel mínimo depende del Estado.

(10) Véase J. CANTERO MARTÍNEZ (2013), «Constitución y derecho a la protección de la salud. ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 8, págs. 7 y ss. J.M. FERNÁNDEZ PASTRANA (1984), *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid: Civitas, págs. 55 y ss.; E. COBREROS MENDAZONA (1988), *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Instituto Vasco de Administración Pública. Para una aproximación multinivel y de Derecho comparado al estudio del derecho a la protección de la salud, analizando los instrumentos al respecto en el orden internacional, constitucional comparado, europeo, español y autonómico, véase F.M. BOMBILLAR SÁENZ y A. PÉREZ MIRAS (2015), «El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de derecho comparado», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, págs. 299-331.

La sanidad se ha configurado como un servicio público, de prestación pública o privada. Y ello implica responsabilidad pública y, por tanto, la necesidad de establecer una regulación adecuada del sistema, lo que conlleva una intervención administrativa, del tipo que sea, pero intervención, a los efectos de dar plena efectividad al derecho de protección de la salud contemplado en la Constitución. Y aunque este derecho sea un «principio rector de la política social y económica», la regulación legal del mismo ha llevado a su consideración de derecho fundamental en un plano material.

Uno de los ámbitos de intervención administrativa lo constituye el sector de los medicamentos y, dentro de éste, descansando en esta base jurídica y planteamiento cuyo fin último es el uso racional de los medicamentos, más en concreto, es objeto de intervención administrativa la publicidad de los medicamentos. El Estado interviene una libertad fundamental, la libertad de expresión (conforme a la doctrina del TS), o libertad de empresa, justificada en la garantía de un «principio rector de la política social y económica», la protección del derecho a la salud, considerado derecho fundamental, con el fin de garantizar el uso racional y eficaz de los medicamentos por los pacientes o potenciales pacientes, toda vez que una actividad publicitaria del medicamento podría afectar negativamente a este fin esencial del Estado si no cumple con determinadas condiciones, y no solo, con la normativa general en materia de publicidad, que establece los supuestos de publicidad ilícita y los mecanismos de reacción jurídica que frente a la misma proceden. Como veremos, el régimen jurídico de la publicidad directa al público de los medicamentos, establece límites a la actividad publicitaria cuando se trata de medicamentos cuyo uso no requiere de una prescripción médica; y establece una prohibición absoluta de la actividad cuando se trate de medicamentos cuyo uso requiera un prescripción médica.

A continuación realizamos un análisis de este régimen jurídico al que haremos algunas consideraciones.

II. La publicidad de medicamentos directa al público

1. Punto de partida y marco general

La Ley General de Publicidad, como hemos indicado, establece una serie de productos o servicios cuya publicidad puede ser objeto de un tratamiento jurídico específico, entre los que se encuentran los materiales o productos sanitarios, así como los bienes o servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas. Prescribiendo, además, que dicha regulación específica debe precisar la naturaleza y ca-

racterísticas de los productos, bienes, actividades y servicios; debe recoger los riesgos derivados de la utilización racional de los mismos; la forma y las condiciones de difusión de los mensajes publicitarios; los requisitos y el régimen al que debe someterse la autorización administrativa previa a la difusión de la publicidad cuando esta sea obligatoria; así como, la audiencia en la elaboración de los reglamentos de las organizaciones empresariales y de las asociaciones de agencias, de anunciantes y de consumidores y usuarios, a través de sus órganos de representación institucional (11).

En concreto, el artículo 5.4 LGP se remite al régimen jurídico específico de la publicidad de los medicamentos, constituido por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, estando vigente con carácter específico el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.

La Ley del Uso Racional del Medicamento, establece unas garantías de información que se deben proporcionar tanto a los profesionales como al público y entre estas garantías, se incluye la publicidad. En el marco de esta legislación, se define la publicidad como «toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos». Concepto que se identifica por dos elementos, de un lado, la información (que ha de ser veraz) y, de otro lado, elemento esencial de la publicidad y fin último de la misma, la persuasión.

No olvidemos que la publicidad es un medio que tienen las empresas con el objetivo preferente de captar la atención del público para conseguir mayores ventas de sus productos. Las empresas farmacéuticas a través de la publicidad informan de la existencia de sus productos al público y a los profesionales de la salud. Es un sector en el que la actividad publicitaria es extraordinaria y, en muchas ocasiones, decisiva, no ya para informar, sino para vender, perspectiva que hemos de tener muy presente.

La Ley distingue dos regímenes jurídicos según a quién vaya destinada la publicidad:

- 1) La publicidad de medicamentos destinada al público.
- 2) La publicidad destinada a profesionales o personas facultadas para prescribirlos.

(11) M.J. ROZADOS OLIVA (2014), «Derecho de la publicidad (I): aspectos generales, Régimen jurídico de la publicidad según la finalidad», en M.A. TORRES LÓPEZ, J.M. SOUVIRÓN MORENILLA y M.J. ROZADOS OLIVA, *Elementos para el estudio del Derecho de la Comunicación*, Madrid: Tecnos; del mismo autor, *El Derecho Administrativo de la Publicidad* (2009), Valencia: Tirant Lo Blanch.

El objeto de nuestro estudio es el primero de ellos, esto es, la publicidad de medicamentos destinada al público y, en concreto, la referida a los medicamentos sujetos a prescripción médica (12).

En todo caso, la publicidad de un medicamento debe cumplir las siguientes tres obligaciones:

- a) El medicamento ha de contar con la oportuna autorización administrativa. Sin la autorización administrativa, control previo a la actividad, no es posible realizar publicidad alguna de un medicamento.
- b) El contenido de la publicidad debe ajustarse a las informaciones que figuran en la ficha técnica.
- c) El contenido de la publicidad debe favorecer la utilización racional del medicamento, a través de la presentación del mismo de forma objetiva y sin exagerar sus propiedades.

Estas tres obligaciones condicionan de manera importante el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información que da cobijo a la actividad publicitaria con fines comerciales. En este sentido, aplicando el test de condicionalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, observamos que los límites exigidos están previstos en una Ley; que el equilibrio entre límites y el fin legítimo perseguido puede entrar dentro de lo razonable; y, por último, que la necesidad de establecer tales límites en una sociedad democrática para conseguir el fin perseguido también puede encontrar su justificación. Pero, del mismo modo que puede encontrar justificación, también podría defenderse lo contrario.

Ello exige un análisis normativo que pasa por responder a las siguientes cuestiones:

- a) Cuáles son los límites a la publicidad directa al público de los medicamentos, lo que nos lleva a establecer la distinción entre la publicidad de los medicamentos sin receta y la de los medicamentos con receta.
- b) Si estos límites son razonables.
- c) Y, si son necesarios para lograr el uso racional de los medicamentos o, dicho de otro modo, para evitar un uso irracional e ineficaz de los medicamentos, (toda vez, que se trata de productos, bienes o servicios con cierto potencial de peligrosidad, especialmente cuando se trata de medicamentos para cuyo uso se exige una prescripción médica).

(12) Sobre la publicidad destinada a profesionales puede verse el estudio de N. IRÁCULIS ARREGUI (2011), «El derecho de la Unión Europea y la publicidad de medicamentos destinada a profesionales: estudio jurisprudencial del principio de adecuación a la ficha técnica», *Revista Española de Derecho Europeo*, 40. Así también, J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (2013), *op. cit.*

Es interesante también, L. GONZÁLEZ VAQUÉ (2008), «La sentencia “Ludwigs-Apotheke” relativa a la publicidad de los medicamentos: ¿Dónde estás “Keck y Mithouard”?», *Revista Española de Derecho Europeo*, 25.

Las empresas farmacéuticas y los responsables de la publicidad de los productos y servicios sanitarios, encuentran una primera restricción a su derecho a realizar publicidad (libertad de expresión/libertad de empresa), que se ve negada con carácter absoluto en los casos en los que el uso del producto sanitario dependa de la oportuna receta. Junto a ello, está prohibida la publicidad de los medicamentos financiados con fondos públicos y la de aquellos productos que constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales. En los demás casos, esta libertad está condicionada a una serie de límites impuestos por los poderes públicos con el objeto de garantizar el uso racional de los medicamentos.

2. Publicidad directa al público de los medicamentos cuyo uso no requiere receta médica

El mensaje publicitario de un medicamento dirigido al público tiene fines promocionales y, esencialmente, de información. Si se trata de la primera vez que se publicita un medicamento, la Ley exige, en cuanto al contenido del mensaje publicitario que incluya:

- a) La denominación del medicamento (13).
- b) Las informaciones indispensables para promover su uso racional.
- c) Una invitación expresa y visible a leer detenidamente las instrucciones del prospecto, embalaje exterior, etc.
- d) Debe aparecer la mención «en caso de duda consulte a su farmacéutico» o expresión similar.
- e) Debe ser evidente el carácter publicitario del mensaje y que quede especificado que el producto es un medicamento.
- f) No deben incluirse expresiones que proporcionen seguridad de curación, ni testimonios sobre las virtudes del producto ni de profesionales o personas cuya notoriedad pueda inducir al consumo.
- g) No puede utilizarse como argumento publicitario el hecho de haber obtenido autorización sanitaria en cualquier país o cualquier otra autorización.

Cuando el objetivo del mensaje publicitario es recordatorio de la denominación del medicamento, su contenido puede incluir únicamente la denominación del medicamento, siempre que el medicamento sea suficientemente conocido por el público y haya permanecido en campañas promocionales al menos durante dos años.

(13) La Denominación Oficial Española o la Denominación Común Internacional, en su defecto, o la denominación usual científica cuando el medicamento contenga un único principio activo.

Cuando el soporte de la publicidad es un medio audiovisual, la Ley específica tan solo exige que el mensaje publicitario cumpla con las condiciones de accesibilidad para personas con discapacidad. Si bien, cuando se trata de un medio audiovisual, se ha de estar a lo dispuesto en la Ley General de Comunicación Audiovisual, que establece unos tiempos y unos formatos específicos de la publicidad y, en ocasiones, puede ser difícil cumplir con las condiciones impuestas a la publicidad de los medicamentos. En concreto, esta Ley establece en su artículo 18.3 que está prohibida la comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga la normativa específica en materia de publicidad de medicamentos y productos sanitarios. Especial atención requiere cuando el soporte utilizado es Internet.

Con el cumplimiento de estas condiciones la empresa puede publicar el medicamento, una actividad que no requiere de autorización administrativa previa, pero que, sin embargo, sí está sometida a controles por parte de las Administraciones sanitarias con el fin de garantizar que los contenidos publicitarios son acordes a lo exigido por las normas de aplicación y a lo establecido en la autorización de comercialización del medicamento. La Ley permite que las Administraciones Sanitarias puedan imponer límites y condiciones a la publicidad cuando éstos se justifiquen en razones de salud pública o de seguridad de las personas.

Si bien, hemos de interpretar esta posibilidad con carácter excepcional o restrictivo, de modo que, solo en los casos en los que el peligro sea evidente deben establecerse tales límites, pero no cuando se trate de una mera «expectativa de peligro» o peligro potencial, pero no evidente. En estos casos, la actuación de la Administración se convierte en una decisión que podría vulnerar el derecho fundamental a la libertad de expresión o también a la libertad de empresa.

Además de determinarse legalmente cuál ha de ser el contenido mínimo del mensaje publicitario, la Ley establece prohibiciones específicas al contenido, enfocadas especialmente a salvaguardar la consulta médica o intervención quirúrgica, y no hacer diagnósticos o aconsejar un tratamiento por correspondencia; o a no sugerir que el efecto del medicamento está asegurado o que carece de efectos secundarios; si bien, en estos casos, la publicidad sería ilícita por no cumplir con el requisito general de la veracidad. Muchas de estas prohibiciones entran dentro del concepto de publicidad engañosa o publicidad falsa referido en la normativa general de publicidad.

Podemos sistematizar tales prohibiciones de la siguiente manera:

- a) supuestos claros de publicidad ilícita por engañosa o falsa, porque no cumple con el requisito de la veracidad:

- Sugerir que el efecto del medicamento está asegurado o que carece de efectos secundarios. En este caso, no se cumple con el contenido mínimo exigido en el mensaje publicitario y la publicidad es engañosa o falsa, toda vez que todos los medicamentos pueden tener efectos secundarios que, en ocasiones, dependen de el estado del paciente.
 - Poder inducir, mediante una descripción o representación detallada de la anamnesis, a un falso autodiagnóstico.
 - Referirse de forma abusiva, alarmante o engañosa a testimonios de curación (14).
 - Utilizar de forma abusiva, alarmante o engañosa, representaciones visuales de las alteraciones del cuerpo humano producidas por enfermedades o lesiones, o de la acción de un medicamento en el cuerpo humano o en partes del mismo.
 - Mencionar que el medicamento ha recibido la autorización sanitaria o cualquier otra autorización. Es una publicidad que induce a error, pues la comercialización de todo medicamento requiere de una autorización administrativa, en todo caso.
- b) Prohibiciones que por sí mismas podrían no ser constitutivas de publicidad ilícita, pero, no obstante, son límites impuestos a la libertad de expresión/libertad de empresa que se legitiman por la prevalencia sobre la misma del derecho a la salud:
- Sugerir que su uso potencia el rendimiento deportivo.
 - Referirse a una recomendación que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar al consumo de medicamentos.
 - Sugerir que la seguridad o la eficacia del medicamento se debe a que se trata de una sustancia natural.

(14) Sobre el concepto de «testimonios de curación» a que alude la Directiva 2001/83/CE, se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de 8 de noviembre de 2007, Caso Gintec International Import-Export GmbH contra Verband Sozialer Wettbewerb eV. Se le plantean varias cuestiones prejudiciales, siendo una de ellas que se aclare cuál es el significado en la Directiva de «testimonios de curación» y si la publicidad del medicamento contiene una valoración global positiva del mismo, sin mencionar una indicación terapéutica determinada, ello supone una referencia abusiva o engañosa. El TJUE, tras el análisis, concluye que la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de establecer en su normativa nacional una prohibición de utilizar en la publicidad de medicamentos destinada al público declaraciones de terceros, cuando estas se referencian de forma abusiva, alarmante o engañosa a testimonios de curación en el sentido del artículo 90 j), esto es, en ningún caso, la publicidad puede sugerir que el usuario puede mejorar su salud mediante la utilización del medicamento y ello con el fin de impedir el consumo de medicamentos cuando su uso no es objetivamente necesario si no existe un problema de salud particular.

En todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar en qué medida la publicidad en el caso concreto, analizada en su conjunto, se refiere a la eficacia terapéutica de los medicamentos. Además, comprobada ésta, hace falta que tal referencia sea abusiva, alarmante o engañosa.

La actividad publicitaria es información, información veraz, pero sobre todo persuasión y si ésta se basa en la veracidad de los datos del contenido de la publicidad no es ilícita. En todo caso, siendo veraz, debe ir siempre acompañada de una recomendación de acudir al médico o farmacéutico, en tanto en cuanto, el estado individual de cada paciente es variable y, por lo tanto, los efectos del medicamento pueden no ser los mismos. No olvidemos tampoco que se trata de medicamentos para los cuales no es necesaria una prescripción médica, lo que significa que no existe un riesgo cierto para la salud.

La Ley establece la distinción entre la publicidad directa al público de los medicamentos sin receta, que, en todo caso, está permitida, aunque con limitaciones y orientaciones a cómo se ha de realizar esta publicidad; y la publicidad directa al público de medicamentos con receta, que está prohibida en cualquier caso. El por qué de esta distinción se sustenta en la mayor peligrosidad que conlleva el uso de medicamentos con receta y los riesgos para la salud del paciente, entendiendo que una publicidad directa al público de los mismos podría llevar a un uso indebido o un uso irracional del medicamento.

Si esto es así, a sensu contrario, ello implica que el uso de un medicamento sin receta conlleva menos riesgos para la salud, pues, ante la dolencia o enfermedad que pretende combatir, el paciente puede acceder al medicamento sin necesidad de que un médico lo prescriba. La publicidad se convierte en una importante herramienta de la información, por lo que la veracidad de la misma es esencial.

c) Prohibiciones específicas:

- Se prohíbe también que la publicidad se dirija exclusiva o principalmente a los niños, cumpliendo así con la normativa de protección del menor en este ámbito específico.

La LGP considera publicidad ilícita «la publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situación peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros».

La legislación específica va más allá al prohibir cualquier tipo de publicidad de medicamentos dirigida exclusivamente a niños.

- Tampoco puede el medicamento equipararse a un producto alimenticio, cosmético o cualquier otro producto de consumo. Aunque ello ya va implícito en la obligación referida a que el contenido de la publi-

dad debe reflejar con absoluta claridad que el producto que publicita es un medicamento. Por otra parte, debemos advertir que cualquiera de estos otros productos podría entrañar los mismos o mayores peligros para la salud que un medicamento y tienen, asimismo, una regulación específica que, en materia de publicidad, al margen de lo exigido en la normativa general de publicidad, prohíbe que el mensaje publicitario contenga alusiones a características o propiedades que no posea el producto, o que le atribuya al mismo propiedades curativas o afirmaciones falsas o que induzcan a error (15).

- Se prohíbe la mención en la publicidad destinada al público de una serie de indicaciones terapéuticas: a) Tuberculosis. b) Enfermedades de transmisión sexual. c) Otras enfermedades infecciosas graves. d) Cáncer y otras enfermedades tumorales. e) Insomnio crónico. f) Diabetes y otras enfermedades del metabolismo.
- Se prohíben las primas, obsequios, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de estos medicamentos.

Una prohibición muy acertada, pues de otro modo, puede generarse una dinámica errónea en cuanto a la dispensación de medicamentos y la información que el médico o farmacéutico pueda dar a los pacientes, ya que la decisión no sería del propio paciente conforme a la información de cada producto y a la recomendación del profesional de la salud de modo «independiente».

- Respecto de los productos sanitarios, no es posible realizar publicidad directa o indirecta, dirigida al público en el caso de que un producto esté financiado por el Sistema Nacional de Salud (16). Exclu-

(15) La regulación de los productos cosméticos se establece en el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre (BOE núm. 261, de 31 octubre), legislación consolidada con diversas modificaciones posteriores. Además, en él se regula la competencia de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para vigilar el cumplimiento de las condiciones de publicidad y, la posibilidad de adoptar medidas oportunas, tales como prohibir la puesta en el mercado, ordenar la retirada o someter a condiciones cualquier producto cosmético, cuando éste presente un riesgo para la salud y seguridad de las personas, en condiciones normales o previsibles de uso

(16) Es interesante destacar que en nuestro sistema sanitario la Administración inició un proceso con el fin de fomentar la prescripción y consumo de los medicamentos genéricos, que son aquellos que tienen las mismas características terapéuticas que el medicamento original y se presentan con el nombre genérico de su principio activo. El objeto de esta política es reducir el gasto sanitario y farmacéutico. La regulación establece que la financiación (sólo serán objeto de financiación con cargo al Sistema Nacional de Salud las especialidades farmacéuticas cuyos precios no superen la cuantía que para cada principio activo se establezcan reglamentariamente) de las especialidades farmacéuticas financiadas con fondos públicos no excluye la posibilidad de que el usuario elija otra especialidad farmacéutica prescrita por el médico que tenga igual composición cualitativa y cuantitativa en sustancias medicinales, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación y de precio más elevado, siempre que, además de efectuar, en su caso, la aportación económica que le corresponda satisfacer de la especialidad farmacéutica financiada por el Sistema, los beneficiarios paguen la diferencia existente entre el precio de ésta y el de la especialidad farmacéutica elegida.

yéndose también la publicidad de aquellos productos sanitarios que vayan a ser aplicados o utilizados exclusivamente por los profesionales de la salud(17).

Junto a la publicidad de medicamentos que analiza la normativa específica, existen otros productos, que no son medicamentos, pero que tienen una cierta finalidad sanitaria, que son los conocidos como «productos milagro» (18). La publicidad de este tipo de productos tiene una regulación propia en el Real Decreto 1907/1996 , de 2 de agosto. Sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de publicidad, esta norma estatal recoge la competencia de las autoridades sanitarias para que ejerzan el control de la publicidad y la promoción comercial de todos aquellos productos o métodos que se anuncian o se presentan como útiles para el diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades o desarrollos fisiológicos, adelgazamiento, modificación del estado físico o psicológico, restauración, corrección o modificación de funciones orgánicas u otras pretendidas finalidades sanitarias para que se ajusten a criterios de veracidad. Esta competencia de control se justifica en la protección del derecho a la salud y la seguridad de las personas a través de una adecuada información (19).

3. Publicidad directa al público de los medicamentos cuyo uso requiera la previa prescripción médica (medicamentos con receta)

En nuestro Derecho, como hemos expuesto, y en los Estados miembros de la Unión Europea, la publicidad directa al público de los medicamentos con receta está prohibida. Se considera que tales medicamentos deben ser supervisados por un médico o profesional de la salud para permitir su uso porque el paciente no tiene la capacidad suficiente para

(17) Esta prohibición afecta a las empresas fabricantes, distribuidoras o comercializadoras, así como a todas aquellas entidades que puedan mantener un contacto directo con el paciente. Se prohíbe también las primas, obsequios, descuentos, premios, concursos, bonificaciones o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de dichos productos. Véase J.M. BUSTO LAGO, N. ÁLVAREZ LATA y F. PEÑA LÓPEZ (2010), «Regímenes especiales de publicidad para algunos bienes y servicios», en *Grandes Tratados. Reclamaciones de Consumo*, Pamplona: Aranzadi.

(18) Sobre el régimen de los productos milagro véase FM. BOMBILLAR SÁENZ (2014), «Deporte y salud. El fomento de las prácticas deportivas saludables en Andalucía», en *Diferentes perspectivas del Derecho Deportivo en Andalucía. Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*, Pamplona: Aranzadi, págs. 139 a 141.

(19) *Op. cit.* en nota 18, págs. 3 y ss.

utilizar por sí mismo el medicamento en condiciones de seguridad. En tanto que esto es así, la prohibición de la publicidad directa al público se justifica en que de tal publicidad puede derivarse un uso irracional del medicamento.

Los medicamentos que requieren una receta médica son aquellos que pueden presentar un peligro, incluso en condiciones normales de uso, si se utilizan sin control médico o aquellos que contengan sustancias o preparados a base de dichas sustancias, cuya actividad o reacciones adversas sea necesario estudiar más detalladamente; así como los que se usen por vía parenteral, salvo excepciones, por prescripción médica.

El fin último es la salvaguarda de la salud pública. Y este mismo fin es el que justifica la prohibición de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta, pues la dispensación de los mismos depende de la autorización médica en cada caso concreto. La información y publicidad de los mismos debe hacerse a los profesionales de la salud, para que estén en condiciones adecuadas de recetar el producto (20).

La pregunta que hemos de formularnos es si la prohibición de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta garantiza el uso adecuado del medicamento; si es necesaria la prohibición de la publicidad directa al público para la salvaguarda de la salud pública; si con ello se pretende evitar la presión a la que podría verse sometido el profesional de la salud a la hora de recetar un determinado fármaco.

En estos casos el límite debe estar en la concreción del objeto de la publicidad, que, junto al fin lucrativo de la empresa a través de la persuasión, ha de ser el de proporcionar tanto a los médicos como a los pacientes una información educativa precisa sobre las enfermedades y sobre las opciones de tratamiento. El control público y los límites que se impongan deben girar en torno a conseguir un justo equilibrio en el contenido de la publicidad entre los beneficios y riesgos del medicamento, y preservar que la información es veraz.

Ahora bien, la propia evolución-revolución y convergencia de las diversas tecnologías ha propiciado un nuevo escenario de la comunicación en la denominada sociedad digital, que exige un nuevo marco jurídico. La actividad publicitaria ha encontrado en el entorno on-line un modelo de negocio más rentable y con un público potencial más amplio, convirtiéndose en un tipo de publicidad directa al público. Ello nos enfrenta al problema de la eficacia en la regulación on-line.

En este contexto, podemos cuestionar la prohibición absoluta de la publicidad directa de los medicamentos con receta, amparada en la protección del uso racional del medicamento. Ello por dos razones fundamentales:

(20) IRACULIS..... *op. cit.*

a) LA CONSIDERACIÓN DE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Sin entrar en el debate de si la actividad publicitaria es libertad de expresión o libertad de empresa, si es o no, en sentido estricto, un derecho fundamental, a lo que nos hemos referido en un apartado anterior, debemos recordar que la mayoría de la doctrina, tanto administrativista como constitucionalista, coincide en que los límites entre los derechos del capítulo II, sección primera, de la Constitución («derechos fundamentales y libertades públicas») y los derechos del capítulo II, sección segunda CE («derechos y deberes de los ciudadanos»), son muy difusos. Además, también el Tribunal Constitucional ha reconocido el carácter de derecho fundamental tanto de la propiedad privada, como de la libertad de empresa (21).

Por otra parte, muchos de los derechos y valores reconocidos en nuestra Constitución como principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el derecho a la salud, o el derecho a un medio ambiente adecuado, también son considerados verdaderos derechos fundamentales de configuración legal.

Ello nos lleva, ante el conflicto de derechos planteado, a la aplicación necesaria de la teoría de los límites de los derechos constitucionales, sin anular uno en beneficio de otro, sino buscar el justo equilibrio entre ambos. De ahí, que cuestionemos si la prohibición absoluta de la publicidad de los medicamentos con receta no resulta una medida demasiado restrictiva que anula por completo un derecho que, sea libertad de expresión o sea libertad de empresa, es considerado un derecho fundamental, rompiéndose el necesario equilibrio que persigue la teoría de los límites de los derechos constitucionales (22).

En todo caso, la normativa en materia de publicidad de medicamentos gira en torno al segundo elemento, esto es, la información que se proporciona del producto, del medicamento. En este sentido, la actividad publicitaria podría ser considerada también como derecho funda-

(21) Así, en SSTC 46/1983, 118/1983, 227/1993. En la primera de ellas, el TC reconoce que la libertad de empresa es un derecho fundamental, aunque no esté protegido por el recurso de amparo, pues tiene un contenido esencial garantizado frente al legislador según lo establece el art. 53 CE.

Véase Y. GÓMEZ (2015), *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Sanz y Torres. R. RIVERO ORTEGA (2013), *Derecho Administrativo Económico*, Madrid: Marcial Pons; de este mismo autor también, «La Libertad de Comercio», ponencia presentada en el Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Cádiz 6 de febrero de 2009.

Así también, G. ARIÑO ORTIZ (1995), *Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Madrid: Marcial Pons-IDELCO.

(22) Véase L. MARTÍN-RETORTILLO (1988), «Régimen constitucional de los derechos fundamentales», en *Derechos Fundamentales y Constitución*, Madrid: Cuadernos Civitas. L. DE LUQUE (1993), «Los límites de los derechos constitucionales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14. Y. GÓMEZ (2015), *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, op. cit.

mental del artículo 20 CE que reconoce el derecho a recibir y comunicar información.

b) EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS USUARIOS

Junto a lo anterior, la actividad publicitaria, entendida como información, aunque con la intención de vender, radica en el derecho de los pacientes y potenciales pacientes a conocer la información de todos los medicamentos. A través de la publicidad de los medicamentos, se logra satisfacer el derecho a la información de los usuarios, sin que ello conlleve un uso irracional del medicamento publicitado. En primer lugar, porque para su consumo es necesaria la prescripción médica. Tampoco, la publicidad puede conducir a que se distorsione de algún modo la relación médico-paciente. Incluso, puede permitir al profesional de la salud, su conocimiento de los nuevos medicamentos en el mercado. Pero su profesionalidad a la hora de prescribir un medicamento no queda afectada en modo alguno.

Los límites a este derecho, deben enfocarse en exigencias en cuanto a la presentación de la información, de sus contenidos y, dependiendo del medio empleado, el lugar en el que debe aparecer la información considerada esencial.

Si bien, además de estas obligaciones necesarias desde el punto de vista de la información de la actividad publicitaria, no existe una garantía total de la objetividad del anunciante, por lo que considero también imprescindible que se ofrezca al consumidor una información independiente, completa y accesible, por la Administración Pública competente, a través de un servicio de información médica, al margen de los intereses comerciales. Uno de los elementos a desarrollar es el de la accesibilidad de la información, que deberá trascender a la propia oficina de farmacia, o establecimiento en el que se dispensen los medicamentos.

En mi opinión, la prohibición absoluta del derecho a realizar publicidad de este tipo de medicamentos, no se justifica en la salvaguarda del derecho a la salud; no existe una relación directa entre prohibición de publicidad y uso racional del medicamento. Quizás existen otros inconvenientes que pretende evitarse con esta prohibición, más relacionados con el precio real de los medicamentos, muy elevado, y el alto porcentaje de financiación con fondos públicos. Por otra parte, no es baladí pensar que la publicidad directa al público puede no ofrecer una información objetiva sobre los riesgos y beneficios de las distintas opciones de tratamiento con el fin de ayudar al consumidor a tomar parte en las decisiones médicas.

III. La publicidad directa al público de medicamentos con receta en Estados Unidos

1. El debate sobre la permisión de la publicidad directa al público de medicamentos con receta

En Estados Unidos está permitida la publicidad directa al público de los medicamentos con receta, considerados como aquellos que deben ser supervisados por un médico profesional a efectos de garantizar su uso porque el paciente no tiene la capacidad suficiente para utilizar por sí mismo el medicamento en condiciones de seguridad.

Pero, precisamente con el fin de mejorar la satisfacción del paciente, el cumplimiento de los tratamientos y, en última instancia, los resultados de la atención de la salud, se permite dar información directa al público a través de la publicidad de los medicamentos con receta, en tanto en cuanto, ello permite que los consumidores y potenciales consumidores, si están bien informados, pueden convertirse en usuarios más seguros, más rentables y más racionales de los medicamentos recetados (23).

El sector farmacéutico supone uno de los negocios más beneficiosos en muchos países. Bien es cierto que, el descubrimiento, el desarrollo y la fabricación de medicamentos conlleva, desde luego, muchos años de trabajo sin beneficio, e, incluso, muchas de las investigaciones no llegan a tener el resultado deseado. De ahí, el alto coste que un nuevo medicamento llega a tener y la importancia de la publicidad a los efectos de dar a conocer el medicamento y sus características a un público más amplio, y no solo a los profesionales de la información, con el claro objetivo de lograr no ya un mayor beneficio, sino mucho más allá de la recuperación de costes de la investigación (24).

La industria farmacéutica es muy competitiva y se mueve en un entorno que promueve y premia la innovación; la competencia lo es a diferentes niveles, tanto nacional, como internacional (25). La competencia es

(23) Véase THIMOTY S. HALL (2003), «The promise and peril of direct-to-consumer prescription drug promotion on the Internet», *De Paul Journal of Health Care Law*, 7 DePaul J. Health Care L. 1, págs. 1 a 2.

(24) Hay una tasa muy alta de fracaso de los medicamentos para los que se solicita su aprobación por la FDA, por lo que es común que las empresas tengan una serie de medicamentos en desarrollo aunque la tasa de éxito sea baja. La FDA es uno de los principales organismos reguladores encargado de establecer los requisitos y garantizar el cumplimiento de las cuestiones relacionadas con los productos de las compañías farmacéuticas. El proceso desde el desarrollo hasta la comercialización es muy largo (entre 8 y 20 años) y costoso y se integra de diversas etapas hasta su aprobación: aplicación de nuevos fármacos en investigación; ensayos clínicos; nueva aplicación de fármacos; seguridad y eficacia; fabricación, almacenamiento y etiquetado; marketing, publicidad y promoción; requisitos post-mercado; vigilancia post-comercialización. Véase *Pharmaceutical Industry Guide*, 2013. *Practical Law Practice Note* 2-518-8595 (2013).

(25) Históricamente la competencia era entre empresas de Estados Unidos, pero cada vez más las empresas farmacéuticas se enfrentan a la competencia de fabricantes fuera de Estados Uni-

un factor esencial para justificar el recurso a la publicidad como medio de dar a conocer el producto y con el fin de vender, más allá de ser considerado un medio de información al paciente con el objetivo de mejorar la relación médico-paciente.

En Estados Unidos se establece la diferencia entre los medicamentos sin receta y los medicamentos con receta, estando permitida la publicidad directa al público en ambos casos. Esto no quiere decir que no exista un debate acerca de los riesgos que conlleva esta regulación, así como también de los beneficios, tanto a nivel doctrinal, como también, federal.

Son dos los organismos implicados en esta actividad. En primer lugar, la competencia material en materia de medicamentos la tiene la Administración de Alimentos y Medicamento (FDA). Y la competencia general en materia de publicidad corresponde a la Comisión Federal de Comercio (FTC). Si bien, cuando se trata de publicidad de medicamentos, el Congreso estableció diferentes requisitos según se trate de medicamentos sin receta o de medicamentos con receta. Básicamente, existe un reparto de la competencia entre ambas Agencias, de manera que la FDA tiene la competencia para supervisar los anuncios publicitarios de los medicamentos con receta, mientras que la FTC supervisa la publicidad de los medicamentos sin receta o de venta libre (26).

2. Breve referencia a la competencia en materia de medicamentos y de publicidad en Estados Unidos: La Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) y la Comisión Federal de Comercio (FTC) (27)

Como hemos expuesto, el organismo competente para la regulación de los medicamentos es la Agencia de Alimentos y Medicamentos (FDA);

dos, particularmente de, India en el desarrollo y producción de medicamentos genéricos. Véase «Pharmaceutical Industry Guide: 2013», en la que se explica cómo los genéricos son una fuente importante de competencia para los medicamentos de marca. Las compañías farmacéuticas que han invertido en el desarrollo de un fármaco y han logrado obtener la aprobación de la FDA tienen derecho a un período de exclusividad de comercialización; este período es determinado según el tipo de medicamento aprobado (por ejemplo, los medicamentos huérfanos tienen un período de 7 años, y los nuevos medicamentos químicos tienen un período de 5 años). Además, las compañías también están protegidas por la patente y una vez que ésta expira y finaliza el período de exclusividad, un producto genérico competidor entre en el mercado con mucha rapidez. La pérdida de exclusividad y de la protección generalmente conduce a una reducción de las ventas en un corto período. Las compañías genéricas suelen ofrecer el medicamento a un precio mucho menor, pues no tienen el costo de la investigación y el desarrollo asociado al descubrimiento del fármaco. El impacto competitivo con medicamentos de marca es considerable.

(26) B. BUECHNER (2013), «A Comparative Legal Analysis of Social Media Advertising of Drugs in Germany and the United States», *Food and Drug Law Journal*, 68 Food Drug L.J. 259.

(27) www.fda.us. FDA: Food and Drug Administration. FTC: Federal Trade Commission. Ambas Agencias Federales.

es una Agencia dentro del Departamento de Salud y Servicios Humanos, que funciona a través de la Oficina del Comisionado y cuatro direcciones que supervisan las funciones básicas de la Agencia: Productos Médicos y Tabaco, Alimentos, Operaciones y Regulaciones Globales y Operaciones.

La norma básica de regulación de los medicamentos es la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos (FDCA); al amparo de esta norma tiene la FDA la competencia en materia de publicidad directa al público de los medicamentos con receta; esto es, tiene la competencia de supervisar la publicidad y comprobar que ésta no sea inadecuada o engañosa, en cuyo caso, se deriva la responsabilidad penal o civil (28).

Por su parte, la FTC es la Agencia competente, con carácter general, para la protección de los derechos de los consumidores y la eliminación y prevención de prácticas que atentan contra la libre competencia. En materia de medicamentos tiene también competencia para regular la publicidad de los productos farmacéuticos; hasta 1962 su competencia se extendía a los anuncios de todo tipo de medicamento, pero a partir de esta fecha la competencia sobre publicidad de medicamentos con receta fue transferida a la FDA.

Teniendo en cuenta las competencias confluyentes de ambas Agencias, con el fin de evitar un solapamiento innecesario de competencias, y una duplicidad de esfuerzos, ambas Agencias firmaron un acuerdo conforme al cual, la FTC mantiene su competencia para regular toda la publicidad de medicamentos, excepto la referida a los medicamentos con receta que queda en manos de la FDA. Aún así, la FTC desempeña un importante papel en la regulación de la publicidad de los medicamentos en general. Los medicamentos sin receta o de venta libre están regulados por esta Agencia, aunque la FDA tienen competencia en materia de etiquetado de tales medicamentos. Por otra parte, en 2000 publicó la Guía «Dot Com Disclosures» para las empresas que se anuncian por Internet; esta guía fue revisada y actualizada en 2011 y publicada en 2013 (29). Aunque tiene carácter general, plantea cuestiones interesantes sobre la regulación de la publicidad en Internet en general que es relevante para la regulación por la FDA de la publicidad de medicamentos con receta en Internet.

En lo que respecta a la competencia de la FDA, las primeras regulaciones de la FDA sobre publicidad de medicamentos se enfocaron a conseguir que los médicos dispusieran de una adecuada información

(28) Véase THIMOTY S. HALL (2003), «The promise and peril of direct-to-consumer prescription drug promotion on the Internet», *op.cit.*, pág. 2.

(29) FTC, «Dot Com. Disclosures. How to Make Effective Disclosures in Digital Advertising», 2013, en www.ftc.gov.

para poder realizar las oportunas prescripciones del medicamento y se centraron en exigencias de exponer las contraindicaciones conocidas, los riesgos, los efectos secundarios; iban dirigidas a los profesionales de la salud, pues se consideraba que tenían mayor capacidad para dar la información sobre los riesgos de los medicamentos con receta al paciente (30).

A medida que los pacientes se involucran más en su tratamiento, las empresas farmacéuticas tratan de ampliar la promoción de sus productos directamente a los consumidores. Tras un período de estudio e investigación sobre los efectos de la publicidad directa al público de medicamentos con receta, la FDA resolvió su posición favorable a esta publicidad, exigiendo que los anuncios respectivos cumplan con los mismos requisitos legales que los dirigidos a los profesionales de la salud (31).

(30) Se aplica la doctrina del intermediario, es decir, se entiende que el médico es un «intermediario con conocimiento» entre la empresa y el paciente, luego está en mejor posición para comprender los riesgos y los beneficios del medicamento en cuestión y es capaz de dar esa información al paciente. La empresa farmacéutica debe informar al médico de los riesgos de un medicamento con receta para evitar la responsabilidad.

Véase J. WEST (2012), «Note & Student work: National marketing gone unintentionally global: Direct-to- Law, 11 J. Int'l Bus. & L. 405, págs.. 4 y ss. Hace referencia al cambio de planteamiento con el desarrollo de la píldora anticonceptiva; en el caso *Massachusetts MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, el tribunal resolvió que los anticonceptivos orales tienen características peculiares que exigen una excepción a la regla del intermediario. E indica que mientras que la participación del paciente en la toma de decisiones sobre el uso de un medicamento recetado para tratar una enfermedad es mínima o nula, la píldora no se prescribe para solucionar un problema médico, sino que se administra a las mujeres sanas de forma electiva, permitiendo al paciente tener un papel más activo en la elección de la forma de control de la natalidad que va a utilizar. Normalmente la prescripción del médico se hace en la cita anual correspondiente, recibiendo la paciente una receta para todo el año, por lo que la capacidad de supervisión del médico es mínima. Así, el Tribunal concluye que en el caso de los anticonceptivos la empresa tiene la obligación de advertir directamente a los pacientes de los riesgos de ciertos medicamentos que tienen un fin principalmente preventivo.

(31) El primer anuncio de medicamento con receta dirigido al consumidor fue publicado en 1981 por Boots Pharmaceuticals, una compañía farmacéutica británica cuya filial americana fue situada en Shreveport, Luisiana, para el producto del ibuprofen, Rufen. En ese mismo año, Merck Sharp & Dohme lanzó el segundo anuncio impreso de publicidad directa al público, para Pneumovax, su vacuna contra la neumonía. Más tarde, otras empresas farmacéuticas voluntariamente propusieron a la FDA anuncios de publicidad directa al público. Se trataba de un nuevo supuesto para el que la FDA necesitaba tiempo para su estudio y aprobación. Por lo que en 1982, se solicitó a la industria farmacéutica una moratoria voluntaria que permitiera a la FDA su investigación. Varios de esos estudios mostraron que los consumidores mantenían más información sobre los beneficios que sobre los riesgos de los medicamentos y que requerían más información sobre los medicamentos reservados, revelando una posición favorable a la publicidad directa al público de medicamentos con receta.

Véase F.B. PALUMBO y C.D. MULLINS (2002), «The Development of Direct-to-Consumer Prescription Drug Advertising Regulation», *Food and Drug Law Journal*, 57 Food Drug L.J. 423, págs. 2 a 3.

J. WEST (2012), «Note & Student work: National marketing gone unintentionally global: Direct-to-consumer advertising of pharmaceutical products and the Internet», *Journal of International Business and Law*, 11 J. Int'l Bus. & L. 405, págs.. 4 y ss.

La regulación de la publicidad de medicamentos por parte de la FDA distingue entre (32):

- a) Product Claim Advertisements, Anuncios de reclamo, definidos como el único tipo de anuncio que menciona un medicamento y expone sus riesgos y beneficios. No deben ser falsos ni engañosos y el lenguaje ha de ser claro y comprensible para todos los consumidores. Con independencia del soporte, deben incluir en la parte principal del anuncio una serie de contenidos: nombre del medicamento (marca y genérico); al menos un uso aprobado por la FDA para el medicamento; los riesgos más significativos y presentar de modo equilibrado la relación riesgos-beneficios; así como también dar un breve resumen sobre el medicamento que, generalmente refiere todos los riesgos enumerados en la información de prescripción aprobada (33).
- b) Anuncios de recordatorio, los que dan el nombre del medicamento, pero no los usos de mismo, pues se supone que el usuario conoce ya el uso del medicamento. No tiene por qué incluir los riesgos; tampoco se indica para qué sirve, ni cómo funciona. Tampoco pueden sugerir nada acerca de los beneficios. No se permite este tipo de anuncio para ciertos medicamentos con receta a los que se asocian riesgos graves, los cuales deben tener una advertencia especial y deben incluir todos los riesgos.
- c) Anuncios de búsqueda de ayuda: son los que describen una enfermedad, pero no recomiendan o sugieren un tratamiento farmacológico específico. Animar a las personas que padecen los síntomas que describen a acudir a su médico y pueden incluir el nombre de una compañía farmacéutica, así como proporcionar un número de teléfono para obtener información. Si se hacen correctamente, estos anuncios no se consideran anuncios de medicamentos y se re-

(32) Esta regulación de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta se encuentra en el «Code of Federal Regulations, 21 CFR-202 (2011)», siendo el más importante el «brief summary» (breve resumen exigido), que implica la presentación de una declaración breve y veraz de los efectos secundarios, las contraindicaciones y eficacia del medicamento. Este requisito no se entiende cumplido cuando la declaración presentada es falsa o engañosa en alguno de sus contenidos; cuando no presenta un justo equilibrio entre la efectividad y los efectos secundarios o contraindicaciones; o hay error en mostrar las consecuencias derivadas del consumo del medicamento.

Información: www.fda.gov

Así también, F.B. PALUMBO, ..., *op. cit. ut. supra.*, en general la alusión a los tipos de anuncio a lo largo del artículo.

(33) Con la Ley de Enmiendas de la FDA de 2007, se exige que los anuncios impresos incluyan una declaración del tipo «le recomendamos que informe a la FDA de los efectos secundarios negativos de los medicamentos con receta; visite MedWatch o llame al 1-800-FDA-1088». Sobre los anuncios de televisión, radio, o teléfono, se exige que incorporen los riesgos más importantes en la declaración principal, así como que se indiquen las fuentes a las que el consumidor puede acudir para obtener una información más completa (médico, número de teléfono gratuito, sitio web, ...).

gulan por la FTC; pero si se recomienda o sugiere el uso de un medicamento, se considera anuncio de reclamo de producto y debe cumplir con las exigencias de la FDA.

La FDA ha considerado que las regulaciones existentes eran suficientes para proteger el derecho a la salud y seguridad de los consumidores, aún en el caso de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta. Lo que dio lugar a la mencionada exigencia de que en la publicidad de los medicamentos con receta se incluyera toda la información de advertencia y efectos secundarios en ese breve resumen, con la dificultad de presentarlo en un anuncio en televisión o radio. Por ello se procede a una revisión en 1997 de la regulación en estos casos, aprobándose una Guía dirigida a la Industria, a través de la cual se hace una interpretación que tuvo por efecto relajar esas restricciones previas, de manera que un anuncio por televisión no tiene por qué incluir el «breve resumen» de la información diseñada para los medicamentos con receta, siendo suficiente con que se muestre un justo equilibrio entre los riesgos y los beneficios asociados al medicamento. La Guía diferencia la publicidad telefónica de la publicidad por radio o televisión y, a pesar de no disponer de una normativa específica para la promoción por Internet de medicamentos con receta, la FDA ha venido aplicando las regulaciones existentes en el entorno on-line, exigiendo a las empresas que adapten o retiren los anuncios que no muestren un justo equilibrio entre los riesgos y beneficios; retiren el material obsoleto alojado en un sitio web promocional; detecten las afirmaciones engañosas o la promoción de usos de medicamentos no aprobados(34).

Junto con la regulación establecida por la FDA y la FCT, se aplica la legislación sobre daños y responsabilidad civil, siendo la cuestión más relevante el efecto que tiene en el mercado de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta y la aplicación de la denominada «Learned Intermediary Rule».

Como regla general, la legislación de responsabilidad civil establece la responsabilidad objetiva de los daños causados por los productos que se introducen en el mercado o pasan por manos de un fabricante o vendedor particular y puede basarse en el diseño defectuoso del producto en cuestión o en la omisión del fabricante de la necesaria advertencia al consumidor de los riesgos derivados del uso del producto. Ahora bien, en los casos de los considerados «productos peligrosos», como el caso de los

(34) Véase THIMOTY S. HALL (2003), «The promise...», *op. cit.*, págs. 5 y ss. Alude a los cuatro métodos que establece la FDA con el fin de obtener una adecuada información: 1) establecer un número de teléfono gratuito al que los consumidores puedan llamar y solicitar una copia de la información o le sea leída por teléfono; 2) determinar un sitio web para proporcionar la información de etiquetado; 3) indicar al consumidor que consulte con su médico o farmacéutico; 4) proporcionar un medio cuando no se disponga de tecnología suficiente para obtener tal información.

medicamentos con receta, se establece una excepción a la responsabilidad objetiva, siempre y cuando se haya dado una clara advertencia sobre la peligrosidad del producto. Los tribunales han aplicado la «Learned Intermediary Rule» con el fin de no imputar la responsabilidad a los fabricantes de medicamentos por los daños causados por los medicamentos, siempre y cuando hubieran advertido a los médicos adecuadamente de los peligros conocidos de los medicamentos. Aunque no se trata de una inmunidad absoluta de la responsabilidad de los fabricantes de medicamentos con receta, pues los tribunales han sostenido que esta regla no se aplica, y por lo tanto, los fabricantes tienen la obligación de dirigir esta advertencia sobre los riesgos del medicamentos directamente al consumidor, en situaciones de vacunas masivas. Si bien es cierto, la obligación impuesta por la FDA a que esta información se de directamente a los consumidores de ciertos medicamentos con receta ha justificado que algunos tribunales puedan no aplicar esta regla, en cuanto que las advertencias del producto deben ir dirigidas al paciente (35).

(35) Véase THIMOTY, ..., *op. cit.*, págs. 6 y ss. Así también de este mismo autor, «Symposium on Health Care Technology: Regulation and reimbursement: regulating direct-to-consumer advertising with tort law: Is the Law finally catching up with the market?», *Western New England Law Review*, 31 W. New Eng. L. Rev. 333 (2009). Véase también WEST, Jackeline, ..., *op. cit.*, págs. 5 y ss.

No faltan críticas a esta regla, sobre todo teniendo en cuenta la publicidad directa al público cuando el medio es Internet. En ambos estudios se menciona el caso «Pérez v. Wyeth Labs., Inc.» llevado por la Corte Suprema de Nueva Jersey, en el que se reconoció una excepción a la «learned intermediary rule». La compañía había realizado una amplia publicidad directa al consumidor del medicamento (anticonceptivo Norplant). Los afectados alegaban daños por los efectos secundarios y cicatrices causadas por la remoción del dispositivo. En este caso, muchos médicos publicaron informes en revistas médicas sobre las dificultades de la eliminación del fármaco, efecto al que no se aludía en la publicidad, así como tampoco a otros efectos secundarios. El Tribunal dio tres razones por las que se excepciona la regla: 1) el cambio a una ética centrada en el paciente, a través de la doctrina del consentimiento informado y el derecho del paciente a participar en la toma de decisiones en el ámbito de la atención de la salud; 2) los efectos de la atención administrada en la relación médico-paciente, con una disminución del tiempo de que dispone el médico para atender al paciente; 3) el gran desarrollo de la comunicación entre los fabricantes de medicamentos a los pacientes y potenciales pacientes a través de los diversos medios de comunicación. A pesar de ello, el cumplimiento de las directrices impuestas por la FDA sobre la publicidad directa al público de medicamentos con receta era irrefutable y corresponde al demandante probar que el fabricante no cumplió con las directrices de la FDA y que el material publicitario era legalmente inadecuado por alguna razón. Véase Kathryn Bi (2015), «Comments: What Is «False or Misleading» Off-Label Promotion?», *University of Chicago Law Review*, 82 U. Chi. L. Rev. 975; J. SHAEFFER (2003), «Prescription Drug Advertising —Should States Regulate What is False and Misleading?», *Food and Drug Law Journal*, 58 Food Drug L.J. 629. Véase también A. PORTER (2012), «Old Habits Die Hard: Reforming the Learned Intermediary Doctrine in the Era of Direct-to-Consumer», *McGeorge Law Review*, 43 McGeorge L. Rev. 433, en el que se exponen las excepciones a esta doctrina; A. L. FOREMAN (2001), «Web of manipulation: The Learned Intermediary doctrine and direct-to-consumer advertising on the world wide web», *The John Marshall Law Review*, 35 J. Marshall L. Rev. 97, en este se refiere a dos excepciones a esta doctrina y cómo afecta a la relación médico-paciente, especialmente se refiere a la publicidad de medicamentos recetados en los sitios web; H. HARRELL (2010/2011), «Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Pharmaceuticals, the Learned Intermediary Doctrine, and Fiduciary Duties», *Indiana Health Law Review*, 8 Ind. Health L. Rev. 69.

En Estados Unidos, existe una regulación muy flexible de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta, y, a pesar de los esfuerzos de la FDA en establecer directrices a las compañías farmacéuticas y fabricantes de medicamentos que, en el plano teórico, bastarían para lograr el objetivo esencial de esta publicidad, cual es, satisfacer el derecho de información del paciente, la educación para el adecuado cuidado de su salud y la mejora de la relación médico-paciente; sin embargo, la realidad muestra todo lo contrario y la FDA ve limitadas sus funciones a la hora de accionar frente a los incumplimientos de las empresas al hacer publicidad de tales medicamentos. En muchos casos, los riesgos del consumo de un medicamento son, incluso, mayores a los beneficios, en su mayor parte teóricos, y aún así, su publicidad es permitida y aprobada por la FDA(36).

El debate persiste y los argumentos a favor y en contra de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta son variados. Así:

- Frente al beneficio que supone la mejora de la elección del paciente al disponer de más información, lo que permite darle una mayor autonomía; el problema de que la información dada no reúne los parámetros de calidad y cantidad necesarios para satisfacer el derecho a la información del paciente.
- Frente a la mejora de la competencia de los médicos, en tanto que la publicidad les permite (y obliga) a estar al día en los nuevos desarrollos, el problema de la disminución de su competencia real, pues determinados medicamentos dispensados con receta con el objetivo de proteger la salud, se convierten más en un estilo de vida que en una opción médica.
- Frente a la mejora de la relación médico-paciente, en tanto que el paciente informado permite aliviar el papel del médico como educador, el problema de las promociones para desear ciertos medicamentos, lo que puede interferir en la capacidad del médico para elaborar un juicio independiente en nombre del paciente.

Si bien, los efectos de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta pueden ser más graves debido a los conflictos de intereses entre los médicos y las empresas farmacéuticas, pues, en gran medida, los médicos dependen de los subsidios de la industria farmacéutica, de modo que subyace una relación entre los médicos ejercientes y la industria farmacéutica. Aunque los médicos deciden finalmente la prescripción o no en cada caso particular, lo cierto es que están sometidos a una gran presión que puede influir en su decisión.

(36) Véase M.M. LIPMAN (2006), «BIAS in direct-to consumer advertising and its effect on drug safety», *Hofstra Law Review*, 35 Hofstra L. Rev. 761, págs. 4 y 5.

En Estados Unidos es difícil limitar esta actividad publicitaria teniendo en cuenta la protección constitucional del derecho a la libertad de expresión comercial. Pero a falta de una prohibición absoluta, sería necesario y conveniente establecer algunas restricciones, en el sentido de fortalecer las competencias de la FDA en cuanto al control de la publicidad y comprobación del cumplimiento del requisito del justo equilibrio entre riesgos y beneficios, entre otros(37). Lo que debe completarse con un adecuado y más riguroso régimen sancionador.

IV. Un apunte sobre la publicidad de los medicamentos en el entorno on-line

Especial interés reviste la regulación en el entorno on-line, en el que las prácticas publicitarias son muy variadas y, aunque en Internet la línea divisoria entre publicidad y venta es difusa, haremos referencia solo a la publicidad, una alternativa que, comparada con los medios de publicidad tradicionales ofrece más ventajas a las empresas en cuanto a rentabilidad(38). Si Internet puede ser un mejor medio para la publicidad, es necesario, no obstante, una adecuada regulación. Y, precisamente, uno de los problemas más destacados es el cómo regular, toda vez que Internet tienen un carácter transnacional. En este sentido, la autorregulación tiene mucho que decir.

En estos casos, cuando la publicidad del medicamento se hace a través de Internet, surge la cuestión de la legislación aplicable, toda vez que la publicidad puede originarse en un país y el destinatario estar en otro distinto. Puede optarse por exigir un control en el origen o en el destino de la comunicación(39). En el ámbito de la Unión Europea se ha establecido el principio general del control en el origen(40), incorporado a nues-

(37) La FDA no revisa la publicidad antes de su publicación; las directrices aprobadas siguen siendo desarrolladas con el fin de maximizar los beneficios y minimizar los riesgos asociados a la publicidad directa al público de los medicamentos con receta.

(38) Sobre la regulación de la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica, véase F.M. BOMBILLAR SÁENZ (2016), «Receta médica electrónica y venta de medicamentos online», en PÉREZ GÁLVEZ, J.F. (dir.), *Salud electrónica. Perspectiva y realidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 221 y ss.; C. BAES (2010), «La venta de medicamentos por Internet: un nuevo reto para los Estados miembros de la Unión Europea», en BARRANCO VELA, R. (dir.), *El acceso al medicamento. Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Granada: Comares, págs.. 163 y ss.

(39) Véase A. PUERTO MENDOZA (2015), *Introducción al Derecho de Internet. Régimen jurídico de los contenidos digitales*, Madrid: Centro de Estudios Financieros, págs. 207 y ss. Como indica el autor, una de las singularidades del entorno digital es la relativa a la «ubicuidad de la información», toda vez que cuando la información se difunde en la Red, está disponible desde cualquier equipo con independencia de dónde se encuentre físicamente.

(40) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

tra legislación a través de la Ley de los Servicios y la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico (LSSI) (41).

La legislación aplicable a la publicidad a través de Internet, junto a la LSSI, es también la legislación general y específica en materia de publicidad. Como es lógico, la legislación de control de publicidad y publicidad ilícita ha de aplicarse en cualquier caso, con independencia del medio o soporte de la misma. El engaño o la falsedad es ilegal, sea cual sea el medio; por lo que las obligaciones del prestador y las garantías del consumidor han de ser las mismas.

Pero la peculiaridad del medio hace difícil una regulación homogénea, por lo que debe buscarse la estabilidad y la seguridad jurídica, también en los mecanismos de autorregulación y en los principios de cooperación internacional. Más aún cuando las posiciones legales sobre el tema concreto, la publicidad directa al público de medicamentos con receta pueden ser antagónicas.

Esta preocupación por la regulación del entorno on-line está presente también en Estados Unidos. Con carácter general, la FTC, junto con la regulación general, ofrece una orientación específica, a través de normas o guías, para que las empresas cumplan con sus obligaciones legales y permita establecer las mismas garantías en las promociones a través de Internet. En todo caso, la legislación obliga a que la publicidad sea veraz y no engañosa; y recomienda algunas técnicas como, entre otras, no ocultar la información relevante en la parte inferior de las páginas, sin hacer alusión a ello en la parte visible; si se utiliza un hipervínculo, que sea absolutamente claro el enlace y calificado de modo que permita dar a conocer la importancia de la información que conlleva, con un lenguaje accesible y comprensible para los usuarios (42).

Cuando el objeto de la publicidad directa al público son los medicamentos con receta, además de la utilidad de estas recomendaciones elaboradas por la FTC, la competencia la tiene la FDA, regulador principal en este ámbito y le corresponde, por lo tanto, acomodar las legislaciones al

(41) La LSSI se aplica a los prestadores de servicios establecidos en España y los servicios prestados por ellos. Se entiende que un prestador está establecido en España cuando su residencia o domicilio social esté en España y lleve desde España la gestión administrativa y dirección de los negocios. También se aplica cuando los servicios se ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en territorio español y este requisito se cumple si el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en algún registro público español a efectos de adquirir la nacionalidad española. Hay dos excepciones en las que se aplica el control en destino; de un lado, cuando el prestador está establecido en otro Estado miembro de la Unión Europea o el EEE y se afecte a unas materias concretas, las del artículo 3 LSSI; y cuando el establecimiento del prestador se encuentre fuera de los territorios anteriores y se den las circunstancias del artículo 4 LSSI.

(42) *Guide «Dat Com. Disclosures»...*, op. cit. Véase también Y.T. YANG y B. CHEN (2014), «Legal Considerations for Social Media Marketing by Pharmaceutical Industry», *Food and Drug Law Journal*, 69 Food Drug L.J. 39, págs.6.

entorno on line, garantizando la misma protección que en otros medios, y preservando la relación médico-paciente, de manera que el acceso a la información divulgada a través de Internet, no llegue a distorsionar dicha relación. Algunos autores sostienen que una prohibición absoluta de la publicidad de los medicamentos con receta no es la solución, aunque ello evitaría muchos abusos; pero ello no sería posible, precisamente por el carácter extraterritorial de Internet, que hace que las leyes nacionales pierdan eficacia más allá de sus fronteras(43).

En mi opinión, este es un factor muy importante a tener en cuenta a la hora de justificar la prohibición absoluta de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta. La facilidad de acceder a la información disponible en Internet permite a los usuarios conocer la existencia de los diversos medicamentos y los tratamientos para los que se utilizan. Sin embargo, no existe la misma garantía legal impuesta a la publicidad en otros medios. Por otra parte, es posible la difusión de información a través de las redes sociales sobre los efectos negativos derivados del uso de un determinado medicamento con receta, en un caso particular, que puede repercutir negativamente en la empresa, y generar una alarma innecesaria, lo que se evitaría o, al menos, se reduciría su impacto, si la promoción del medicamento se permitiera, dentro de las exigencias legales y entendida como instrumento para nutrir el derecho a la información del usuario.

Si en la actual sociedad digital el derecho a la información es un principio esencial, los esfuerzos regulatorios deben encaminarse a lograr que este derecho se vea satisfecho en condiciones de calidad y fiabilidad, más aún cuando se trata de productos inevitablemente peligrosos y es necesario que se refleje una clara relación de riesgos y beneficios derivados de su uso.

En este sentido, y advirtiendo la preocupación existente sobre la publicidad de los medicamentos tanto si la regulación es estricta o flexible, como el caso de Estados Unidos, el instrumento de la autorregulación puede conseguir una homogeneidad válida en el para los diversos regímenes jurídicos.

La autorregulación es esencial en este ámbito. Y debemos destacar cómo en nuestro modelo de farmacia Mediterráneo, la importancia otorgada al circuito oficial y al consejo farmacéutico, así como el papel confiado a los médicos y farmacéuticos a este respecto, los convierte en engranajes de un entramado normativo que pretende tutelar la salud pública, el uso racional del medicamento y, ello lleva a que muchos entiendan que choca con prácticas publicitarias que puedan incitar a un con-

(43) Así, THIMOTY, ..., *op. cit.*, pág. 14.

sumo abusivo de medicamentos. Sin embargo, puede ser todo lo contrario, pues precisamente la asunción de este papel conduce a la realización de una actividad publicitaria encaminada a procurar un uso racional del medicamento. Es interesante mencionar el sistema de autorregulación de Farmaindustria, a través del Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéutica, cuyo ámbito de aplicación cubre todas las formas de promoción de los medicamentos de prescripción; de interrelación entre las compañías farmacéuticas con los profesionales sanitarios y con las organizaciones sanitarias; así como de interrelación entre las compañías farmacéuticas y las organizaciones de pacientes (44).

Cuando hablamos de publicidad, de publicidad interactiva, la autorregulación es una pieza clave. En nuestro país se erige en modelo la asociación Autocontrol, con un sistema gratuito de reclamaciones a resolver por un jurado integrado de expertos independientes (45). Uno de los elementos clave de un sistema de autocontrol es el sello de confianza, un símbolo del que se deriva la confianza y seguridad para los consumidores hacia la empresa adherida al sistema. En 2005 el Gobierno aprobó el distintivo público de confianza en línea a los efectos de identificar a los prestadores de servicio a través de Internet que hubieran asumido en su actuación un código de conducta determinado (46).

V. Consideraciones finales: entre los riesgos y los beneficios de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta, una posición favorable a la misma, pero condicionada al cumplimiento de requisitos legales

1. Balanza beneficios-riesgos

Lo expuesto hasta ahora, nos permite establecer una síntesis de cuáles son los riesgos y cuáles los beneficios de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta.

Los beneficios giran en torno a la satisfacción del derecho a la información de los pacientes o potenciales pacientes; a conocer a través de la

(44) Véase El Código de Buenas Prácticas de la Industria Farmacéuticas en www.codigofarmaindustria.org.

(45) www.autocontrol.es. Véase D. LÓPEZ JIMÉNEZ (2012), «El jurado de Autocontrol en materia de publicidad interactiva: pronunciamientos frente a terceros ajenos al sistema», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 30.

(46) Este distintivo fue aprobado por el Real Decreto 1163/2005 de 30 de septiembre y modificado por la disposición final tercera del Real Decreto 231/2008 de 15 de febrero.

Así véase PUERTO MENDOZA, ..., *op. cit.*, págs. 338 y ss.: de modo general se refiere a la autorregulación publicitaria y confianza on line y señala los elementos necesarios en un sistema de autocontrol: el código de conducta, el sello de confianza y el órgano de control.

publicidad la existencia de nuevos fármacos, de cómo funcionan y para qué deben ser utilizados; la disposición de esta información facilita su relación con el médico e, incluso, permite que el médico esté pendiente del desarrollo de los nuevos medicamentos. Los pacientes están más y mejor informados y comprenden mejor la enfermedad que padecen, se reduce la incertidumbre y se involucran más en la atención de la salud. Los pacientes bien informados pueden cumplir de modo más adecuado con el tratamiento. Otro de los beneficios es la educación en el cuidado de la salud; permite que los pacientes puedan detectar si padecen alguno de los síntomas para los que un medicamento está indicado y acudir al médico, lo que en muchos casos, podría favorecer el tratamiento temprano de una determinada enfermedad. Esta educación es especialmente positiva en un ámbito con un nivel socio-económico bajo, donde no existe una práctica habitual de buscar atención médica. La publicidad directa al público de los medicamentos con receta puede también socializar determinadas afecciones o enfermedades que, lejos de ser raras, son comunes, pero la alusión a las mismas genera cierta alerta e incluso vergüenza, como puede ser la depresión.

Los riesgos, sobre todo, se asocian con la desinformación, a pesar de la información. Esto es, la no presentación del producto enfocado a la información, sino más pendiente de la persuasión a la venta del mismo, puede provocar todo lo contrario y tener un resultado engañoso, lo que puede repercutir negativamente en la relación médico-paciente. Por otra parte, debemos tener presente también el poder de difusión de la información a través de Internet, en sus diversos formatos, especialmente, a través de las redes sociales. Aunque, si bien es cierto, precisamente por este motivo la publicidad directa al público de los medicamentos con receta puede mostrar la información veraz acerca del mismo y convertirse en herramienta útil al servicio de este derecho.

Otro de los riesgos es el posible aumento del uso/abuso de los servicios sanitarios de pacientes sin enfermedad aparente, pero que como consecuencia de los síntomas descritos en la publicidad deciden acudir al médico, con el consiguiente coste que esto implica, además de anular el valor educativo, teniendo los médicos la función de informar adecuadamente al paciente sobre el medicamento y las opciones de tratamiento, en su caso.

En Estados Unidos son muchos los estudios que se han realizado sobre el impacto de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta, de los que se derivan como resultado tanto impactos positivos como negativos. La regulación en Estados Unidos prima ante todo la libertad de expresión, y los poderes de la FDA en este ámbito concreto son más limitados. Ello no obsta a los esfuerzos derivados de la preocupación que existe en la protección del derecho a la salud, encaminados a

exigir que las empresas cumplan con los requisitos de exponer el justo equilibrio de los beneficios y riesgos, así como de los efectos secundarios de un medicamento, siendo revelador el alto grado de incumplimiento. Ello se agrava por la existencia de conflictos de intereses entre industria farmacéutica y médicos, así como por la presión a la que en la práctica éstos puedan verse sometidos a la hora de dispensar un determinado medicamento, exigido por el paciente, motivado por la publicidad (aunque bien es cierto que el médico tienen la última palabra). Como dato de interés en estos esfuerzos, la FDA ha creado un sitio web en colaboración con EthicAd, en el que se da información para la educación de los consumidores sobre la publicidad de los medicamentos con receta ([www.fda.gov:prescription drug advertising](http://www.fda.gov:prescriptiondrugadvertising)).

En nuestro entorno, los esfuerzos encaminados a la autorregulación son muy importantes por parte de Farmaindustria y la aprobación del Código de Buenas Prácticas; además del papel otorgado y asumido, a los médicos y farmacéuticos a este respecto, como engranajes de un entramado normativo que pretende tutelar la salud pública y un uso racional del medicamento. En lo que respecta a la publicidad a través de Internet, también es necesario un mayor esfuerzo en la autorregulación y también en la corregulación, en el diseño de una Guía, en la que se determine la forma en la que debe presentarse el equilibrio justo entre los riesgos y beneficios del producto, según cuál sea el formato empleado.

2. El equilibrio de derechos: derecho a la salud-libertad de expresión-libertad de empresa

En el ámbito sanitario se contempla la publicidad de los medicamentos con el objetivo principal de informar al consumidor sobre el medicamento y los tratamientos destinados a mejorar la salud, al tiempo que permite a la empresa aumentar la demanda y obtener beneficios a través de la publicidad de sus productos.

Los bienes jurídicos en conflicto son dos: de un lado el derecho a la salud, que, si bien, reconocido en el artículo 43 CE, es considerado un derecho fundamental de carácter prestacional. De otro lado, la actividad publicitaria, amparada por el derecho a la libertad de expresión, del artículo 20 CE, conforme a lo establecido por el Tribunal Supremo; aunque, como se ha indicado en el apartado correspondiente, en mi opinión, más que libertad de expresión, la publicidad debe ubicarse en el derecho a la libertad de empresa del artículo 38 CE, pues, precisamente el elemento de la persuasión hace que se desvirtúe la naturaleza de la libertad de expresión en este supuesto, toda vez que el fin de lucro que lleva implícita la actividad puede ser contrario o no coincidente con la libertad de expre-

sión. En todo caso, la libertad de empresa también es considerada un derecho fundamental, como se ha expuesto. Nos encontramos, pues, con dos derechos que tienen la misma naturaleza y cuando entran en conflicto deben someterse a un necesario análisis de los límites y condiciones a los que su ejercicio se ve sometido.

Por otra parte, teniendo en cuenta la regulación que tenemos sobre la publicidad de los medicamentos, que está enfocada a concebir la publicidad con el objetivo de informar al consumidor sobre el medicamento y los tratamientos destinados a mejorar su salud, la empresa podría ampararse en su derecho a la información del artículo 20 CE, y en este caso, podríamos entender que se trata de un derecho fundamental con todas sus garantías.

Mi conclusión en esta segunda consideración es que tratándose de dos derechos fundamentales, al menos, de la misma naturaleza, la prohibición absoluta de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta, amparada en la protección del derecho a la salud, es una medida muy dura. Entre la permisión absoluta y la prohibición hay otras alternativas de intervención en esta libertad de la empresa, que tienen su apoyo en los beneficios derivados de este tipo de publicidad y que pretenden minimizar los riesgos a través de una adecuada regulación.

3. La prohibición absoluta de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta no se justifica

Como conclusión final considero que debe levantarse la prohibición absoluta de la publicidad directa al público de los medicamentos con receta y permitir el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de la empresa para publicitar sus productos, si bien, con las limitaciones necesarias en garantía del uso racional de los medicamentos.

En primer lugar, debe procurarse la efectividad del derecho a la libertad de la empresa, de un lado, así como, de otro lado, debe satisfacerse el derecho a la información de los usuarios. La regulación debe encaminarse a procurar los beneficios derivados de este tipo de publicidad y a minimizar los riesgos, toda vez que el producto que se publicita es considerado de cierta peligrosidad. De ahí, la necesidad de establecer límites a este tipo de publicidad que van más allá de lo establecido en la Ley General de Publicidad, sobre todo, teniendo en cuenta los riesgos que conlleva.

Si la publicidad cumple con los requisitos legales impuestos, el riesgo de no percibir una adecuada información es menor. En cualquier caso, la publicidad debe mostrar de forma clara y comprensible cuáles son los beneficios, pero sobre todo, cuáles son los riesgos y efectos secundarios

asociados al uso del medicamento. Según el medio empleado para la publicidad, esta información ha de ser fácilmente identificable y accesible. Las dificultades son mayores cuando el medio utilizado es Internet y, más allá de la regulación, la autorregulación y la cooperación internacional juegan un papel esencial. El refuerzo de los sistemas de autorregulación debe reflejarse también en el régimen sancionador específico, de manera que la adhesión por parte de una empresa a un sistema de autocontrol, y su posterior incumplimiento se contemple, en todo caso, como infracción administrativa.

Además, en el régimen específico de la publicidad de medicamentos, la sanción por publicidad ilícita, más allá de exigir el pago de una multa, debe traducirse en una devolución de los ingresos percibidos como consecuencia de la publicidad, en cantidad estimada por la Administración, en tanto en cuanto se trata de un enriquecimiento injusto. Más aún, teniendo en cuenta que tratándose de medicamentos financiados con fondos públicos, un aumento de la publicidad conlleva cierta inducción a la prescripción y es la Administración sanitaria la que debe responder al pago de lo financiado, pues entra dentro de la cartera del sistema público. Y aunque esta no debe ser, ni es, la justificación de la prohibición, sino el uso racional del medicamento, tampoco debe asumir las consecuencias derivadas de una publicidad ilícita en su totalidad, porque en estos casos, la publicidad ha llevado a un uso irracional del medicamento.

Trabajo recibido el 7 de junio de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Ikerketa honetan, jendarteari sendagaien gaineko zuzeneko publizitatea egiteak dituen arriskuen eta onuren inguruan eztabaidatu nahi da; bereziki, medikuaren agindua behar duten edo errezeta behar duten medikamentuei dagokienez. Europar Batasunak ezarri duen esparru juridikoa medikamentuen zentzuzko erabilera lortzeki begirakoa da. Horretarako, hainbat neurri hartu dira; hala nola, errezeta behar duten medikamentuen gaineko publizitatea egiteko erabateko debekua edo errezetarik behar ez duten medikamentuen gaineko publizitate-jarduerari zenbait baldintza eskatzea. Egun, bi herrialdek bakarrik baimentzen dute beren zuzenbidean publizitate mota hori egitea: Estatu Batuek eta Zeelanda Berriak. Artikulu honetan, Estatu Batuetako eredu juridikoaren berri emango dugu, bai eta publizitate-jarduera horren arriskuei eta onurei buruzko doktrina-eztabaidaren eta botere publikoek horren gainean duten kezkarren berri eman ere. Artikulu honetan, bi kontu jartzen dira mahai gainean: babesa merezi duten bi ondasun juridikoren arteko gatazka eta zein den edo izan behar den horien babes-maila. Batetik, publizitatea egiteko eskubidea eta eskubide hori adierazpen-askatasunerako oinarritzko eskubidetzat edo enpresa-askatasunerako eskubidetzat hartzea dago, eta, bestetik, osasun-eskubide izendatutakoaren babesa dago, edota norainokoa den estatuaren erantzukizuna sendagaien zentzuzko erabileran justifikatuta jarduera pribatuan esku hartzeki dagokionez. Gainera, publizitatearen erabiltzaileek informazioa edukitzeko duten eskubidearen funtsezko balorazioa aipatzen da, bai eta jarduera horrek iragartzen den medikamentuaren onuren eta arriskuen arteko bidezko oreka izan dezala eskatzeari buruzko balorazioa ere.

GAKO HITZAK: Sendagaiak. Publizitatea. Adierazpen-askatasuna. Enpresa-askatasuna. Osasun-eskubidea.

RESUMEN: En este estudio se pretende discutir sobre los riesgos y beneficios de hacer una publicidad directa al público de los medicamentos, en especial de los medicamentos que requieren una prescripción médica o medicamentos con receta. El marco jurídico establecido desde la Unión Europea, gira en torno a la consecución de un uso racional de los medicamentos, para lo que se adoptan una serie de medidas como la prohibición absoluta de realizar publicidad de los medicamentos con receta, así como exigir ciertas condiciones a la actividad publicitaria cuyo objeto sea un medicamento sin receta. En la actualidad solo dos países permiten en su Derecho realizar esta publicidad, los Estados Unidos de América y Nueva Zelanda; damos cuenta en este artículo del modelo jurídico estadounidense, así como del debate doctrinal y la preocupación del poder público sobre los riesgos y beneficios de esta actividad publicitaria. En este artículo se pone sobre la mesa de debate el conflicto entre dos bienes jurídicos dignos de protección, y cuál es o debe ser su nivel de protección: por una parte, el derecho a realizar publicidad y su consideración como derecho fundamental a la libertad de expresión o bien como derecho a la libertad de empresa; por otra parte, la protección del denominado derecho a la salud; y hasta dónde alcanza la responsabilidad del Estado en cuanto a su intervención en la actividad privada con la justificación en el uso racional de los medicamentos. Además, se hace referencia a la valoración sustancial del derecho a la información del usuario de la publicidad y la exigencia de que esta actividad presente un justo equilibrio entre los beneficios y riesgos del medicamento que publicita.

PALABRAS CLAVE: Medicamentos. Publicidad. Libertad de expresión. Libertad de empresa. Derecho a la salud.

ABSTRACT: This study aims to discuss the risks and benefits of direct-to-consumer advertising of drugs and prescription drugs. The general objective of the regulation in the European Union is to protect the rational use of drugs, and impose on Member States a ban on direct-to-consumer advertising of prescription drugs. Also, when the object of publicity is others drugs, this european regulation stablishs some conditions. Currently, only in USA and New Zealand direct-to consumer advertising of prescription drugs is allowed; we explain the American System, and expose the public debat in this subject. This article presents the conflict between two constitutional right that deserve protection: on the one hand, the right to freedom of expression, also the right to freedom of enterprise or commercial freedom; on the other hand, the so-called right to health; and what is the responsability of the State regarding its intervention in the private sector justified in rational drug use. The article also refers to the right to information and the need for advertising to show a fair balance between the benefits and risks of the advertising drug.

KEYWORDS: Drugs. Advertising. Freedom of expression. Commercial freedom. Public health.

Notas

Los Órganos de control externo (OCEX): una aproximación desde la perspectiva de las Relaciones Intergubernamentales

María Ángeles Abellán López
Bernabé Aldeguer Cerdá

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.09>

Sumario: I. Introducción.—II. Un balance de las Relaciones Intergubernamentales: casi cuatro décadas de desencuentros: 1. La tensión de las relaciones intergubernamentales y los conflictos de competencias. 2. La financiación autonómica. 3. Las dificultades adaptativas de la Administración General del Estado a la realidad descentralizadora. 4. La debilidad relativa de la Administración Local en el nuevo sistema.—III. La gobernanza multinivel del Estado Autonómico y de las relaciones intergubernamentales: 1. Instrumentos de colaboración vertical. 2. Instrumentos de colaboración horizontal. —IV. Un ejemplo de buenas prácticas. Los Órganos de Control Externo (OCEX).—V. Algunas consideraciones finales.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

Una mirada retrospectiva, tras casi cuatro décadas desde el inicio de la construcción del Estado autonómico, arroja algunos resultados controvertidos y señala los grandes desafíos vigentes y las perspectivas pendientes de futuro.

Los aparatos políticos administrativos de todas las Administraciones Públicas españolas se han visto afectados por profundas transformaciones que han cambiado la fisonomía del Sector Público Español pero, paralelamente, han arrastrado algunas dificultades derivadas de viejos problemas no resueltos a lo largo de nuestra historia.

El sistema político español inició a finales de los años setenta del siglo xx un cambio sin precedentes que, no solo supuso un referente político de gran magnitud, en el marco del más amplio y profundo proceso de la Transición, sino una metamorfosis social, administrativa y cultural. El proceso político experimentado por España tuvo dos claras vertientes modernizadoras: la democratización de sus estructuras políticas adminis-

trativas y la descentralización territorial, ambas estrechamente relacionadas (Solozábal, 2000; Acosta, 2005; Aragón, 2006; Tudela, 2016).

La Constitución Española (CE, en adelante) de 1978, en su título VIII proyectó un Estado descentralizado y poliédrico que rompía con el modelo centralista del régimen franquista e incorporaba innovaciones político institucionales de gran calado. El Estado descentralizado, autonómico, se ha desarrollado durante las últimas décadas en un triple nivel institucional: Estado central, sistema autonómico y régimen local (Canales y Menéndez, 2013:15).

Esta situación ha supuesto la superposición de diversos centros multi-nivel de poder político administrativo, lo que ha complejizado la distribución territorial del poder, derivando de ello la necesidad de establecer relaciones de coordinación.

Ahora, además, de las relaciones de los órganos del Estado, tanto centrales como periféricos y con los entes locales, hay que considerar las relaciones entre la Administración central y las CCAA y las de éstas con aquellas entidades ubicadas en su territorio (Baena, 1990:260).

Bajo el telón de fondo de las notables transformaciones acaecidas por la construcción autonómica, en un contexto de gobernanza, esta ponencia tiene por objeto realizar una aproximación a la complejidad de las relaciones intergubernamentales en España y abordar un caso (que no ha estado exento de tensiones) como es el de las relaciones entre el Tribunal de Cuentas (TCU, en adelante) y los órganos de control externo autonómico (OCEX, en adelante).

II. Un balance de las Relaciones Intergubernamentales: casi cuatro décadas de desencuentros

Los grandes retos actuales del Estado autonómico son numerosos y ponen de relieve un nutrido número de problemas inacabados y sin soluciones concluyentes, de enorme calado político, a la sazón. En el contexto general en el que nos hallamos inmersos, cualquier tipo de reforma estructural requiere el apoyo de las CCAA dentro de un marco de gobernanza pública, en el que agreguen y concierten las aspiraciones e intereses específicos de cada nivel de gobierno y de Administración.

La implantación e impulso de una agenda reformista, sin el concurso autonómico, están abocadas al fracaso (OCDE, 2014), puesto que un enfoque integral de los problemas de gobierno requiere un diálogo permanente entre los actores implicados y las esferas multinivel de gobierno.

El proceso de modernización administrativo desarrollado por nuestras Administraciones Públicas requiere, a día de hoy, una revisión profunda y reflexiva de las actuaciones cooperativas y coordinadas, más

allá de un marco estrictamente jurídico, tras varias décadas de desempeño institucional que constituyen ocasión apropiada para la revisión y potenciación de las instituciones fiscalizadoras (Fariña, 2002).

De hecho, las relaciones intergubernamentales entre el Estado y las CCAA forman parte de un diseño institucional que necesita perfeccionarse y formalizarse, con el fin de que a éstos les sea otorgada una configuración procedimental estable, no debiendo abrir, sin embargo, el paulatino acervo normativo acumulado a lo relativo a las relaciones intergubernamentales en España (Aldeguer, 2014).

En realidad, todos los procesos de cambio administrativo, cualesquiera que sean sus características y contenido, siempre serán algo inacabado, pues los procesos de cambio no implican normalmente cambios totales o radicales, sino que implican la suma de realidades diferentes y a veces, contradictorias (Canales, 1996).

Entre los problemas de mayor magnitud encontramos: a) las tensas relaciones intergubernamentales; b) el complejo proceso soberanista catalán; c) la necesidad de un diseño razonable y justo del modelo de financiación autonómica para garantizar el autogobierno y la igualdad; d) la búsqueda de dispositivos potentes y eficaces de coordinación horizontal entre el Estado y las CCAA y, e) el fortalecimiento de la corresponsabilidad política-fiscal y la necesaria lealtad en la rendición de cuentas de los aparatos autonómicos y, f) la construcción de una cultura político-institucional cooperativa.

Las mayores dificultades del proceso descentralizador que continúan vigentes son las siguientes: la tensión y los conflictos de competencias, la financiación autonómica, la adaptación de la AGE a la realidad descentralizadora y la debilidad de la Administración local en el sistema multinivel de gobierno.

1. La tensión de las relaciones intergubernamentales y los conflictos de competencias

Por relaciones intergubernamentales (RIG) entendemos «el contingente de actividades o interacciones que tienen lugar entre unidades de gobierno de todo tipo y nivel territorial de actuación» (Anderson, 1960), Por su lado, Wright (1997, 91-130) las concibe como un tipo específico de interacción, de ciertos actores en un contexto dado. Además, en contraste con el federalismo, para Wright las RIG incorporan un concepto más neutro, evitan hacer hincapié en las relaciones estatal-nacional, van más allá del legalismo, no presuponen relaciones jerárquicas e incorporan una extensa gama de intereses políticos interconectados.

Las RIG, dadas entre instituciones pertenecientes a niveles territoriales distintos (Ruano, 2002), se caracterizan por los siguientes rasgos: 1) inclu-

yen una amplia gama de relaciones multinivel entre las diferentes unidades; 2) destaca la importancia del elemento humano como promotores de las conductas interactivas que vinculan a los empleados públicos en ámbitos multinivel; 3) los actores implicados —empleados públicos— intercambian información y buscan la viabilidad y prosperidad de los asuntos en liza, y para tal fin, utilizan mecanismo formales, informales, prácticos y orientados a los fines perseguidos; 4) las RIG poseen una dimensión política entendida como el conjunto de intenciones y acciones o inacciones de los empleados públicos y las consecuencias de sus acciones.

El concepto de RIG trasciende el enfoque formalista y su orientación no jurídica pretende complementar el marco de las interacciones entre las unidades políticas administrativas que conforman los gobiernos (Agranoff, 1996:129). Además, pretende generar pautas de consenso y acuerdo, en un contexto caracterizado por la ausencia de un monopolio exclusivo en el ejercicio del poder (Ares, 2010).

La desconfianza y recelo tradicional entre el centro y la periferia⁽¹⁾ han marcado el ritmo y el cariz en que han transitado las relaciones intergubernamentales desde los inicios del mapa autonómico. La complejidad del sistema competencial, el deseo de afirmación de las nuevas élites políticas y las inercias centralistas condujeron a una rápida expansión de los conflictos entre ambos niveles gubernamentales. Baena del Alcázar (1990:273) afirma que en el sistema constitucional, el Estado tiene una situación ventajosa frente a las CCAA derivada, tanto de la prioridad en la aplicación de normas y de la regulación de conflictos competenciales, como del sistema establecido para la resolución de tales conflictos. Tanto es así, que la actividad del Tribunal Constitucional (TC, en adelante) ha sido intensa y constante en la demarcación de las fronteras entre la Administración central y autonómica; y sobre todo, pronunciándose en la necesaria interdependencia y colaboración política y administrativa.

Esta fragmentación política territorial resultado de la descentralización pone de relieve la necesidad de articular mecanismos de coordinación interadministrativos en el desarrollo de las políticas públicas multinivel, en que la misma área de gestión se encuentra transversalizada por distintas instituciones competenciales, cuyo concurso y coordinación resulta necesario.

El federalismo alemán cooperativo ha marcado una senda interesante para el caso español (Broüer, 2010; Colino, 2010, 2012; Arroyo, 2014; Rubio Llorente, 2016). La coordinación vertical ha sido encomendada a las conferencias sectoriales, o equivalentes, que reúnen a los máximos responsables políticos de ambos niveles de gobierno y a comisiones y grupos

(1) Utilizamos el término periferia como contraposición al centro, en el sentido de clivaje político o línea divisoria, en el sentido concedido por Stein ROKKAN.

de trabajo especializados, en los que participan funcionarios encargados de preparar y elaborar temas y asegurar su puesta en marcha.

Sin embargo, sus resultados no han cubierto las expectativas creadas puesto que su eficacia y rendimiento depende de la voluntad política de cooperación entre las partes implicadas. Una de las debilidades más notables es la proximidad de las elecciones que tiende a paralizar los contactos intergubernamentales.

Además, se añaden tres problemas de envergadura como son: la falta de coordinación, la heterogeneidad de las competencias autonómicas y la oposición de Cataluña y el País Vasco a situarse en un plano de igualdad con las demás CCAA, —el popular «café para todos». Respecto a la cooperación horizontal entre las CCAA, fuertemente limitada constitucionalmente, aún queda un largo camino por recorrer y apenas ha iniciado su desarrollo a través de algunas iniciativas incipientes, a pesar de la proliferación de mecanismos formales e informales entre Administraciones Públicas, gobiernos y parlamentos, como consecuencia de «las demandas crecientes de coordinación y eficacia en el funcionamiento de las políticas públicas» (Colino, 2011, 2012).

2. La financiación autonómica

El sistema de financiación (2) es uno de los elementos fundamentales del sistema autonómico junto al reparto competencial. Según Morata (2001:130) el volumen de los recursos financieros y el margen de autonomía presupuestaria constituyen dos indicadores relevantes del grado de autonomía política. En el diseño autonómico coexisten varios sistemas de financiación diferenciados que varían en función de las competencias que les han sido transferidas. Uno de los sistemas es el general y los otros dos corresponden al País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, que constan de regímenes fiscales especiales basados en el concierto o el convenio económico que, como expresión de una suerte de federalismo asimétrico, les permite recaudar directamente los impuestos y negociar periódicamente con las autoridades centrales su aportación a la hacienda estatal (Merino, 2014). Como resultado de estas fórmulas fiscales, tanto el

(2) El modelo de financiación se estableció en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) de 1980, y la Ley del Fondo de Compensación Interterritorial de 1984. Se ha visto modificado por la reformas de ambas leyes en diferentes años, y por la Ley General de Estabilidad Presupuestaria de 2001, reformada en 2006, 2007 y 2010, por la reforma de la Constitución por la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas, que introduce controles mas rigurosos y sanciones severas para todas las administraciones públicas. Para conocer la evolución legislativa y el marco legislativo actual de la financiación de las CCAA consultar:

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=157&tipo=2>

País Vasco como Navarra gozan de una elevada autonomía financiera que les proporciona una renta fiscal por habitante superior a la media nacional (INE, 2013). Uno de los aspectos más importantes mencionados en torno a la financiación autonómica es el de los desequilibrios interregionales y la falta de equidad entre las comunidades del régimen común y las que poseen sistemas fiscales específicos. La magnitud de esta consideración reside en la necesidad de decidir: a) el nivel de gobierno que ha de regular, recaudar y recibir lo recaudado de cada impuesto (central, autonómico o compartido), b) qué sistemas de transferencias se articulan para que los ingresos de las CCAA con menos recursos sean suficientes para gestionar los servicios que tienen atribuidos. Desde la perspectiva del gasto implica decidir qué grado de libertad tienen las autonomías para distribuir el gasto en materia de sus competencias (Pérez-Díaz, Mezo y Rodríguez, 2012:104).

Los recursos financieros de las CCAA (art. 157 de la CE) proceden de la cesión o participación en los impuestos estatales, los propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, subvenciones, transferencias, rendimientos de su patrimonio, y el producto de sus operaciones de crédito (Deuda Pública). Por consiguiente, se articula un modelo de financiación sostenido por las transferencias estatales, la fiscalidad cedida por el Estado y la fiscalidad autónoma que, junto a la emisión de deuda, son las fuentes de financiación de las políticas autonómicas.

A día de hoy, si bien la descentralización del gasto público a favor de las CCAA es una realidad, el sistema de financiación refleja una fuerte dependencia de la hacienda central y una ausencia casi total de corresponsabilidad fiscal. El problema no consiste en incrementar el volumen de recursos, sino de ampliar el margen de autonomía financiera para financiar las políticas públicas propias y cubrir los déficits acumulados (Morata 2001:131).

Tanto la falta de autonomía política como la de responsabilidad fiscal comporta un déficit de *accountability*, de responsabilidad política de los gobiernos autonómicos ante la ciudadanía. Toda la discusión sobre la equidad y el reparto financiero, lejos de mitigarse con los años, permanece abierta e inacabada, mostrando una clara dependencia de la correlación de fuerzas políticas que gobierna en cada momento sujeta a numerosas modificaciones legislativas.

El informe de FUNCAS (Pérez-Díaz, Mezo y Rodríguez, 2012) recoge algunas conclusiones y percepciones sobre el sistema autonómico de financiación. Los rasgos principales que destacan son: a) el sistema autonómico de financiación no se entiende y los ciudadanos no conocen sus líneas fundamentales, b) los ciudadanos señalan que el sistema carece de transparencia, c) los medios de comunicación no informan de manera ordenada y clara, d) crece la conciencia de que la financiación autonómica

es una pieza clave en el equilibrio del sistema financiero público en su conjunto, a través de déficits y superávits y de la emisión de deuda pública autonómica(3), e) sensación dominante de que el sistema no es equitativo, favoreciendo claramente a unas comunidades autónomas (Cataluña, País Vasco y Madrid)(4) y perjudicando a otras, calificadas como *pobres* (FUNCAS, 2012)

3. Las dificultades adaptativas de la Administración General del Estado a la realidad descentralizadora

Otros de los frentes que ha condicionado el desarrollo institucional de las CCAA ha sido la inadecuación de la Administración central al nuevo mapa autonómico. Según Morata (2001:133), a pesar de instituir un Estado políticamente descentralizado, la CE no solo ha consagrado la provincia como entidad local, sino también como un ámbito de prestación de servicios o funciones estatales no transferidas, ni a las CCAA, ni a los entes locales, tendencia que se ha visto fortalecida y consolidada con la nueva regulación de régimen local en orden al fomento de las Diputaciones Provinciales. Esta situación ha permitido el mantenimiento de un aparato administrativo centralista (la administración periférica del Estado) encarnado por el subdelegado del Gobierno (antes gobernadores civiles)(5) en cada provincia, a la que se añadió la figura del delegado del Gobierno, representante del Ejecutivo central y de asumir formalmente la dirección general de la administración periférica en cada Comunidad Autónoma (Asamblea, 2004). Sin embargo, ni la transferencia de funciones estatales ni el aumento de personal autonómico fue aparejado de un proceso reformista de las estructuras administrativas centrales y de sus empleados, sin traducirse en una reducción paralela del nivel central (Morata, 2001).

(3) Los españoles hemos asistido a una crisis de deuda pública de gran envergadura, desde 2008 a 2013, que nos ha hecho conscientes de la responsabilidad de las Comunidades Autónomas en el déficit público y de la necesidad que contribuyan a reducirlo para beneficio de toda la colectividad. Por consiguiente, la financiación expresa uno de los problemas fundamentales para el sostenimiento del sistema político español y pone de manifiesto la necesaria conveniencia de revisar y reformar la fórmula de financiación autonómica.

(4) Vid. PERÉZ-DÍAZ V., MEZO J. y RODRÍGUEZ J.C., (2012) *La crisis y las autonomías. La sociedad española ante la crisis económica y el sistema de autonomías*. Madrid: FUNCAS. Pp. 110.

(5) La Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) introdujo un nuevo modelo de organización periférica de la Administración General del Estado. Entre las notas mas destacadas del nuevo modelo se hallan la potenciación de los Delegados del Gobierno, la desaparición de los Gobernadores civiles y la creación de los Subdelegados del Gobierno en las provincias.

4. La debilidad relativa de la Administración Local en el nuevo sistema

En este nuevo sistema de triple nivel, la Administración Local (6) (el considerado *pariente pobre*) adolece de una gran dependencia, tanto del Estado, como de las CCAA, y aunque ha experimentado un aumento de sus funciones y recursos, se trata de un incremento moderado si lo comparamos con la actividad expansiva experimentada por el Sector Público y la asunción por parte del gobierno autonómico de muchas funciones que tradicionalmente eran prestadas por los entes locales en el artículo 42 del TUE (1992) y en la Carta Europea de la Autonomía Local (Consejo de Europa, 1985). En este punto, puede afirmarse que hemos pasado de un centralismo estatal a un centralismo autonómico porque las administraciones autonómicas se han mostrado beligerantes con el poder local (Ballart y Ramió, 2000).

La Autonomía Local afirmada en la CE (artículos 140, 141 y 142) supone la posibilidad de darse normas propias para configurar la organización del ente en general y el sistema de Función Pública, así como establecer una Administración propia de los recursos financieros (Suficiencia Financiera), hecho que se ha visto potenciado por la asunción paulatina de competencias sobre sanidad y servicios sociales por parte de las CCAA, de acuerdo con lo previsto en las Disposiciones Adicionales y Transitorias de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. A ello hay que adicionar el papel reforzado de las CCAA en las labores de coordinación y suspensión económico-financiera sobre las Haciendas Locales o los eventuales procesos de fusión de municipios. Algunas reformas han resultado, previamente, lesivas para la Autonomía Local (Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local, 2005). Pero la Autonomía Local es una autonomía menor, es una autonomía administrativa y, por consiguiente, no pueden aprobar leyes y están sometidas a la producción legislativa del Estado y de las CCAA (Baena del Alcázar, 1990).

Para captar más afinadamente la importancia de la Administración Local en el conjunto de la distribución del poder territorial en la sociedad contemporánea española, Baena (1990: 320 y ss.) destaca ciertas características estructurales de las entidades locales, en especial de los municipios (7): 1) la importancia del municipio como centro de representación política de la población y su pérdida de carácter de

(6) La expresión Administración Local es una generalización fruto de la necesidad de utilizar conceptos abstractos y, por tanto, lo que existe es una pluralidad de entes locales, entre los que se encuentran el Municipio y las provincias (BAENA DEL ALCÁZAR, 1990:320).

(7) Los Municipios son fórmulas organizativas cuya finalidad es vertebrar la representación política de la población prestando servicios a la misma (BAENA DEL ALCÁZAR, 1990:321).

fuelle de decisiones macroeconómicas, 2) la existencia de una situación de relativa tensión entre el Municipio y el Estado, tensión potenciada y aumentada con el advenimiento de las Comunidades Autónomas como segundo nivel de gobierno; 3) la presión ejercida por todas las Administraciones públicas sobre los entes locales, que son los menos poderosos; 4) ciertas características estructurales hacen muy vulnerables a los entes locales como: las aspiraciones de participación ciudadana repercuten, siempre en primer lugar, en el municipio por la proximidad a los ciudadanos; 5) su apertura al contexto que la expone a mayores vulnerabilidades ante las transformaciones demográficas, económicas, urbanísticas, sociológicas, etc.; 6) de la situación se deriva que atender las necesidades sociales requiere, tanto en municipios grandes como pequeños, personal cualificado y recursos financieros para satisfacer las necesidades ciudadanas.

En este marco tenso es en el que se ha desarrollado las relaciones intergubernamentales multinivel, caracterizadas por la desconfianza y el recelo, que no eximen, si bien, de ahondar en una aproximación a la Autonomía Local desde la perspectiva de su mejora en términos de fortalecimiento democrático (Aldeguez, 2014).

III. La gobernanza multinivel del Estado Autonómico y de las relaciones intergubernamentales

El enfoque de la Gobernanza también está presente en las Relaciones Intergubernamentales entre el Estado y las CCAA. El término designa a la acción combinada de un conjunto de actores cuyo objetivo es satisfacer las demandas sociales y políticas (Vallès, 2006; Aguilar Villanueva, 2008).

Asimismo, enfatiza la incapacidad directiva del Estado y de su gobierno como centro jerárquico único para diseñar y ejecutar las políticas públicas. Las nuevas interpretaciones sobre cómo construir e implementar las políticas públicas consideran que éstas son «coproducciones», en la que participan diversas instituciones públicas y actores, tanto públicos como privados, así como los destinatarios de tales políticas (Grau, Iñiguez y Subirats, 2011).

Una gobernanza democrática requiere, en un escenario plural y complejo, una visión y una actuación pública más dinámica y flexible, vinculada con las diversas instituciones multinivel y los actores de la sociedad civil, mediante el concurso de todos los actores implicados, puesto que las capacidades de gobernanación de un país no residen sólo en el gobierno (Aguilar Villanueva, 2006).

Esto implicaría un protagonismo estratégico del gobierno representativo y democrático, puesto que lo que se considera público no será sinónimo de estatal, sino que incluye la colaboración y la relación del Estado con otras instituciones y actores de la sociedad civil (Canales Aliende, 2009).

El modelo de relaciones ha caracterizado por una escasa colaboración y cooperación entre todos los actores y administraciones implicadas (8). En todo caso, esta colaboración se ha articulado a través de dispositivos formales de cooperación, con un claro predominio de las RIG verticales sobre las horizontales y de la bilateralidad sobre la multilateralidad (Jiménez Asencio, 2010).

Esto se explica porque hasta hace bien poco, las CCAA estaban interesadas en ampliar su techo competencial, en conseguir más financiación para desarrollarlas, así como en vertebrar la estructura administrativa y, en este escenario, las relaciones de colaboración horizontal no eran ninguna prioridad.

También, otro elemento que ha contribuido a la precariedad de las relaciones horizontales ha sido la búsqueda de espacios sobre los que centrar la colaboración, puesto que ésta en muchos ámbitos sectoriales dependía de la asunción de competencias por partes de las CCAA, por lo que la heterogeneidad del mapa competencial ha dificultado las relaciones entre ellas (Ridaura, 2013). La desconfianza en la cooperación entre las CCAA es de tipo político, al interpretarse como un proceso que obedece necesariamente a tendencias centrífugas (Santolaya Machetti, 1984).

Las sucesivas reformas político-administrativas apenas sí han abordado la gestión de las RIG, si se exceptúa los mecanismos de cooperación que recoge el *Libro Blanco* de 2000. Otro de los frentes que ha condicionado el desarrollo institucional de las CCAA ha procedido de las resistencias de la Administración central a la realidad descentralizadora. El creciente papel de los gobiernos autonómicos como unidades de gasto público no se ha visto compensado por reducciones en los gastos de la Administración central como fruto de las competencias transferidas.

(8) La agenda reformista de la CORA representa un claro ejemplo del papel protagonista de la AGE en la toma de decisiones públicas multinivel. La Ley 15/2014 de Racionalización del Sector público y otras medidas de reforma administrativa pone en marcha las propuestas de CORA sobre la reestructuración del sector público.

El informe CORA, con diversidad de medidas de diferente enjundia, representa una iniciativa bajo la óptica del ajuste financiero para superar las ineficiencias administrativas-organizativas, según criterios tecnocráticos y económicos. Su orientación preeminente se fundamenta en la consolidación fiscal y en las reformas estructurales, a través de unas directrices que buscan la simplificación, la racionalización y la implantación de sistemas de medición de la eficiencia.

La falta de una cultura institucional de colaboración y de cooperación entre las partes implicadas (Estado y CCAA), transmite serias rigideces y resistencias que se sustentan en un clima de conflictividad intergubernamental. El Estado realiza funciones ligadas al plano normativo, de coordinación y de planificación y posee amplias facultades para elaborar los marcos legislativos sectoriales.

Estas capacidades funcionales de la Administración central han fortalecido la Administración periférica estatal, lo que plantea otra fuente de conflictos con las CCAA. Si bien la CE consagra un Estado políticamente descentralizado, al mismo tiempo instituye la provincia como una Entidad Local y como un ámbito de prestación de servicios que no son transferidos a los ejecutivos autonómicos. Esta situación ha permitido el mantenimiento de un aparato administrativo centralista (la administración periférica del Estado) encarnado por el Subdelegado del Gobierno (antes gobernadores civiles)⁽⁹⁾ en cada provincia, a la que se añadió la figura del delegado del Gobierno, representante del Ejecutivo central y de asumir formalmente la dirección general de la administración periférica en cada comunidad autónoma. La fuerte presencia de la AGE en las regiones y la existencia de órganos centrales crecientes y cada vez más fragmentados funcionaron expansivamente frente a las incipientes comunidades autónomas.

De hecho, una de las razones que explican esta resistencia de la AGE reside en la carencia de una cultura institucional correcta de colaboración y cooperación recíprocas entre Estado y CCAA. Con un déficit institucional de tanto calado se genera un plus de resistencia ante cualquier proceso que se oriente a una ampliación de la descentralización política administrativa.

La fragmentación funcional y territorial resultante del proceso descentralizador pone de relieve la necesidad de mayores cuotas de coordinación, pues tanto la formulación, la implementación y la financiación de las políticas públicas requieren la intervención de los gobiernos multinivel, en un contexto político complejo que apuesta por la gobernanza como paradigma gubernamental. La creación de órganos e instrumentos para la articulación de la praxis competencial no ha cubierto las expectativas generadas puesto que su eficacia y rendimiento depende de la voluntad política para cooperar entre las partes.

(9) La Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) introdujo un nuevo modelo de organización periférica de la Administración General del Estado. Entre las notas más destacadas del nuevo modelo se hallan la potenciación de los Delegados del Gobierno, la desaparición de los Gobernadores civiles y la creación de los Subdelegados del Gobierno en las provincias.

Sin embargo, las relaciones de colaboración han tenido un desarrollo peculiar, con tres dinámicas distintas que plantean problemas diversos: un desarrollo notable de los instrumentos de colaboración vertical, una evidente precariedad de esos instrumentos horizontales entre las CCAA y la incógnita que supone la Conferencia de Presidentes en el conjunto de los instrumentos de cooperación existentes (García Morales, 2008).

La misma cooperación entre la CCAA es uno de los principales retos para lograr cierta madurez en sus relaciones de casi cuatro décadas.

Lo que parece razonable, a la vista de lo expuesto, es que los modos de gobernar deben ser sometidos a examen y modificados en aras de crear mayores interdependencias, coordinaciones y sinergias entre el Estado y las CCAA.

Los principales dispositivos de colaboración entre Estado-Comunidades Autónomas son los siguientes:

1. Instrumentos de colaboración vertical

El caso español pone de manifiesto el escaso uso que se ha hecho de las relaciones de colaboración entre las CCAA, estando marcadas por la verticalidad, en detrimento de la horizontalidad. Esta situación resulta paradójica, cuanto menos, en un marco de gobernanza donde todos los actores aspiran a la gobernabilidad general.

Entre los mecanismos de colaboración vertical encontramos la Conferencia de Presidentes de las CCAA (10), que presenta un carácter vertical y nace como un órgano de máximo nivel político entre el Estado y las comunidades autónomas.

Otro dispositivo son los Convenios de Colaboración (11), que sustancian los acuerdos entre la AGE y una o varias CCAA y que junto a las Conferencias Sectoriales constituyen los instrumentos cooperativos

(10) Desde su creación en 2004, la Conferencia de Presidentes de las Comunidades Autónomas ha celebrado cinco reuniones, siendo la última en octubre de 2012 sobre Estabilidad Fiscal, Situación Económica y laboral de España.
http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Confer_Presidentes.html

(11) Los convenios de colaboración tienen una regulación básica, aunque mínima, en el artículo 6 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que fija los requisitos que deben cumplir. Esta regulación se completa, para la Administración General del Estado, con los Acuerdos de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990 y de 3 de julio de 1998. Los convenios que suscriben los Ministros y los Presidentes y Directores de los organismos públicos de la Administración del Estado requieren de un trámite de autorización previa por parte de la Secretaría de Estado de Administración Pública. (Artículo 86, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas).

más frecuentes en el Estado Autonómico (Duque, 2007; Tajadura, 2010), con un notable impacto en las Relaciones desde perspectivas como la ideológica, los temas abordados, el factor humano o el liderazgo (De La Peña, 2015).

Los Convenios de Colaboración son instrumentos de cooperación de naturaleza bilateral que han ido adquiriendo un tratamiento multilateral, de forma que una parte muy significativa de los convenios suscritos tienen la consideración de «convenios de suscripción generalizada» y son firmados por la gran mayoría de las CCAA y conciernen al desarrollo de políticas públicas generales. Los Convenios de Colaboración versan «sobre gestión y prestación de servicios en el ámbito de competencias ejecutivas de las CCAA; y serían acuerdos los que incidieran sobre competencias legislativas y aquellas otras que, aún afectando sólo a potestades ejecutivas, diseñaran un marco permanente de cooperación entre un amplio abanico de materias» (González García, 2009).

Las Conferencias Sectoriales (12), por su parte, son órganos de cooperación multilateral de un determinado sector de la actividad pública. En ellas se integra el titular del Ministerio y los consejeros de las CCAA responsables de dicha materia y que constituyen el principal pilar de la cooperación interadministrativa.

Las Comisiones Bilaterales de Cooperación son órganos bilaterales de colaboración entre el Estado y las CCAA, de ámbito general, que integra a miembros del Gobierno, representando a la AGE, y a los miembros del Gobierno autonómico, representado a la Comunidad Autónoma. Se considera un mecanismo eficiente y práctico para la resolución de problemas frente a otras RIG's, a pesar de su inicial carencia de cobertura legal, circunstancia que se supliría a partir de la reforma de la LRJPAC (Ley 4/1999, de 13 de Enero) y la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de Octubre del TC (LOTG). Su institucionalización ha venido dada por su reconocimiento en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados.

Otra modalidad participativa de las CCAA es su participación en la gobernanza de la UE. Las competencias asumidas por la UE han afectado a las competencias de las CCAA en temas tan dispares como agricultura, pesca, medio ambiente, consumo, políticas sociales o transpor-

(12) Existen en la actualidad 37 Conferencias Sectoriales, con un nivel de actividad muy heterogéneo entre sí. Las Conferencias con mayor número de reuniones anuales son aquellas de los sectores de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente. En el año 2014 se celebraron un total de 65 reuniones de Conferencias Sectoriales, y en 2013, 61 reuniones, existiendo una media de 69,8 reuniones anuales en los últimos cinco años.

http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/politica_autonomica/coop_autonomica/Conf_Sectoriales.html

tes. De ahí la importancia de un sistema que permita la participación autonómica en los órganos de las instituciones que adoptan los actos comunitarios.

2. Instrumentos de colaboración horizontal

Los Estados políticamente descentralizados se dotan de instrumentos eficaces de colaboración horizontal para fortalecer el autogobierno de los entes territoriales, conseguir mayor integración y participación en la gestión de los servicios públicos y frenar las tendencias re-centralizadoras. La necesidad de colaboración entre las CC.AA., en el contexto de gobernanza de un Estado descentralizado, les ha conducido a sortear los obstáculos existentes y generalizar instrumentos para el desarrollo del proyecto autonómico. Todo ello se ha materializado mediante el tejido de una serie de relaciones entre las CCAA a través de lo que se ha denominado la Colaboración Sumergida (Ridaura Martínez, 2013).

Además, los instrumentos de colaboración horizontales tienen un importante hándicap como es el artículo de la CE, que establece que «los acuerdos de cooperación entre las CCAA necesitarán la autorización de las Cortes Generales» (artículo 145.2 CE). Por otro lado, los Estatutos de Autonomía, tampoco han facilitado una ordenación homogénea y coherente de los supuestos, requisitos y términos para desarrollar una colaboración convencional más fluida entre las CC.AA. (Ridaura Martínez, 2013).

Algunos de los instrumentos de colaboración horizontales entre las Comunidades Autónomas, más usuales son los siguientes (13):

La Conferencia de los Gobiernos de las CCAA (14) ha dado sus primeros pasos en la institucionalización de encuentros de carácter político que no entrañen vinculación jurídica. Este foro permite el intercambio de información, promueve la colaboración multilateral y normaliza la necesaria cooperación interadministrativa del Estado descentralizado (Aguado Renedo, 2012).

(13) No se pretende establecer una sistematización exhaustiva ni un catálogo cerrado de todos los instrumentos y dispositivos de colaboración horizontal entre las CCAA. La pretensión última es exponer algunos de los instrumentos que han cosechado mayores logros y que han institucionalizado las relaciones horizontales, como en el caso de OCEX autonómicos.

(14) El 9 de julio de 2008 se celebró en Zaragoza un foro entre las comunidades autónomas para tratar diversos aspectos del desarrollo de sus respectivos Estatutos de autonomía. En el VIII Encuentro celebrado en el año 2011, en Santiago de Compostela, se acordó transformar el modelo y crear la Conferencia de los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, con la finalidad de promover la cooperación y la colaboración política y administrativa entre las comunidades autónomas. En 2011 en Santander se celebró la I Conferencia de Gobiernos de las CCAA.

En paralelo, la Conferencia de Presidentes de Parlamentos Autonómicos (COPREPA) (15), instituida en 1997, en la sede de las Cortes de Aragón, es un foro institucional de encuentro y debate de los presidentes de las cámaras legislativas de las diecisiete CCAA de España, en la que no hay representación de las Cortes Generales. Su objetivo es la puesta en común de experiencias e información en el ámbito de sus competencias; la aprobación de iniciativas conjuntas, la fijación de posiciones conjuntas comunes para las reuniones de la CALRE, Conferencia de Asambleas Legislativas Regionales de la Unión Europea.

IV. Un ejemplo de buenas prácticas. Los Órganos de Control Externo (OCEX)

En el siguiente epígrafe se expone un ejemplo de buenas prácticas intergubernamentales, en el marco de gobernanza vigente. Tras la revisión de los mecanismos e instrumentos que arbitran y vehiculan la colaboración, tanto vertical como horizontal, entre las CCAA, el trabajo ahonda, específicamente, a continuación, en las relaciones que las CCAA han venido a establecer entre sí en lo relativo a un área de gestión tan relevante como el control y la fiscalización contable del Sector Público autonómico (OCEX).

Los Parlamentos tienen atribuido el ejercicio de la función de control en los sistemas poliárquicos y requieren unos órganos comisionados auxiliares altamente especializados, de carácter técnico, encargados del control de la gestión económica financiera del Sector Público y las Administraciones Públicas.

Si bien, ciertos sectores interpretan que la importancia de los Parlamentos ha disminuido mientras que la de los Ejecutivos ha aumentado, lo cierto es que el control sobre los caudales públicos continúa siendo una actividad indispensable y el presupuesto sigue siendo, pues, la piedra angular de la actividad económica pública (Gómez Sánchez, 2001:15).

Los órganos especializados a los que nos referimos, en el contexto español, son los conocidos como los órganos de control externo autonómicos (OCEX) reconocidos estatutariamente, que proporcionan información técnica para ejercer el control sobre la acción de gobierno.

El conjunto institucional conformado por la actuación y ordenación integrada de los OCEX en conjunción con el TCu es denominado como las instituciones de control externo (ICEX). Teniendo en cuenta, además, a

(15) http://www.coprepa.es/index.php?option=com_content&view=article&id=228&Itemid=178;
http://www.coprepa.es/images/declaraciones_coprepa/coprepa_declaracion_madrid_2015.pdf
<http://www.coprepa.es/images/pdf/mas%20sobre%20coprepa.pdf>

efectos de la gobernanza multinivel en el ámbito de la fiscalización, la actuación del Tribunal de Cuentas Europeo (TCE, en adelante), así como el impacto y repercusión de las normas internacionales de contabilidad pública sobre la actividad de los OCEX (Navarro, 2007).

La importancia que poseen las instituciones de control externo (ICEX), que velan por la legalidad, la eficacia y la eficiencia del gasto público, deviene en imprescindible, puesto que es una demanda social generalizada (Tudela Aranda, 2008:130).

La información contable suministrada por los OCEX y el TCU es un activo valioso para toda la sociedad, sirviendo para la formación de la opinión pública, conocer mejor las decisiones políticas, fraguar una ciudadanía más instruida y legitimar las instituciones democráticas.

La necesidad de colaboración y cooperación es, hoy día, imprescindible, como lo demuestra el lema de la Organización Internacional de las Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), «Experientia mutua omnibus prodest», que forma parte de la filosofía de los órganos fiscalizadores autonómicos, y cuya aplicación ha obtenido excelentes resultados, tanto desde el punto de vista del entendimiento mutuo como desde el rendimiento de sus estructuras.

Nuestro sistema de control externo es dual orgánicamente constituido por el TCU y los OCEX autonómicos, en correspondencia con la descentralización de nuestras estructuras político administrativas.

En la actualidad, existen doce órganos autonómicos de control externo dedicados a la fiscalización del sector público de sus territorios, función a la que también se debe añadir la de asesoramiento a sus respectivos parlamentos en materias económico-financieras.

En España, los organismos de control externo reciben diferentes denominaciones: Sindicaturas de Cuentas, Cámara de Cuentas, Audiencia de Cuentas, Consejo de Cuentas y Tribunal de Cuentas.

Andalucía (16), Baleares (17), Aragón (18), Asturias (19), Canarias (20), Castilla y León (21), Cataluña (22), Galicia (23), Madrid (24), Navarra (25), País

(16) Cámara de Cuentas de Andalucía; <http://www.ccuentas.es/>

(17) Sindicatura de Comptes de Illes Balears; <http://goo.gl/bVFwYk>

(18) Cámara de Cuentas de Aragón; <http://www.camaracuentasaragon.es/>

(19) Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias; <http://goo.gl/XK0gel>

(20) Audiencia de Cuentas de Canarias; <http://www.acuentascanarias.org/>

(21) Consejo de Cuentas de Castilla y León; <http://www.consejodecuentas.es/>

(22) Sindicatura de Comptes de Catalunya; <http://www.sindicatura.org/es/>

(23) Consello de Contas de Galicia; <http://www.consellodecontas.es/es>

(24) Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid; <http://goo.gl/kqfIZX>

(25) Cámara de Comptos de Navarra; <http://camaradecomptos.navarra.es/>

Vasco (26) y Valencia (27) son las Autonomías que disponen de órganos de control externo (28).

Las competencias de los OCEX son, exclusivamente, la fiscalización de su respectivo Sector Público autonómico y local. Por otro lado, existe cierta controversia, que actualizó la CORA, sobre si la existencia de los OCEX es o no necesaria (29) para la fiscalización del sector público autonómico y local. Si bien, en todo caso, la resolución de tal controversia depende de la voluntad de auto-organización de cada Comunidad Autónoma.

El artículo 136 CE establece que el TCU, fiscalizador del conjunto del Sector Público (Administración del Estado, CCAA, Corporaciones o Entidades Locales, Seguridad Social, sociedades estatales y empresas públicas), ha de mantener una relación de supremacía sobre el resto de OCEX. De hecho, los órganos de control externo autonómico carecen de la función de enjuiciamiento contable, que sólo detenta el TCU como competencia propia. En el marco de la gobernanza, el diseño institucional del control externo español se ha orientado a extraer las ventajas de la descentralización, a través de la vertebración de dispositivos de coordinación, de colaboración y la creación de sinergias. El marco legal, dado por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de Mayo, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (LFTCU) estableció las medidas de coordinación y jerarquía entre el TCU y los OCEX, asegurando el carácter supremo del primero. Por esta razón, la integración del sistema ha de sustentarse en unos principios básicos, pero también en un diseño institucional eficaz que garanticen tanto su funcionamiento como el equilibrio entre la unidad y la autonomía del sistema, que es el núcleo de la articulación de las relaciones intergubernamentales. Estos principios básicos son: a) la coordinación; b) la comunicación; c) la colaboración; d) la jerarquía y, e) la Declaración de Pamplona.

La creación de los OCEX en las CC.AA. donde existen, no se realizó en el mismo momento fundacional de las instituciones de autogobierno, sino que cada Comunidad Autónoma ha tenido su propio ritmo y proceso de creación, como lo manifiesta las leyes de creación de los OCEX.

(26) Tribunal Vasco de Cuentas Públicas; <http://web.tvcp.org/es/>

(27) Sindicatura de Comptes de la Comunitat Valenciana; <http://www.sindicom.gva.es/>

(28) La legislación autonómica reguladora de los OCEX contiene cláusulas de salvaguardia de las competencias del Tribunal de Cuentas al establecer que las que se atribuyen a aquéllos se ejercerán sin perjuicio de las que correspondan al TCU.

(29) Como ya se ha señalado, la Ley 1/2014 de 24 de abril, suprimió la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha. No obstante, existe una posición aceptada de acercar el control a la gestión tanto en el tiempo como en el espacio. El fundamento es que los Gobiernos y las Administraciones autonómicas deben rendir cuentas de su gestión a sus respectivos parlamentos, por la razón de que son ellos los que han aprobado sus presupuestos.

La más antigua es la de Navarra y Cataluña, que datan de 1984, y la más reciente es la de Aragón, de 2009.

Las CC.AA. con órgano de control externo propio han proporcionado ayuda, a lo largo de las últimas décadas, a aquellas Autonomías que estimaban e iniciaban la creación de su OCEX.

En 2006, con motivo de la conmemoración de los veinticinco años de los OCEX, los presidentes de los tribunales autonómicos decidieron constituir la *Conferencia de Presidentes*(30) y favorecer la cooperación entre las instituciones de control. Sus objetivos principales pretenden fomentar la conciencia colectiva de la importancia del control para una gestión pública eficaz, íntegra y transparente; priorizar la fiscalización sobre áreas prioritarias como las subvenciones, los contratos y las encomiendas de gestión; la búsqueda de nuevas metodologías fiscalizadoras e indicadores más precisos que incluyan el impacto social; la formación de los empleados públicos; la informatización de todos los procesos fiscalizadores; o, la exigencia en la evaluación de los riesgos, la exigencia de la rendición de cuentas de las Entidades Locales, entre otros propósitos.

En este sentido, tanto la fiscalización de los sistemas informáticos de las Administraciones Públicas como la evaluación de las políticas públicas en relación al desarrollo sostenible se plantean como aspiraciones necesarias.

La coordinación entre el TCu y los OCEX autonómicos se materializa en varias clases de actuaciones:

- a) El intercambio de los respectivos Programas anuales de fiscalizaciones, con el fin de planificar y programar de manera coordinada las actuaciones de cada una de las Instituciones de control externo.
- b) La realización de fiscalizaciones conjuntas entre el TCu y los OCEX sobre ámbitos comunes, como las Universidades públicas o el Patrimonio Municipal del Suelo.
- c) El mantenimiento de reuniones periódicas de coordinación, tanto entre los Presidentes de las Instituciones de control externo como en las Comisiones de coordinación constituidas en los siguientes ámbitos: el sector público autonómico, el sector público local y las normas y procedimientos de fiscalización.

(30) La primera reunión de la Conferencia de Presidentes de Tribunales de control externo autonómicos, se celebró en Pamplona, el 19 de octubre de 2006.

- d) La creación de una Plataforma(31) de rendición de cuentas, gestionada conjuntamente por el TCu y por la mayoría de los OCEX(32), a través de la cual se rinden telemáticamente las cuentas de la mayoría de las Entidades Locales españolas, y así se evita la necesidad de rendir las cuentas por duplicado. En este Portal electrónico se pone a disposición de la ciudadanía el conocimiento sobre la rendición de cuentas y el contenido de las mismas, respecto a las Entidades que conforman la Administración Local.

Por lo que se refiere a las actuaciones de naturaleza jurisdiccional, aunque los OCEX carecen de competencias en este ámbito (puesto que es competencia exclusiva del TCu), sí se prevé que puedan llevar a cabo la instrucción previa de los procedimientos cuando así se delegue por el Tribunal, atendiendo a la mayor eficacia en la realización de las actuaciones de instrucción.

Una importante iniciativa de cooperación es la reciente creación de ASOCEX, Asociación por los órganos de control externo de once CCAA, que pretende fomentar la cooperación entre ellos e incrementar la coordinación con el TCu.

Para finalizar este epígrafe, convendría destacar una consideración importante como es el entendimiento alcanzado por los OCEX como un caso de éxito en las relaciones intergubernamentales españolas a la luz de un reparto de competencias cuyo reparto no resulta precisamente hermético (Macho, 2002). Desde una visión actual y dinámica, los OCEX ponen de manifiesto numerosos éxitos de buenas prácticas y de colaboración estrecha, en aras de sus objetivos.

La voluntad manifiesta que expresan de cooperar, de entenderse, manteniendo una orientación técnica a la tarea y su necesaria independencia funcional, minimizando las interferencias partidistas o políticas, es la clave de su éxito, en tanto en cuanto la fiscalización, a futuro, para su materialización, requiere de «la debida planificación y actuación conjunta con los demás órganos fiscalizadores con los que concurre», tanto públicos como privados (Muñoz, 2002).

En la tabla siguiente se expone un cuadro resumen de algunos de los principales hitos de la gobernanza de los OCEX junto al TCu.

(31) <http://www.rendiciondecuentas.es/es/index.html>

(32) Desde marzo de 2015 se publica el Boletín OCEX, un boletín informativo de las instituciones fiscalizadoras autonómicas, cuyo objetivo es dar a conocer los organismos de control externo, comunicar sus actividades a la ciudadanía y ofrecer una visión de global del trabajo que realizan. <http://goo.gl/s17sZ9>

Tabla 1

Resumen de los principales hitos de Gobernanza OCEX-TCU

Fechas clave		Principales hitos de Gobernanza
2006	15 de junio en Madrid 19 de octubre Declaración de Pamplona: Primera reunión de presidentes de los OCEX	Constitución de Conferencia de Presidentes de OCEX. Acta fundacional de la Declaración de Pamplona. Búsqueda de eficacia. Formación del Personal de los OCEX.
	22 de marzo II Conferencia Presidentes OCEX en Valladolid	Intercambio de experiencias. Avance en el acuerdo sobre rendición de cuentas de los EE.LL. por vía telemática.
2007	11 de abril Reunión de los presidentes OCEX en Barcelona	Foro Tecnológico de los OCEX. Formación de Personal. Convenio con elTCU para rendición de cuentas de los EE.LL.
	20 de noviembre Reunión de los presidentes OCEX en Vitoria	Definición de relaciones con elTCU. EURORAI Formación del personal. Adhesión a FIASEP.
2008	21 de febrero Barcelona	Institucionalización relaciones entre TCU y OCEX. Preparación de reuniones con el Presidente TCU. Seminarios de EURORAI. Estudio de la viabilidad de firma de convenio sobre traslado de funcionarios entre diferentes países. Organización de encuentros técnicos de los OCEX.
	6 de marzo Valencia	
	28 de marzo Conferencia de Presidentes en Madrid	
	19 noviembre Reunión en Madrid	
2009	6 de marzo Reunión de los presidente de los OCEX, en Barcelona	Estudio de la coordinación entre los OCEX y elTCU. Valoración para crear una Conferencia conjunta del TCU y los OCEX: Conferencia de ICEX. Asistencia a la Conferencia de Valencia del Presidente delTCU, como invitado. Análisis del estado de las relaciones entre los ICEX. Valoración y deliberación del suministro de información. Análisis realizado por técnicos de los OCEX sobre información común para elTCU.
	2 de junio Conferencia de Presidentes, en Valencia	
	22 octubre de 2009 reunión Presidentes OCEX, en Pamplona	

Fechas clave		Principales hitos de Gobernanza
2010	21 de enero Reunión de OCEX en Valencia	Estudio para ampliación de miembros de los OCEX que forman parte de la Comisión del Sector Público de AECA. Análisis normativa de control externo. Debate sobre el régimen jurídico del personal de OCEX. Valoración de las conclusiones de la reunión con el TCU sobre el enjuiciamiento contable.
	22 de marzo Conferencia de Presidentes en Madrid	
	8 de septiembre reunión en Galicia	
2011	3 de febrero Reunión en Sevilla	Protocolo de relaciones entre la Conferencia del Consejos Sociales de las Universidades y la Conferencia de Presidentes de los OCEX. Nombramiento de representantes de los OCEX en el Comité Ejecutivo de EURORAI. Análisis sobre el debate social en torno a la fiabilidad de las cuentas públicas entre los ICEX.
	22 de marzo Reunión de Conferencia de Presidentes en Sevilla	
	13 de julio Reunión ICEX en sede TCU	
2012	22 de marzo reunión en TVCP	Debate y aprobación el convenio de la plataforma de rendición de cuentas. Análisis y deliberación sobre el papel de los OCEX en el Plan de Reformas de 2012. Estudio de la Instrucción del TCU sobre la remisión de contratos del sector público. Actualización del documento «Principios y Normas de Auditoría del Sector Público».
	21 de mayo Conferencia de Presidentes OCEX en CyLM	
2013	22 de mayo Conferencia de Presidentes OCEX en Sevilla	Coordinación con el TCU y propuesta de actuaciones horizontales. Análisis de la CORA y su influencia en los OCEX. EURORAI. Diseño de fiscalizaciones horizontales para 2014. Propuestas sobre normas técnicas de fiscalización.
	27 de septiembre en Madrid	
	28 de noviembre en Madrid	

Fechas clave		Principales hitos de Gobernanza
2014	26 de junio Reunión de ICEX Tenerife	Análisis de impacto de la CORA. Valoración de reuniones con representantes de la Conferencia de Consejos Sociales de las Universidades Públicas españolas. Aprobación Normas Internacionales de Auditoría del Sector Público, adaptadas por la Comisión de Normas y Procedimientos de los ICEX. Adaptación a las normas de INTOSAI. Análisis de novedades legislativas y proyectos normativos en curso. Novedades plataformas telemáticas de rendición de cuentas y remisión de contratos. Creación de un censo del sector público para la Ley de Transparencia. Preparación de encuentros con el Presidente del TCU.
	15 de octubre Conferencia en Madrid	
	4 de diciembre Conferencia en Madrid	
2015	24 de marzo Conferencia de Presidentes OCEX en Madrid	Creación ASOCEX. Relaciones con el TCU y OCEX: impulso y coordinación. Estrategia conjunta implantación ISSAI-ES. Colaboración con Consejos Sociales de las Universidades Públicas Españolas. EURORAI; Seminario en Dresde, 22-23 octubre; Seminario en abril de 2016 y Congreso en Nantes, en octubre de 2016. Avances de los trabajos de la Comisión Técnica de normas de los OCEX. VI Foro Tecnológico y IX Encuentros Técnicos, en Oviedo.
	2 de junio Conferencia de Presidentes OCEX en Madrid	

Fuente: Elaboración propia.

Del acopio empírico acumulado y sistematizado en la precedente tabla conviene y resulta posible extraer algunas tendencias y pautas acerca del proceso de institucionalización de las RIG entre los OCEX y de éstos con el TCU, según se expone a continuación:

1. La idoneidad y pauta en la consolidación de las RIG de naturaleza, tanto vertical como horizontal, establecidas entre el Estado y las CCAA, y de las CCAA entre sí, se ha trasladado y proyectado al ámbito del control del Sector Público, mediante las relaciones entre los OCEX y el TCU.

2. El trabajo aborda el período cronológico comprendido entre el año 2006, en que se produce la primera reunión de los Presidentes de los OCEX (Octubre de 2006, Pamplona) y el momento de redacción del presente estudio (2015). Desde tal instante, la Gobernanza emprendida se ha concretado en diferentes ámbitos que, de forma creciente y paulatina, han venido a institucionalizar un escenario formal de relaciones interinstitucionales. Tales áreas son:
 - La formación del personal de los OCEX;
 - El intercambio de información y asistencia mutua. Este cometido alude al «establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización con una doble finalidad: garantizar la mayor eficacia en los resultados y evitar duplicidades de actuación» (Fariñas, 2002), armonizando y estandarizando los parámetros e indicadores;
 - Más recientemente, valoración y evaluación del impacto derivado de la CORA y su influencia específica sobre los OCEX;
 - Exploración de las formas de colaboración con el TCu, y actuaciones de corte horizontal entre los OCEX;
 - Formalización de convenios y adhesión a entidades y asociaciones profesionales, como FIASEP, Comisión del Sector Público de AECA, Conferencia de Consejos Sociales de las Universidades e INTOSAI, así como participación en encuentros, seminarios, foros y congresos (EURORAI, VI Foro Tecnológico y IX Encuentros Técnicos [Oviedo, 2015]).
 - La celebración anual de las Conferencias de Presidentes de los OCEX de forma continuada y constante pone de manifiesto el compromiso de dar seguimiento a la labor de coordinación e interinstitucionalidad al más alto nivel, independientemente de los liderazgos políticos y la cooperación técnica que, en el nivel operativo se produce, como por ejemplo, en el caso de los encargos de fiscalización que, por acuerdo plenario, pueda realizar el TCu a algún OCEX autonómico.
3. Más allá del carácter político que a la actuación de los OCEX se le pueda atribuir como órgano comisionado de las Asambleas Parlamentarias autonómicas, el fortalecimiento de la coordinación y la cooperación se erige como una vía de consolidación del carácter técnico por la vía de la normalización formal de procedimientos y criterios de fiscalización (Fariñas, 2002).

V. Algunas consideraciones finales

En este artículo se ha analizado el contexto de las relaciones intergubernamentales en España, con la pretensión de ofrecer una panorámica general de las principales ideas y núcleos de problemas a los que se ha enfrentado en los últimos 30 años el sistema político administrativo español. Una fructífera línea de investigación pasa por la consideración de incluir en la agenda reformista y modernizadora de nuestro sistema político-administrativo las relaciones intergubernamentales con toda la carga tecnocrática, política y axiológica que lleva consigo, lo que redundaría en un mejor conocimiento de la realidad política española.

Una vez contextualizado este escenario, el objetivo perseguido ha sido presentar un ejemplo de buenas prácticas intergubernamentales, que ha producido excelentes resultados, centrado en los OCEX, con la creación de un foro específico que ha logrado una exitosa articulación con el TCU para la resolución de los problemas y desafíos que tiene planteado el sistema de control externo español.

Lo cierto es que, dado el dinamismo y la necesidad de cooperación del sistema político administrativo español, algunas de las cuestiones que se han ido desarrollando en el texto, requieren un análisis más profundo, precisamente, por las mutaciones que acompañan a la dinámica intergubernamental. No obstante, el caso ejemplificado en los OCEX arroja unas perspectivas muy positivas sobre las herramientas colaborativas y la voluntad de entendimiento en el marco de la gobernanza actual.

VI. Bibliografía

- ACOSTA, J., 2005, «Reforma y límites del Estado Autonomico», en GARCÍA HERRERA, M. Á. y VIDAL BELTRÁN, J. M.^a., *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*. Editorial Constitución y Leyes – COLEX – INAP. Madrid, 2005, Vol. 2, págs. 131-144.
- AGRANOFF R., «Las relaciones y la gestión intergubernamentales», en R. BAÑÓN y E. CARRILLO. *La nueva Administración Pública*. Alianza. Madrid, 1997.
- AGUADO RENEDO, C., «Conferencias de los Gobiernos y de los Presidentes de las Comunidades Autónomas», en MATIA PORTILLA, J. (coord.) *Pluralidad territorial, nuevos derechos y garantías*. Comares. Granada, 2012.
- AGUILAR VILLANUEVA L. F., *Gobernanza y gestión pública*. FCE. México, 2006.
- ALDEGUER, B., «Autonomía Local, equilibrio presupuestario y sostenibilidad financiera. Tendencias y perspectivas contemporáneas en las re-

- laciones de tutela financiera y control presupuestario local en España (2008-2014)», en *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, 2014, Vol. 1, n.º 2, págs. 181-218.
- ANDERSON, W., *Intergovernmental relations in review*. University of Minnesota Press. Minneapolis, 1960.
- ARAGÓN, M., «La construcción del Estado autonómico», en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, 2006, n.º 54/55, págs. 75-95.
- ARES, C., «A vueltas con la gobernanza multinivel», en *Revista Española de Ciencia Política*, 2010, n.º 22, págs. 119-133.
- ARROYO, A., «El federalismo alemán», en TAJADURA, J. *Federalismo del S. XXI*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2014.
- ASAMBLEA: REVISTA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA DE MADRID, *Ejemplar dedicado a Gobierno y Administración del Estado. Comentarios a la Ley 6/1997, de 14 de Abril, de Organización y Funcionamiento de la AGE*, 2004, Núm. 2 (extra), Madrid: Asamblea de Madrid.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Curso de Ciencia de la Administración*. Vol. 1. Tecnos. Madrid, 1990.
- BALLART X. y RAMIÓ C., *Ciencia de la Administración*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- BROÜER, D., «Las relaciones Intergubernamentales en el federalismo alemán: Una perspectiva de la experiencia práctica», en TUDELA, J. y KNÜPLING, F. (coord.) *España y modelos de federalismo*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2010.
- CANALES ALIENDE, J.M., *Documentos Básicos para la Modernización y el Fortalecimiento de las Administraciones Públicas en Iberoamérica*. ECU. Alicante, 2009.
- CANALES ALIENDE, J.M., «Las Administraciones Autonómicas en España: ¿imitación o innovación?» en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 1996, n.º 7-8. Págs. 139-142.
- CANALES ALIENDE, J.M. y MENÉNDEZ ALZAMORA M. (eds.), *El sistema político administrativo Valenciano*. Tirant lo Blanc. Valencia, 2013.
- CANALES, J. M. & PÉREZ, P. L., *Introducción al Gobierno y a la Gestión Local*. ECU. Alicante, 2002.
- COLINO, C., «Understanding federal change: types of federalism and institutional evaluation in the Spanish and German federal systems», en Jan Erk, W. Sw. *New Directions in Federalism Studies*. Routledge / ECPR, 2010.
- COLINO, C., «Federalismo horizontal en el Estado Autonómico. La evaluación de los mecanismos de cooperación horizontal en España», en *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 2011, n.º 2, págs. 1-13.
- COLINO, C., «Las relaciones intergubernamentales en España y su práctica: un estado de la cuestión y algunas consideraciones en perspectiva

- comparada», en César COLINO, Sandra LEÓN, Mónica FERRI y Mayte SALVADOR, *La práctica de la cooperación intergubernamental en España*. CEP. Madrid, 2012.
- DE LA PEÑA VARONA, A. *et alt.*, «Los Consejos Sectoriales (2001-2012): dinámica de funcionamiento y valores y percepciones de los agentes políticos y técnicos», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 2015, n.º 14.
- FARIÑA BUSTO, L., «El Tribunal de Cuentas y los OCEX», en MACHO BERRROYA, M.ª A., *et alt.*, *Revista Española de Control Externo*, 2002, Vol. 4, N.º 12, págs. 33-64.
- GARCÍA MORALES, M.ª JESÚS, «Relaciones de colaboración con las Comunidades Autónomas», en *Informe Comunidades Autónomas 2001*. Instituto de Derecho Público. Barcelona, 2002.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El Tribunal de Cuentas. El control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*. Marcial Pons. Madrid, 2001.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Un distingo constitucionalmente relevante: convenios de colaboración vs. acuerdos de cooperación entre CCAA», en *Revista de Estudios Políticos*, 2009, n.º 145, págs. 97-118.
- GRAU, M., ÍÑIGUEZ, L. y SUBIRATS, J., «¿Cómo gobernar la complejidad? Invitación a una gobernanza urbana híbrida y relacional», en *Athenea Digital: revista de pensamiento e investigación social*, 2011, Vol. 11, n.º 1, págs. 63-84.
- JIMÉNEZ ASENCIO, R., «La Administración General del Estado en un Estado compuesto», en Jordi Sevilla (coord.). *La reforma de la Administración General del Estado*. LID Editorial Empresarial. Madrid, 2010.
- MACHO, M.ª A., «Mesa Redonda EITCu y los OCEX», en *Revista de Control Externo*, 2002, n.º 12, Tomo 1, págs. 33-64.
- MERINO, I. y UGARTEMENDIA, J. I. (dir.), *Concierto económico y derecho de la UE*. IVAP. Oñati, 2014.
- MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos*. INAP. Madrid, 2000.
- MORATA, F., «El Estado de las Autonomías: veinte años de rodaje», en M. ALCÁNTARA y A. MARTÍNEZ. (Eds.) *Política y Gobierno en España*. Tirant lo Blanc. Valencia, 2001.
- OCDE, «Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. España: de la reforma administrativa a la mejora continua». OCDE. París, 2014.
- ORTIZ, D., «La repercusión de la adopción de normas internacionales de contabilidad pública. en la función fiscalizadora de los OCEX», en *Revista española de control externo*, 2007, Vol. 9, n.º 25, págs. 131-160.
- PÉREZ-DÍAZ, V., MEZO J. y RODRÍGUEZ J. C., *La crisis y las autonomías. La sociedad española ante la crisis económica y el sistema de autonomías*. FUNCAS. Madrid, 2012.

- RIDAURA MARTÍNEZ M. J., «Las relaciones horizontales de colaboración entre comunidades autónomas: marco jurídico, funcionamiento y rendimiento», en *Revista de Derecho Político*, 2013, n.º 88, págs. 215-244. UNED.
- RUANO, J. M., «Las Administraciones locales», en CRESPO, J. y PASTOR, G. *Administraciones Públicas Españolas*. Mc Graw Hill. Madrid, 2002.
- RUBIO LLORENTE, FCO. *Et alt.* (coord.), *La construcción política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *Descentralización y cooperación*. Instituto de la Administración Local. Madrid, 1984.
- SOLOZÁBAL, J. J., «El Estado Autonómico como Estado Compuesto», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 2000, n.º 120, Octubre-Diciembre, págs.9-25.
- SUBIRATS, J., «Si la respuesta es gobernanza, ¿Cuál es la pregunta?: factores de cambio en la política y en las políticas públicas», en *Ekonomiaz, Revista Vasca de Economía*, 2010, n.º 74, págs. 16-35.
- TAJADURA, J., «Federalismo cooperativo y Consejos Sectoriales: marco normativo y propuestas de reforma», en *Revista jurídica de Navarra*, 2010, n.º 49, págs. 137-181.
- TUDELA, J., *El Parlamento necesario. Parlamento y Democracia en el siglo XXI*. Congreso de los Diputados. Madrid: 2008.
- TUDELA, J., *El fracasado éxito del Estado autonómico: una historia española*. Marcial Pons. Madrid, 2016.
- VALLÉS, J.M., *Ciencia Política*. Ariel. Barcelona, 2006.
- WRIGHT DEIL, S., *Para entender las relaciones intergubernamentales*. FCE. México, 1997.

Trabajo recibido el 12 de septiembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Konfiantza-ezak eta eragile politikoen arteko lankidetzaz-urritasunak ezaugarritu izan dituzte Espainiako gobernuen arteko harremanak. Gobernuen arteko eztabaida-testuinguru horretan, jarduera onen kasu arrakastatsu bat aurkezten du artikulua honek, non Kanpo Kontrolerako Organo Autonomikoak (OCEX) izan ziren protagonista. Autonomia-erkidego batzuek beren Kanpo Kontrolerako Organo Autonomikoak sortu zituzten, eta foroak eta lankidetzaz-topaketak instituzionalizatu zituzten, emaitza bikainekin, Fiskalizazioko Goi Mailako Erakundearen Nazioarteko Erakundearen (INTOSAI) «Experientia mutua omnibus prodest» leloaren pean.

GAKO HITZAK: Gobernuen arteko harremanak. Gobernamendua. Autonomia-erkidegoak. OCEX. Kanpo-kontrola.

RESUMEN: Las relaciones intergubernamentales en España se han caracterizado por la desconfianza y un déficit de colaboración entre los actores políticos. En este contexto de controversia intergubernamental, este artículo presenta un caso de éxito de buenas prácticas protagonizado por los Órganos de Control Externo Autonómicos, conocidos como los OCEX. Algunas Comunidades Autónomas crearon sus propios OCEX y han institucionalizado foros y encuentros de colaboración y cooperación, con excelentes resultados, bajo el lema de la Organización Internacional de Instituciones Superiores de Fiscalización (INTOSAI), «Experientia mutua omnibus prodest».

PALABRAS CLAVE: Relaciones Intergubernamentales (RIG). Gobernanza. Comunidades Autónomas. OCEX. Control Externo.

ABSTRACT: Intergovernmental relations in Spain have been characterized by mistrust and a lack of collaboration among political actors. In this context of intergovernmental controversy, this article presents a case of success related to several good practices fostered by the autonomic bodies of external control, known as OCEX. Some Autonomous Communities created their own OCEX institutionalizing forums and meetings of collaboration and cooperation, with excellent results, under the motto of the International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), «Experientia mutua omnibus prodest».

KEYWORDS: Intergovernmental Relations. Governance. Autonomous Communities. OCEX. External Control.

Marco regulador para la regeneración urbana

M.^a Ángeles González Bustos.

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.10>

Sumario: I. Regeneración y desarrollo urbano sostenible.—II. La intervención administrativa en materia de regeneración urbana.—III. Actuaciones a desarrollar para la regeneración urbana: 1. Actuaciones sobre eficiencia energética en la edificación. 2. Regeneración de barrios o núcleos de población que necesitan de una inmediata intervención. 3. La planificación urbanística.—IV. Conclusiones.

I. Regeneración y desarrollo urbano sostenible

La expansión del desarrollo urbano, caracterizada en gran parte por la construcción incontrolada de la ciudad, hace que nos encontremos con que en la mayoría de las ciudades el suelo urbano edificable ha llegado a un punto de agotamiento, es decir, de inexistencia de este tipo de suelo para continuar expandiéndose. Unido a esto se producen situaciones de urbanismo desordenado, sin ningún tipo de planificación lo que se traduce en la necesidad de un replanteamiento del urbanismo, o mejor dicho de una regeneración urbana que ha de partir del concepto de desarrollo territorial y urbano sostenible, por lo que la regeneración debe ir unida al desarrollo sostenible, tal y como se señala en el art. 1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Regeneración Urbana, al establecer como finalidad «el desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

Por desarrollo territorial y urbano sostenible entendemos aquellas políticas públicas que tratan de satisfacer las necesidades urbanísticas de la sociedad actual sin comprometer la posibilidad de las generacio-

nes futuras de satisfacer las suyas(1). De tal forma que la planificación y ordenación urbanística se consideran como los medios idóneos para ordenar y racionalizar las distintas políticas públicas que inciden sobre el territorio (2).

El problema se plantea en que las formas utilizadas en la explotación y ocupación del territorio han ido en contra del principio de sostenibilidad en sus tres frentes: económico, social y medioambiental; por lo que hay que buscar fórmulas que traten de atenuar lo que se ha venido haciendo hasta el momento en materia de ordenación del territorio ya que resulta prioritario minimizar el impacto del crecimiento urbanístico por medio de la remodelación de la ciudad existente para evitar o reducir los efectos negativos que produce un desarrollo urbano disperso y desordenado.

Es necesario partir de un denominador común como es el suelo(3) considerado tanto desde un punto de vista urbanístico como medioam-

(1) Vid sobre desarrollo sostenible y urbanismo: MARTÍN MATEO, R., «La edificación sostenible», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 8, 2005, pp. 15-26; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Medio Ambiente, urbanismo y edificación: de la política de la Unión Europea al Código técnico de la edificación y a la nueva Ley del suelo», en *Revista de Derecho urbanístico*, núm. 235, 2007, pp. 26-86; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Urbanismo y edificación sostenible: su plasmación en el ordenamiento jurídico», en *Práctica urbanística*, núm. 56, enero 2007, pp. 17-33; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Articulación y perspectivas del desarrollo sostenible en la Unión Europea», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 264, 2007, pp. 35 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. (dir.), *Comentarios a la Ley del Suelo*, Volumen I., 2.ª ed., Thomson-Civitas, Navarra, 2008; IZQUIERDO RONCERO, J.J., «Desarrollo territorial y urbano sostenible: su tratamiento en la legislación española, en Ciudad y Territorio», en *Estudios Territoriales* núm. 139, 2004, pp. 43-65; LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *Derecho urbanístico y Medio ambiente. Hacia el desarrollo urbano sostenible*. Dykinson. Madrid, 2004; SÁNCHEZ SÁEZ, A.J., «Elementos jurídicos para la sostenibilidad urbana», en ENTRENA CUESTA, R. (dir.), *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Tomo II, Ordenación del territorio y urbanismo. Ed. Reus-registradores de España. Madrid. 2008, pp. 575-627; GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª A., «Desarrollo Territorial y urbano sostenible», en *Derecho urbanístico. Guía teórico-práctica*. QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2011, pp. 39-49; y de la misma autora: «Desarrollo territorial y urbano sostenible», en FERNANDO PABLO, M.M. (dir) y GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª A. (coord.), *Derecho de la edificación y renovación urbana*. Tecnos, 2016, pp. 19-35; CASTILLO BLANCO, F.A (dir), *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios*. Thomson Reuters, Aranzadi, 2014...

(2) PÉREZ ANDRÉS: «La ordenación del territorio, una encrucijada de competencias planificadoras», en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, pp. 98-99. En la misma línea RAMALLO LÓPEZ, F., *op. cit.* pp. 430-438; BASSOLS COMA, M., «La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible», en ESTEVE PARDO, J. (coord.), *Derecho del medio ambiente y administración local*. Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2 ed., 2006; PONCE SOLÉ, J., «Desarrollo territorial y urbanístico sostenible y buena administración mediante la actividad de planificación en la Ley 8/2007. de 28 de mayo, de suelo», en ENTRENA CUESTA (dir), *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*, Tomo II, Ordenación del Territorio y Urbanismo. Ed. Reus.-Registradores de España, Madrid, 2008, pp. 487-548... Y en general sobre la planificación MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico II*. La ley, 2001, pp. 327-414.

(3) El suelo constituye un recurso ambiental y por lo tanto ha de ser protegido por los medios que pone a disposición el Derecho medioambiental al igual que se protege el resto de los recursos naturales. El suelo es un elemento necesario para el desarrollo de la vida, como puede ser el aire o el agua ya que cumple el mismo objetivo y función; pero además es un recurso finito, y lo que lo diferencia de los demás recursos es su condición de apropiación privada. Esta condición ha hecho que cuando el suelo presta funciones unidas a la actividad del hombre se regulara por el derecho urbanístico.

biental (4) ya que sólo así es posible dar respuestas a preguntas relativas al modo de vida de los ciudadanos, las condiciones para el desarrollo de las diferentes actividades cotidianas o empresariales, los modelos de planeamiento para la configuración de una ciudad sostenible, la forma de participación de los ciudadanos, empresas, asociaciones... para transformar el modelo de ciudad, etc..

Para hacer frente a los riesgos que se desprenden de un desarrollo incontrolado es conveniente articular medidas destinadas a promover el consumo y la producción sostenible, impulsar la eficiencia ambiental en la industria o en la edificación, utilizar fuentes energéticas renovables, o mejorar el metabolismo ecológico de las ciudades... Lo que nos lleva a la necesidad de que para conseguir el objetivo de sostenibilidad se deban aprobar y desarrollar políticas públicas dirigidas a dicha finalidad y que den como resultado una regeneración del espacio urbano.

Los primeros documentos relacionados con la materia los encontramos a nivel Europeo a partir del «Libro Verde del Medio Ambiente» (COM (90) 218 final, 26 de julio de 1990) que realiza una descripción completa y establece los retos del mismo para el futuro. A dicha iniciativa le sigue la «Carta de Ciudades Europeas Sostenibles» adaptada en la Conferencia de Aalborg en 1994 en la que se incide sobre los temas ambientales de las ciudades y se incluye el compromiso de elaboración de Agendas 21. Ideas que se plasman en el Plan de Acción de Lisboa aprobado el 8 de octubre de 1996 y en el «Informe sobre las Ciudades Sostenibles» de ese mismo año, reiterándose en junio de 2004, en Dinamarca en la denominada «Conferencia Aalborg+10».

El documento clave ha sido la Estrategia Territorial Europea, de la Comisión Europea 1999, donde se señalan las características fundamentales que deben ser tenidas en cuenta para lograr ese desarrollo sostenible:

- control de la expansión urbana,
- mezcla de funciones y grupos sociales,
- gestión inteligente y economizadora de los recursos del ecosistema urbano (en particular, el agua, la energía y los residuos),
- mejor accesibilidad, gracias a medios de transporte que sean no sólo eficaces sino también compatibles con el medio ambiente, y
- protección y el desarrollo del patrimonio natural y cultural.

Posteriormente, la Comunicación aprobada por la Comisión «Hacia una Estrategia Temática sobre el Medio Ambiente Urbano» (COM (2004) 60 final, 11 de febrero de 2004), realiza un análisis de la situación urbana, y se centra en los siguientes aspectos: la gestión urbana sostenible, el trans-

(4) EITC identifica el suelo como recurso ambiental (STC 102/1995, de 26 de junio).

porte urbano sostenible, en la construcción sostenible y en el urbanismo sostenible. Se propone que los Estados miembros elaboren sus propias Estrategias Nacionales, así como estrategias regionales que tengan en cuenta los ámbitos locales de actuación. A dicha Comunicación le sigue la Comunicación sobre «Una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano» (COM (2005) 718 final, 11 de enero de 2006) en la que se destaca la importancia de las ciudades en la Unión Europea, los retos ambientales (calidad del aire, circulación de vehículos, congestión de circulación y actividades, ruido, construcción de mala calidad, crecimiento urbano desordenado, residuos o aguas), y las causas (cambios en las formas de vida social, cambios demográficos y movilidad, nivel de vida, ...).

Como resultado de la cooperación y colaboración entre los Estados miembros de la Unión Europea, en materia de desarrollo urbano se han aprobado dos documentos claves: la Carta de Leipzig de 2007 (5) y la Declaración de Toledo de 22 de junio de 2010. Estos documentos contienen acuerdos explícitos a nivel europeo sobre el carácter de la ciudad europea del futuro y los principios en los que debe basarse. Existe también consenso a nivel europeo sobre el papel fundamental que pueden desempeñar las ciudades en la aplicación de la Estrategia Europa 2020 relativa al crecimiento de la Unión Europea para la próxima década cuya finalidad es la superación de la crisis económica, y crear las condiciones necesarias para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

De conformidad con el documento «Ciudades del mañana» (6) en el que se sintetizan los principios del modelo europeo de desarrollo urbano sostenible (7), las ciudades europeas deben ser:

- lugares de progreso social avanzado,
- plataformas para la democracia, el diálogo cultural y la diversidad,
- lugares de regeneración verde, ecológica o medioambiental, y
- lugares de atracción y motores de crecimiento económico.

Por lo que el desarrollo territorial urbano europeo debe:

- reflejar un desarrollo sostenible de Europa basado en el crecimiento económico y la organización territorial equilibrados con una estructura urbana policéntrica.

(5) Vid. sobre la misma MOLINA DEL POZO, C.Fr., «La preocupación de la Unión Europea por lograr ciudades sostenibles: la Carta de Leipzig», en ENTRENA CUESTA, R. (dir), *El Derecho urbanístico del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma, Tomo II, Ordenación del territorio y urbanismo*. Ed. Reus-registradores de España. Madrid, 2008, pp. 429-444.

(6) http://ec.europa.eu/regional_policy/archive/conferences/citiesoftomorrow/index_en.cfm

(7) Basándose en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el modelo actual europeo, la Carta de Leipzig, la declaración de Toledo y la Agenda Territorial 2020.

- contener centros regionales fuertes que faciliten el acceso a los servicios de interés económico general,
- caracterizarse por una estructura de asentamiento compacta con una exposición urbana limitada, y
- gozar de un elevado nivel de protección y calidad medioambiental en torno a las ciudades.

La necesidad de una agenda urbana para la UE en la que se plasmen el papel de las ciudades europeas como lugares de integración social y cultural así como fuente de desarrollo sostenible es esencial para que todas las políticas nacionales adopten los objetivos y estrategias globales de la UE para lo cual el Comité de las Regiones a finales del 2013 formuló el dictamen «hacia una agenda urbana integrada para la UE», dicho documento es clave para el desarrollo de las estrategias urbanas nacionales.

Siguiendo esta línea de actuación, en España se elaboró la Estrategia Española de Medio Ambiente Urbano de 16 de junio de 2006, que traslada al Derecho español la Estrategia Temática Europea de Medio Ambiente Urbano, y que apunta directrices para el ámbito urbanístico; así como la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible aprobada por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre del 2007, que tiene como principal objetivo el de promover un desarrollo territorial y urbano sostenible y equilibrado, incentivando, en particular, el desarrollo sostenible en el medio rural. Y finalmente la Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local, el 17 de junio del 2011, que establece una serie de ámbitos y áreas temáticas en las que se ha de actuar destacando el punto de vista territorial y urbano; los instrumentos urbanísticos; las cuestiones relacionadas con la accesibilidad, movilidad y transporte; la gestión y la gobernanza urbana; la edificación y la rehabilitación; y el cambio climático (8).

Esto ha llevado a que Comunidades Autónomas y Entidades Locales hayan comenzado a elaborar estrategias de sostenibilidad y las denominadas Agendas 21 (9).

(8) https://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES_GENERALES/ARQ_VIVIENDA/SUELO_Y_POLITICAS/SOTENIBILIDAD/EESUL/

(9) «Agendas 21» es una expresión acuñada en la Cumbre de Río 1992 como referencia al Plan de acción que los Estados deben desarrollar para llegar a transformar el modelo de desarrollo actual, basado en la explotación de los recursos naturales como si fueran ilimitados, en un modelo que satisfaga las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras, es decir por un modelo de desarrollo duradero en el tiempo, eficiente y racional en el uso de los recursos y equitativo en los beneficios, siendo fundamental en el mismo el papel de las ciudades. Lo que nos lleva a señalar que las entidades locales se configuran como un factor decisivo en el desarrollo sostenible aprobando la mayoría de ellas «Las Agendas 21 Locales».

Es de mencionar, por la influencia que ha supuesto para la aprobación de todas las políticas y programas relacionados con el desarrollo territorial y urbano sostenible, y por consiguiente en todas las actuaciones que se realizan en materia de regeneración urbana, la Directiva 85/377/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones ambientales de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y que se traspone en nuestro ordenamiento jurídico a través del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de julio, de Evaluación de Impacto Ambiental, modificada por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, y posteriormente por la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental (10). Se introduce así la variable ambiental en la toma de decisiones sobre actuaciones que inciden sobre el medio natural y en todo proceso de edificabilidad (11).

La disposición normativa decisiva a nivel estatal ha sido el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRHL) que establece la necesidad de que el urbanismo responda a las exigencias de un desarrollo sostenible, de tal forma que las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo, tanto autonómicas como municipales, tengan en común la utilización de dicho recurso naturales conforme al interés general (artículo 2 TRLRHL (12)), posteriormente derogado por vigente Real Decreto legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

El principio de desarrollo sostenible lleva a que todas las políticas deban estar dirigidas a la consecución de un uso más racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a (art. 2 TRLRHL y RU):

- a) *La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje.*

(10) La Generalitat de Catalunya ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la ley por vulneración del sistema de distribución competencial: STC 53/2017, de 11 de mayo (BOE 15 de junio) que anula determinados preceptos que exceden del ámbito de lo básico y reinterpreta otros.

(11) *Vid.* sobre la importancia de la Evaluación de Impacto Ambiental y la Evaluación Ambiental en materia de desarrollo urbano sostenible: Arenas Cabello, Fr.J.: *op cit.*, pp. 124-129.

(12) Modificado por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbana. Este precepto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional por considerar que invadía el ámbito competencias de las Comunidades Autónomas, sin embargo, el TC en la Sentencia 11 de septiembre de 2014, ha declarado la constitucionalidad del mismo.

- b) *La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística.*
- c) *La prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas.*
- d) *La prevención y minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo.*

Incidiendo a continuación, art. 3.3 TRLSyRU en el medio urbano en donde las políticas se formularán y desarrollarán de acuerdo con *los principios de competitividad y sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, procurando que, esté suficientemente dotado, y que el suelo se ocupe de manera eficiente, combinando los usos de forma racional.*

Se establecen los principales aspectos que deben ser tenidos en cuenta tales como el uso residencial en un contexto urbano seguro, salubre, accesible y de calidad, la rehabilitación y la ocupación de viviendas vacías o en desuso, la mejora de la calidad y funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos, la movilidad sostenible, mejora de la eficiencia en el uso de los recursos, se priorizará las energías renovables frente a las fuentes de energía fósil, puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor cultural o histórico, ... (art. 3.3 TRLSyRU).

Como se puede observar la preocupación por el desarrollo sostenible es una constante en las políticas públicas urbanísticas, culminando con el TRLSyRU que ha supuesto el cambio definitivo del urbanismo hacia una mejora de la ciudad existente, unida a la regeneración de la ciudad, que hace preciso que se preste atención a varios focos como los cascos histórico donde podemos encontrar edificios que precisan de una intervención inmediata, ya que muchos de estos inmuebles se encuentran en una situación de ruina, debido al escaso interés que no en pocos casos demuestran los propietarios (la mayoría ellos herederos) o la inexistencia de recursos económicos de lo que se dispone; los barrios construidos en las décadas de los 60 y 70 necesitan acometidas en las estructuras, unido a que muchos de ellos se han convertido en barrios marginales; así como en la mejora de la eficiencia energética de los edificios existente.

Esto hace indispensable que se actúe de manera urgente buscando modelos basados en la regeneración y rejuvenecimiento de la ciudad, apostando por la reutilización de espacios abandonados, la transformación de las edificaciones antiguas (viviendas, mercados, fábricas...), la

modernización de infraestructuras portuarias, estaciones de ferrocarriles o la renovación de elementos urbanísticos (13).

II. La intervención administrativa en materia de regeneración urbana

Cuando hablamos de regeneración urbana nos referimos a intervenciones sobre suelo urbano ya transformado, por lo que el objeto de la regeneración urbana no es otro que la búsqueda de mecanismos que pongan un freno al deterioro de las áreas urbanas mediante el desarrollo y la mejora de las mismas, así como la solución de los problemas urbanos que presenta un área determinada para que los habitantes y usuarios de la misma disfruten de unos servicios de calidad acordes con el desarrollo sostenible (14).

El término de Regeneración urbana parte de la Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles del 2007 donde, como hemos señalado, se marcan las directrices para el desarrollo sostenible de las ciudades de la UE, definiéndola como «el requisito para alcanzar la sostenibilidad urbana, mejorar el medio ambiente físico de las zonas urbanas desfavorecidas, fortalecer la economía local y la política laboral local, la educación y el transporte». En la misma línea la Declaración de Toledo de 22 de junio de 2010, la define como la «consecución de un desarrollo urbano más inteligente, sostenible y socialmente inclusivo».

(13) Vid. en general sobre rehabilitación, regeneración y renovación urbana: ALONSO IBÁÑEZ, M.^a R., «Las actuaciones de regeneración y renovación urbanas», en *Práctica Urbanística*, núm. 138, 2016, pp. 42-55; FARIÑA TOJO, J., «Ciudad sostenible, rehabilitación arquitectónica y regeneración urbana», en *Revista Aragonesa de Administración Públicas*, monografías, 2013, pp. 15-26; Fernández de Gatta, D., «Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Planificación y gestión», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016, pp. 1-50; y del mismo autor: «conservación de edificios y construcciones, rehabilitación y renovación urbanas», en FERNANDO PABLO, M.M. (dir.) y GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a A., (coord.): *Derecho de la edificación y renovación urbana*, Tecnos, 2016, pp. 307-329; FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Instrumentos y técnicas urbanísticas para la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», en QUINTANA LÓPEZ, T., (dir.): *Urbanismos Sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Ed. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 173-216; FERNANDO PABLO, M. (dir.) y GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a A.: (coord.), *Derecho de la Edificación y Renovación Urbana*, Tecnos, 2016; FERNÁNDEZ TORRES, JR., «La rehabilitación, regeneración y renovación urbana: contexto y desafíos a propósito de la Ley 8/2013, de 26 de junio», en *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 30, 2014, pp. 15-38; GÓMEZ JIMÉNEZ, M.^a L., «Informe sobre la regeneración urbana en España: nuevos instrumentos normativos en un escenario de cambios», en *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 285, 2013, pp. 157-188; HERVÁS MÁS, J.: *Nuevo régimen jurídico de la regeneración urbana*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017; QUINTANA LÓPEZ, T., «De la conservación de las edificaciones a la regeneración de la ciudad existente. Claves de la evolución», *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 24, 2011, pp. 41-60; y del mismo autor (dir.), CASARES MARCOS, AB (coord.). *Urbanismos sostenible, Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Tirant lo Blanch, 2016; PONCE SOLÉ, J., «Políticas públicas para afrontar la regeneración urbana de barrios degradados. Una visión integrada desde el derecho», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, pp. 11-70.

(14) Vid. HERVÁS MÁS, J., *op. cit.*, pp. 56-61.

Este término de regeneración urbana ha sido incluido recientemente en nuestra normativa, sin perjuicio de las referencias a renovación y rehabilitación urbana recogidas en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 o las señaladas en el art. 110 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el término como tal no lo encontramos hasta el art. 17 del RD-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, en la que se señala que el término rehabilitación engloba también al de regeneración urbana(15). La plasmación definitiva en una Ley estatal la encontramos en la Ley 8/2013, de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, y posteriormente en el Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

Se contempla la regeneración urbana junto a la renovación, haciendo referencia a las actuaciones que afecten tanto a edificios como al tejido urbano, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos. Teniendo el carácter integrador cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria (art. 2.1 TRLSyRU). Es decir, la regeneración va unida no sólo a actuaciones concretas sobre los inmuebles, sino que tiene un carácter aglutinador al englobar también actuaciones sobre el medio ambiente, social y económico en armonía con el principio de desarrollo sostenible.

Por consiguiente, las actuaciones sobre suelo urbano tienen por objeto:

- Rehabilitación edificatoria, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y rehabilitación de las edificaciones.
- Regeneración y renovación cuando afecten tanto a edificios como a núcleos urbanos.
- Obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos.
- Actuaciones de renovación urbana que implican demolición, sustitución y realojos.

(15) El art. 17 RD-Ley 8/2011 señala que la regeneración urbana comprende las actuaciones en «las que se desarrollen en ámbitos urbanos vulnerables, obsoletos o degradados, alcanzando tanto a la urbanización y a las dotaciones, como a los edificios, y tengan por finalidad el cumplimiento de los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional al servicio de un medio urbano sostenible.... Tendrán carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia municipal global y unitaria, formulada a través del planeamiento urbanístico o por medio de un instrumento específico».

Para que sea posible dicha regeneración global y unitaria es necesario que los ayuntamientos tengan un papel destacable en todo este proceso a través de las diferentes actuaciones plasmadas en las ordenanzas municipales que se desarrollan a nivel local (16). Será la administración local la que decida la mejor forma de actuar para acometer las actuaciones sobre suelo urbano de conformidad con la legislación aplicable por lo que deberán tener en cuenta la normativa autonómica.

Los legisladores autonómicos deberán configurar un marco normativo sobre la regeneración urbana al contar con competencia en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (17), sin embargo, no ha tenido el recorrido que se pretendía ya que una parte considerable de la normativa no se ha reformado todavía de conformidad a la legislación estatal, y aquella que se ha adaptado parece haberse centrado especialmente, en la mayoría de los casos, en aquellos problemas que presentan los barrios degradados (18), dejando el resto de las actuaciones a la normativa nacional.

Entre la normativa autonómica (19) podemos destacar Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de medidas sobre rehabilitación, regeneración y re-

(16) Vid. sobre la importancia de los municipios en el proceso de regeneración urbana: ARROYO YANES, L.M., «El papel de la administración local en el impulso y fomento de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbana», en Quintana Lopez, T. (dir): *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 109-172.

(17) Se han planteado por parte de las Comunidades Autónomas diferentes recursos de inconstitucionalidad respecto a las leyes estatales urbanísticas por considerar que invadían su ámbito competencial, en este sentido respecto la LRRRU el País Vasco resolvió el conflicto en lugar de con un recurso de inconstitucionalidad con un Acuerdo por la Comisión Bilateral de Cooperación de la Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación a dicha ley, resolviéndose en los siguientes términos el posible conflicto (BOPV núm. 68, de 8 de abril de 2014) :

- Informe de Evaluación de Edificios que podría ser sustituido por el que tuviera previsto la normativa autonómica o municipal.
- Las actuaciones sobre el medio urbano no alteran las competencias, sino que se condicionan a razones de oportunidad
- Respecto a la memoria de viabilidad económica, el desarrollo de los medios para garantizar la efectividad ha de corresponder a la legislación autonómica.

...

Vid. sobre el conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas ROZADOS OLIVA, M.J., «Las competencias el Estado y las Comunidades Autónomas en la Rehabilitación, Regeneración y Renovación urbanas», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A.B. (coord.), *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbana*. Tirant lo Blanch, 2016, pp. 71-107; así como GONZÁLEZ BUSTOS, M.ª Á., «Distribución y conflicto de competencias», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), CASARES MARCOS, A.B. (coord.), *Derechos Urbanístico*. Tirant lo Blanch, 2 ed., 2015, pp. 15-50; ...

(18) Vid. Tejedor Bielsa, J., *Rehabilitación y regeneración urbana en España. Situación actual y perspectivas*, Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* XV, 2013; BRUQUETAS, M., MORENO, F.J y WALLISER, A., *La regeneración de barrios desfavorecidos*, Madrid, Fundación Alternativas, 2005...

(19) Normativa autonómica: Ley Catalana 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas; Ley 16/2010, de 21 de diciembre, de actuación integral en zonas de atención especial de

novación urbana, y sobre sostenibilidad, coordinación y simplificación en materia de urbanismo de Castilla-León, que modifica la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, que contempla fundamentalmente la intervención y revitalización de los barrios históricos acogiendo como criterio general la rehabilitación, pero dando un margen para la demolición o sustitución (20). Las diferentes actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbana se planifican mediante diferentes instrumentos urbanísticos como el planeamiento general o mediante un plan especial de reforma interior (art. 156) dando prioridad a las actuaciones de rehabilitación frente a la sustitución, y abordan entre otros objetivos la mejora de la eficiencia energética de los edificios, la supresión de barreras arquitectónicas, la adecuación de espacios públicos, edificios y viviendas a las necesidades de las personas mayores o discapacitadas, la recuperación de los valores urbanísticos, arquitectónicos y paisajísticos de los espacios urbanos, la mejora de los espacios libres,

La Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, no dedica un apartado específico a la regeneración urbana pero sí a la rehabilitación de construcciones, instalaciones y edificaciones (art. 2.1.c), y al principio de desarrollo sostenible (art. 3) señalando que *la ordenación urbanística asumirá, como criterios orientadores, los principios del desarrollo urbano entre los que se destaca:...*c) *La ocupación sostenible del suelo, que contemple su rehabilitación y reutilización,*...d) *La construcción sostenible mediante la rehabilitación, dando prioridad a la regeneración del patrimonio construido y urbanizado en los núcleos originarios de la localidad y a la utilización de las viviendas vacías.* En cambio, la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco, define la regeneración urbana como el proceso de intervención pública que integra los aspectos relacionados con el medio ambiente y las condicio-

la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón; Ley 7/2000, de 19 de junio, de rehabilitación de espacios urbanos degradados y de inmuebles que deban ser objeto de preservación; Ley 2/2009, de 19 de marzo, de rehabilitación y mejora de barrios de los municipios de las Illes Balears; Decreto 189/2009, de 23 de octubre, del Consell por el que se aprueba el Reglamento de Rehabilitación de edificios y viviendas de la Comunidad Valenciana; Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de ordenación del Territorio y Urbanismo que deroga entre otras leyes la Ley Foral 5/2015, de 5 de marzo, de medidas para favorecer el urbanismo sostenible, la renovación urbana y accesibilidad urbanística en Navarra;...

Respecto al análisis de la normativa autonómica en relación con la intervención de la misma en la regeneración de los barrios: HERVÁS MÁS, J.: *Nuevo régimen jurídico de la regeneración urbana*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 65-102

(20) Es de destacar en la gestión las reglas especiales para la gestión de actos de rehabilitación, regeneración y renovación urbana contemplados en el art. 157 sobre expropiación y ejecución subsidiaria, o las que permiten que no se generen nuevas obligaciones a causa de los aumentos de edificabilidad, volumen o densidad derivados de la sustitución de infraviviendas o las obras de mejora energética ...

nes físicas, urbanas, sociales y económicas; y plantea alternativas para mejorar la calidad de vida de la población y las condiciones de la edificación, urbanización y dotaciones de un conjunto urbano o núcleo de población (art. 3.o).

En general, la mayoría de las leyes autonómicas no contemplan la regeneración urbana como uno de los elementos esenciales en el proceso de modernización de nuestras ciudades por lo que es preciso modificar y adaptar la legislación autonómica a los nuevos parámetros prestando atención en el desarrollo de las diferentes técnicas urbanísticas necesarias para la regeneración urbana de conformidad con la legalidad aplicable. Esto último es lo que ha llevado a cabo la Ley 3/2015, antes mencionada, que contempla tal posibilidad en los art. 40 y siguientes, señalando entre otras las siguientes técnicas urbanísticas: declaración de necesidad de rehabilitación, planificación de la rehabilitación y regeneración urbana, acciones en el patrimonio edificatorio existente de rehabilitación y de mejora de las condiciones de habitabilidad y accesibilidad, gestión de la rehabilitación y regeneración urbana a través de los sistemas de actuación...

III. Actuaciones a desarrollar para la regeneración urbana

De conformidad con el art. 4.5 TRLSyRU: *Las Administraciones Públicas adoptarán medidas que aseguren la realización de las obras de conservación, y la ejecución de actuaciones de rehabilitación edificatoria, de regeneración y renovación urbanas que sean precisas y, en su caso, formularán y ejecutarán los instrumentos que las establezcan, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones; obsolescencia o vulnerabilidad de barrios, de ámbitos, o de conjuntos urbanos homogéneos; o situaciones graves de pobreza energética. Serán prioritarias, en tales casos, las medidas que procedan para eliminar situaciones de infravivienda, para garantizar la seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad universal y un uso racional de la energía, así como aquellas que, con tales objetivos, partan bien de la iniciativa de los propios particulares incluidos en el ámbito, bien de una amplia participación de los mismos en ella.* Por consiguiente, son las Administraciones Públicas las que tienen que señalar las actuaciones necesarias para llevar a cabo la regeneración urbana priorizando las situaciones que necesitan ser intervenidas con mayor urgencia.

Entre las actuaciones concretas que se han puesto en marcha para un futuro inmediato podemos destacar:

1. Actuaciones sobre eficiencia energética en la edificación (21)

Las políticas de la Unión Europea sobre regeneración urbana parten de actuaciones concretas sobre eficiencia energética, en este sentido la Directiva 2010/31/UE, del Parlamento y del Consejo de 19 de mayo de 2010, sobre eficiencia energética en los edificios, tiene como objetivo reducir el uso de energía en un 20% para el año 2020, y parte de la necesidad de adoptar acciones concretas con el fin de aprovechar el gran potencial de ahorro de energía de los edificios, ya que el 40% del consumo total de energía de la Unión Europea procede del sector de la edificación. Por consiguiente, se establece que a partir del 2020 los inmuebles que se construyan, así como la rehabilitación de los existentes deben englobarse en la categoría de edificios de consumo energético casi nulo.

En España existen más de 25 millones de viviendas construidas sin criterios de eficiencia energética para paliar tal situación se han elaborado planes nacionales de actuación como el 2.º Plan de Acción de la Energía de Ahorro y Eficiencia Energética para el periodo 2011-2020; o el Plan Estatal Integral de Vivienda y Suelo de 5 de abril de 2013 que se ha plasmado en el Plan Estatal de Fomento de alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y regeneración y renovación urbana 2013-2016 aprobado por RD 233/2013, y prorrogado por un año más por el RD 637/2016, de 9 de diciembre, con el objetivo de mejorar la calidad de la eficiencia energética de los edificios a través de programas que incidan sobre el fomento de la rehabilitación edificatoria, el apoyo a la implantación del informe de evaluación de los edificios y el fomento de ciudades sostenibles y competitivas. Este plan se complementa con la Estrategia a largo plazo para la rehabilitación energética en el sector de la edificación en España en coordinación con el Plan Nacional de Acción energética 2014-2020.

Respecto a la regulación de carácter general aprobada por el Estado la encontramos en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, modificada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana (22), y derogada por el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (RDL 7/2015), que incide en la rehabilitación de los edificios por razones de eficiencia energética y en la certificación de eficiencia energética en la edificación. El contenido específico de los criterios que deben tenerse en cuenta a la

(21) Vid. GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a A., «Marco jurídico y actuaciones administrativas sobre la eficiencia energética de los edificios», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 316, 2017, pp. 141-178.

(22) Vid. FERNÁNDEZ TORRES, J.R., «La rehabilitación, regeneración y renovación urbana: contexto y desafíos a propósito de la Ley 8/2013, de 26 de junio», en *RDU* núm. 40, 2014, pp. 15-38.

hora de rehabilitar una edificación se desarrollan en el Código Técnico de la Edificación (RD 314/2006, de 17 de marzo,) que se ha ido adoptando a la nueva normativa(23), así como el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RD 1027/2007, de 20 de julio, modificado por RD 238/2013, de 5 de abril).

Entre las medidas que se han adoptado en la edificación se ha de señalar el certificado de eficiencia energética, el informe de Evaluación de Edificios, líneas de financiación a través de incentivos, ... Pero donde realmente hay que incidir es en la rehabilitación, y por lo tanto regeneración de los espacios urbanos, para conseguir que en el 2020 todos los edificios sean edificios de consumo casi nulo ya que en más del 53% de viviendas son anteriores a la entrada en vigor de la primera normativa sobre aislamiento de 1979. Rehabilitar un edificio supone un ahorro energético y de contaminación del 60% aproximadamente frente a la construcción de otro nuevo ya que el coste energético de fabricación es muy elevado unido a otros costes económicos y sociales como los derivados de un desalojo y realojo temporal de los propietarios actuales de los inmuebles.

La necesidad de avanzar en la elaboración de una normativa adecuada que contemple la rehabilitación de edificios es fundamental para conseguir la regeneración de la ciudad que tiene que tener en cuenta diferentes factores como son los económicos, la información a los consumidores para concienciar a los mismos de la necesidad de la rehabilitación de sus viviendas, la protección del patrimonio histórico-artístico, las leyes urbanísticas... (24)

2. Regeneración de barrios o núcleos de población que necesitan de una inmediata intervención

La degradación urbana de muchos barrios debido al no cumplimiento del deber de conservación por parte de sus propietarios o la dejadez por

(23) El Código Técnico de la Edificación tiene por objeto la mejora de la calidad de la edificación y la promoción de la innovación y sostenibilidad. Según su exposición de motivos «se trata de un instrumento normativo que fija las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones», estableciendo los requisitos básicos de las nuevas edificaciones, así como las intervenciones que se acometan en los edificios existentes, relacionados con la seguridad y el bienestar de las personas que hacen referencia tanto a la seguridad estructural y de protección contra incendios como a la salubridad, la protección contra el ruido, el ahorro energético o la accesibilidad para personas con movilidad reducida: Real Decreto 173/2010 de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad. (BOE 11-marzo-2010).

(24) Se aboga por la revisión de la Directiva de eficiencia energética de los edificios (también la de eficiencia energética) para establecer un marco normativo más adecuado, sobre todo teniendo en cuenta los avances de estos últimos años en el sector, para lo cual es necesario adoptar medidas complementarias de apoyo y el abordaje de la financiación tanto pública como privada.

parte de muchos municipios, unido a asentamientos de colectivos en circunstancias más desfavorecidas ha llevado a situaciones que necesitan ser atajadas con celeridad, estableciendo actuaciones dirigidas a la mejora, conservación y rehabilitación de los edificios y espacios públicos a través de proyectos concretos de regeneración urbana.

Cobra especial importancia en este punto el fomento de las iniciativas regeneradoras por parte de las Administraciones Públicas que se pone de manifiesto a través de ayudas públicas, la mayoría de los casos por medio de subvenciones. En este sentido, la Administración General del Estado por medio del Planes Estatales de Viviendas, conceden ayudas para la rehabilitación, regeneración y renovación del medio urbano; que deberían ser complementadas por ayudas autonómicas y municipales o provinciales cuando la situación económica se lo permitiera.

Son de destacar las ayudas y financiaciones procedentes de la Unión Europea como son los proyectos concretos de regeneración urbana de barrios o núcleos de población, a través de programas comunitarios como los Fondos FEDER (25).

Entre dichos proyectos podemos señalar el proyecto de Pasai (Pasajes) con un importe de 21 millones de euros, en el que en la bahía de Pasaia situada dentro del Área metropolitana de Donostia (San Sebastian) se integrara el Puerto en la ciudad con el objeto de mejorar la calidad ambiental y urbana, y a su vez mejorar el nivel económico de la zona. Las mejoras que se han realizado han convertido el espacio en un «puerto urbano».

O el proyecto de reactivación del casco medieval de Vitoria (Gasteiz) que ocupa la zona central de la ciudad, y que es una ubicación con gran valor turístico por lo que se pretende mejorar la accesibilidad del mismo, y para ello se incorporó la instalación de rampas mecánicas y ascensores, diseño de itinerarios peatonales, mejora la señalética, además de la rehabilitación y adecuación de los locales y edificios junto con la creación de una residencia de estudiantes.

Dentro del Programa Horizonte 2020 se han creado nuevas estrategias de desarrollo urbano sostenible (EDUSI) como el Eje Urbano dentro del Programa Operativo de Crecimiento Sostenible (POCS) 2014-2020 dedicado en su totalidad a financiar líneas de actuación de Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado. Este eje con una dotación de 1.012.754.015 € va dirigido a municipios o agrupaciones de municipios que constituyan un área funcional urbana, con población de más de 20.000 habitantes (26).

(25) *Vid.* HERVÁS MAS *op. cit.*, pp. 157-281 donde se describen todas las iniciativas de regeneración urbana financiadas a cargo de los fondos FEDER de la Unión Europea.

(26) Existe un proceso de convocatoria debiendo cumplir unos requisitos y concretamente el total de ayudas concedidas para el País Vasco asciende a 9.282.000€ concedida al Ayuntamiento de Bilbao para la regeneración Zorrotzaurre.

3. La planificación urbanística

La regeneración de espacios urbanos, así como del parque inmobiliario, hace necesario la utilización de instrumentos concretos como la planificación urbanística, de esta forma los planes urbanísticos se configuran como instrumentos idóneos para acometer la regeneración de una zona urbana determinada (27). Dentro de los mismos son de destacar los planes de reforma interior que son aquellos planes especiales de ámbito municipal que ordenan sectorialmente el territorio cuyo objetivo es la renovación del suelo urbano estableciendo, completando o modificando la ordenación urbana existente para modernizar y mejorar las condiciones de vida en el medio urbano. Entre los objetivos específicos del mismos podemos señalar: descongestión de las ciudades, creación de dotaciones urbanísticas y equipamientos comunitarios, saneamiento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación o de estética, mejora del medio ambiente o de los servicios públicos... (28).

En concreto se pueden señalar las siguientes finalidades de los planes de reforma interior (29):

- Acometer operaciones de renovación urbana tendentes a mejorar densidades determinadas por un determinado número de viviendas por hectárea.
- Reequipar barrios enteros, es decir dotar de nuevas dotaciones urbanísticas de las que se adolece, o estas, en caso de existir se encuentren en mal estado.

(27) *Vid.*, entre otras, la STS 8 de marzo de 2010 que señala que los planes parciales no ordenan el territorio desde una perspectiva integral y global, sino que atiende a un sector concreto y determinado. Y en general sobre los instrumentos urbanísticos para la regeneración: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., «Instrumentos y técnicas urbanísticas para la rehabilitación, regeneración y renovación urbana», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *Urbanismo Sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*. Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 173-216; MENÉNDEZ REXACH, A., «Instrumentos jurídicos para la regeneración urbana», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 2011, núm. 270, pp. 13-49; TEJEDOR BIELSA, J., «Planes, programas y otros instrumentos ordenadores de la Rehabilitación Urbana», en *Práctica Urbanística*, en *Revista de Urbanismo*, 2015, núm. 133, pp. 70-81;... Así como la Ley de Urbanismo de Castilla y León 5/1999, de 8 de abril, modificada por la Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de medidas sobre rehabilitación, regeneración y renovación urbana, y sobre sostenibilidad, coordinación y simplificación de urbanismo en Castilla y León (art. 156 y 157).

(28) *Vid.* LAFUENTES BONACHES, M., «Los Planes Especiales de Reforma Interior», en *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 114, p. 39. En este sentido la STSJ de Murcia de 29 de mayo de 2015 señala que los planes de reforma interior y rehabilitación tienen un ámbito territorial específico y se trata de un suelo urbano que necesita esa reforma o rehabilitación, es decir, la mejora de los aspectos concretos mediante la creación de nuevas dotaciones o bien resolviendo problemas de accesibilidad, comunicaciones, saneamiento de barrios, etc.

(29) *Vid.* Sobre los planes de reforma interior HERVÁS MÁS, J.: *Nuevo régimen jurídico de la regeneración urbana*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 291-337.

- Modernizar el destino urbanístico de barrios enteros preservando el patrimonio arquitectónico de interés por medio de la rehabilitación del barrio.

Por lo que los Planes de Reforma Interior se configuran para dar soluciones a situaciones que no están contempladas en los Planes Generales o que necesitan ser reformadas o adaptadas al momento actual, modernizando la ciudad y conservando lo que tenga un valor cultural, histórico o urbano.

El legislador autonómico es el encargado de desarrollar dichos planes señalando su objeto (operaciones de reforma interior o reordenación urbana, rehabilitación de zonas degradadas y saneamiento de barrios insalubres, rehabilitación de inmuebles, creación de dotaciones urbanísticas y equipamientos comunitarios, solución de problemas de circulación...), ámbito de actuación (suelo urbano consolidado o no consolidado por la urbanización), modalidades de gestión...

En esta línea han comenzado a trabajar las diferentes Comunidades Autónomas, como se manifiesta mediante la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, modificada por la Ley Foral 5/2014, de medidas para favorecer el Urbanismo Sostenible, la renovación urbana y la actividad urbanística de Navarra, y recientemente derogada por el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 6 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que señala como instrumentos de planificación específica para la rehabilitación, regeneración y renovación urbana el Plan Especial de Actuación Urbana (art. 62) teniendo por objeto *desarrollar sobre cualquier clase o categoría de suelo las determinaciones de la ordenación estructurante contenidas en los Planes Generales Municipales, así como establecer, modificar o completar su ordenación pormenorizada* (art. 61).

O la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco, que diferencia entre Planes Especiales de Ordenación Urbana y Planes Especiales de Renovación Urbana. Los primeros tienen por objeto desarrollar la ordenación estructural del plan general mediante el establecimiento de la ordenación pormenorizada de aquellas áreas de suelo urbano para las que el plan general permite diferir dicha ordenación (art. 70); y los planes especiales de renovación urbana que tendrán por objeto el desarrollo de actuaciones concretas que, conservando la estructura fundamental y sin alterar la edificabilidad urbanística, tengan por finalidad descongestionar el suelo urbano, la creación de dotaciones públicas y equipamientos colectivos privados, el saneamiento de barrios, la regeneración y rehabilitación urbana, la reforma interior, a la resolución de problemas de movilidad o estética, mejora del medio ambiente o de los servicios públicos... (art. 71).

Al amparo de estos Planes las provincias de Álava, Vizcaya y Guipuzcoa han recurrido a los Planes de Reforma Interior aprobados y en tramitación, por ejemplo en San Sebastián, el Plan Especial de Ordenación Urbana del Área Interior de Txomin Enea, en Vitoria-Gasteiz y Bilbao se han centrado más en el Casco histórico.

Las actuaciones de regeneración urbana exigen que los instrumentos de planeamiento a tener en cuenta sean los Planes Especiales (de Reforma Interior, Reforma Urbana o Actuación Urbana(30)) que llevan incluidos en muchos casos cambios de usos globales, incrementos de la edificabilidad o actuaciones de densidad edificatoria. Teniendo en cuenta que en el caso de que impliquen la necesidad de alterar la ordenación urbanística vigente deberán observar *los trámites procedimentales requeridos por la legislación aplicable para realizar la correspondiente modificación. No obstante, tal legislación podrá prever que determinados programas u otros instrumentos de ordenación se aprueben de forma simultánea a aquella modificación, o independientemente de ella, por los procedimientos de aprobación de las normas reglamentarias, con los mismos efectos que tendrían los propios planes de ordenación urbanística.* (art. 24.1 TRLSyRU).

La Administración Local es la principal encargada de hacer cumplir los planes especiales para lo cual necesita ayudas no sólo económicas sino de diferentes entes y un papel destacable lo tienen las sociedades municipales de rehabilitación que se utiliza fundamentalmente en el País Vasco, para que las entidades locales al constituir este tipo de sociedades puedan cumplir con las determinaciones de los planes especiales de rehabilitación(31).

Además de la planificación y unido a la misma se puede hacer mención, como instrumento adecuado para la regeneración urbana, a los estándares urbanísticos definidos como una técnica de reducción de la discrecionalidad propia de la potestad de planeamiento a través de la fijación de unas reglas de fondo que actúan como límites legales a aquella potestad(32).

Por cuanto al suelo urbano se refiere estos estándares, además de la edificabilidad y de dotaciones que con carácter general se exigen, tienen que tener en cuenta otros indicadores como la calidad urbana, la calidad de la ordenación de espacios públicos resultantes y las condiciones funcionales de accesibilidad y uso de las dotaciones públicas(33).

(30) La denominación depende de la legislación autonómica.

(31) Vid. ARROYOYANES, LM., «El papel de la administración local...», pp. 167-168.

(32) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho urbanístico*. Civitas, 1981, p. 76.

(33) Vid. Sobre los estándares urbanísticos aplicables a la regeneración urbana: HERVÁS MÁ, J., *op. cit.*, pp. 328-337.

Las normas autonómicas remiten el cumplimiento de estos estándares a las reglas establecidas en los Planes Parciales, por lo tanto, es el Plan de Reforma Interior el que establecerá los mismos de forma motivada teniendo en cuenta la situación de consolidación existente y plantear una relación adecuada entre los estándares dotaciones y los estándares de edificabilidad (34).

IV. Conclusiones

Cuando se habla de regeneración urbana no sólo debemos abordar la rehabilitación o renovación de los cascos históricos de las ciudades, de los barrios periféricos, de los edificios sino que es fundamental partir de la protección de las áreas colindantes es decir del medio natural (espacios protegidos, atmósfera, flora y la fauna....), lo que supondrá realmente una regeneración integral pues sólo así conseguiremos un desarrollo sostenible eficiente y de calidad. Por lo tanto, la sostenibilidad va unida a la mejora del medio ambiente aplicando criterios de eficiencia energética para reducir el impacto ecológico y la subsistencia de nuestro planeta.

Las actuaciones a realizar para la regeneración de un área urbana se pueden resumir en las siguientes:

- Renovación de los barrios periféricos y degradados, la mayoría de ellos marginales que no cuentan con ningún valor histórico o artístico que justifiquen su mantenimiento. Existen dos soluciones factibles, pero sólo una es operativa: la primera que sería la que se descartaría ya que supondrían unos costes muy elevados y que sería la devolución de esos terrenos al medio natural; y la segunda será la demolición y reconstrucción de las zonas más degradadas y la rehabilitación del resto, basada en criterios de sostenibilidad. Para llevar a cabo esta actuación se necesita de la labor exhaustiva del planificador y del gestor que establezca las líneas de acción adecuadas.
- La rehabilitación de edificios con criterios de eficiencia energética para producir un menor consumo de energía y una menor contaminación.
- Aumento de la calidad y seguridad del entorno urbano retornando a valores globales de colectividad que tan arraigados estaban hace unos años en los espacios públicos (calles, parques y jardines, plazas...) para lograr una mayor protección y seguridad de los ciuda-

(34) Los estándares den Suelo Urbano del País Vasco se encuentran contemplados en el Decreto 123/2012, de 3 de julio, señalando en el art. 6 los estándares mínimos para reserva de terrenos destinados a dotaciones y equipamientos de la red de sistemas locales en suelo urbano no consolidado de actuaciones integradas y de dotación por incremento de edificabilidad.

danos evitando la formación de guetos que provocan inseguridad en dichos espacios públicos.

Pero el mayor problema al que se enfrenta la regeneración urbana es que se está centrando en el medio urbano de las grandes ciudades la mayoría de más de 20.000 habitantes, pero que pasa con los demás núcleos urbanos en los que los ayuntamientos no cuentan con presupuesto necesarios para los servicios esenciales como la educación, o la sanidad, o incluso para el alumbrado o la recogida de basura, por no mencionar el transporte. En todas estas áreas nos encontramos con graves problemas de funcionamiento de las infraestructuras por lo que es necesario adoptar medidas urgentes que afronten esas situaciones, y eviten en muchas ocasiones la despoblación de esas zonas, para que la llamada regeneración urbana sea una realidad en toda la sociedad y no sólo en parte de ella(35).

El legislador ha establecido un marco normativo idóneo para la regeneración urbana lo que va a permitir una reconversión y activación del sector de la construcción con nuevos ámbitos de actuación, así como el fomento de la calidad, sostenibilidad y competitividad de la edificación y del suelo cumpliendo con los objetivos de eficiencia, ahorro energético y lucha contra la pobreza energética(36). Los poderes públicos han de incidir sobre este aspecto, que sin perjuicio de que han puesto muchos instrumentos a nuestro alcance para conseguirlo, sin embargo, existe otra gran dificultad con la que se encuentran los diferentes gobiernos que no es otra que la concienciación y la educación de las personas la cual resulta esencial para lograr un medio urbano adecuado a sus necesidades presentes y futuras.

Trabajo recibido el 4 de octubre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

(35) En la misma línea FARIÑA TOJO, J., «Ciudad sostenible, rehabilitación arquitectónica y regeneración urbana», en *Monografías de la Revista Aragonesa de la Administración Pública*, XV, 2013, pp. 15-26, en concreto pp. 24-26.

(36) Exposición de Motivos de la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbana, de 8/2013, de 26 de junio.

LABURPENA: Hiri-garapenak beharrezko egiten du espazioa berroneratzeko arloko jarduera zehatzak abiaraztea, kontrolik gabeko garapenetik datozen arazo guztiak jorratu ahal izateko eta herritarrei bizi-kalitate egokia eman ahal izateko. Horretarako, ezinbestekoa da oinarri juridiko egokia edukitzea eta hainbat frontetan jardutea; adibidez, hauetan: auzoen edo biztanleguneen berroneratzean, eraikinen energia-eraginkortasunean edo hirigintza-plangintzan.

GAKO HITZAK: Hiri-berroneratzea. Garapen jasangarria. Lurzorua. Politika publikoak. Energia-eraginkortasuna. Eraikuntza. Hirigintza-plangintza.

RESUMEN: El desarrollo urbano hace necesario que se adopten actuaciones concretas en materia de regeneración del espacio para acometer todos los problemas derivados de un desarrollo incontrolado así como satisfacer una calidad de vida adecuada a los ciudadanos. Para lo cual es indispensable tener una base jurídica adecuada y actuar en diferentes frentes como es la regeneración de barrios o núcleos de población, la eficiencia energética de los edificios, o la planificación urbana.

PALABRAS CLAVE: Regeneración urbana. Desarrollo sostenible. Suelo. Políticas públicas. Eficiencia energética. Edificación. Planificación urbanística.

ABSTRACT: Urban development makes it necessary to adopt concrete actions in the matter of regeneration of space to tackle all the problems arising from uncontrolled development as well as to satisfy a quality of life adequate to the citizens. For this, it is essential to have an adequate legal base and to act on different fronts such as the regeneration of neighborhoods or population centers, the energy efficiency of buildings, or urban planning.

KEYWORDS: Urban regeneration. Sustainable development. Soil. Public policies. Energy efficiency. Building. Urban planning.

La experiencia del proceso participativo de la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial de la CAPV: un caso de buena gobernanza y de participación «tridimensional» en la gestión de las políticas públicas

Izaskun Iriarte Irureta

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.11>

Sumario: I. Introducción.—II. Marco jurídico.—III. El inicio de la revisión de las DOT. Un Acuerdo innovador.—IV. Un proceso de participación integral y «tridimensional»: 1. Un proceso de participación integral: la participación, desde el inicio hasta el final. El Documento Base. 2. Un proceso de participación «tridimensional». A. La participación institucional. B. La participación social. C. La participación interna.—V. La elaboración participativa del Documento Base y del Avance de las DOT.—VI. Los resultados positivos de la participación: 1. Mejora la propuesta inicial. 2. Más tiempo para trabajar el texto final. 3. Respuesta fructífera y de calidad. Implicación de las partes. 4. Activación de las 3 dimensiones de la participación. A. Activación de la participación institucional. B. Activación de la participación social. C. Activación de la participación interna. 5. Consolidación de la cultura participativa. 6. La ordenación del territorio en la agenda pública. 7. Facilita la continuidad del proceso de revisión. 8. ¿Algo negativo?—VII. Proceso con plazos: planificación temporal.—VIII. Proceso transparente.—IX. Del Documento Base al Avance: Lurraldea 2040: 1. De «Euskal Hiria» a «Lurraldea 2040». 2. Un documento estructurado y sintético.—X. Composición y contenidos del Avance.—XI. Gobernanza de la estrategia territorial de las DOT.—XII. Conclusión.

I. Introducción

El presente artículo tiene por objeto recoger los elementos destacables en materia de buena gobernanza y participación que se han experimentado en el proceso participativo de la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial (DOT) de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), que se inició en julio de 2015 y que, en la actualidad, se encuentra en proceso de tramitación.

Concretamente, me referiré al periodo comprendido entre el lanzamiento del proceso de revisión —julio de 2015— y la presentación del documento *Avance* en noviembre de 2016, coincidiendo con el fin de la X Legislatura, periodo en el que desempeñé el cargo de Viceconsejera de Administración y Planificación Territorial en el Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial dirigido por la Consejera Ana Oregi Basterrika.

El artículo se centrará en los aspectos relacionados con lo que, considero, ejemplos de una experiencia de buena gobernanza, que pueden resultar de interés desde la perspectiva de la gestión de las políticas públicas. Por lo tanto, no trataré cuestiones propiamente territoriales o de ordenación territorio salvo al inicio, con el objeto de proporcionar un marco jurídico a la política de ordenación territorial, o cuando su referencia sea de utilidad en la ilustración de los ejemplos que pretendo trasladar.

Dentro del ámbito de la buena gobernanza, la participación va adquirir una visibilidad específica por los resultados positivos que se han obtenido y que han redundado en una mejora de la eficacia de la gestión de esta política pública. Además, me referiré a la participación del proceso de la revisión de las DOT como una participación «tridimensional», en la que se han desarrollado y ejercitado de forma simultánea 3 dimensiones de la participación: la participación institucional, la participación social y la participación interna en el seno de la propia Administración.

Asimismo, me referiré a otros ejemplos de buena gobernanza como es el caso de la transparencia del proceso; el establecimiento de plazos para la tramitación; el esfuerzo por tratar de producir un documento de Directrices lo más sintético posible, con una estructura común, sencilla y clara; la puesta en valor de cuestiones transversales con incidencia territorial como el cambio climático, la perspectiva de género, la salud, el euskera, la accesibilidad o la interrelación territorial; así como la elaboración de unas normas de ordenación que diferencian, por primera vez, las Directrices de obligado cumplimiento de las Directrices de eficacia propositiva, y que, además, incluyen, con carácter sustancial, también por primera vez, una serie Directrices de gobernanza relativas a la participación, al seguimiento y a la evaluación.

II. Marco jurídico

La política de la ordenación del territorio nace en la CAPV en 1990, con la aprobación de la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco (en adelante, la Ley de Ordenación del Territorio).

La Ley de Ordenación del Territorio tiene por objeto crear y regular los instrumentos de ordenación territorial, y, además, velar por la coordina-

ción de las acciones con incidencia territorial que corresponda desarrollar a las diferentes Administraciones Públicas en ejercicio de sus respectivas competencias.

De la Exposición de Motivos de Ley se extrae que la ordenación del territorio tiene por finalidad promover el bienestar social o el desarrollo humano, el desarrollo económico y la sostenibilidad ambiental a través de la planificación territorial, sobre la base de los principios rectores de concertación y colaboración interinstitucional y de búsqueda del equilibrio de los diversos intereses sectoriales en juego.

Dada la amplitud del alcance de la política de ordenación territorial, la observancia de estos principios rectores resulta fundamental para su buen desarrollo, por tratarse, además, de una política en la que confluyen las competencias de todas las Administraciones Públicas (Ayuntamientos, Diputaciones Forales, Gobierno Vasco y Gobierno del Estado), así como de todas las normativas sectoriales con incidencia territorial.

En cuanto a los instrumentos de ordenación del territorio se refiere, la Ley crea tres instrumentos: las Directrices de Ordenación Territorial (DOT), los Planes Territoriales Parciales (PTP) y los Planes Territoriales Sectoriales (PTS). El instrumento principal y básico son las DOT, que definen la estrategia territorial del conjunto de la CAPV. A su vez, las DOT se detallan tanto a nivel territorial como a nivel sectorial, a través de los PTP y los PTS, respectivamente.

El desarrollo territorial de las DOT se realiza a través de los Planes Territoriales Parciales, un PTP por cada una de las 17 áreas funcionales delimitadas en las DOT vigentes para el territorio de la CAPV, a los efectos de la ordenación del territorio. Por su parte, el desarrollo sectorial de las DOT se lleva a cabo a través de los Planes Territoriales Sectoriales, que se centran en un ámbito sectorial de alcance territorial y aplicable en toda la CAPV.

Cabe señalar que los instrumentos de ordenación territorial —las DOT, los PTP y los PTS— han de ser tenidos en cuenta en los instrumentos propios de la ordenación del urbanismo, como son, por ejemplo, los Planes Generales de Ordenación Urbana, tal y como también se dispone en la Ley 2/2006, de 30 de junio de Suelo y Urbanismo.

En cuanto a la coordinación y al asesoramiento se refiere, la Ley de Ordenación del Territorio crea 2 órganos: la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco (COTPV) y el Consejo Asesor de Política Territorial del Gobierno Vasco.

La COTPV es un órgano clave del desarrollo de la política territorial. Está compuesta por una representación de todos los niveles administrativos territoriales, como son el Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales, el Gobierno del Estado y los Ayuntamientos, bajo la presidencia del Gobierno Vasco. La importancia de la COTPV reside, fundamentalmente, en

el hecho de que ha de informar preceptivamente en la tramitación de los instrumentos tanto de ordenación del territorio, como de ordenación urbanística, y, por lo tanto, se convierte en una herramienta fundamental para velar por el buen desarrollo y la correcta aplicación de la ordenación del territorio de la CAPV. Además, la COTPV también desempeña funciones consultivas.

El Consejo Asesor de Política Territorial es el órgano asesor del Gobierno Vasco compuesto por una persona en representación de cada uno de los Departamentos del Gobierno Vasco y por el mismo número de personas expertas, y, además, su pronunciamiento es preceptivo en la tramitación de los instrumentos de ordenación territorial.

Tras este breve repaso de los «productos» o de lo que crea propiamente la Ley de Ordenación del Territorio (3 instrumentos de ordenación territorial y 2 órganos), considero oportuno realizar una serie de comentarios para ilustrar la especial naturaleza de la política de ordenación del territorio.

Podríamos decir que la política de ordenación del territorio de la CAPV es una política relativamente joven y «en construcción». Nace en 1990 con la aprobación de la Ley de Ordenación del Territorio; una ley que solo cuenta con treinta y un artículos, ya que su objeto no es otro que el de establecer y regular los instrumentos y órganos necesarios para desarrollar la política de ordenación territorial. Como consecuencia de esta concepción de la Ley, nos encontramos ante una política que está en permanente desarrollo, es decir, «en construcción». Y ello se debe a que lo que se establece en las DOT ha de ser desarrollado por los PTP y los PTS pertinentes —algunos de reciente aprobación—, y todos ellos, a su vez, habrán de ser actualizados cuando así proceda.

Asimismo, también resulta ilustrativa la simplicidad de una ley de una política relativamente joven como la de Ordenación del Territorio, de treinta y un artículos, frente a la Ley 2/2006, de 30 de mayo, de Suelo y Urbanismo, de doscientos cuarenta y cuatro artículos, reflejo de una larga y consolidada experiencia de las relaciones jurídicas en el ámbito urbanístico.

Cabe recordar, además, que tanto las DOT como los PTS y los PTS se aprueban por Decreto del Gobierno Vasco. De este modo, el corpus jurídico de la ordenación del territorio en la CAPV está compuesto, además de por su Ley fundacional de 31 de mayo de 1990, por el Decreto 28/1997, de 11 de febrero, por el que se aprueban definitivamente las Directrices de Ordenación Territorial de la CAPV, y los sucesivos Decretos que han aprobado los 14 de los 15 Planes Territoriales Parciales previstos en las DOT —falta únicamente la aprobación del correspondiente al área funcional de Tolosaldea— y los Decretos de los 9 Planes Territoriales Sectoriales adoptados de entre los 20 sugeridos en las DOT vigentes.

En tanto en cuanto las DOT definen la estrategia territorial para el conjunto de la CAPV, considero que la ordenación del territorio constituye una política estratégica para promover el desarrollo humano sostenible, ya que establece los parámetros oportunos para que la actividad humana que se despliega sobre el territorio sea respetuosa con el entorno y redunde en una mayor calidad de nuestra vida y del capital natural.

III. El inicio de la revisión de las DOT. Un Acuerdo innovador

El inicio del proceso de la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial, aprobadas en 1997, se produce el 27 de julio de 2015, con el Acuerdo del Consejo del Gobierno Vasco adoptado, al efecto, a propuesta de la Consejera de Medio Ambiente y Política Territorial.

De hecho, el promover la revisión de las DOT de forma participativa era un compromiso del Gobierno Vasco recogido en el Programa de Gobierno 2012-2016, y también fue una solicitud expresa del Parlamento Vasco durante la X Legislatura.

Además, el Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial adquirió el compromiso de llevar a cabo este proceso como una iniciativa significativa del Libro Blanco de Democracia y Participación Ciudadana para Euskadi, en el marco del Plan de Innovación Pública del Gobierno Vasco.

A diferencia de lo que ocurre en la tramitación ordinaria de las disposiciones normativas con rango de decreto, donde el acto administrativo que da comienzo a la tramitación es la Orden de iniciación del Consejero o Consejera sectorial competente, la Ley de Ordenación del Territorio establece que sea el conjunto del Gobierno, a través de un Acuerdo de Consejo de Gobierno, quien dé inicio al proceso de revisión de las DOT, a propuesta del Consejero o Consejera sectorial competente. Dicho Acuerdo ha de publicarse en el Boletín Oficial del País Vasco y en, al menos, dos periódicos de los de mayor circulación, además de ser notificado a los Ayuntamientos, a través de las Asociaciones de Municipios, a las Diputaciones Forales y al Delegado o Delegada del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco, publicidad que no se prevé ni se contempla en el inicio de la tramitación de los decretos, en general. De todo ello puede deducirse que el rango de las DOT no es el de un Decreto ordinario, sino que ostenta un carácter de especial importancia.

¿Por qué se puede considerar innovador el Acuerdo de Consejo de Gobierno de julio de 2015 por el que se da inicio al proceso de revisión de las DOT? pues porque, precisamente para poder dar respuesta al ca-

rácter participativo y transparente del proceso, va más allá de lo establecido por la propia Ley de Ordenación del Territorio, y adquiere explícitamente una serie de compromisos no exigidos legalmente, como son los siguientes:

- a) Se crea un nuevo trámite para facilitar la participación desde el inicio del proceso: previamente a la adopción del Avance —primera propuesta formal prevista en la Ley de Ordenación del Territorio—, se crea la obligación de elaborar una pre-propuesta o pre-Avance, denominado Documento Base, que se abre a la participación.
- b) Fija unos plazos a la tramitación del proceso de revisión o a sus hitos procesales.
- c) Hace coincidir los plazos de los hitos procesales de la tramitación con el congreso anual Euskal Hiria.
- d) El proceso de participación se concibe como una parte integral del proceso de revisión.

Precisamente el desarrollo de estas cuestiones son las que han hecho del proceso de revisión de las DOT un proceso de aprendizaje con resultados positivos y replicables, que es, precisamente, lo que se pretende trasladar a continuación.

IV. Un proceso de participación integral y «tridimensional»

1. Un proceso de participación integral: la participación, desde el inicio hasta el final. El Documento Base

Como ya se ha avanzado en el punto anterior, el hecho de que el proceso de revisión se conciba como un proceso participativo integral, desde su inicio hasta su fin, conllevó la adaptación del procedimiento establecido por la Ley de Ordenación del Territorio en 1990 a los parámetros de buena gobernanza para facilitar la participación. De ahí que, una vez iniciado el proceso de revisión, previamente a la presentación de la primera propuesta formal del documento de Avance, se elaborara un *Documento Base* abierto a la participación.

La función del Documento Base no era otra que la de recoger por escrito cuál era el planteamiento del Gobierno Vasco de cara a la revisión de las DOT, de forma que se pudiera habilitar un proceso de participación sobre una propuesta considerada como un documento de trabajo. Una vez sometido el Documento Base a la participación, analizadas las aportaciones y realizadas las modificaciones oportunas en el documento, se realizó el tránsito del Documento Base al documento de Avance, documento este que sí constituye un trámite legal.

Dado que el Documento Base se planteó como un instrumento para facilitar la participación sobre un planteamiento o una propuesta relativamente definida, las aportaciones que se realizaron en el proceso participativo se consideraron como tal, es decir, como *aportaciones* y no como *alegaciones formales*, ya que éstas, las alegaciones formales, se producirán cuando así proceda de acuerdo con la tramitación legalmente establecida.

De ahí que, por ejemplo, no se elaborara un «informe de aportaciones», como ocurriría con las alegaciones recibidas en el momento procesal de audiencia a las Administraciones e información pública y su correspondiente «informe de alegaciones», pero sí se publicaron todas las aportaciones recibidas. Además, teniendo en cuenta que entre la presentación del Documento Base y la presentación del Avance contábamos con el plazo de un año, en el que teníamos que llevar a cabo un proceso de participación importante y redactar la propuesta formal del Avance, la elaboración de un «informe de aportaciones» hubiera supuesto una tarea que hubiera podido retrasar la tramitación por el trabajo que supone su elaboración, y, además, hubiera podido resultar redundante. No hay que olvidar que nos encontrábamos en una fase de elaboración de la propuesta en sí, que, una vez presentada la propuesta formal del Avance, entonces sí se realizarían alegaciones, y se elaboraría el pertinente informe de alegaciones.

La *participación integral*, es decir, la que va más allá de la fase formal de audiencia a las Administraciones y la información pública, y trata de integrarse a lo largo de todo el proceso en cuestión, no resulta una tarea fácil para las Administraciones Públicas. Se trata de una cuestión novedosa, de la que carecemos de experiencia, al menos en ámbitos como el de la ordenación del territorio, y que, por lo tanto, tenemos que «practicar» y aprender de cara a ir construyendo una sólida cultura de participación, también desde el inicio en el diseño de las políticas públicas.

De ahí que el proceso de participación se fuera concibiendo paso a paso, de hito en hito, a lo largo del proceso. Por ello, se consideró oportuno diseñar para cada fase de la tramitación, su correspondiente proceso de participación, a la vista del aprendizaje y la experiencia adquirida en las fases precedentes.

El proceso de participación que se describe en este artículo hace referencia al proceso de participación que se diseñó para la fase comprendida entre la presentación del Documento Base, en noviembre de 2015, a la presentación del Avance, en noviembre de 2016.

2. Un proceso de participación «tridimensional»

La participación que se ha promovido ha sido una participación que lo califico como «tridimensional», por desarrollarse en tres ámbitos: el institucional, el social y el interno, entendiéndose este último como el que tiene lugar en el seno del Gobierno Vasco y, de forma específica, en la Viceconsejería de Administración y Planificación Territorial y en la Dirección de Planificación Territorial del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial.

A. LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL

Frecuentemente, cuando se habla de participación, se tiende a pensar que la participación se refiere o se enmarca exclusivamente en el ámbito de la ciudadanía y de los agentes socioeconómicos, y parece quedar de lado la participación de las demás instituciones implicadas o, incluso, la participación dentro de la propia institución por parte de otros Departamentos.

Si bien formalmente la Administración dispone de órganos propios para habilitar la participación institucional, también es muy frecuente que dichos órganos funcionen con un carácter principalmente burocrático: se reúnen cuando se establece en su normativa reguladora; emiten los informes que se requieran jurídicamente; y, normalmente, el desarrollo de sus funciones deliberativas y de discusión son muy limitadas en la práctica o no se ejercitan en numerosas ocasiones.

Con el proceso participativo de la revisión de las DOT, se consideró esencial revitalizar y activar las funciones deliberativas de los órganos consultivos y de participación del ámbito de la ordenación del territorio.

Se crearon dos ponencias técnicas para tratar la revisión de las DOT, tanto en la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco, como en el Consejo Asesor de Política Territorial, los dos órganos institucionales propios del ámbito de la ordenación del territorio. Ambas ponencias técnicas iban tratando en cada una de sus reuniones unos capítulos determinados del Documento Base, y sobre ellos se abría un debate, y se realizaban aportaciones por escrito.

Desde que se presentó el Documento Base, a finales de noviembre de 2015, hasta que se presentó el Avance, en noviembre de 2016 —concretamente, entre enero y septiembre de 2016—, se celebraron 6 reuniones de la COTPV y 5 del Consejo Asesor, y se recibieron valiosas aportaciones en el marco de las ponencias técnicas de la COTPV y del Consejo Asesor.

Además, todos los miembros de ambos órganos trasladaron sus comentarios por escrito.

Las aportaciones por escrito elaboradas y remitidas por las instituciones miembro de la COTPV y por las personas expertas del Consejo Asesor fueron numerosas y de calidad: la Diputación Foral de Araba (5 documentos), la Diputación Foral de Bizkaia (9 documentos), la Diputación Foral de Gipuzkoa (6 documentos), la Asociación de Municipios Vascos EUDEL y Ayuntamientos (6 documentos), la Delegación del Estado (4 documentos), la Autoridad Portuaria del Puerto de Bilbao (1 documento) y el Gobierno Vasco (22 documentos), personas expertas del Consejo Asesor de Política Territorial (17 documentos).

Cabe señalar que el número de documentos tiene un carácter meramente ilustrativo porque prácticamente la totalidad de las aportaciones recibidas por parte de los miembros de la COTPV y del Consejo Asesor de Política Territorial hacen referencia a todos los contenidos del Documento Base. EUDEL, por ejemplo, realizó una única extensa y detallada aportación por escrito sobre la totalidad del Documento Base.

También se solicitaron comparecencias, a petición propia, para informar sobre el proceso participativo de la revisión de las DOT en la Comisión de Medio Ambiente y Política Territorial del Parlamento Vasco, así como en el Comité Económico y Social Vasco.

Igualmente, se realizaron presentaciones sobre la revisión en otros órganos del Gobierno Vasco como la Comisión Ambiental, el Consejo Asesor de Medio Ambiente, el Consejo Asesor de Conservación de la Naturaleza, el Patronato de Urdaibai y el Consejo de Agricultura y Alimentación Ecológica de Euskadi.

Asimismo, dentro de la Red Vasca de Municipios hacia la Sostenibilidad, Udalsarea 21, se creó un grupo de trabajo temático o *Ekitalde* sobre la revisión de las DOT, que mantuvo 2 reuniones, y sus resultados se recogieron en sus pertinentes actas. Además, se realizó una presentación de la propuesta de revisión de las DOT y su proceso participativo a los alcaldes y las alcaldesas de la red Udalsarea 21 en su Asamblea General.

También fue importante la participación del mundo académico, que incluimos dentro de la participación institucional porque la ubicamos en los marcos de colaboración institucional previamente establecidos con la universidad. Así, además de las aportaciones realizadas por algunas personas expertas del Consejo Asesor de Política Territorial provenientes de la universidad, se celebró un encuentro en la Universidad del País Vasco organizado por la iniciativa *ehuGune* y la Cátedra UNESCO de Paisajes Culturales y Patrimonio de la UPV/EHU en el que participaron una veintena de profesores y profesoras y personal investigador, encuentro del que también se aportó un acta con los resultados del mismo por parte de la UPV/EHU. Asimismo, se realizaron aportaciones por escrito por parte de *CitiesLab Kate-dra* de la Universidad de Deusto (2 documentos) y de la Cátedra UNESCO de Paisajes Culturales y Patrimonio de la UPV/EHU (3 documentos).

B. LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

En nuestra condición de Administración, sí sabíamos cómo promover la participación en el ámbito institucional; sin embargo, carecíamos de ese conocimiento y de las habilidades requeridas para promover la participación social en una materia como la de la ordenación del territorio.

De hecho, una de las dificultades a las que nos enfrentábamos, probablemente la principal, era precisamente explicar de qué estábamos hablando, sobre qué pedíamos aportaciones, qué es concretamente la ordenación territorial y qué suponen las DOT, los PTP o los PTS. Se trata de una materia más bien poco conocida por la opinión pública o por la sociedad en general, bien por tratarse de una política relativamente joven, bien por su carácter un tanto técnico, o bien por su grado de abstracción, o, dicho de otra manera, por su falta de concreción o de afección clara y directa en la vida del día a día. La ordenación del territorio fija una serie de directrices y determinaciones territoriales generales, que, posteriormente, han de ser trasladadas, desarrolladas e implementadas, principalmente, a través de los instrumentos urbanísticos. Y, además, abarca un amplísimo abanico de temas, ya que prácticamente toda actividad física tiene un impacto o se produce sobre el territorio.

En consecuencia, el reto en el ámbito de la participación social era doble: por un lado, había que explicar en qué consistía la revisión de las DOT, y, por otro lado, había que activar la participación social en el proceso de revisión.

Precisamente para facilitarnos la realización de las labores necesarias para responder convenientemente a estos retos requerimos de una asistencia técnica, que fue adjudicada a la empresa *Paisaje Transversal*, que trabajó en colaboración con la empresa *Inguru*.

Para llevar a cabo la participación social, se elaboraron materiales para la difusión del proceso de revisión de las DOT, y se habilitaron diversos canales para facilitar la participación: el canal digital, el canal de los contactos selectivos, y canal presencial.

La participación a través de medios digitales se produjo a través de las redes sociales, con la apertura de las respectivas cuentas en Facebook y Twitter, y a través de Irekia —el canal de comunicación directa entre la ciudadanía y el Gobierno Vasco—.

Los contactos selectivos se realizaron por correo, principalmente a asociaciones que pudieran tener un interés en el ámbito de la revisión de la estrategia territorial definida en las DOT. Asimismo, se ofreció la posibilidad de mantener reuniones con las personas que tuvieran interés en ello, y así ocurrió cuando fue demandado.

Por su parte, la participación presencial se produjo a través de 16 talleres que se organizaron en los municipios-cabecera de cada una de las 15

áreas funcionales, con la excepción del área funcional de Gernika-Markina, donde se celebraron 2 talleres. Fueron alrededor de 300 personas las que tomaron parte en estos talleres que tuvieron lugar entre mayo y junio de 2016.

Las contribuciones de la participación social fueron recogidas por distintas vías.

Por un lado, se recibieron 17 aportaciones por escrito por parte de agentes interesados: colegios profesionales —geología, biología, ingeniería, arquitectura—; sindicatos —ELA y EHNE—, asociaciones y otros —Ekologistak Martxan, Betsaide, Ondartez, Wikitoki, clúster empresarial de medio ambiente ACLIMA, Euskadiko Parke Teknologikoak parques científicos y tecnológicos—.

Por otro lado, se recogieron en un único informe las aportaciones realizadas por el canal digital.

Asimismo, se aportaron 16 actas con los resultados de cada uno de los talleres presenciales. Cabe señalar que, previamente a la publicación del acta en Internet, se circulaba el borrador del acta entre las personas participantes en el taller correspondiente por si tuvieran alguna propuesta de modificación a incluir.

C. LA PARTICIPACIÓN INTERNA

Esta tercera dimensión de la participación es, probablemente, la que pasa más desapercibida, y, sin embargo, se trata, igualmente, de un reto para la Administración en general.

Con el término «participación interna» me estoy refiriendo, principalmente, a la participación en la elaboración y presentación del Documento Base y del Avance de la revisión de las DOT por parte del personal directivo o político y técnico del Departamento de Medio Ambiente y Planificación Territorial, concretamente, de la Viceconsejería de Administración y Planificación Territorial y la Dirección de Planificación Territorial y Urbanismo.

Utilizando un término habitual en el ámbito de la ordenación del territorio, el «equipo redactor» de estos dos documentos lo conformamos las personas de la Dirección y de la Viceconsejería de Planificación Territorial, bajo la dirección última de la Consejera de Medio Ambiente y Planificación Territorial.

Desde un inicio, decidimos apostar por el capital humano de la propia Administración, y, así lo hicimos, ya que externalizamos únicamente aquellas tareas que no podíamos acometer con medios propios, que, concretamente, fueron tres: el diseño y la gestión de la participación social; y dos estudios, uno sobre la perspectiva de género y otro sobre los espacios en transición, ambos en el marco de la revisión de las DOT.

Además, dado que el Documento Base y el Avance fueron de elaborados internamente, las presentaciones de estos trabajos también se realizaron, lógicamente, por parte del mismo «equipo redactor», es decir, el personal directivo o político y técnico directamente implicado.

Asimismo, si bien el grueso del trabajo recaía en la Dirección y en la Viceconsejería de Planificación Territorial, también se debe poner en valor las importantes contribuciones que, de cara a la redacción de estos documentos, recibimos por parte de otras Viceconsejerías del Gobierno, tanto de nuestro mismo Departamento de Medio Ambiente y Planificación Territorial, como de otros Departamentos del Gobierno Vasco y de su sector público.

V. La elaboración participativa del Documento Base y del Avance de las DOT

Una vez aprobado el inicio del proceso de revisión en julio de 2015, teníamos que cumplir el compromiso de presentar en noviembre del mismo año el primer documento de posicionamiento del Gobierno respecto a la revisión de las DOT —el Documento Base— para su sometimiento a un proceso participativo, previamente a la adopción de la primera propuesta formal de las DOT —el documento de Avance—.

Nos encontrábamos ante un doble reto: teníamos el tiempo justo para la elaboración del Documento Base; y elaborábamos, por primera vez, un documento estratégico de la envergadura de las DOT internamente, con recursos propios.

Comenzamos por distribuir las tareas de redacción de los distintos contenidos dentro del equipo de trabajo, con el objetivo temporal de tener listo el Documento Base para el Euskal Hiria Kongresua de 23 de noviembre de 2015.

No fue una tarea fácil, pero finalmente resultó ser gratificante y satisfactoria.

No fue una tarea fácil por diversas razones: éramos unas cuantas las personas que redactábamos los contenidos, y el primer resultado fue que los estilos y las estructuras de los documentos variaban; la estrategia territorial abarca intrínsecamente una gran cantidad de temas, a lo que se añadía el problema de que cada uno de los temas se trataba de forma extensa, de forma que la primera versión del primer documento de trabajo resultó muy larga y con un número de páginas excesivo; algunas cuestiones eran novedosas, que carecían de sólidas referencias de base; y no estábamos habituados a redactar y confeccionar internamente un documento estratégico como el de la estrategia territorial a largo plazo que son las DOT.

En septiembre de 2015 pusimos en común todos los textos elaborados internamente y procedimos al «hilvanado» del documento, y pudimos ver un primer resultado, que ponía en evidencia las dificultades arriba mencionadas.

Además de trabajar con un calendario ajustado, teníamos que remitir nuestra propuesta de trabajo a los Departamentos del Gobierno Vasco para que pudieran realizar las aportaciones oportunas. De ahí que en septiembre de 2015 remitiéramos a los Departamentos de Gobierno Vasco ese primer borrador del Documento Base para que nos hicieran llegar sus contribuciones.

Desde septiembre hasta noviembre de 2015 fuimos puliendo y mejorando el borrador de Documento Base: nos centramos en completar algunos contenidos, y en ceñirnos a un esquema común para cada uno de los contenidos del modelo territorial. Decidimos que cada tema se centrara en torno a tres cuestiones comunes: describir el estado de la cuestión; definir los objetivos territoriales en la materia; y establecer las directrices territoriales para alcanzar los objetivos establecidos.

Además, de cara a facilitar la participación, se elaboraron dos versiones del Documento Base: el resumen ejecutivo (132 páginas) y la versión completa (321 páginas).

Finalmente, el 23 de noviembre de 2015 presentamos el Documento Base en el Euskal Hiria Kongresua, y se dio, así, inicio al proceso participativo en torno al Documento Base, con un objetivo claro: presentar el documento Avance, primera propuesta formal de las nuevas DOT, en el plazo de un año, en noviembre de 2016.

El haber alcanzado el objetivo de cumplir el compromiso de presentar el Documento Base en plazo fue muy gratificante, y nos dio la energía necesaria y la ilusión para seguir con la hoja de ruta, y poder cumplir el siguiente hito en plazo.

Y así fue. El Documento Base se convirtió en el documento Avance con la incorporación de las aportaciones oportunas del proceso participativo anteriormente descrito y con las modificaciones que introdujimos en el texto a iniciativa propia.

Más adelante me referiré brevemente a los contenidos de ambos documentos.

VI. Los resultados positivos de la participación

Los resultados del proceso de participación llevado a cabo en esta primera fase fueron altamente positivos, principalmente por las razones que se mencionan a continuación: se mejoró significativamente el texto inicial; al abrirse la participación desde la fase inicial, se dispuso de un

periodo de tiempo amplio para la mejora continua del texto antes de la aprobación del Avance; la respuesta recibida fue de calidad, con aportaciones institucionales y sociales serias y trabajadas, y con profesionalidad por parte del equipo interno de trabajo, mostrándose un alto grado de implicación de las partes del proceso de participación; se activaron las tres dimensiones de la participación —la institucional, la social y la interna—; se adquirió una valiosa experiencia, y se sentaron las bases para instaurar una cultura participativa en materia de ordenación del territorio y urbanismo, con efectos también en otros ámbitos institucionales; se visibilizó la planificación territorial en la agenda pública; y favoreció la continuidad del proyecto en el cambio de Legislatura y del equipo de gobierno.

A continuación, desarrollaré algunos aspectos de estos resultados positivos.

1. Mejora la propuesta inicial

El Documento Base tenía que estar finalizado para una fecha concreta, el 23 de noviembre de 2015. Éramos conscientes de que no se trataba de un documento perfecto, pero también partíamos de la base de que se abría el plazo de un año para mejorar ese borrador de propuesta.

Fruto del proceso de participación, el tránsito del Documento Base al Avance fue muy enriquecedor porque sirvió para detectar aspectos débiles o lagunas del Documento Base; para incorporar aportaciones de interés y nuevos contenidos; así como para mejorar la redacción y la estructura del texto.

2. Más tiempo para trabajar el texto final

Además, al abrirse la participación desde la fase inicial del proceso de revisión sobre la base de un documento —el Documento Base—, se cuenta, posteriormente, con más tiempo para ir completando y mejorando el texto final. En otras palabras, se amplía, en la práctica, el periodo de tiempo para preparar el texto de la primera propuesta formal —el Avance—, y, en consecuencia, se amplía asimismo el proceso de mejora del texto.

3. Respuesta fructífera y de calidad. Implicación de las partes

La respuesta de los participantes del proceso de participación fue muy importante, fructífera y de calidad. Las aportaciones recibidas, tanto en el

ámbito institucional, como en el social, fueron serias y trabajadas. Por su parte, el equipo interno de trabajo también trabajó con diligencia y profesionalidad.

Esta positiva respuesta es el resultado o la demostración de la implicación y del interés que despierta entre las diversas partes el desarrollo de un verdadero proceso de participación.

4. Activación de las 3 dimensiones de la participación

Se activaron las tres dimensiones de la participación.

A. ACTIVACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL

La actividad de la participación institucional fue intensa y valiosa en esa primera fase, y se adquirió una dinámica de trabajo positiva, especialmente en las ponencias técnicas para la revisión de las DOT de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco y del Consejo Asesor de Política Territorial, dinámica que se ha consolidado y se mantiene en la actualidad.

La activación de la participación institucional tuvo, además, un efecto multiplicador, ya que, debido a la diversidad de los temas sectoriales que abarca la ordenación territorial, las instituciones participantes realizaban sus propias consultas internamente a los servicios sectoriales concernidos. Cabe destacar el proceso de consulta y participación interna que llevó a cabo la Asociación de Municipios Vascos, EUDEL, estableciendo un proceso de participación abierto a todos los municipios específicamente sobre el Documento Base y sus planteamientos.

B. ACTIVACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

La participación social ha cobrado, igualmente, una nueva dimensión en esta materia.

Se ha insistido en el carácter participativo del proceso de revisión de las DOT, y se ha realizado un esfuerzo especial en activar la participación en el ámbito social.

Nos dirigimos a los distintos agentes socioeconómicos, y también nos acercamos físicamente a todas las áreas funcionales para mantener encuentros presenciales con la ciudadanía, y recibir sus aportaciones.

Esta nueva dimensión de la participación social supera con creces la fase formal de información pública.

Por una parte, se promueve activamente la participación social por parte de la Administración promotora. Por otra parte, se despliegan más mecanismos de participación que la mera publicación de la propuesta. Y, por último, se abre una fase de aportaciones adicional, como es la del Documento Base, que no responde a un requisito legal, sino a la voluntad de promover la participación del Gobierno Vasco.

C. ACTIVACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN INTERNA

El hecho de que este tipo de trabajos —la redacción del Documento Base y del Avance y la gestión de la participación— se realice internamente con recursos propios supone, asimismo, la activación del personal técnico y directivo o político de la Administración en la realización de un tipo de tareas que, o bien han sido tradicionalmente externalizadas y llevadas a cabo por equipos de redacción externos bajo la dirección y supervisión de la Administración contratante, o bien no se han desempeñado de forma activa, como es el caso de la dinamización de la participación social o institucional, más allá de la participación formal derivada de las exigencias legales o normativas.

La asunción directa de estos trabajos supone, así, la asunción no sólo de nuevas destrezas, sino también una posición más activa, si cabe, del personal de la Administración ante estas responsabilidades.

Intuyo, además, que también supone una mayor satisfacción personal ante el trabajo bien hecho y ante los buenos resultados del trabajo en equipo: en otras palabras, una mayor motivación por ir cumpliendo lo establecido en la hoja de ruta, en la senda de un proceso de mejora continua.

5. Consolidación de la cultura participativa

La experiencia adquirida con el proceso participativo integral del proceso de revisión de las DOT ha traído consigo la asunción de que este proceso ha de ir acompañado de un proceso participativo desde el inicio de los trabajos hasta la aprobación final de las nuevas DOT resultantes de la revisión.

El proceso de participación se ha convertido en un elemento consustancial del proceso formal de la revisión de las DOT. Es un nuevo camino abierto, que se va consolidando, y que no tiene marcha atrás.

Además, el modelo del proceso participativo integral de las DOT ha sido replicado por dos procesos importantes procesos de revisión iniciados posteriormente al de la revisión de las DOT, como es la revisión del Plan Territorial Parcial del área funcional de Bilbao Metropolitano y la revi-

sión del Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao. En ambos casos la participación se ha producido desde el inicio, es decir, previamente a la elaboración del Avance, y también se han establecido plazos estimativos para los hitos procesales.

Parece, pues, que podríamos decir que se pudiera estar empezando a consolidar una cultura de participación integral en el ámbito de la ordenación del territorio y del ámbito urbanístico, especialmente si tenemos en cuenta que, en el ámbito territorial, esa participación integral —de inicio a fin— se ha instaurado en la propia revisión de la estrategia territorial; la misma base de la que se derivarán los instrumentos de ordenación territorial —PTP y PTS—, y a la que se deberán adecuar los instrumentos urbanísticos como los Planes Generales de Ordenación Urbana.

6. La ordenación del territorio en la agenda pública

Así como, no resulta necesario de modo general, explicar lo que es el urbanismo, ni cuáles son sus funciones, y para qué es necesario o por qué es importante, no ocurre habitualmente lo mismo con la ordenación del territorio. Ello puede deberse a que, a diferencia del urbanismo, es una política relativamente joven, pero creo que la razón principal de ese desconocimiento se debe a que la ordenación del territorio queda en un plano un tanto alejado o abstracto, que requiere de un desarrollo y un detalle que se produce a través de los instrumentos o de las normas urbanísticas, esas actuaciones ya sí, más cercanas y visibles para la ciudadanía.

Con el proceso participativo, se ha puesto en valor la envergadura y el alcance de una política básica como es la ordenación del territorio, ya que prácticamente todas las políticas y actuaciones humanas tienen un impacto territorial. El territorio es único, y, por lo tanto, tenemos que ser conscientes de la importancia de ordenar todas las actividades desde una perspectiva territorial para poder preservar un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible con nuestro entorno físico y natural.

Así, durante este proceso se ha venido hablando de la importancia de la estrategia territorial y de la adaptación de las DOT a los nuevos retos, de forma que ha sido un tema objeto de atención tanto por parte de las políticas sectoriales en las distintas instituciones, como por parte de los agentes socioeconómicos y la ciudadanía. Por ejemplo, el haber organizado los talleres participativos en las áreas funcionales ha facilitado el acercamiento de la estrategia territorial de las DOT a la ciudadanía, y la ha hecho más conocida.

Aun puede quedar camino por recorrer para que la ordenación del territorio ocupe titulares en los medio de comunicación, pero cuanto más

se hable de esta cuestión, más relevancia cobrará su alcance, y los procesos de participación como este contribuyen a ello.

7. Facilita la continuidad del proceso de revisión

El caso de la revisión participativa de las DOT es un ejemplo de que la participación integral facilita la continuidad del proceso, aunque haya un cambio de Legislatura y se inicie una nueva, con un equipo directivo distinto.

Una vez iniciado el proceso de revisión con un planteamiento participativo desde el inicio, se facilita la continuidad del proceso, principalmente, por tres razones: primero, porque el proceso de revisión cobra un importante grado de legitimidad al abrirlo a la participación; segundo, porque se genera un respeto al interés y al esfuerzo demostrado por las partes participantes al realizar sus contribuciones; tercero, porque los nuevos equipos directivos que tomen las riendas del impulso político del proceso de revisión deberían dar cuenta de las modificaciones que pudieran introducir en el proceso, y, en todo caso, deberían justificar su posición debidamente si decidieran, en su caso, abandonar o paralizar el proceso.

Un claro ejemplo de este resultado positivo de la participación es, precisamente, este proceso de revisión participativa integral de las DOT, que se concibió y comenzó en la X Legislatura con el equipo directivo dirigido por la consejera Ana Oregi (EAJ/PNV), y ha continuado en la XI Legislatura con otro equipo directivo bajo la dirección del consejero Iñaki Arriola (PSOE-PSE), ambas legislaturas bajo la presidencia del Lehendakari Iñigo Urkullu.

8. ¿Algo negativo?

Sinceramente, sólo he visto resultados positivos del proceso de participación.

No se trata de dar una imagen triunfalista o incluso inocente. Ha sido una experiencia fructífera, que nos ha demostrado que es posible y más enriquecedor hacer política pública de forma colaborativa, y hemos aprendido o estamos aprendiendo con la práctica.

Se puede cuestionar, por ejemplo, si es un éxito o un fracaso que la media de personas que han acudido a los talleres presenciales sea de 25 por área funcional. En mi opinión, es simplemente una realidad, un hecho. Habrá que analizar para siguientes ocasiones cómo mejorar este tipo de participación presencial, entre otros.

Estamos aprendiendo, y se trata de buscar la mejora continua en estos procesos. En cualquier caso, estoy convencida que, a base de facilitar las vías para promover la participación, se irá mejorando en las fórmulas y en los resultados.

VII. Proceso con plazos: planificación temporal

El establecimiento de plazos temporales a los hitos procesales de la tramitación era también uno de los retos importantes que nos propusimos en el diseño del proceso de la revisión de las DOT.

La duración extremadamente larga, de años, que habitualmente lleva la tramitación de los instrumentos de ordenación territorial —también de los instrumentos urbanísticos— es un problema serio para el que queríamos buscar o ensayar una solución.

La solución propuesta consistió en establecer, al inicio del proceso, unos hitos temporales a la tramitación, es decir, una planificación temporal razonable, que nos hiciera ver desde un inicio hasta cuándo nos llevaría la tramitación o para cuándo pudiera preverse, aproximadamente, la aprobación final.

El excesivo retraso en la tramitación de estos instrumentos territoriales supone un problema grave, principalmente, por una cuestión de seguridad jurídica.

Durante los años que dura la tramitación hasta la aprobación final, se carece de un instrumento o una norma firme que sirva de soporte jurídico sólido, tanto a la Administración a la hora de actuar jurídicamente y de ejercitar su potestad administrativa —concesión de licencias, aprobaciones de proyectos, prohibiciones dispositivas...—, como a las personas físicas o jurídicas interesadas.

Se producen, además, una pérdida de credibilidad por parte del conjunto de la sociedad sobre la eficacia real de los instrumentos territoriales. Son muy comunes comentarios habituales del tipo, por ejemplo, «parece que está proyectada tal actuación, pero llevan tanto tiempo con el tema, que cualquiera sabe» o «ahí querían hacer algo, pero de eso hace mucho tiempo...».

Por todo ello, el Acuerdo de Consejo de Gobierno que dio inicio al proceso de revisión de las DOT en julio de 2015, estableció unos plazos referenciales para la tramitación del proceso, que permitía, además, vislumbrar el plazo, también referencial, de la aprobación final de las DOT revisadas.

El Acuerdo de julio de 2015 fijaba la fecha de noviembre de 2015 para la presentación del Documento Base; noviembre de 2016 para la presentación del Avance; noviembre de 2017 para la Aprobación Inicial; y no-

viembre 2018 o principios de 2019 para la Aprobación Definitiva. Se añadía igualmente la precisión de que se trataba de plazos orientativos que, en el caso de que no se cumplieran, se debería proporcionar una justificación al respecto.

Los dos primeros plazos se cumplieron debidamente, coincidiendo el último de ellos con el cambio de Legislatura. El siguiente plazo es el de noviembre de 2017 para la Aprobación Inicial, y todo parece indicar que también vaya a cumplirse.

El cumplimiento de esto plazos ha supuesto no sólo un motivo de satisfacción, sino también una demostración de que es posible trabajar de este modo, con unos resultados probados.

El hecho de planificar temporalmente la tramitación en un proceso participativo puede ayudar o ayuda a superar los «parones» o los retrasos en la tramitación como pueden ser los cambios de Legislatura o de los equipos de Gobierno, tal y como ha ocurrido en nuestro caso.

Utilizando la figura del tren, el proceso de revisión participativa se puso en marcha en julio de 2015 y, desde entonces, el tren ha estado en marcha y ha llegado a sus estaciones principales *just on time*. El tren está en marcha y sigue su trayecto hasta su destino final. Aunque haya un cambio en la cabina de dirección, es muy probable que el tren siga con su marcha porque el camino recorrido ha sido público y abierto; y porque cuenta con un equipo técnico que está directamente implicado en el proceso y trabaja a «velocidad de crucero», y facilita, así, la transición de un equipo de dirección al siguiente. Obviamente, el nuevo equipo de dirección tiene la potestad de cambiar de ruta, de modificar los horarios y de diseñar el trayecto de otro modo, pero, en ese caso, tendrá que justificar los cambios realizados. Y, en todo caso, no hay que olvidar que como se ha dado a conocer la planificación temporal desde el inicio del largo recorrido, habrá personas esperando en las siguientes estaciones la llegada del tren. Si no llega a tiempo, habrá que dar las explicaciones oportunas, para evitar las reclamaciones que se pudieran producir.

Otro efecto positivo. El compromiso de presentar el Documento Base en noviembre de 2015 nos obligó a cerrar una versión del documento para abrirlo posteriormente a la participación. Éramos conscientes de que la versión del Documento Base era mejorable pero teníamos que cerrar el documento para poder avanzar hacia el Avance, valga la redundancia. Era una cuestión de priorizar la eficacia, frente a la dilación que supondría buscar la perfección del documento. Además, el Documento Base estaba concebido como un documento de trabajo para que, tras abrirlo a la participación e incluidas las mejoras pertinentes, se convirtiera en la primera propuesta formal, en el Avance. El tren sigue avanzando.

El compromiso de cumplir el plazo también nos llevó a celebrar los talleres participativos en plena campaña electoral. No teníamos otra opción que hacerlos en ese periodo, y así lo hicimos, y, además, sin ninguna incidencia, es más, no salió el tema de la campaña por ningún lado. El tren había de seguir su camino, con las condiciones meteorológicas que se dieran en el momento, y así fue.

En conclusión, si se cumple la hoja de ruta de julio de 2015, la revisión de las DOT estará aprobada para finales de 2018 o principios de 2019. Y si no se cumple, habrá que explicarlo.

VIII. Proceso transparente

Era también una premisa del proceso de revisión participativo de las DOT que fuera un proceso transparente, donde toda documentación generada a lo largo de proceso participativo fuera pública y estuviera disponible en todo momento para las personas interesadas; y donde, anualmente, en noviembre, en el marco del congreso Euskal Hiria Kongresua, el Gobierno Vasco hiciera una devolución sobre los hitos procesales de la revisión participativa alcanzados y previstos en cada año en cuestión.

En la dirección web del Gobierno Vasco <http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.eus> se publicaron, por ejemplo, el Documento Base y el Avance; todas las aportaciones realizadas por escrito; los órdenes del día y las actas de las ponencias técnicas de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco y del Consejo Asesor de Política Territorial; las actas de los talleres presenciales; los dos trabajos encargados sobre la perspectiva de género en la revisión de las DOT y sobre el aprovechamiento de los espacios de transición; la documentación generada en torno al proceso participativo y la participación digital y en redes sociales.

El hacer coincidir la planificación temporal del proceso de revisión de las DOT con los meses de noviembre, mes en el que anualmente se celebra el congreso Euskal Hiria Kongresua, se debía a un criterio de «devolución» o de información por parte del Gobierno Vasco de los hitos en la tramitación. Euskal Hiria Kongresua es el congreso de referencia en materia de ordenación del territorio, que anualmente organiza el Gobierno Vasco, y que reúne a personas expertas e interesadas en la materia. Es, por tanto, el foro idóneo, por un lado, para dar cuenta a la sociedad sobre el desarrollo de la revisión de las DOT, y, por otro, como foro de encuentro para tratar cuestiones de interés.

En el Euskal Hiria Kongresua de noviembre de 2015, celebrado en Bilbao, se presentó el Documento Base, y en el Euskal Hiria Kongresua de noviembre de 2016, celebrado en Donostia/San Sebastián, se presentó el Avance.

IX. Del Documento Base al Avance: Lurraldea 2040

Como ya se ha comentado, el contar con el plazo de un año para ir mejorando y completando el documento de trabajo —el Documento Base— supuso una gran ayuda para llegar a la propuesta recogida en el Avance con un texto más sólido y mejor conformado.

El proceso de participación fue de gran utilidad para detectar deficiencias en el texto del Documento Base, y nos ayudó también a introducir modificaciones por nuestra parte, a la vista de que había cuestiones que no las habíamos trasladado adecuadamente o precisaban de un planteamiento más claro.

No me voy a detener en todos los contenidos del Documento Base y de su transición al Avance, pero sí me centraré en algunas cuestiones que considero de relevancia en el contexto de este artículo.

1. De «Euskal Hiria» a «Lurraldea 2040»

Una de las cuestiones que surgió de forma recurrente en el proceso participativo fue el cuestionamiento del término *Euskal Hiria* para referirse al conjunto del territorio de la CAPV, como si se tratara de una especie de gran ciudad o de un único territorio urbano, donde parecía entenderse que prevalecía o predominaba la ciudad o las tres capitales frente al resto del territorio, o el desarrollismo frente al desarrollo sostenible.

También es cierto que se ha venido utilizando frecuentemente el término *Euskal Hiria* para referirse a la ordenación territorial y a la CAPV en su conjunto, probablemente porque puede tratarse de un término evocador, que transmite la imagen de la ordenación del territorio en la CAPV. Y también son muchas las personas utilizan este término con agrado.

Las DOT vigentes, las de 1997, no incluyen en su texto la referencia de *Euskal Hiria* como definitorio del modelo territorial de la CAPV. De hecho, el modelo urbano de ordenación territorial se mantiene en la revisión de las DOT, ya que éste no consiste únicamente en las tres capitales vascas, sino que se sostiene sobre un territorio mallado conformado por las tres capitales, las ciudades intermedias —cabeceras o subcabeceras de las áreas funcionales— y por todos los pueblos que integran las áreas funcionales. Se busca, así, un equilibrio territorial para el conjunto del territorio.

A la vista de que no todas las personas entienden el significado y el planteamiento de *Euskal Hiria* del mismo modo, y que ello genera un cierto malestar o una confrontación que es totalmente evitable por tra-

tarse de una imagen sin un significado determinado en términos de la política de ordenación territorial, decidimos evitar discusiones estériles, y adoptar la utilización de un término neutral, como el del «territorio» o «lurraldea».

Así, incluimos en el Avance la referencia *Lurraldea 2040* como denominador de la estrategia territorial de la CAPV a largo plazo, recogida en las Directrices de Ordenación Territorial con un horizonte de 20 años, mientras que *Euskal Hiria* quedaba reservado para el congreso anual de ordenación del territorio a celebrar cada mes de noviembre.

2. Un documento estructurado y sintético

La ordenación del territorio alcanza prácticamente a cualquier actividad que se produzca sobre el terreno, de ahí que, en aras a evitar tanto diferencias de enfoque como una extensión demasiado amplia del texto, estimamos necesario equilibrar la amplitud de temas que se tratan en la revisión de las DOT, con unos contenidos homogéneos y sintéticos.

La estructura de los capítulos sectoriales tanto del Documento Base como la del Avance es homogénea y se divide en 3 partes: el estado de la situación, los objetivos territoriales que se establecen y las directrices territoriales que se contemplan para alcanzar esos objetivos.

En la transición del Documento Base al Avance se depuraron los contenidos de los mencionados tres apartados: se trató de que los objetivos fueran coherentes, y se evitaran redundancias innecesarias, y que las directrices fueran propuestas definidas con valor añadido.

Por otro lado, se veía conveniente limitar la longitud de los capítulos para evitar que las DOT se convirtiera en un documento excesivamente extenso de difícil manejo, y con riesgo de caer en la dispersión. Son tantos los temas que se cubren, que no se puede incidir en cada uno de ellos con una dedicación como si fueran temas únicos, sino que había que centrarse en la cuestiones, propiamente, de carácter territorial.

X. Composición y contenidos del Avance

El contenido del Avance se estructura, prácticamente, en cuatro partes.

En primer lugar, se describe el marco del proceso de la revisión de las DOT. Se realiza un repaso de cómo se ha articulado la política de ordenación del territorio, desde su inicio en 1990 con la aprobación de la Ley de Ordenación del Territorio, con especial atención a las primeras DOT de 1997 y su desarrollo, hasta la actualidad.

Con relación a este primer bloque, es reseñable la crítica que se nos hizo por no haber incluido en el Documento Base una evaluación del desempeño de las DOT previamente a la revisión. Siendo conscientes de la importancia de esta cuestión, introdujimos un punto al respecto, *De las DOT de 1997 a la revisión: diagnóstico y balance de un ciclo*. Además, proporcionamos la explicación de por qué no disponíamos de una evaluación al uso de las DOT de 1997: por una parte, no se habían contemplado los mecanismos de evaluación propios —se preveían únicamente informes de seguimiento—, y, por otra parte, no se disponían de evaluaciones de los PTP y de los PTS que desarrollaban las DOT, siendo, además, algunos de estos instrumentos de reciente aprobación.

Siguiendo el patrón de las DOT de 1997, se establecen las Bases del Modelo Territorial y los elementos que conforman el Modelo Territorial.

Así, en segundo lugar, se establecen las Bases del Modelo Territorial. Ya desde el Documento Base se identificaban las cuatro de las cinco bases del Modelo Territorial del Avance: en el marco de la estrategia territorial 2040, nuestro territorio debiera ser un Territorio Sostenible, Inclusivo, Inteligente, Interrelacionado y Participativo. En el proceso de participación, se introdujo una quinta dimensión, la del Territorio Equilibrado.

En tercer lugar, se describen los elementos del Modelo Territorial, donde, de la versión del Documento Base a la del Avance, se introdujeron una serie de cambios.

Se identificaron y se incorporaron unos principios rectores de la revisión con el objeto de centrar los principales puntos de valor de la revisión, y poder sintetizarlos en 10 puntos.

Una parte importante del Modelo Territorial de la revisión se centra en la ordenación del Medio Físico y la Infraestructura Verde, incluida la puesta en valor de los servicios proporcionados por los ecosistemas. La novedad de incluir los temas relacionados con la Infraestructura Verde y los servicios de los ecosistemas en las DOT se incorporó desde el inicio de la revisión, en el Documento Base.

También, ya desde el inicio, se trató de dar una mayor visibilidad al medio rural, y se incorporó este capítulo en el Documento Base, si bien, posteriormente, en la transición al Avance, tanto el medio rural, como el medio urbano, recibieron la denominación de hábitat rural y hábitat urbano, en coherencia con el planteamiento de la agenda mundial en la materia de ordenación del territorio y urbanismo, promovida por la agencia Hábitat de Naciones Unidas.

En el capítulo relativo al paisaje del Documento Base, en el Avance se incorporaron los contenidos relativos al patrimonio cultural y natural, y a los recursos turísticos.

Los capítulos dedicados al agua y a la energía del Documento Base, se reordenaron en el Avance bajo un nuevo capítulo dedicado a la Gestión Sostenible de los Recursos, en el que se incluían, además, las cuestiones relacionadas con la economía circular.

El capítulo de Movilidad y Logística del Documento Base se desarrolla y mejora en el Avance.

En la revisión de las DOT se incluyen, por primera vez, una serie de cuestiones transversales que, si bien carecen de una naturaleza propiamente de carácter territorial, interactúan con la política territorial, y, por lo tanto, se deben tener en cuenta a la hora de planificar el territorio. De ahí que se propusiera, ya desde el Documento Base, la inserción en las DOT de ámbitos transversales como los de la perspectiva de género, el cambio climático, la salud, el euskera y la interrelación territorial, a los que se añadió la cuestión de la accesibilidad universal como fruto del proceso participativo.

El Modelo Territorial de la revisión también incluye un capítulo relativo a la Gobernanza, al que me referiré en el punto siguiente.

El documento de Avance se cierra con tres anexos: infraestructuras verdes y servicios de los ecosistemas; la cuantificación residencial; y los indicadores de sostenibilidad territorial y urbanística.

XI. Gobernanza de la estrategia territorial de las DOT

El capítulo de la Gobernanza del Modelo Territorial de las DOT se despliega en cinco puntos relativos al desarrollo del planeamiento territorial a través de las áreas funcionales; a la organización y la gestión; a la participación; al seguimiento, la evaluación y los indicadores; y a las normas de aplicación de las DOT.

No entraré a describir cada uno de esos elementos, que están descritos y detallados en el texto del Avance, pero sí me voy a centrar en la importancia de las normas de ordenación de la revisión de las DOT porque supone un importante valor añadido en materia de gobernanza respecto a las DOT del 97.

Las DOT del 97 también contienen unas normas de ordenación, que son más bien de carácter genérico, y que consisten, fundamentalmente, en una remisión al grueso del documento de las DOT. Esta remisión a un texto extenso, en el que no se realiza una distinción clara entre lo que es de carácter descriptivo, de lo que es de carácter recomendatorio, y, especialmente, de lo que es de carácter vinculante, ha sido una solicitud que se nos ha trasladado en el ámbito de la ordenación del territorio, incluso antes de la apertura del proceso participativo de la revisión de las DOT en el marco de los expedientes objeto de informe de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco.

El Avance suponía una ocasión perfecta para dar respuesta a esta demanda. De ahí que se incluyera una primera propuesta —con vocación de seguir trabajándola—, con tres novedades importantes.

La primera novedad consistía en que, por primera vez, las normas de ordenación recogieran todas y cada una de las Directrices de Ordenación Territorial, que se identificaban en los capítulos del Modelo Territorial.

Cabe señalar, además, que el hecho de identificar las Directrices de forma individualizada, definida y numerada, supone también un valor añadido respecto a las DOT del 97, ya que en las DOT vigentes no se da esa identificación individualizada y numerada de las Directrices, sino que estas se encuentran, con carácter general, diluidas en el texto.

La segunda novedad era la de clasificar las normas de ordenación en tres tipos: Directrices de Obligado Cumplimiento; Directrices de Eficacia Propositiva y Directrices de Gobernanza.

Por primera vez, se identifican qué Directrices son de Obligado Cumplimiento y qué Directrices son de Eficacia Propositiva. En el Avance se realizó esta clasificación sobre la base de unos criterios generales, pero con la intención de realizar, a la mayor brevedad, un análisis pormenorizado del carácter obligatorio o no de cada una de las directrices territoriales a lo largo de la revisión.

La tercera novedad, y especialmente significativa, es la introducción de Directrices de Gobernanza en las normas de ordenación como parte del Modelo Territorial. El Avance define las Directrices de Gobernanza como *aquellas, que, sin ser propiamente de alcance territorial, se consideran de carácter necesario y consustancial para la buena gobernanza de la ordenación el territorio en su calidad de política pública*.

Las Directrices de Gobernanza se califican en Directrices de Gobernanza de organización y gestión; de participación; y de seguimiento, evaluación e indicadores. De este modo, se estandarizan, para todos los instrumentos de ordenación territorial, incluida la gestión de las DOT, los elementos de buena gobernanza que se han experimentado en este proceso de revisión participativa en curso.

Así, se introducen medidas para evitar que se vuelvan a producir deficiencias, como el de la ausencia de un seguimiento, y de una adecuada evaluación de los instrumentos de ordenación del territorio, por ejemplo.

Creo firmemente que las Directrices de Gobernanza, en su calidad de normas jurídicas de ordenación a aplicar en la definición, en el desarrollo y en la aplicación de los instrumentos de ordenación territorial, deberían convertirse en la palanca eficaz de mejora de la gestión de la ordenación del territorio y de su buena gobernanza.

XII. Conclusión

A lo largo del artículo he tratado de trasladar la experiencia práctica positiva que supuso el diseño y la puesta en marcha de un proceso complejo de revisión de una política pública de calado, como es la de la revisión de las Directrices de Ordenación Territorial de 1997, que es, en definitiva, la definición de la estrategia territorial del conjunto de la CAPV en un escenario de los próximos 20 años —*Lurraldea 2040*—, bajo los parámetros de la buena gobernanza.

No voy a reiterar los aspectos positivos de la experiencia a los que ya me he referido de forma extensa en este artículo.

Únicamente, y a modo de conclusión, quisiera incidir en el mensaje de que «practicar» la buena gobernanza en la gestión de las políticas públicas es posible y muy recomendable, ya que supone una mayor implicación de todas las partes y una gestión pública más abierta y social.

Obviamente, se deberá de estar, igualmente, a las singularidades de cada política pública y a las lecciones extraídas de la experiencia, pero, en cualquier caso, la asimilación de la buena gobernanza en la gestión pública creo que supone un reto ilusionante, que promueve la innovación, el aprendizaje, y la motivación de las personas por el trabajo bien hecho en el ámbito de las políticas públicas.

Trabajo recibido el 18 de julio de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Artikulu honen helburua Lurralde Antolamenduaren Gidalorrean berrikuspen-prozesuarearen diseinua- eta prozesua martxan jartzearen berri ematea da. Lurralde Antolamenduaren Gidalerroek Euskadiko Autonomia Erkidegoaren lurralde estrategia finkatzen dute, eta prozesu horrek hurrengo osagaiak ditu: prozesu partehartzaile integrala —hasieratik— eta hiru dimensiotakoa da —partehartze instituzionala, soziala eta barrukoa—; prozesu gardena da; prozesuaren tramitazioak denbora-mugarriak ezarrita ditu; prozesuak, antolamendurako arauen artean, Gobernantza-Gidalerroak ere sartu ditu —antolakuntza, kudeaketa, jarraipena eta ebaluaketa—, gobernantza onareko tresnak lurralde antolamenduaren politika publikoaren berezko osagaiak bilakatuz.

GAKO HITZAK: Lurralde Antolamenduaren Gidalerroak. Berrikuspen-prozesua. Partehartze integrala eta hiru dimensiokoa. Tramitazioaren denbora-plangintza. Gobernantza-Gidalerroak.

RESUMEN: El artículo pretende trasladar la experiencia del diseño y puesta en marcha del proceso de revisión de las Directrices de Ordenación Territorial, que delimitan la estrategia territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi, como: un proceso participativo integral —desde el inicio— y tridimensional —participación institucional, social e interna—; un proceso transparente; un proceso sujeto a una planificación temporal de su tramitación; y un proceso que introduce, como normas de ordenación, una Directrices de Gobernanza, relativas a la organización, la gestión, la participación, el seguimiento y la evaluación, de forma que las herramientas de la buena gobernanza se incorporan a la política pública de la ordenación del territorio, como parte consustancial de la misma.

PALABRAS CLAVE: Directrices de Ordenación del Territorio. Proceso de revisión. Participación integral y tridimensional. Transparencia. Planificación temporal de la tramitación. Directrices de Gobernanza.

ABSTRACT: This contribution presents a case of participatory governance in the Basque Autonomous Government, i.e. the process to review the Guidelines on Land Use and Territorial Planning. It concerns the regulatory policy for the territorial strategy of the Basque Autonomous Community. The main characteristics of this process are the following: a participatory process that is comprehensive —from its inception— and tridimensional —between institutions, with civil society and within the Government—; transparent; subject to a time-planning of the procedure; and which includes innovative planning norms, such as the Governance Guidelines related to the organization, management, participation, follow-up process and evaluation, so as to make good-governance tools an essential part of the land use planning public policy.

KEYWORDS: Land Use Planning Guidelines. Revision process. Comprehensive and tridimensional participation. Transparency. Time-planning of the procedure. Governance Guidelines.

Panorama actual de la calidad normativa en el ordenamiento tras la aprobación de la Ley 39/2015

Iker Nabaskues Martínez de Eulate

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.12>

Sumario: I. Introducción.—II. Problemas en torno a la calidad del ordenamiento.—III. Criterios generales para afrontar la calidad de las normas.—IV. Normativa aplicable respecto a la calidad de las normas: 1. Marco normativo europeo a partir de 2016. 2. Marco normativo en el Estado. 2.1. La calidad de las normas tras la Ley 39/2015 LPACAP. 2.1.1. Novedades en la Ley 39/2015 que sistematizan la buena regulación en el procedimiento de elaboración de normas: los principios de buena regulación. 2.1.2. Novedades en la Ley 39/2015 que incentivan la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas: a) La consulta previa b) Los trámites de información pública y audiencia. 2.1.3. Novedades en la Ley 39/2015 que fortalecen la evaluación *ex ante* de los reglamentos: el plan anual normativo. 2.1.4. Novedades en la Ley 39/2015 que fortalecen la evaluación *ex post* de los reglamentos: la evaluación normativa. 2.1.5. Novedades en la Ley 39/2015 respecto a la administración sin papel. 3. Marco normativo autonómico. 4. Marco normativo en Euskadi.—V. Valoración final.—VI. Fuentes.

I. Introducción

El interés por hacer buenas leyes no es nuevo. Podemos encontrar en autores clásicos de la Antigüedad como Platón y Aristóteles referencias directas a la cualidad de las leyes. En los umbrales de la Edad Moderna Erasmo de Rotterdam dejó escrito: «Conviene que las leyes sean las menos posibles, que sean justísimas, que se orienten al bien común y que sean conocidas al detalle por el pueblo.»⁽¹⁾ El interés por la eficacia de la norma jurídica y la realidad que aspira ordenar es consustancial a la historia del pensamiento.

Todo proceso de comunicación normativa implica una serie de elementos que parten del mismo como un emisor, con competencia para dictar una norma y un receptor del mensaje normativo. Ambos operan en

(1) ASTARLOA, Ignacio (Coord.), «La preocupación por hacer buenas normas», en *Técnica Normativa 2016-2017*. Memento Práctico Francis Lefebvre. Madrid, 2015, pág 9.

un contexto determinado que teniendo en cuenta la norma de la que se trate puede ser muy diverso. Según Joxerramon Bengoetxea:

La calidad en la elaboración de normas, desde esta perspectiva consiste en el hecho que este proceso de comunicación normativa sea exitoso y no se vea frustrado por distintos motivos. Un proceso exitoso es aquel en que el mensaje normativo que ha emitido el ente emisor y el mensaje normativo que ha recibido el ente receptor coinciden. Si el ente receptor ha procesado la información comunicativa generando una información normativa (p.ej. sobre derechos, obligaciones, facultades, potestades, etc.) distinta a la que emitió o pretendió emitir el ente emisor, entonces se produce un fallo en la comunicación normativa. El fallo se detectará normalmente en el ente emisor por no haber emitido un mensaje normativo suficientemente claro o no haber tenido en cuenta las condiciones o el medio de emisión del mensaje. La calidad en la elaboración de las normas consiste entonces, desde esta perspectiva en el éxito del proceso de comunicación de normas. Si el ente emisor no tiene clara la norma que ha de emitir, si no plasma esa norma en un medio escrito suficientemente comprensible y claro, el proceso comunicativo se frustrará y los destinatarios no serán capaces de conocer el sentido, alcance, significado o finalidad de la norma. (2)

El proceso de comunicación normativa se efectúa teniendo en cuenta un canal determinado, como es un boletín oficial y es en este soporte donde se puede frustrar la comunicación por diversos motivos como la falta de claridad del mensaje. Pero no es solo este motivo por lo que puede fallar el proceso comunicativo. El emisor de la norma y los destinatarios deben compartir un marco cultural determinado para que la norma sea entendida por la colectividad. De igual importancia es ser consciente de que el proceso de elaboración normativa que se produce antes de la publicación de la norma implica otro proceso comunicativo de unos actores en una estructura compleja como es la de la administración pública. Este complejo proceso que implica diálogo interdepartamental, emisión de informes, dictámenes, trámites de audiencia y la celebración de reuniones de discusión y coordinación debe establecerse sobre la base de que el men-

(2) BENGOTXEA, Joxerramon, Informe JAKE, 2012, pp. 12-13. El Informe JAKE fue el resultado del Proyecto de Investigación JAKE de la UPV/EHU dirigido y coordinado por el Profesor Joxerramon Bengoetxea y compuesto por los Profesores Edorta Cobreros, Juan Ignacio Ugartemendia, Iker Nabaskues y la profesora Maite Zelaia en 2012. El Proyecto tuvo como objetivo el análisis de la calidad normativa en las disposiciones reglamentarias del Gobierno Vasco y tuvo como resultado la elaboración de un *checklist* a modo de cuestionario piloto y como herramienta práctica para testar la calidad normativa en dicha institución.

saje normativo que se quiere transmitir es compartido por toda esta red de actores, porque una vez que la norma ha sido publicada el mensaje imputable al emisor de la norma es el mensaje que ha sido publicado en el boletín oficial correspondiente. De manera que si el mensaje publicado es ambiguo, impreciso o indeterminado los destinatarios pueden interpretar la norma en un sentido diferente al que pretendía el emisor de la misma.

Estos son los problemas de interpretación de los que tradicionalmente se viene ocupando la teoría y filosofía del derecho. En realidad son problemas de comunicación de los que se pueden extraer enseñanzas y conclusiones sobre el proceso de elaboración de las normas. Siguiendo a Bengoetxea podemos distinguir cinco niveles de racionalidad práctica en un proceso de comunicación normativa: (3)

- Una racionalidad comunicativa o lingüística. El emisor debe transmitir con claridad el mensaje que quiere transmitir a la ciudadanía.
- Una racionalidad jurídico-formal. La norma forma parte de un sistema jurídico complejo como el nuestro, en el que interactúan los niveles local, foral, autonómico, estatal y europeo.
- Una racionalidad pragmática o de eficacia. La conducta de los ciudadanos debe ajustarse a lo que pretende la administración pública emisora.
- Una racionalidad sociológica. La norma debe ser capaz de adaptar la realidad a los objetivos propuestos en la medida que los ciudadanos los secunden.
- Una racionalidad ética. El objetivo de la norma tiene una pretensión axiológica puesto que tiene la vocación de construir una sociedad más justa.

II. Problemas en torno a la calidad del ordenamiento (4)

En la actualidad podemos sintetizar algunos rasgos que caracterizan la situación actual en relación a la calidad de las normas: (5)

(3) *Ibidem*, p. 14.

(4) «Una de las causas de la actual inseguridad jurídica, de la opacidad de nuestros ordenamientos, es la degradación, más que de la técnica, del rigor con que deben elaborarse las disposiciones de carácter general, defecto que es una secuela casi inevitable del exceso de producción: a mayor producción, menor calidad. Esta degradación repercute en la seguridad jurídica porque no se sabe con certeza cuáles son las normas que están vigentes, porque es muy difícil localizarlas y porque, aun teniéndolas a mano, no se entienden. Actualmente, hasta para un experto profesional del Derecho es difícil señalar con certeza cuáles son las normas vigentes sobre determinada materia en un momento dado. El principio *iura novit Curia* ha pasado a ser una mera presunción, bastante pretenciosa por cierto, si es que alguna vez fue verídico.» RUBIO LLORENTE, Francisco, «El papel del Consejo de Estado en el control de la calidad técnica de las normas.», en *Revista Española de la Función Consultiva* n.º 6. Julio-Diciembre 2006, p.28.

(5) Véase ASTARLOA, Ignacio (Coord.), «Los problemas del ordenamiento y la calidad de las normas», en *Técnica Normativa 2016-2017*. Memento Práctico Francis Lefebvre. Madrid, 2015, pp. 15-20.

1. Se produce el fenómeno de una producción normativa extraordinaria y desmedida. La especial proliferación de normas ha llevado al fenómeno de la hipertrofia e inflación de normas de todo tipo y origen.
2. A la proliferación cuantitativa, se añade una proliferación cualitativa, constituyendo el mapa normativo actual una «mosaico» normativo de gran complejidad por la diferente vigencia y ámbito de aplicación de las normas. Hoy los tipos de normas son innumerables.
3. Las normas son cada vez más voluminosas y con un contenido poco conciso por una tendencia cada vez más creciente a la regulación de más aspectos de la realidad y a hacerlo cada vez con más detalle. En el extremo de este fenómeno hay que hacer referencia a las «normas ómnibus» que regulan multitud de materias y afectan, modifican o derogan numerosas normas anteriores. También se ha producido la aparición de un casuismo normativo como producto de una especial proliferación de «leyes a medida» y de «leyes singulares» que atentan contra la generalidad, racionalidad y orden abstracto de justicia para la ciudadanía característicos del Estado de Derecho.
4. Las normas jurídicas se erigen como herramientas que pretenden dar respuesta a necesidades inaplazables, por lo que se hacen cada vez con más urgencia y en consecuencia, con menos cuidado. Se busca la rapidez lo que en ocasiones es sinónimo de improvisación. Este fenómeno es el origen de cambios normativos constantes lo que provoca que existan normas jurídicas no duraderas, contingentes o coyunturales. Estamos antes normas que se modifican constantemente como expresión del oportunismo político o económico. Todo esto provoca que las leyes sean cada vez más oscuras, incompletas, confusas, cargadas de ambigüedad y con una clara tendencia al abuso en el empleo de conceptos indeterminados.
5. Se ha producido una regresión en lo referido a la utilización del lenguaje en las normas jurídicas que hay que enmarcar en un contexto más amplio y generalizado de pérdida social colectiva del respeto a la corrección del lenguaje. Algunos juristas plantean un escenario cuando menos preocupante: reduccionismos expresivos, penetración en las leyes de modismos coloquiales, surgimiento de estribillos políticos que van introduciéndose en las leyes, uso de palabras inventadas, entre muchos otros. (6)

(6) CAZORLA PRIETO, Luis María, «El deficiente lenguaje de las leyes», en *ABC*, 11 de marzo de 2014.

6. Los ordenamientos han pasado a caracterizarse por una enorme complejidad donde se pueden encontrar remisiones equivocadas, incoherencias, redundancias, inserciones de materias ajenas a la propia norma, etc. La fragmentación y dispersión son hoy el paradigma de «ordenamientos desordenados». El fenómeno de la hiperregulación convive de manera paradójica con recomendaciones del ámbito del *soft law*, con la desregulación, la autorregulación, los códigos éticos o los manuales de «buenas prácticas» de origen anglosajón. En este contexto se han extendido en el lenguaje jurídico enunciados programáticos o promocionales en los que los imperativos normativos son sustituidos por verbos como «promover», «pretender», «impulsar», etc.

III. Criterios generales para afrontar la calidad de las normas

A continuación recogemos algunas líneas de actuación eficiente en la asunción de una cultura de calidad normativa: (7)

1. Actuaciones para la mejora del ordenamiento:

1.1. Unidad y coherencia del ordenamiento:

- Respeto a la diversa tipología legislativa.
- Corrección de contenido en las Leyes de Presupuestos.
- Corregir el uso extensivo de los Decretos-Leyes.
- Aumentar la producción de Decretos Legislativos (Refundiciones).
- Reducir la producción de Reglamentos.
- Respeto escrupuloso a la reserva material de Ley.
- Simplificación de los mecanismos de trasposición de directivas.
- Evitar normas programáticas o imprecisas.
- Reducir las normas singulares.

(7) El *Memento Práctico Técnica Normativa 2016-2017*, Astarloa, I (Coord.), Francis Lefebvre. Madrid, 2015, constituye una herramienta novedosa en lo que se refiere al panorama de la calidad normativa en el Estado. Se trata de un profundo estudio sobre la forma en la que se elaboran las normas, y cómo deberían elaborarse a la luz de los problemas actuales. En la obra se recogen los requisitos materiales y formales de la normativa aplicable en todos los niveles de la administración y se incluyen los dictámenes del Consejo de Estado y los Consejos autonómicos sobre la calidad normativa. Finalmente se plantean soluciones para aligerar la carga normativa y dotar de calidad a las normas jurídicas. Por ello me detengo en los aspectos más sustanciales, novedosos y originales de esta obra. Para un estudio más exhaustivo y pormenorizado de estos criterios, véase «Pautas generales para la correcta elaboración de las normas y la mejora del ordenamiento» que se incluyen entre las páginas 97-179.

- Reducir la dispersión normativa.
- Realizar normas homogéneas, evitando las leyes «ómnibus».

1.2. Sostenibilidad, estabilidad y predictibilidad:

- Evitar la precipitación y la improvisación.
- Realizar agendas normativas.
- Cuidar la coordinación y el control por parte del centro gestor de la producción de la norma.
- Producir normas jurídicas con vocación de permanencia, priorizándolas sobre las normas modificativas y temporales.

1.3. Simplificación del ordenamiento:

- Reducir la legislación. Legislar solo cuando sea estrictamente necesario.
- Eliminar las regulaciones prescindibles.
- Establecer Programa de evaluación y simplificación normativa, derogando leyes obsoletas y simplificando las existentes introduciendo modificaciones.

1.4. Recurrir a la codificación para que los códigos pasen a recuperar un papel central en el sistema jurídico.

1.5. Calidad, transparencia y accesibilidad:

- Claridad y comprensión de la norma. Elaborar textos claros, comprensibles y que no estén sujetos a ambigüedad.
- Normas concisas. Reducir la presencia de conceptos complicados.
- Reducir el reenvío entre normas para aclarar el significado de los preceptos y evitar la repetición de preceptos normativos.
- Clarificar las normas aplicables a cada caso, dejando claro su ámbito de aplicación usando para ello las disposiciones complementarias.
- Aclarar el régimen de transitoriedad de las normas.
- Dejar claro qué normas están vigentes y cuáles han sido derogadas.
- Permitir el acceso de la ciudadanía al proceso de elaboración normativa.
- Sustitución del papel por la edición electrónica.

2. Actuaciones sobre la calidad de la norma:

2.1. Utilizar los manuales de directrices para la elaboración de normas.

2.2. Hacer un buen uso del lenguaje usando palabras precisas.

- 2.3. Facilitar la intervención de lingüistas en la redacción de normas.
- 2.4. Exigir unos principios materiales a todas las normas:
 - Justificación de la necesidad de su aprobación.
 - Dejar claro el objetivo de la norma.
 - Criterio de oportunidad.
 - Definir soluciones idóneas para el objetivo.
 - Valorar la proporcionalidad de la actuación normativa.
 - Valorar el impacto económico.
 - Valorar la expectativa de la eficacia de la norma.
 - Valorar la capacidad de la administración competente para hacer efectiva la realización de la norma.
 - Analizar el impacto de la norma.
3. Actuaciones sobre los procedimientos de elaboración de las normas:
 - Cuidar especialmente la autoría del borrador del texto articulado inicial.
 - Cuidar el diálogo fluido entre políticos y juristas en la fase previa a la tramitación.
 - Dejar constancia documental de todo el proceso de elaboración de la norma.
 - Elegir personas responsables directas del proceso normativo.
 - Realizar las comprobaciones finales sobre el cumplimiento de todos los trámites de informes, dictámenes y trámites de audiencia.

Por todo lo dicho, la calidad de las normas hace referencia a la calidad técnica, exige rigor, claridad expositiva y sistemática y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico (calidad técnico-formal), pero también a su contenido en la medida que la norma sea adecuada, necesaria y proporcionada para alcanzar los objetivos normativos propuestos (calidad material). Por eso, no es solo relevante la corrección técnica, el lenguaje, la coherencia de la disposición, sino también el contenido de las normas y especialmente su finalidad, esto es su capacidad de ordenar correctamente la sociedad o para ser cumplidas sin que se produzcan desajustes o consecuencias no deseadas. (8)

(8) ÁLVAREZ VÉLEZ, M.ª Isabel, «La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación ex ante», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 36, Junio 2017, pp. 41-42.

IV. Normativa aplicable respecto a la calidad de las normas

La sociedad digital y global en la que vivimos y el ordenamiento jurídico que sirve para ordenarla, está como es obvio, condicionado por los rasgos propios del Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado de las Autonomías en nuestro caso. Las necesidades de una ciudadanía cada vez más exigente respecto a la administración pública y el servicio público ha incrementado el interés de los operadores jurídicos sobre el tema de la calidad de las normas jurídicas y la técnica legislativa. La «legística», «ciencia de la legislación» o «técnica legislativa» impulsa la convicción de que es preciso tener en consideración las normas desde su fase de elaboración e incorporación al ordenamiento. Esta disciplina desarrolla conocimientos que pueden ayudar a hacer normas más correctas y más eficaces y desarrolla métodos de evaluación de impacto y eficacia real de las normas jurídicas. (9)

Las instituciones de la Unión Europea han sido las que han promovido la cultura de la calidad normativa y se han implicado en la implementación de planes de mejora de la técnica normativa así como en la decisión de poner en funcionamiento planes de evaluación de impacto real de las normas jurídicas en la ciudadanía. (10) Hay que citar como el embrión del interés por la calidad normativa la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 8 de junio de 1993, relativa a la calidad de la redacción de la legislación comunitaria [DOCE n.º c 1661/1 de 17 de junio), modificada en 1998 [DOCE n.º 73 de 17 de marzo de 1999]. Unos años más tarde hay que destacar el programa «Legislar mejor» de la Comisión Europea que supuso un fuerte impulso por parte de esta institución europea en el ámbito de la calidad normativa en el año 2002 (Comunicación de la Comisión, de 5 de junio de 2002, Plan de acción «Simplificar y mejorar el marco regulador» [COM (2002) 278 final). Se trata del primer paso para simplificar y mejorar la legislación de la UE, introduciendo la obligatoriedad de las evaluaciones de impacto y las

(9) ASTARLOA, Ignacio (Coord.), *Op. Cit.*, pág 31.

(10) De forma paralela a la labor de las instituciones de la Unión en el desarrollo de la cultura de la calidad normativa hay que hacer mención al papel desempeñado por la OCDE. En 1995, esta institución aprobó la «Recomendación para Mejora la Calidad de la Regulación Gubernamental», primera declaración internacional sobre principios regulatorios comunes a los países miembros. A esta Recomendación le siguió un «Acuerdo sobre cuestionarios de evaluación» que incluyen preguntas para guiar a los operadores jurídicos a la hora de redactar una memoria como: ¿Está definido correctamente el problema? ¿Está justificada la intervención del estado? ¿Constituye la regulación la mejor forma de intervención pública? ¿Tiene la regulación un fundamento jurídico? (entre muchas otras). Esta labor pionera de la OCDE se ha ido actualizando y se plasma en la «Recomendación del Consejo sobre Política Normativa y Gobernanza Regulatoria» de 2012. Véase <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Recommendation%20with%20cover%20SP.pdf>

consultas con las partes interesadas en todas las nuevas iniciativas propuestas por la Comisión Europea. (11)

Las iniciativas de la Unión han introducido un nuevo paradigma en los procesos de producción normativa, que permite a las instituciones reflexionar con carácter previo a la adopción de las normas sobre las alternativas disponibles, los costes, los beneficios y los efectos de las distintas opciones, proporcionando elementos adicionales de juicio para la toma de decisiones políticas. En 2012 la Comisión Europea puso en marcha el *Regulatory Fitness and Performance Programme* [REFIT] un programa de adecuación y eficacia de la reglamentación de la Comisión que busca garantizar que la legislación de la UE aporte resultados a los ciudadanos y las empresas de manera efectiva, eficiente y con un coste mínimo y que persigue en definitiva, que la legislación de la Unión siga siendo adecuada para sus fines y proporciones los resultados para los que fue concebida por los legisladores de la Unión. (12)

1. Marco normativo europeo a partir de 2016

En 2015 se produce un segundo hito en el ámbito de la calidad normativa, cuando la Comisión Europea muestra la determinación de profundizar en la mejora de la legislación en el contexto del denominado *Plan Juncker* (13) en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 19 de mayo de 2015, «Legislar mejor para obtener mejores resultados – Un programa de la UE. Simplificar y mejorar el

(11) Este plan de acción que se implementó hay que situarlo en el contexto del *Libro Blanco de la Gobernanza Europea* de 2001 que dedicaba una sección a la calidad de las leyes y que se concretó en el Acuerdo Institucional «Legislar Mejor» de 16 de diciembre de 2003. Véase documento *El Plan «Legislar Mejor»*. ¿De qué se trata? Comisión Europea, 2006 en <https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/cccc188f-0d33-4c44-8407-eddd6242d967>

(12) La finalidad del REFIT es simplificar la legislación europea, eliminar cargas innecesarias y adaptar la legislación vigente, sin interferir con los objetivos políticos. El programa presta atención especial atención a las pequeñas empresas que pueden verse afectadas de manera desproporcionada por la carga administrativa en la aplicación de las normas de la UE. Las pequeñas y medianas empresas representan el 99% de todas las empresas de la UE. El año 2015 se inició la segunda edición del programa REFIT. Véase https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/overview-law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/reducing-burdens-and-simplifying-law/fit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_es

(13) El Plan de Inversiones para Europa, conocido como «Plan Juncker», es una iniciativa de la UE para incrementar las inversiones (315.000 millones) en toda la UE e impulsar el crecimiento económico a largo plazo para el periodo 2015-2018. Véase <http://www.consilium.europa.eu/es/policies/investment-plan/>

marco regulador» [COM (2015) 215 final]. (14) Fruto del trabajo conjunto de Comisión, Parlamento y Consejo es el «Acuerdo Institucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación» publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, L123, 12 de mayo de 2016. (15) Es preciso detenerse en el contenido del Acuerdo, toda vez que supone el faro que va a guiar todas las iniciativas de mejora en la legislación en adelante.

El Acuerdo institucional sobre la mejora de la legislación de 2016 en la Unión Europea

El apartado I plantea los *Compromisos y objetivos comunes* con los cuales las instituciones se comprometen a la mejora de la legislación, fomentando la sencillez y la claridad y la coherencia en la legislación de la Unión, así como una mayor transparencia en el procedimiento legislativo. El apartado II, plantea la *Programación* que incluye planes anuales y plurianuales de actuación conjunta entre las instituciones europeas firmantes del acuerdo. El apartado III del Acuerdo se introducen ya unos *Instrumentos para la mejora de la Legislación* entre los que destaco los siguientes:

La Evaluación de impacto. Las evaluaciones de impacto deben abordar la existencia, la magnitud y las consecuencias de un problema y valorar si es necesaria la actuación de la Unión. Deben indicar soluciones alternativas y, cuando sea posible, los costes y beneficios potenciales a corto y largo plazo, evaluando de forma integrada y equilibrada las repercusiones económicas, medioambientales y sociales mediante análisis cualitativos y cuantitativos. (...) Las evaluaciones de impacto también deben abordar, siempre que sea posible (...) las repercusiones en la competitividad y las cargas administrativas de las distintas opciones, prestando especial atención a las pymes (pensar primero a pequeña escala), los aspectos digitales y las consecuencias territoriales. Las evaluaciones de impacto deben estar basadas en información precisa, objetiva y completa y ser proporcionadas en lo que atañe a su alcance y a su enfoque (artículo 12 del Acuerdo).

(14) En la Comunicación, la Comisión insiste en la página 3 del documento que «la mejora de la legislación no es un ejercicio burocrático. (...) La Comisión se compromete a asumir la responsabilidad política de aplicar en su trabajo los principios y procesos de mejora de la legislación y pide a las demás instituciones de la UE y a los Estados Miembros que hagan lo mismo.» Véase <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/172015/ES/1-2015-215-ES-F1-1.PDF>

(15) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:2016:123:TOC>

Consultas públicas, consultas a los interesados, y tratamiento de la información recibida en el marco de dichas consultas. La Comisión, antes de la adopción de su propuesta, efectuará consultas públicas de forma abierta y transparente, garantizando que las modalidades y plazos de dichas consultas públicas, permitan una participación lo más amplia posible. En particular, la Comisión impulsará la participación directa de las pymes y otros usuarios finales en las consultas, incluidas las consultas públicas por internet. Los resultados de dichas consultas públicas y consultas a los interesados se comunicarán sin dilación a ambos colegisladores y se harán públicos (artículo 19).

Evaluación ex post de la legislación vigente. La Comisión informará al Parlamento Europeo y al Consejo de su planificación plurianual de las evaluaciones de la legislación vigente e incluirá en dicha planificación, en la medida de lo posible, sus solicitudes de evaluación en profundidad de ámbitos políticos específicos o de actos legislativos (artículo 21).

En el contexto del ciclo legislativo, las evaluaciones de la legislación y las políticas vigentes, basadas en la eficiencia, la eficacia, la pertinencia, la coherencia y el valor añadido, deben servir de base para la evaluación de impacto de otras opciones de actuación (artículo 22).

El *apartado IV* del Acuerdo incorpora unos *Instrumentos Legislativos* a desarrollar en el futuro que conviene destacar aquí:

En relación con cada propuesta normativa, la Comisión proporcionará al Parlamento Europeo y al Consejo una *explicación y una justificación sobre su elección de base jurídica* y tipo de acto jurídico en la exposición de motivos que acompaña a la propuesta. La Comisión debe tener debidamente en cuenta la diferencia de naturaleza y efectos que existe entre los reglamentos y las directivas. La Comisión también justificará en sus *exposiciones de motivos* las medidas propuestas con arreglo a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, así como la compatibilidad de estas con los derechos fundamentales. Asimismo, dará cuenta del alcance y los resultados de cualquier consulta que se haya mantenido con el público y con los interesados, de la evaluación de impacto y de la evaluación ex post de la legislación vigente que haya realizado (artículo 25).

El *apartado V* se refiere concretamente a procesos de mejora en relación a los *Actos Delegados y de Ejecución*:

A fin de mejorar la transparencia y las consultas, la Comisión se compromete a recabar, antes de la adopción de los actos delegados, todo el *asesoramiento técnico* necesario, incluso mediante la consulta a expertos de los Estados miembros y consultas públicas. Además, y cuando sea necesario un asesoramiento técnico más amplio en las fases iniciales de preparación de los proyectos de actos de ejecución, la Comisión recurrirá a grupos de expertos, *consultará a los interesados específicos y llevará a cabo consultas públicas*, según proceda (artículo 28).

Las tres Instituciones se comprometen a crear en estrecha cooperación, al finalizar 2017 a más tardar, un *registro conjunto funcional de actos delegados* cuya información se estructure adecuadamente y sea fácil de utilizar, de modo que se refuerce la transparencia, se facilite la planificación y quede constancia de cada una de las distintas fases del ciclo de vida de los actos delegados (artículo 29).

El *apartado VI* expresa medidas en el campo de la *Transparencia y Coordinación del Procedimiento Legislativo*:

El Parlamento Europeo y el Consejo, en su calidad de colegisladores, convienen en la importancia de mantener contactos estrechos ya en una fase previa a las negociaciones interinstitucionales, con el fin de lograr una mejor comprensión de sus posiciones respectivas. Para ello, en el contexto del proceso legislativo, facilitarán el intercambio mutuo de opiniones y de información, incluso invitando periódicamente a representantes de las demás instituciones a intercambios de opiniones informales (artículo 34).

En aras de la eficacia, el Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán una mejor sincronización de la tramitación de las propuestas legislativas. En concreto, el Parlamento Europeo y el Consejo compararán los calendarios indicativos de las diferentes fases que conduzcan a la adopción definitiva de cada propuesta legislativa (artículo 35).

En su caso, las tres Instituciones podrán convenir en coordinar sus esfuerzos para acelerar el proceso legislativo garantizando al mismo tiempo que se respeten las prerrogativas de los colegisladores y se preserve la calidad de la legislación (artículo 36).

Las tres Instituciones convienen en que facilitar información a los Parlamentos nacionales debe permitir a estos ejercer íntegramente las prerrogativas que les atribuyen los Tratados (artículo 37).

Las tres Instituciones garantizarán la transparencia de los procedimientos legislativos, sobre la base de la legislación y jurisprudencia correspondientes, y, en concreto, de las negociaciones trilaterales entre ellas (artículo 38).

El *apartado VII* en el ámbito de la *Ejecución y Aplicación de la Legislación de la Unión*:

Las tres Instituciones insisten en la necesidad de aplicar rápida y correctamente la legislación de la Unión en los Estados miembros. El plazo para la transposición de las directivas será lo más breve posible y, por lo general, no superará los dos años (artículo 42).

Finalmente en el *apartado VIII* se hace referencia a las medidas de *simplificación*:

Las tres Instituciones confirman su compromiso de recurrir a la técnica legislativa de la refundición para la reforma de legislación vigente con más frecuencia (artículo 46).

Las tres Instituciones acuerdan cooperar con el fin de actualizar y simplificar la legislación y evitar un exceso de regulación y de cargas administrativas a los ciudadanos, las administraciones y las empresas, incluidas las pymes, garantizando a la vez el cumplimiento de los objetivos de la legislación (artículo 48).

2. Marco normativo en el Estado

En el Estado español se han ido dando pasos paulatinamente en lo que se refiere a la calidad normativa. Así, es preciso citar el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 que aprobó las Directrices de Técnica Normativa y que están vigentes hoy en día, así como el Real Decreto 1083/2009 de 3 de julio sobre la regulación, novedosa entonces en nuestro ordenamiento, de las memorias de análisis de impacto normativo.⁽¹⁶⁾ En el mismo año se aprobó la Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria. Estos dos documentos, la Memoria de impacto normativo y la Guía han sido decisivos en la mejora de la calidad de las normas en el Estado y han permitido asentar la evaluación *ex ante* de los impactos, como instrumento indispensable de la política regulatoria.⁽¹⁷⁾

En cuanto a textos más legibles y jurídicamente claros, hay que mencionar el Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico elaborado por la Comisión de Expertos Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia, que integra en su seno al Director de la Real Academia de la Lengua y que merece ser tenido en consideración.⁽¹⁸⁾

Las leyes más recientes del estado que han afectado al tema que tratamos son la Ley 2/2011 de Economía Sostenible y la Ley 19/2013 de Transparencia. La Ley 2/2011 de Economía Sostenible en su Título I «Mejora del entorno económico», en su Capítulo I, relativo a la «Mejora de la calidad de la

(16) El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, incorporó formalmente, al nivel de las instituciones centrales, el concepto de impacto, para que un único documento incluyera las memorias, estudios e informes sobre la necesidad y oportunidad de las normas proyectadas, así como la memoria económica y el informe sobre el impacto por razón de género, que debían acompañar a los anteproyectos de ley y a los proyectos de reglamento, debiendo dedicarse uno de los apartados a un análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.

(17) ÁLVAREZ VÉLEZ, Isabel., *Op. cit.*, pág 50.

(18) La Comisión de expertos recibió el encargo de presentar al Consejo de Ministros un informe de recomendaciones sobre el lenguaje empleado por los profesionales del Derecho, con la finalidad de hacerlo más claro y comprensible para los ciudadanos. Este informe aporta recomendaciones a los profesionales y se acompaña de ejemplos prácticos que pueden ser de una gran utilidad a los creadores de normas en relación al lenguaje jurídico.

regulación», recogió los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas y los instrumentos para la mejora regulatoria, con especial atención a la transparencia y la evaluación previa y posterior de dichas iniciativas y la formalización de instrumentos a ese fin: los nuevos informes periódicos sobre las actuaciones de mejora regulatoria y el trabajo del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios (artículos 6 y 7 de la Ley), que si bien supusieron entonces una novedad, como veremos han quedado claramente rebasados por la LPACAP de 2015.

La Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno proporcionó novedades muy jugosas en materia de técnica normativa:

La Ley impuso a las Administraciones Públicas la obligación de hacer públicas las informaciones de relevancia jurídica, y entre ellas, los proyectos normativos (Leyes y Reglamentos).

Puso en marcha un proceso de revisión y simplificación normativa concreto que implica la participación de todos los Departamentos Ministeriales y encomendó un Plan de racionalidad y simplificación normativa, a elaborar centralizadamente por la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes del Ministerio de Presidencia.

En el ámbito de la publicidad de las normas estableció la obligatoriedad de publicación de los Anteproyectos de Ley, reglamentos y los proyectos de Decretos Legislativos en el momento en que soliciten los dictámenes a los órganos consultivos correspondientes (artículo 7).

Es digno de mención por su importancia en el ámbito de la calidad de las leyes la puesta en marcha por la Ley de un proceso sistemático y generalizado de revisión y simplificación del ordenamiento estatal (Disposición Adicional Segunda). Para ello, las Secretarías Generales Técnicas de cada Departamento Ministerial llevan a cabo un proceso de revisión y simplificación, que en aplicación de la cooperación administrativa, pueda coordinar su actividad con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que le son propias.

Se pueden mencionar otras leyes como La Ley 20/2013 de 9 de diciembre de garantía de la unidad de mercado en los procesos de colaboración normativa, que también incorporó instrumentos concretos en el ámbito de la cooperación en la elaboración de las normas (artículos 14 y 15 de la Ley); y la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delegó en el gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos que era fruto del cumplimiento de las disposiciones de la OCDE sobre simplificación y ordenación normativa, comenzando un proceso de refundición de normas que si continuase de manera sistemática supondría un gran paso adelante en la calidad del ordenamiento. No obstante, es preciso detenerse específicamente en el análisis de la Ley 39/2015, con importantes y profundas novedades en relación a la calidad normativa.

Es preciso hacer referencia por otra parte, al papel que ha desempeñado el Consejo de Estado como órgano de control de calidad de las normas. Este órgano ha sido prolífico en sugerencias y observaciones en sus memorias anuales sobre la actividad normativa del gobierno, propiciando que la normativa aprobada sea lo más clara posible. En el informe del año 2011 señaló que en ocasiones las Memorias de análisis de impacto «no son suficientemente expresivas», hay veces que «se omiten informes» o «se llevan a cabo audiencias incompletas». Esto ha llevado a algunos autores a defender que la labor consultiva del Consejo de Estado además del control formal que ejerce, al analizar la fundamentación y motivación de las opciones reguladoras, está llevando a cabo en realidad, una comprobación *ex ante* de la adecuación de la norma a criterios de calidad normativa, lo que ahonda finalmente en criterios de legalidad. (19)

2.1. LA CALIDAD DE LAS NORMAS TRAS LA LEY 39/2015 LPACAP

En el Preámbulo de la ley, se expresa que durante los más de veinte años de vigencia de la Ley 30/1992 se ha ido avanzando en la mejora de la producción normativa, en el camino de la «Better regulation» y «Smart regulation». Se define la regulación inteligente como un «marco jurídico de calidad, que permite el cumplimiento de un objetivo regulatorio a la vez que ofrece los incentivos adecuados para dinamizar la actividad económica, permite simplificar procesos y reducir cargas administrativas.» (20) Sobre esta premisa, la nueva ley implica el desarrollo de nuevas disposiciones en el ámbito del análisis de impacto *ex ante* y *ex post* de las normas, una clara mejora en lo que se refiere a la sistematización de los principios de buena regulación y una profundización de la participación de los ciudadanos y empresas en los procesos de elaboración normativa.

Hay que destacar las importantes modificaciones que implica la nueva ley respecto del marco normativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria y los trámites que debe llevar a cabo la administración antes de aprobar una disposición general, en el título VI (artículos 127 a 133). La potestad reglamentaria era un ámbito que había recibido escasa atención en nuestro ordenamiento jurídico, caracterizado, siguiendo a Irene Ara-

(19) ÁLVAREZ VÉLEZ, Isabel., *Op. cit.*, pág 54.

(20) Con esta regulación se siguen las recomendaciones que en esta materia ha formulado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su informe emitido en 2014 «Spain: From Administrative Reform to Continuous Improvement» (Exposición de motivos de la LPACAP).

guás, por un «exagerado esquematismo» y por un insuficiente desarrollo de la participación ciudadana consagrada en el artículo 105 CE, no correspondido con la «exigencia solemne contenida en el referido precepto constitucional.» (21) El nuevo título VI de la ley supera el marco de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible que desarrollaba los principios de buena regulación entre los artículos 4 a 7 de la ley, que han quedado derogados por la Disposición Derogatoria única de la LPACAP.

2.1.1. *Novedades en la Ley 39/2015 que sistematizan la buena regulación en el procedimiento de elaboración de normas: los principios de buena regulación*

La inclusión del artículo 129 (22) supone un claro impulso de la *better regulation*, puesto que incorpora medidas dirigidas a incrementar su efectividad.

(21) ARAGUÁS, Irene., *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*. Atelier, Barcelona, 2017, pp. 40-41.

(22) El artículo 129 de la ley expresa:

1. En el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, las Administraciones Públicas actuarán de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. En la exposición de motivos o en el preámbulo, según se trate, respectivamente, de anteproyectos de ley o de proyectos de reglamento, quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios.
2. En virtud de los principios de necesidad y eficacia, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.
3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.
4. A fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.
 Cuando en materia de procedimiento administrativo la iniciativa normativa establezca trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley, éstos deberán ser justificados atendiendo a la singularidad de la materia o a los fines perseguidos por la propuesta.
 Las habilitaciones para el desarrollo reglamentario de una ley serán conferidas, con carácter general, al Gobierno o Consejo de Gobierno respectivo. La atribución directa a los titulares de los departamentos ministeriales o de las consejerías del Gobierno, o a otros órganos dependientes o subordinados de ellos, tendrá carácter excepcional y deberá justificarse en la ley habilitante.
 Las leyes podrán habilitar directamente a Autoridades Independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija.
5. En aplicación del principio de transparencia, las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de

Los principios de *necesidad* y *eficacia* (129.2) requieren que la iniciativa normativa esté «justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución» (129.2). La finalidad del precepto es imponer la cultura de la calidad a la administración por medio de que estudie si es necesario aprobar una norma o si por el contrario sería suficiente estudiar una mejora o incluso prescindir de medidas regulatorias. (23)

El principio de *proporcionalidad* impone que «la iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios» (129.3), cuestión que está directamente ligada a los principios de necesidad y eficacia puesto que el cumplimiento de estos es la condición previa a que se considere la proporcionalidad de la misma.

El principio de *seguridad jurídica*, que se recoge en el 129.4 tiene tres proyecciones: en primer lugar, la iniciativa normativa tiene que ser coherente con el ordenamiento jurídico estatal y de la Unión (primer párrafo). En segundo lugar, si la disposición establece trámites adicionales a los contemplados en la LPACAP, estos deben estar justificados en orden al objetivo de la propuesta normativa (segundo párrafo). En tercer lugar, se plantea con carácter excepcional la posibilidad de atribuir a los titulares de los departamentos ministeriales, consejerías u otros órganos independientes subordinados la habilitación para el desarrollo reglamentario de una ley (tercer párrafo). (24)

El principio de *transparencia* viene desarrollado en el 129.5 y engarza con la Ley 19/2013 de transparencia, estableciendo la necesidad de justificar las normas en su exposición de motivos y posibilitando la participación efectiva en la elaboración de las normas. Este precepto que profundiza en el conocimiento respecto a las normas aprobadas por la

su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.

6. En aplicación del principio de eficiencia, la iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.
7. Cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

(23) ARAGUÁS, Irene., *Op. cit.*, p. 244.

(24) *Ibidem*, p. 245.

Administración implica el uso por primera vez de criterios propios de la publicidad activa. (25)

El principio de *eficiencia* (129.6) exige evitar cargas administrativas innecesarias y racionalizar la gestión de los recursos públicos. No obstante, hay que tener en cuenta que este precepto no puede suponer en ningún caso un deterioro en la protección de los intereses generales, puesto que hay cargas que siguen siendo necesarias en la medida que salvaguardan derechos amparados por el ordenamiento. (26)

Finalmente, en cuanto a los principios de *estabilidad presupuestaria* y *estabilidad financiera* (129.7) se señala que la cuantificación y valoración de los efectos de la normativa debe someterse a estos principios.

Hay que destacar asimismo, que el 129.1 no se limita a enunciar los principios de buena actuación sino que exige además que la adecuación a los mismos esté plenamente justificada en los preámbulos de la correspondiente iniciativa normativa.

2.1.2. *Novedades en la Ley 39/2015 que incentivan la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas:*

a) La consulta previa

Además de incorporar la consulta previa como nuevo trámite de participación ciudadana, la nueva regulación introduce modificaciones sustanciales en los trámites de la audiencia e información pública en relación a la regulación anterior, por medio del artículo 133. (27)

(25) La publicidad activa como medio de satisfacer el derecho a conocer de los ciudadanos comporta que la Administración divulgue ciertas informaciones sin necesidad de que haya una solicitud previa por parte de los ciudadanos. Se trata de una actitud proactiva, que determina que la administración, sin una demanda expresa, ponga a disposición de los ciudadanos, información relativa a su actividad. La publicidad activa representa un paso más respecto a la publicación ya que propicia un mayor nivel de conocimiento por parte de los ciudadanos. *Ibidem*, p. 196.

(26) *Ibidem*, p. 247.

(27) El artículo 133 de la ley expresa:

1. Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:
 - a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
 - b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
 - c) Los objetivos de la norma.
 - d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.
2. Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciu-

La *consulta previa* (133.1) es un trámite participativo distinto de la audiencia y de la información pública. Sus *destinatarios* son los «sujetos y organizaciones representativas potencialmente afectados». No es un trámite circunscrito solo a los interesados como ocurre con el trámite de audiencia y tampoco se abre a todos los ciudadanos como ocurre con el trámite de información pública. Es de destacar el *momento procedimental* en el que se realiza la consulta previa, que es antes de elaborar el proyecto de reglamento, cuestión que le diferencia respecto a los trámites de audiencia e información, que se llevan a cabo justamente en el momento anterior a la aprobación del reglamento. El objeto de la consulta previa es recabar la opinión sobre la conveniencia de la norma, algo que no tendría sentido en los trámites de audiencia e información puesto que en el momento que suceden, prácticamente la norma ha seguido toda su tramitación. La *forma* en que se desarrolla la consulta previa es a través del portal web de la administración. En cuanto al su *carácter preceptivo*, en principio es obligatorio, aunque no se sitúa al nivel de la audiencia y la información pública pues se podrá omitir su realización en los supuestos que se considere que la propuesta normativa no tiene un impacto significativo en la actividad económica (133.4). (28)

b) Los trámites de información pública y de audiencia

La principal diferencia entre ellos es que tienen diferentes *destinatarios*. La audiencia se dirige a los ciudadanos afectados (133.2) y la elec-

dados afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

3. La consulta, audiencia e información públicas reguladas en este artículo deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.
4. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración General del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurran razones graves de interés público que lo justifiquen.

Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta pública regulada en el apartado primero. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella.

(28) ARAGUÁS, Irene., *Op. cit.*, p. 51.

ción sobre si este trámite se lleva a cabo por los ciudadanos o por las asociaciones que les represente no es una elección el órgano que abriría este trámite, sino que ahora, los ciudadanos tienen la posibilidad de participar de manera directa. El trámite de información pública tiene en cambio como destinatarios a las demás personas por las que se puede *recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse*. Ambos trámites tienen carácter preceptivo y con anterioridad a la nueva LPACAP, solamente el trámite de audiencia era el obligatorio, la información pública tenía carácter potestativo. Respeto al *momento procedimental* en el que tienen que llevarse a cabo, a diferencia de la consulta previa, la audiencia y la información tienen sentido una vez se ha elaborado el proyecto normativo, lo que permite que las aportaciones lo sean en relación a un texto coincidente con el que se va a aprobar. Respecto a la *forma*, al igual que el de consulta previa será a partir del portal web que posibilitará que quienes vayan a emitir su opinión lo hagan con unas garantías de información de calidad (133.3). Respecto a su *preceptividad*, el artículo 133.4 sitúa ambos trámites en un mismo nivel, indicando que solo podrá prescindirse de ellos en los casos de normas presupuestarias u organizativas o cuando concurran razones de grave interés público que lo justifiquen. (29)

2.1.3. *Novedades en la Ley 39/2015 que fortalecen la evaluación ex ante de los reglamentos: el plan anual normativo*

Una de las críticas más importantes que merecía el ejercicio de la potestad reglamentaria con anterioridad a la aprobación de la LPACAP era la deficiente ordenación de las actuaciones previas a la elaboración de un reglamento. (30) Este ámbito ha sido desarrollado ahora por el artículo 132 que hace mención al Plan Normativo: (31)

El plan normativo conlleva efectos positivos que es preciso destacar. En primer lugar, otorga un mayor rigor a la planificación de la actividad normativa propiciando una mayor congruencia y coherencia en la intervención de la administración pública. De forma que frena una «impulsivi-

(29) *Ibidem*, p.65.

(30) *Ibidem*, p.48.

(31) El artículo 132 de la ley expresa:

1. Anualmente, las Administraciones Públicas harán público un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente
2. Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración Pública correspondiente.

dad» que en ocasiones lleva a aquella a aprobar reglamentos *ad hoc* y con una base fáctica inconsistente. Por otra parte el plan normativo va a permitir dar a conocer a los ciudadanos las normas que se aprobarán en un determinado lapso de tiempo, lo que redundará en beneficio de la seguridad jurídica. (32)

2.1.4. *Novedades en la Ley 39/2015 que fortalecen la evaluación ex post de los reglamentos: la evaluación normativa*(33)

Con la evaluación normativa se realiza una comprobación acerca de si se han conseguido los objetivos previstos y si los costes y cargas de la regulación están justificados. Se trata de un instrumento válido para detectar normas ineficaces. De forma que la evaluación normativa se configura como el colofón final de la intervención administrativa. En cuanto a la forma en que se produce esta, la evaluación se llevará a cabo de forma periódica y se plasmará en un informe que tendrá carácter público. (34)

2.1.5. *Novedades en la Ley 39/2015 respecto a la administración sin papel*

Uno de los retos de la ley es lograr implantar una «administración sin papel», interconectada por medio del uso generalizado de medios electrónicos. El uso de los medios electrónicos deja de ser algo excepcional y la gestión electrónica de todos los procedimientos se convierte en obligatoria. Se simplifican los medios electrónicos y se generaliza la presentación de documentos a través de un registro electrónico general, por cada administración, que funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada organismo y su correspondiente archivo electrónico.

(32) ARAGUÁS, Irene., *Op. cit.*, pp.49-50.

(33) El artículo 130 de la ley expresa:

1. Las Administraciones Públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas.
El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.
2. Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica.

(34) *Ibidem*, p. 76.

En el preámbulo de la ley se expresa que a pesar de que la Ley 30/1992 fue consciente del impacto de las nuevas tecnologías, la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos fue la que propició el salto definitivo hacia la administración electrónica y la que dio carta de naturaleza legal al derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la administración pública. La nueva LPACAP apuesta por el funcionamiento íntegramente electrónico, impulsa los principios de eficacia y eficiencia, ahorra costes a ciudadanos y empresas y propicia una administración pública más ágil.

De esta forma, los Títulos IV y V de la ley, relativos a la instrucción del procedimiento y finalización del mismo, contienen preceptos que estipulan el uso generalizado y obligatorio de medios electrónicos en las fases de iniciación, ordenación, instrucción y finalización del procedimiento. A su vez, se incorpora la regulación del expediente administrativo estableciendo su formato electrónico y los documentos que deben integrarlo. (35)

3. Marco normativo autonómico

En estos últimos años, sobre todo como consecuencia de la aprobación de la Ley 19/2013 de Transparencia se han producido algunas iniciativas normativas que tienen el objetivo de profundizar en la calidad de las normas.

En **Cataluña** la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña; en concreto su título IV relativo al Procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias (artículos 59-70), ya había constituido una novedad en la profundización de la cultura de la buena regulación. En el desarrollo de la ley catalana tuvo una gran incidencia la creación de una Dirección de calidad normativa encargada de impulsar la calidad de las normas en Cataluña. Esta Dirección elaboró una Guía de Buenas prácticas en el mismo año 2010. Junto a estos organismos la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat ha jugado un papel importante en este ámbito.

(35) Así, el artículo 70.2 de la ley establece que:

Los expedientes tendrán formato electrónico y se formarán mediante la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, así como un índice numerado de todos los documentos que contenga cuando se remita. Asimismo, deberá constar en el expediente copia electrónica certificada de la resolución adoptada.

Y respecto a la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo, el artículo 88.4 expresa:

Sin perjuicio de la forma y lugar señalados por el interesado para la práctica de las notificaciones, la resolución del procedimiento se dictará electrónicamente y garantizará la identidad del órgano competente, así como la autenticidad e integridad del documento que se formalice mediante el empleo de alguno de los instrumentos previstos en esta Ley.

Más recientemente y tras la aprobación de la Ley 19/2013, la Ley 19/2014 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña desarrolla un título de la misma, el Título V, al Buen Gobierno. El Capítulo III de la ley está dedicado a la «Mejora de la calidad normativa» (artículos 62-64). En estos artículos se expresa que «la administración debe ejercer una iniciativa normativa que sea previsible, estable y fácil de comprender para los ciudadanos», que las «iniciativas normativas deben referirse a sectores materiales homogéneos, y deben ser claras y coherentes» (artículo 62). También se expresa que «la administración debe llevar la iniciativa legislativa de forma que la aprobación de una norma conlleve una simplificación del ordenamiento jurídico», así como que debe «facilitar el conocimiento del derecho vigente» (artículo 63). O que la administración «debe promover pruebas piloto previas a la aprobación de nuevas medidas reguladoras» (artículo 64).

En la **Comunidad Valenciana**, hay que reseñar la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana. En dicha ley se puede destacar el Título I, que regula la transparencia en la gestión de la actividad pública, el título IV, dedicado al régimen de garantías del sistema de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el título V que regula los aspectos relativos a la participación ciudadana. Asimismo hay que señalar el Acuerdo de 25 de marzo de 2015, del Pleno de Las Cortes valencianas, por el que se aprueba la reforma del Reglamento de Las Cortes, que supone un hito en el desarrollo de instrumentos de participación ciudadana en la comunidad, y que articula la posibilidad de presentar enmiendas de participación ciudadana a los proyectos de ley que se encuentren en tramitación parlamentaria. (36)

En **Islas Baleares** hay que señalar la Ley 5/2015, de 23 de marzo, de racionalización y simplificación del ordenamiento legal y reglamentario de la Comunidad Autónoma. La finalidad de la ley balear es mejorar el ordenamiento, simplificar la profusión de normas existentes y facilitar el acceso de ciudadanos y operadores jurídicos a un ordenamiento formado por versiones vigentes y alude en su articulado a instrumentos como la derogación expresa de normas obsoletas o en desuso, la autorización al gobierno autonómico para aprobar textos refundidos y encomienda al gobierno para que elabore versiones consolidadas de las normas reglamentarias que se han ido modificando.

En otras Comunidades se han elaborado Directrices de Técnica Normativa como en el caso de **Aragón** —Orden de 31 de mayo de 2013, del Con-

(36) GUILLEM CARRAU, Javier, «Las enmiendas de participación ciudadana: su inserción en el procedimiento legislativo ordinario de Les Corts Valencianes», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 36, Junio 2017.

sejero de Presidencia y Justicia, por la que se publican las Directrices de Técnica Normativa del Gobierno de Aragón—; en **Galicia** en 2014 —Resolución de 5 de noviembre de 2014, de la Dirección General de la Asesoría Jurídica General, por la que se ordena la publicación del Acuerdo del *Consello* de la Xunta de Galicia de 30 de octubre de 2014, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. En Galicia es preciso reseñar que se ha legislado sobre la implementación de la participación ciudadana en el mismo ámbito que el apuntado en la Comunidad Valenciana, con la Ley 7/2015, de 7 de agosto, de iniciativa legislativa popular y participación ciudadana en el Parlamento de Galicia. En este mismo sentido en **Andalucía** la Reforma del Reglamento del Parlamento aprobada el 26 de noviembre de 2014, reguló las enmiendas ciudadanas en los proyectos de ley.

4. Marco normativo en Euskadi

En Euskadi, en materia de elaboración de normas, está vigente la Ley 8/2003, de 22 de diciembre que regula el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. La ley 8/2003 incluyó en la categoría de disposiciones de carácter general tanto las iniciativas parlamentarias como los anteproyectos de ley, que reciben un tratamiento unitario en esta norma. Esta fue una de las aportaciones más relevantes de la ley vasca. Que la Comunidad Autónoma Vasca disponga de una normativa específica relativa al procedimiento de elaboración de las normas, denota la importancia que se atribuye en Euskadi a esta cuestión.

Hay que tener en cuenta también la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera (artículo 8) aplicable teniendo en cuenta nuestro régimen cooficial y teniendo en consideración que el hecho de tener que redactar las normas jurídicos en dos lenguas, puede dar lugar a problemas que alcanzan a la calidad normativa.

Asimismo están la Orden de 6 de abril de 1993 por el que se publica el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993 sobre directrices para la elaboración de proyectos de Ley, Decretos, Órdenes y Resoluciones., El Acuerdo de Consejo de Gobierno de 9 de febrero de 2010, por el que se aprueban Instrucciones de tramitación en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general con rango de Decreto y otras medidas encaminadas a su ordenación; el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 10 de enero de 1995, por el que se aprueban las Instrucciones sobre normas provisionales de tramitación de Asuntos ante el Consejo de Gobierno y la Resolución de 5/2007, de 14 de febrero sobre Evaluación Previa de Impacto en Función del Género (artículos 19-20 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres).

En el ámbito autonómico vasco no se pueden dejar sin mencionar las aportaciones de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (*COJUA*), en cuyas memorias anuales se contienen, sintetizadas, interesantes consideraciones, tanto sobre la eficacia como sobre la técnica de las normas de nuestra Comunidad Autónoma sometidas a su control. Finalmente es preciso mencionar el documento llamado «Modelo de Tramitación de disposiciones de carácter general con rango de Decretos», elaborado por la Dirección de Innovación y Administración Electrónica del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco.

Este panorama normativo, aún en vigor en Euskadi, va a sufrir una profunda transformación, por lo que parece más interesante atisbar siquiera la orientación que van a seguir las nuevas leyes vascas, más que detenernos en el análisis de las que están en vigor. De hecho, las primeras medidas que tocan aspectos de la calidad de las leyes, vienen de manos del Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, de la Comisión Vasca de Acceso a la Información Pública. Este decreto desarrolla en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi el esquema operativo esencial de la Ley 19/2013 de Transparencia, en cuanto a la disponibilidad de un órgano específico para el control de la transparencia y, en particular, para conocer de las reclamaciones que, con carácter potestativo y previo a la jurisdicción contencioso-administrativa, se interpongan frente a toda resolución denegatoria, en materia de acceso por la ciudadanía a la información pública, dictada por las Administraciones públicas vascas.

De un alcance de mayor calado son dos proyectos normativos que están en fase de tramitación. En primer lugar el Proyecto de ley de Transparencia, Participación Ciudadana y Buen Gobierno del Sector Público Vasco que va a establecer los principios generales que guiarán el funcionamiento del sector público en relación a una «buena administración» tal y como se formula en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (37)

No hay duda que la ley se presenta como un instrumento para reforzar la transparencia, la publicidad, la participación ciudadana en el diseño de las políticas públicas, la evaluación de las mismas y el buen gobierno. Como novedades del texto, se pueden anticipar temas que se recogen expresamente, y que a la espera de cuál sea su redacción y aprobación

(37) En la Exposición de motivos del proyecto en tramitación se expresa:

El presente texto en particular busca instar al debate resolutivo en Euskadi sobre la mejora de la percepción de la ciudadanía respecto a la llamada cosa pública, su revalorización, contribuyendo a crear, en definitiva, una nueva cultura administrativa basada en los nuevos paradigmas que requieren los tiempos actuales, relacionados con los diversos aspectos de lo que se ha venido a llamar la buena gobernanza, abordada desde el triángulo conceptual que conforman la evaluación de políticas públicas, la transparencia y la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, partiendo de la premisa de que ninguno puede funcionar o sostenerse por sí solo, sin los otros dos.

definitiva, nos pueden orientar sobre el carácter coherente de la ley con el nuevo contexto de impulso de la calidad normativa que implican las Leyes 19/2013 y 39/2015: se recoge el «derecho a una buena administración», se contemplan medidas de publicación activa, de simplificación normativa, evaluaciones *ex ante* y *ex post*, destacando las evaluaciones de impacto de las políticas públicas, medidas de fomento de planificación normativa, calidad de la información, información institucional, procesos participativos, la creación de un registro de la participación ciudadana o la creación de una plataforma de gobierno abierto.

En segundo lugar, hay que hacer referencia al Proyecto de ley de modificación de la ley de procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general. Toda vez que en el contexto de renovación y modernización normativa que hemos venido comentando obliga a una adaptación obligada de la Ley vasca 8/2003 a los criterios mucho más desarrollados y actualizados de la administración inteligente y que una vez que la Ley 39/2015 ha entrado en vigor, su actualización parece evidente.

V. Valoración final

El ámbito de la calidad de las normas es un ámbito relativamente novedoso. Es necesario profundizar a partir del estudio de casos prácticos para poder testar así, donde se falla en lo que se refiere a la calidad normativa y donde se llevan a la práctica y resultan exitosas buenas prácticas en el ámbito de la técnica normativa. En todo caso parece claro que la fase en la que la calidad de las leyes era un campo donde nos limitábamos a recoger las buenas prácticas en el extranjero, para posteriormente tratar de implementarlas en nuestro entorno, ha finalizado. El nuevo impulso de la calidad ha tomado forma en los diferentes niveles de la administración pública, lo que permitirá en los años próximos, extraer conclusiones firmes sobre los procesos de elaboración de las normas, y sobre todo tipo de mejoras en el ámbito de la participación ciudadana o en la mejora de redacción de las leyes.

Las últimas novedades que se han producido en el ámbito de la calidad normativa, en el espacio de la Unión Europea, dibujan un escenario de fuerte impulso de la cultura de la calidad en las instituciones comunitarias, que merece ser tenido en consideración, y exigen asimismo una toma de conciencia por parte de los legisladores respecto a su papel en el proceso de simplificación y claridad normativa y respecto a su papel activo en la solución a la hiperinflación normativa que hemos señalado en este artículo.

El impulso por la calidad de las normas tiene un reflejo muy claro y profundo en el caso del ordenamiento del Estado. La Ley 19/2013 marcó

un camino que se ha visto consolidado de manera rotunda con la Ley 39/2015. En esta ley hay una clara incentivación y refuerzo de la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas, que si bien es cierto ya estaba recogido en el artículo 105 de la CE, el título VI de la nueva ley logra su materialización en el proceso normativo. La regulación de las actuaciones previas al ejercicio de la potestad reglamentaria es un paso muy positivo puesto que es el instrumento que puede contribuir de manera significativa a evitar normas innecesarias en la lucha contra la hiperinflación normativa. Asimismo puede ayudar a evitar normas que no cumplen unos estándares mínimos de calidad. La incorporación de los principios de buena regulación y la evaluación *ex post* implican la materialización de la cultura de la calidad normativa en nuestro ordenamiento.

En el contexto de Euskadi entramos en una nueva fase en el ámbito de la calidad de las normas, toda vez que la regulación contenida en la Ley 8/2003 debe adaptarse a la nueva coyuntura. Habrá que estudiar cuales son los avances que contienen los textos definitivos de las nuevas leyes sobre transparencia, participación ciudadana y buen gobierno y la que regulará las disposiciones de carácter general en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi respectivamente, para valorarlas en el contexto de la profundización en la cultura de la calidad normativa de la normativa estatal.

VI. Fuentes

ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea* (2.ª ed.), Civitas/Thomson, Madrid, 2010.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.ª Isabel, «La potestad legislativa gubernamental: calidad de las normas y evaluación *ex ante*», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 36, Junio 2017.

ARAGUÁS, Irene, *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria*. Atelier, Barcelona, 2017.

ASTARLOA, Ignacio (coord.). *Técnica normativa 2016-2017*. Francis Lefebvre, 2015, Madrid.

ATIENZA, Manuel, «Sociología Jurídica y Ciencia de la Legislación», en R. Bergali (coord.) *El Derecho y sus Realidades. Investigación y Enseñanza de la Sociología Jurídica*, 1989.

ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

BEITIA, Iñaki, «El procedimiento de elaboración de disposiciones generales: balance de una década de la Comisión Jurídica Asesora y nuevas aproximaciones», en *RVAP* núm. 85, 2009, Oñati.

- BENGOETXEA, Joxerramon, «Multilingual and Multicultural Legal Reasoning: The European Court of Justice», en Kjaer, A.L.; Adamo, S. (eds), *Linguistic Diversity and European Democracy*, Ashgate, 2011.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, «El deficiente lenguaje de las leyes», en *ABC*, 11 de Marzo de 2014.
- CORDECH Pablo Salvador, «Técnica legislativa y teorías de la regulación», en *Indret. Working paper* n.º 28. Barcelona. Abril de 2004.
- FIGUEROA, Alberto. (coord.), «La Evaluación del Derecho», en *Los Procesos de Implementación de las Normas Jurídicas*. IVAP, Oñati 1993.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?», en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2010.
- GUICHOT, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011;
- GUICHOT, E., *Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Civitas, Madrid, 2009.
- GUILLEM CARRAU, Javier, «Las enmiendas de participación ciudadana: su inserción en el procedimiento legislativo ordinario de Les Corts Valencianes», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 36, Junio 2017.
- LÓPEZ I CASASNOVAS, Guillem, «La eficiencia de las normas: El análisis coste beneficio como instrumento metodológico» en FIGUEROA LA-RAUDOGOITIA (coordinador), *Los procesos de Implementación de las Normas*. Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.
- MARCOS, Francisco, «Calidad de las normas y estudios de impacto normativo en España: dificultades y primeras experiencias», en *Working Paper*, IE Law School, Madrid, 2009.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, «El procedimiento de elaboración de reglamentos y Better Regulation» en *Comentarios a la Ley 26/2010 de 3 de agosto de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña*. Iustel, Madrid, 2012.
- RUBIO Llorente, Francisco, «El papel del Consejo de Estado en el control de calidad técnica de las normas», en *Revista Española de la Función Consultiva* n.º 6 (julio-diciembre 2006).
- SAINZ MORENO Fernando, «Antecedentes necesarios para pronunciarse sobre un proyecto de ley», en *La Calidad de las Leyes*. fd. Parlamento Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988.
- SANTAOLALLA, Fernando, «Nota acerca de las Directrices sobre la Forma y Estructura de los Anteproyectos de Ley», en *Revista de las Cortes Generales*, 1992.

Documentos

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA GOBERNANZA EUROPEA:

Legislar Mejor, 27-5-02, Com (2002) 275 final.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA, NORMATIVA INTELIGENTE
EN LA UNIÓN EUROPEA, Bruselas, 8.10.2010 COM(2010) 543 final.

HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE REPORT, Better Regulation,
2005.

INFORME JAKE. Grupo de Investigación EHU-UPV. 2012.

MINISTERIO JUSTICIA. *Manual de estilo del Lenguaje Administrativo Ministerio para las Administraciones Públicas*, Madrid, 1990

Trabajo recibido el 31 de agosto de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Ordenamenduko arau juridikoen kalitatea eta eraginkortasuna, gaur gaurkoz, gaurkotasun handiko gaia da. XXI. mendetik aurrera batez ere, urrats garrantzitsuak eman dira, bai gure ordenamenduko arauen hiperinflazioa berriro definitzeko arloa nabarmenduz, bai eraginkortasuna probatzeko tresnez hornituz administrazioa. Egungo araudiaren kalitatearen egoerari buruzko hausnarketa egitea da artikulu honen xedea. Lehenik eta behin, ordenamenduaren kalitatearen inguruko arazoen inguruan hausnartzen da, eta, bigarrenik, arauen kalitateari aurre egiteko irizpide orokorreki buruz. Europar Batasuneko erakundeek bultzada eman diote araudiaren kalitateari, 2016tik aurrera batez ere, eta gaurkotasuna baldintzatu du bultzada berri horrek. Bestalde, eta eremu estatolari dagokionez, Gardentasunari buruzko 19/2013 Legeak ekarri zuen urratsak baldintzatu du gaurkotasuna, baina, batez ere, Administrazio Prozedurari buruzko 39/2015 Legeak hainbat eremutan (erregulazio ona, herritarren parte-hartzea, araudiaren *ex ante* eta *ex post* ebaluazioak eta administrazio elektronikoa egonkortzeko apustua) egiten duen sakontasunak baldintzatu du. Eremu autonomikoan, estatuko legeen zentzua jasotzen duten lege berriak ari dira sortzen. Azkenik, Euskal Autonomia Erkidegoari dagokionez, bi lege-proiektuekin batera ari da bultzatzen araudiaren kalitatea: gardentasunari, herritarren parte-hartzeari eta gobernu onari buruzko lege-proiektuekin eta EAEko Administrazio Publikoan kalitate arautzailearen kultura-sustapenean erreferenteak izango diren xedapen orokorreki buruzko lege-proiektuekin.

GAKO HITZAK: Araudiaren kalitatea. Araudiaren teknika. Arauak egitea. 39-/2015 Legea.

RESUMEN: La calidad y eficacia de las normas jurídicas del ordenamiento es hoy, un tema de rabiosa actualidad. Sobre todo a partir del siglo XXI se han dado importantes pasos que ponen el acento en redefinir la hiperinflación de normas en nuestro ordenamiento y dotar a la administración de herramientas para testar su eficacia. El propósito de este artículo es realizar una reflexión acerca del panorama de la calidad normativa en la actualidad. En primer lugar reflexionando sobre los problemas en torno a la calidad del ordenamiento así como sobre los criterios generales para afrontar la calidad de las normas. La actualidad viene, en primer lugar, condicionada por un nuevo impulso de la calidad normativa por parte de las instituciones de la Unión Europea, sobre todo a partir de 2016. En segundo lugar, y en lo que respecta al ámbito estatal, por el paso que implicó la Ley 19/2013 de Transparencia y sobre todo por la profundización que hace la Ley 39/2015 del Procedimiento administrativo en ámbitos como la buena regulación, la participación ciudadana, las evaluaciones *ex ante* y *ex post* de la normativa y su apuesta por la consolidación de la administración electrónica. En el ámbito autonómico están proliferando nuevas leyes que recogen el sentido de las leyes del Estado. Por último, en lo que respecta a Euskadi, este panorama de nuevo impulso de la calidad normativa viene de la mano de dos proyectos de ley vasca: el Proyecto de ley sobre transparencia, participación ciudadana y buen gobierno y el Proyecto de ley sobre las disposiciones de carácter general que constituirán el referente del impulso de la cultura de la calidad normativa en la administración pública vasca en el futuro.

PALABRAS CLAVE: Calidad normativa. Técnica normativa. Elaboración de normas. Ley 39/2015.

ABSTRACT: The quality and efficiency of legal norms in the legal system is currently a cutting edge issue. Mainly from the century XXI, important steps have been taken in order to point out the redefinition of hyperinflation of norms in our legal order and to provide the administration with tools to check their efficiency. The purpose of this article is to have an in-depth discussion concerning the panorama of the normative quality at the moment. Firstly, by reflecting about the problems around the quality of the legal order and the general criteria to confront the quality of the norms. The reality is in the first place determined by the fresh impetus to normative quality on the part of EU institutions, specially from 2016. Secondly, regarding state scope, it is determined by the improvement operated by Act 19/2013 on Transparency and mainly by the deepening made by Act 39/2015 on Administrative Procedure in fields such as good regulation, citizen participation, *ex ante* and *ex post* normative assessment and its commitment for the reinforcement of electronic administration. At the regional level, new acts are proliferating that address the scope of the State legislation. Finally, as far as Euskadi is concerned, this new panorama for strengthening the normative goes hand in hand with two Basque bills: the bill on transparency and good governance and the bill about general provisions which will serve as a reference point for strengthening the culture for normative quality within the Basque public administration in the future.

KEYWORDS: Normative quality. Normative technique. Elaboration of norms. Act 39/2015.

La formación de los empleados públicos desde el punto de vista jurídico y organizacional. Dos perspectivas necesariamente entrelazadas

Rashid Mohamed Vázquez

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.13>

Sumario: I. Introducción.—II. La formación desde un punto de vista jurídico. El derecho individual a la formación. El deber de formarse. Posibles consecuencias en casos de incumplimiento. La formación y su relación con el art. 103.1 CE. Formación e Igualdad.—III. La formación desde el punto de vista organizacional. El carácter estratégico de la formación. La formación en competencias y la formación ética como complemento necesario de la formación técnica. Los cauces para la virtualidad de la formación: la formación presencial frente al e-learning y la formación activa frente a la formación pasiva.—IV. Reflexiones finales.—V. Bibliografía.

I. Introducción

El objeto de este trabajo es aportar un análisis sobre la formación de los empleados al servicio de las Administraciones Públicas desde dos perspectivas diferentes y no necesariamente antagónicas: la formación desde un punto de vista jurídico —como derecho y deber del empleado— y la formación desde una perspectiva organizacional —óptica basada en determinar el mejor modo de configurar la formación con arreglo a los objetivos de la propia organización—.

Ciertamente la formación puede concebirse desde una primera perspectiva jurídica como derecho y como deber de los empleados públicos. Procede desde ese punto de vista realizar un estudio jurídico de la formación de los empleados públicos del que se ocupará el epígrafe II de este trabajo.

Para ello, se partirá en primer lugar de la configuración jurídica como derecho individual que da a la formación el Estatuto Básico del Empleado Público —en adelante EBEP—. Posteriormente se pasará a remarcar que la formación es al mismo tiempo un deber de los empleados públicos, como se puede inferir de la propia regulación del EBEP. También se hará referencia a la obligatoriedad en la formación que para ciertos casos

prevé el art. 10.1 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, una norma sobre la que se reflexionará con detalle, pues presenta algunos aspectos que podrían ser controvertidos. Tras ello, se profundizará en el análisis de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de este deber de formarse y la posibilidad de acudir a la vía disciplinaria en el caso de un funcionario que no asista a un determinado curso formativo. Para finalizar el análisis jurídico de la formación del personal al servicio de las administraciones públicas, se reparará en la conexión entre la formación y el artículo 103.1 del texto constitucional, así como en la relación entre formación y el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el art. 14 CE y en otras normas que deberán tenerse en cuenta en esta materia.

Desde una segunda perspectiva, también puede hablarse de la formación como un instrumento de las organizaciones públicas para la planificación de recursos humanos dirigido a lograr la eficaz prestación de los servicios públicos con una eficiente utilización de recursos. Dentro de esta segunda línea de trabajo —epígrafe III—, nuestro estudio profundizará en el análisis de la formación desde el punto de vista organizacional, partiendo en primer lugar del carácter estratégico que reviste la formación de los empleados públicos. A continuación se incidirá en la importancia de que esta política de formación esté orientada al logro de competencias vinculadas a una gestión eficaz y eficiente —adaptación al entorno, trabajo en equipo, orientación a resultados, etc.— pero no solo eso, sino que también deberá centrarse en aspectos éticos como mejor garantía de la integridad del sector público. Finalmente se apuntarán algunas breves reflexiones sobre los cauces para la virtualidad de la formación, dónde se plantea una disyuntiva por un lado entre la formación presencial frente y el *e-learning* y por otro entre la formación activa frente a la formación pasiva.

II. La formación desde un punto de vista jurídico. El derecho individual a la formación. El deber de formarse. Posibles consecuencias en casos de incumplimiento. La formación y su relación con el art. 103.1 CE. Formación e Igualdad

La formación del personal al servicio de las administraciones públicas se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho individual de los empleados públicos. En concreto el artículo 14.g del Real Decreto Legislativo 5/2015, que aprueba el vigente texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público(1), señala: «Los empleados públicos tienen los si-

(1) Resulta oportuno tener presente que el EBEP se aprobó ya en 2007, mediante la ley 7/2007.

guientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio: (...) g) A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral».

De esta forma la norma configura la formación en primer lugar como un derecho de todos los empleados públicos comprendidos en el campo de aplicación del EBEP que define su art. 2. Se trata por tanto de un derecho que corresponde, no solo al personal laboral —al que en realidad ya le sería de aplicación en todo caso conforme al ordenamiento laboral (2)— sino que gracias a este reconocimiento en el ordenamiento jurídico administrativo por el art. 14 EBEP, también constituye un derecho individual del personal funcionario. Ello tiene trascendencia si se considera la importancia relativa del personal funcionario dentro de la plantilla de las Administraciones Públicas. Recordemos que la STC 99/1987, que declaraba nula la anterior redacción del art. 15 de la Ley 30/1984 —referido a los puestos que puede desempeñar el personal laboral—, ponía de manifiesto la existencia de un principio de preferencia constitucional a favor de los funcionarios públicos derivado de los arts. 103.3 y 149.1.18 CE, tratándose de una sentencia que configura un carácter de generalidad asociado al personal funcionario frente a una excepcionalidad propia del personal laboral (3). Ello explica la preponderancia del personal funcionario en la composición de la plantilla de la Administración Pública —de acuerdo con los datos del Registro Central de Personal al que se refiere el art. 71 del EBEP, más del 60% del personal es funcionario de carrera (4)—. Por ello el reconocimiento en una norma de derecho administrativo con rango legal, de un derecho individual a la formación —no reconocido previamente en la Ley 30/1984— extensible a todos los tipos de empleados públicos con inclusión de los funcionarios, no es una cuestión baladí y configura un derecho subjetivo que puede ser exigible desde un punto de vista individual con independencia de que la relación del empleado con la Administración sea de carácter laboral o de carácter administrativo.

(2) El derecho individual a la formación se reconoce a los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 4.2.b del RD Legislativo 2/2015 por el que se aprueba texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. Cabe recordar que el art. 7 del EBEP se ocupa de la normativa aplicable al personal laboral, al que además de serle de aplicación los preceptos del propio EBEP que así lo dispongan, le son de aplicación las normas laborales.

(3) RIVERO LAMAS, Juan, «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», en *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 2, 1996, págs. 15-20.

(4) El Boletín Estadístico del Registro Central de Personal recoge datos del personal al servicio de diferentes administraciones y está disponible en: http://www.sefp.minhfp.gob.es/dam/es/web/publicaciones/centro_de_publicaciones_de_la_sgt/Periodicas/parrafo/Boletin_Estadis_Personal/BEPSAP_2016_julio_CORREGIDO.PDF (última consulta 10 de Septiembre de 2017).

Pero por otro lado, las necesidades de una organización de una magnitud tan considerable como es la Administración Pública —que como mandata el art. 103.1 de nuestra Constitución, debe servir de forma objetiva y eficaz los intereses generales, una idea en la que insistiremos más adelante— justifican que como contrapeso a la definición legal de la formación como un derecho individual de los empleados públicos, el EBEP la configure al mismo tiempo como un deber de estos empleados. En este sentido el art. 54.8 del EBEP dispone que los empleados públicos «mantendrán actualizada su formación y cualificación».

Relacionado con el deber de formarse resulta reseñable destacar lo establecido en el art. 10.1 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. El precepto señala que: «La Administración podrá determinar la asistencia obligatoria a aquellas actividades formativas necesarias para el buen desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo, en cuyo caso su duración se considerará como tiempo de trabajo a todos los efectos». No obstante, en nuestra opinión resulta jurídicamente discutible que la Administración ejerza esta potestad con base en tal precepto —que recordemos es relativamente reciente, ya que con anterioridad a 2012 la resolución de 20 de diciembre de 2005 no preveía esa potestad—.

Así, debemos reparar en que el art. 10.1 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012 es una norma jurídica que reconoce la potestad de que la administración pueda determinar la obligatoriedad de asistencia a una determinada actividad formativa cuando sea necesaria para el buen desempeño de las tareas del puesto de trabajo, pero respecto a esta potestad no se regulan aspectos esenciales, entre ellos la propia competencia para ejercerla. Ni tampoco parece estar libre de discusión que la norma tenga rango suficiente para establecer una atribución válida de la potestad. Se trata de una norma reglamentaria que reconoce a la administración la capacidad para, en ciertos casos, determinar la asistencia obligatoria a una actividad formativa y ello sin que una norma con rango legal —ni la Ley 30/1984 ni el EBEP— prevean la existencia ni extensión de tal potestad. Es por todo ello, por lo que decimos que resulta cuestionable que la Administración pueda determinar para un caso concreto la obligatoriedad de asistir a una actividad formativa exclusivamente con fundamento en el art. 10.1 de la Resolución de 28 de diciembre de 2012.

Cabría preguntarse entonces si el hecho de que determinados empleados públicos no asistan a ciertos cursos formativos de actualización de conocimientos en distintas materias, supondría o no un incumplimiento

del deber de formación previsto en el art. 54.8 EBEP que pueda acarrear consecuencias jurídicas para los mismos. Como ha argumentado una parte de la doctrina, se podría considerar incluso, que las consecuencias del incumplimiento del deber de formación al que nos hemos referido, acarrearían la apertura de un procedimiento disciplinario contra el empleado infractor de ese deber que no asiste a un curso formativo.

Para llegar a esa conclusión (5) se parte de que ciertamente el art. 52 del EBEP dispone que los principios establecidos en el Capítulo VI del propio Estatuto —entre los que se encuentran los principios de conducta a los que se refiere el antes citado art. 54, en el que se encuadra el deber del empleado de mantener actualizada su formación—, informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos. Se añade a lo anterior que el art. 33 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado —precepto no derogado por el EBEP— dispone que los funcionarios de los cuerpos generales —estamos ante un ámbito de aplicación de alcance más reducido— tienen el deber de asistir a cursos de perfeccionamiento con la periodicidad y características que se establezcan por la Presidencia del Gobierno. Lo dicho anteriormente llevaría a concluir que en el caso de un funcionario que incumpliese el citado deber de mantener actualizada su formación establecido por el art. 54.8 del EBEP debería considerarse que dicho funcionario está incurriendo en una conducta sancionable, en cuanto ese incumplimiento del deber de formarse constituiría una infracción leve del empleado público en aplicación del art. 8.e RD 33/1986 que establece como faltas leves «el incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario» y que debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con el código de conducta establecido por el EBEP.

En cambio, opinamos que en la realidad práctica la aplicación de dicho planteamiento no resultará pertinente de forma ordinaria. Ello en cuanto, no puede extraerse automáticamente y con carácter general que el hecho de que un funcionario en una situación dada no satisfaga el deber de actualizar su formación en cierta materia, no asistiendo por tanto a un determinado curso formativo; suponga necesariamente un incumplimiento de sus deberes sancionable, y ello porque dado que la conducta no está expresamente tipificada como un supuesto general que produzca responsabilidad disciplinaria —más allá de la tipificación genérica del art. 8.e del RD 33/86— deberá considerarse globalmente y en cada situación las cir-

(5) Para exponer la posibilidad de aplicar ese régimen disciplinario en estos casos concretos, adaptamos el razonamiento que ya se ha desarrollado por otros autores en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «La formación de los empleados públicos tras el EBEP ¿Cambio de paradigma?», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, pág. 679.

Más tarde se defenderá la dificultad e inadecuación, desde nuestro punto de vista, de acudir de forma general a esa vía disciplinaria, que en realidad debe quedar limitada a supuestos restringidos.

cunstancias que concurran en la realidad práctica y que sean merecedoras de valoración en cada caso —como por ejemplo, que no se asista a una actividad formativa porque se opte por actualizar por sí mismo sus conocimientos ante la falta de posibilidades para asistir a cursos, pudiendo influir en ello las dificultades derivadas de sobrecargas de trabajo relacionadas con la reducción generalizada de personal, dificultades económicas fruto de una, en ocasiones, inadecuada cobertura de los gastos para afrontar los traslados al lugar del curso formativo (6), etc.—. En tales situaciones resultaría complicado aplicar un precepto tan genérico como el art.8.e del RD 33/1986 para sostener que existe una conducta sancionable.

Adicionalmente, puede señalarse que desde el punto de vista gerencial, las técnicas fundamentadas en la coerción, suelen mostrarse mucho menos efectivas que las basadas en fomentar un buen clima laboral, a la hora de garantizar la consecución de los objetivos de la organización, que no son otros que los intereses generales a los que debe orientarse la actuación administrativa conforme al art. 103.1 CE.

Por todo ello, y considerando el alto grado de responsabilidad, profesionalidad y competencia del personal al servicio de las Administraciones Públicas, resulta difícil pensar que el art. 54.8 del EBEP posibilite recurrir de forma generalizada, en los casos en los que el empleado no acuda a un determinado curso formativo, al régimen disciplinario aplicando el art. 8.e del RD 33/1986, sino que más bien dicha consecuencia solo se generaría en situaciones excepcionales marcadas por un notorio incumplimiento de las obligaciones de formación que manifiestamente genere una situación en la que se menoscaben sus responsabilidades con los ciudadanos y los intereses públicos.

En estos últimos casos excepcionales —que son distintos del caso particular de que un funcionario por distintas razones no acuda a un cierto curso formativo (7)—, efectivamente se podrá —y deberá— acudir a la vía disciplinaria con el mayor rigor y es que como bien señala la exposición

(6) Sobre las dificultades económicas que en la práctica pueden desincentivar que los funcionarios asistan a ciertos cursos de formación, conviene tener presente que conforme al art. 7 y el Anexo II del RD 462/2002 que regula las comisiones de servicio, los funcionarios del grupo C1, C2 y E únicamente tienen derecho a una dieta de 28,21 euros brutos diarios para manutención y 48,92 euros diarios para alojamiento. Si se tiene en cuenta que una parte de los cursos formativos se imparten en Madrid, considerando el importe de los conceptos anteriores y el nivel de precios existente, puede concluirse que a la hora de asistir a estas actividades formativas pueden darse situaciones precarias que puedan desincentivar la participación en las mismas.

(7) Se trata de una situación diferente en cuanto aquí existe una transgresión clara de las responsabilidades del funcionario con el ciudadano y con el interés público. Como indicios de esta situación podemos advertir que habitualmente existirá en estos casos una notoriedad en la negativa a formarse por cualquier vía —sea una formación formal o informal, tutelada o individual, rechazando también el autoaprendizaje—, existiendo con frecuencia un «plus de intencionalidad», es decir, un desinterés claro en actualizar sus conocimientos para prestar un servicio público de calidad.

de motivos del EBEP «la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio». Concluimos así que la vía disciplinaria solo se reservará para esos casos en los que exista una transgresión clara del deber de formación y por tanto de las obligaciones con los ciudadanos y los intereses públicos con una vulneración del código de conducta establecido por el EBEP (8).

Por otra parte, para completar nuestra reflexión jurídica sobre el derecho y el deber a la formación de los empleados públicos, debemos desarrollar la idea de que el deber de mantener actualizada la formación y cualificación contenido en el art.54.8 EBEP está íntimamente relacionado con el propio mandato constitucional previsto en el art. 103.1 CE. Así este precepto constitucional establece —como también hace el artículo 3 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas— que la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales. Desde esta perspectiva puede decirse que la formación estaría vinculada con el interés público al que se refiere la citada norma constitucional, puesto que cuanto mejor preparados técnicamente estén los empleados públicos, mejor podrán estos gestionar los intereses colectivos y más corresponsables se sentirán de ese interés general (9).

Adicionalmente queremos reparar en la conexión entre el derecho a la formación y el derecho fundamental a la igualdad reconocido en el art. 14 CE. Este precepto tendrá manifestaciones directas en la regulación de la formación, pero antes de detallar algunos ejemplos al respecto, queremos incidir en que esa relación entre formación e igualdad no se deriva sólo de la necesidad de hacer efectivo el derecho fundamental que reconoce el art. 14 CE en todas las acciones que realice la Administración, sino también en otros preceptos constitucionales como el art. 23.2 CE que dispone que los ciudadanos « tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos». En este punto debe tenerse presente que los principios de igualdad, mérito

(8) La exposición de motivos del EBEP al referirse a este código de conducta regulado en el capítulo VI de la ley, deja claro que el incumplimiento podría tener en algunos casos consecuencias disciplinarias: «Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias».

(9) SILVA ARDANUY, Francisco Manuel, «Política de formación en las administraciones públicas y programas de detección de necesidades formativas», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, pág. 49.

y capacidad en el acceso al empleo público que imponen el art. 23.2 CE y el art. 103.3 CE, deben interpretarse no solo como principios de ingreso a la función pública, sino también como principios rectores a la hora de asignar puestos de trabajo y garantizar la promoción profesional, y ello sin perjuicio de que la intensidad de esos principios tengan un alcance diferente en el ingreso a la función pública y en la carrera administrativa como han señalado la STC 48/1998 y la STS 407/1997, (10).

Remarcamos que los principios de igualdad, mérito y capacidad también rigen en la carrera administrativa y promoción profesional, porque nos interesa destacar que dado que la formación influye significativamente en la promoción profesional, se hace evidente que del art. 23.2 CE también se deriva el deber fundamental de respetar el principio de igualdad en el ámbito formativo. Al art. 14 CE y 23.2 CE se sumarían numerosas normas que conducirían a idéntica conclusión, entre ellas destacamos al menos como normas de referencia lo establecido por el propio art. 1 CE —igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico— y el art. 9.2 CE —deber de los poderes públicos de promover la igualdad efectiva— (11).

Estas previsiones nucleares de nuestro ordenamiento jurídico justifican y fundamentan la existencia de normativa concreta en materia de formación que trata de garantizar la igualdad en el ámbito formativo. En este sentido destacamos que el art. 60.2 de la Ley Orgánica 3/2007 impone que en materia de formación, con el fin de garantizar el acceso a puestos directivos de las mujeres, el 40% de las plazas de los cursos deberán reservarse a empleadas públicas. Por otro lado, para que la maternidad no suponga un obstáculo en la promoción profesional y se garantice la actualización de conocimientos, el art. 60.1 de la LO 3/2007 otorga preferencia en el acceso a cursos formativos durante el año siguiente a la reincorporación tras el permiso de maternidad. Idéntica preferencia otorga la misma norma en el acceso a cursos de formación tras disfrutar del permiso de paternidad, lo que sin duda contribuye a promover una distribución más equilibrada entre hombres y mujeres de las responsabilidades familiares.

(10) MESEGUERYEBRA, Joaquín, «El derecho fundamental del art. 23.2 ce al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 29, 1999, pág. 273-274.

(11) No es el objeto de este trabajo realizar un estudio en profundidad de las previsiones normativas en materia de igualdad pero conviene destacar que en el ordenamiento comunitario la igualdad también está muy presente. En el derecho originario, se refieren a ella el art. 2 —igualdad como valor de la Unión Europea— y art. 3 —igualdad como objetivo de la Unión Europea— del Tratado de la Unión Europea, así como el art. 8 —obligación de que la Unión se fije como objetivo de todas sus acciones eliminar la desigualdad—, art. 19 —procedimiento legislativo especial para establecer medidas de lucha contra la discriminación—, art. 153 —competencias de apoyo a los Estados en materia de igualdad— o el art. 157 —igualdad retributiva entre hombres y mujeres— del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En cuanto a las normas de derecho derivado podemos destacar la directiva 2006/54/UE o en el ámbito de la seguridad social la directiva 79/7/CEE.

Finalmente resulta oportuno constatar que de acuerdo con el art. 69 EBEP la formación también puede ser definida como uno de los instrumentos de planificación de los recursos humanos. Desde ese punto de vista la formación puede ser estudiada como una herramienta al servicio de la Administración como organización, que puede, como señala el citado precepto, «contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles». Dedicaremos el epígrafe siguiente a detallar algunas cuestiones de interés en el estudio de la formación como instrumento al servicio de las organizaciones públicas.

III. La formación desde el punto de vista organizacional. El carácter estratégico de la formación. La formación en competencias y la formación ética como complemento necesario de la formación técnica. Los cauces para la virtualidad de la formación: la formación presencial frente al e-learning y la formación activa frente a la formación pasiva

La formación ha llegado a ser definida como «el cambio planificado para adquisición, retención y transferencia de conocimientos y destrezas necesarios para el eficaz desempeño de las tareas de un puesto de trabajo» (12). Se trata de una definición que deja patente el carácter estratégico de la formación para la Administración como organización (13). En este sentido debe tenerse presente que la formación contribuye a la promoción profesional y el acceso a nuevos puestos de trabajo, dejando vacantes los anteriores, tratándose por tanto de un instrumento estratégico relacionado con la planificación de los recursos humanos de la Administración —no en vano el art. 69 del EBEP, referido a los instrumentos de planificación en materia de recursos humanos hace referencia, dentro de ellos, a la formación—. Para ilustrar el carácter estratégico de la formación se ha señalado que «El diseño de los cursos formativos y su gestión en el tiempo (cuándo ofertar qué formación) es una herramienta estratégica de intervención ya que la superación de procesos formativos, en teoría, debe proveer puestos en carrera. Este hecho debe estar planificado ya que su primera consecuencia es la movilidad del personal y la consi-

(12) GORRITI BONTIGUI, Mikel, «Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 4, 2013, pág. 20.

(13) Dado el carácter estratégico de la formación, insistiremos más abajo en la exigencia de que la formación debe estar vinculada, no solo a las preferencias de los trabajadores sino también a las necesidades de la organización.

guiente generación de vacantes. La formación y las jubilaciones son quienes generan las vacantes en las AAPP que a su vez son condición para poder aplicar una planificación de RRHH acorde con el diseño organizativo estratégico.» (14)

Queremos insistir en la idea de que solo con una planificación anticipada de la formación y coherente con la dirección hacia dónde quiere dirigirse la organización, con los cambios en el entorno y con los objetivos de la administración, será posible garantizar la máxima eficacia en el desempeño de las funciones de los recursos humanos de la administración a través de cuya actuación podrán alcanzarse los objetivos públicos. Por otro lado es importante que reseñemos que para asegurar una gestión eficaz y el óptimo cumplimiento de los objetivos de la organización, existe una necesidad de que la formación promueva, no solo la actualización normativa y los conocimientos técnicos especializados sino también competencias como la adaptación al entorno, a la tecnología, el trabajo en equipo, la motivación, así como la orientación a resultados del personal y como no, las habilidades directivas de los empleados públicos que desempeñan puestos de mayor responsabilidad (15).

De hecho, para el caso de los directivos públicos, si se produjesen cambios legislativos que lo hiciesen posible —entre ellos debe llevarse a cabo la aprobación del estatuto del directivo público— podría, dada la especial necesidad de garantizar unas adecuadas competencias en este tipo de personal, hacerse obligatorio que para el acceso a puestos de dirección fuera necesario la previa realización de un programa de formación en habilidades directivas (16).

Otra cuestión trascendental en materia de formación desde el punto de vista organizacional es la relativa a garantizar una adecuada evaluación de la formación y control de los formadores —que garantice la cali-

(14) GORRITI BONTIGUI, Mikel, «Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 4, 2013, pág. 21.

(15) La necesidad de formación en estas materias es señalada en distintos trabajos académicos, entre ellos: YERGA COBOS, Alfonso., «La formación y los empleados públicos: ¿para qué y en qué?», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, pág. 24. También se consideran como materias imprescindibles la comunicación, trabajo en equipo, motivación, planificación y organización en LÓPEZ MARTÍNEZ, Pedro Ángel, *Modelo de formación por competencias para jefes y directivos de la administración pública española (tesis doctoral)*. UIB, Mallorca, 2016, pág. 225.

(16) En países vecinos como es el caso de Portugal, las políticas públicas de formación también han pretendido fomentar capacidades para conducir procesos de cambio, dirigir personas, desarrollar competencias orientadas al logro de los objetivos... Llegándose a haber valorado incluso la posibilidad que la superación de un curso formativo centrado en tales aspectos, el denominado CEA-GP —programa de acceso al servicio público, por sus siglas en portugués— llegase a establecerse como requisito de acceso a los puestos directivos, VALADARES TAVARES, Luis, «Un nuevo modelo de formación para directivos de la administración pública portuguesa», en *Revista de Administração Pública*, n.º 110, 2004, pág. 54.

dad de la misma— así como un adecuado diagnóstico de las necesidades de la organización —habida cuenta del carácter estratégico de la formación y su impacto en la planificación de recursos humanos— (17). Respecto a ese diagnóstico de las necesidades, es importante que la formación no esté determinada solo por las preferencias individuales del trabajador sino también y especialmente por las necesidades estratégicas de la organización, y ello con aún mayor exigencia cuando se trata de directivos públicos(18). Lo anterior es relevante, ya que algunos estudios muestran que los directivos públicos mantienen una preferencia por la formación tradicional de tipo técnico frente a la formación gerencial o por competencias.(19) Ello refuerza la necesidad, que hemos referido previamente, de potenciar e incentivar la formación en materias como las habilidades directivas, gestión del cambio, comunicación, u orientación a resultados.

Por el contrario, no queremos decir con todo ello que la formación deba estar orientada exclusivamente a lograr una gestión eficaz y eficiente. La Administración pública, no es —ni debe ser— una empresa privada y por tanto sus políticas en materia de personal, incluyendo la formación, deben estar orientadas no sólo a la eficiencia, sino que también deben estar muy orientadas al logro y efectividad de unos valores democráticos y de servicio al interés general. Esta posición también es mantenida por otros autores, que advierten de la necesidad de corregir las tensiones que se pueden producir entre los valores asociados al mercado y al interés general. Se señala que el aumento en el sector público de la preponderancia de valores asociados al mercado y la empresa, que no siempre son compatibles con las necesarias garantías que aseguren el control legal y el servicio al interés general, puede generar fricciones, debiendo la formación contribuir a resolver esas contradicciones(20). Se

(17) Ambos son recogidos como puntos críticos en LÓPEZ MARTÍNEZ, Pedro Ángel., *Modelo de formación por competencias para jefes y directivos de la administración pública española (tesis doctoral)*. UIB, Mallorca, 2016, pág. 229.

(18) Volviendo al caso de Portugal, se ha sugerido que precisamente los principales problemas de la formación en la Administración Pública portuguesa son la falta de una correcta evaluación de la formación y un adecuado diagnóstico de las necesidades. En tal sentido se señala que la formación ha estado más condicionada por esas preferencias individuales del trabajador que por las necesidades estratégicas organizacionales. MADUREIRA, César, «La formación comportamental de los directivos superiores en la administración pública portuguesa», en *Revista Europea de Formación Profesional*, n.º 39, 2006, pág. 62. Esa falta de orientación de la formación a las necesidades de organización ha sido común también en otros países iberoamericanos tal y como se recoge en LONGO, Francisco y IACOVIELLO, Mercedes, «Hacia un empleo público más profesional en Centroamérica», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 56, 2013, págs. 1-17.

(19) LÓPEZ MARTÍNEZ, Pedro Ángel, *Modelo de formación por competencias para jefes y directivos de la administración pública española (tesis doctoral)*. UIB, 2016, pág. 208.

(20) VEIRA VEIRA, José Luis, «Cambio cultural y formación en las organizaciones públicas», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 77-78, 1997, pág. 213.

concluye desde esta posición que la formación no puede estar vinculada únicamente a la eficiencia sino que sin renunciar al objetivo de ayudar a asegurar una buena —y económica— gestión de los servicios públicos, la formación también debe contribuir al aseguramiento de una ética democrática y de servicio a la comunidad, que debe integrarse en la cultura organizativa de la administración pública.

Es por ello por lo que la política de formación, debe también incluir en su contenido acciones formativas referidas a normas de comportamiento y valores éticos —que bien podrían proponerse en un futuro como obligatorias, especialmente en el caso de los directivos públicos— destinadas a garantizar el sometimiento a los intereses generales y la integridad en el sector público, sirviendo además como acción preventiva frente a la corrupción (21). La doctrina viene defendiendo que la formación debe promover entre los empleados públicos valores éticos que garanticen una conducta inspirada por la igualdad de trato e independencia, alejada de ciertos rasgos presentes en nuestra sociedad como el amiguismo, las influencias y las recomendaciones, potenciando así una formación deontológica y en normas éticas que inculque valores asociados a la integridad (22).

Dicho lo anterior, concluimos, respecto al contenido de la formación de los empleados públicos, que esta debe incidir en principios y valores éticos, sirviendo como hoja de ruta los previstos en el art. 52 del EBEP. Las acciones formativas deben promover por tanto los principios de «objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres» que deberían ser asumidos por todos los empleados públicos.

Para finalizar, tras haber desarrollado la idea de que la formación debe centrarse no solo en contenidos de tipo técnico, sino también en competencias y por supuesto en valores y normas éticas, solo nos resta plantear cuál debería ser el cauce a través del cual se instrumente dicha formación. Sobre esta cuestión solo pretendemos dejar esbozadas unas ideas fundamentales.

En primer lugar, no se nos puede escapar que el desarrollo de las tecnologías de la información abre nuevas posibilidades a la hora de de-

(21) Es la posición defendida en uno de los trabajos de Villoria Mendieta y Moreno Tejada, quienes llegan a señalar que la formación es «uno de los pilares fundamentales de toda estrategia que pretenda prevenir la corrupción y mejorar la integridad en el sector público». VILLORIA MENDIETA, Manuel y MORENO DE TEJADA, Alberto, «La formación en ética en la administración pública: un análisis comparado», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, págs. 108-110.

(22) BELTRÁN VILLALBA, Miguel, «La formación y los empleados públicos», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 77-78, 1997, págs. 60-64.

sarrollar la formación de los empleados públicos. Surge así la opción de instrumentar la formación a través del denominado *e-learning*, que por sus propias características permite formar simultáneamente a un mayor número de empleados públicos, con menores costes y con mayor flexibilidad. Si bien, algunos estudios comparativos entre el *e-learning* y la formación presencial, sugieren que la primera no es más eficaz que la presencial, obteniendo el *e-learning* resultados ligeramente inferiores en variables como la satisfacción con la formación, la orientación a las necesidades específicas del puesto de trabajo o la motivación (23).

Así, respecto a esta primera cuestión concluimos que, sin minusvalorar las opciones que ofrece el *e-learning* para dar respuesta a necesidades formativas a las que anteriormente no se podía hacer frente, no resultaría oportuno desplazar la formación presencial en favor de la formación online a distancia, puesto que la formación presencial ha dado resultados acreditados y permite además incorporar con mayor facilidad nuevas metodologías de aprendizaje más activas y participativas —a la que nos referiremos a continuación—. Además, entre las ventajas que desaconsejan el abandono de la formación presencial en favor de la online, se incluye también la relativo a su capacidad para relacionar a personal de distintas unidades funcionales —e incluso de distintas regiones—, contribuyendo al establecimiento de redes de colaboración y a la consolidación de la cultura organizativa.

Como línea adicional que dejamos abierta para futuros estudios, podría resultar interesante estudiar las posibles ventajas que podrían lograrse con la implantación de una tercera clase de acciones formativas de tipo *blended learning*, es decir combinando el aprendizaje online con las acciones formativas presenciales, lo que quizá permitiría combinar la flexibilidad del autoaprendizaje online y la mayor facilidad para la participación activa y la interacción del aprendizaje presencial (24).

Vistos los distintos cauces a través de los cuales puede instrumentarse la formación de los empleados públicos (presencial, *e-learning*, o *blended*), resulta oportuno que finalicemos haciendo mención a la metodología de ese aprendizaje. Frente al aprendizaje tradicional, basado en la unidireccionalidad profesor-alumno y el enfoque teórico de las clases magistrales, es habitual que se vaya abriendo paso la utilización de métodos que se basan en el estudio y resolución casos prácticos o en la reali-

(23) QUESADA PALLARES, Carla, ESPONA BARCONS, Berta, CIRASO CALÍ, Anna y PINEDA HERREIRO, Pilar, «La eficacia de la formación de los trabajadores de la administración pública española: comparando la formación presencial con el *eLearning*», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 61, 2015, pág. 120.

(24) Esta metodología mixta es propuesta en VARELA ÁLVAREZ, E. J., «¿Cómo dirigir un curso de directivos públicos?: entre el entrenamiento de gestores y la formación de líderes institucionales», *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, p.39.

zación de talleres(25). Es por ello, por lo que como perspectivas de futuro para la formación en la Administración pública, concluimos que la incorporación de este tipo de metodología más práctica y activa parece recomendable —siempre con cautela y sin renunciar a las fortalezas que también ha demostrado la formación tradicional—.

En el horizonte existen incluso otras innovaciones en el ámbito de la formación a las que la Administración deberá estar muy atenta. Se trata de enfoques que proponen una metodología de aprendizaje colaborativo y social que comparta el conocimiento personal con el conocimiento institucional y social y con un mayor protagonismo y un papel más activo de los empleados públicos así como una mayor colaboración entre ellos en el propio proceso aprendizaje(26).

IV. Reflexiones finales

Hemos advertido que la formación es un importante instrumento de planificación de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública. Se trata de un instrumento que está llamado a adquirir una especial relevancia si tenemos en cuenta que las Administraciones deben enfrentarse a unas demandas crecientes y ello en un contexto adverso de reducción de efectivos derivado de las políticas de adelgazamiento de la Administración —tal y como ha ocurrido también en la organización a la que pertenezco, la Administración de la Seguridad Social, que con una plantilla un 12,7% inferior a la de hace cinco años(27) ha tenido la responsabilidad de gestionar un número de pensiones un 5,2% mayor y de aumentar la recaudación un 16%(28)—. En ese contexto de escasez de recursos humanos, una correcta política de planificación de los mismos,

(25) En el caso de la formación de directivos, algunos estudios muestran que la utilización de este tipo de metodologías es mejor valorada por los usuarios de los cursos formativos, LÓPEZ MARTÍNEZ, Pedro Ángel., *Modelo de formación por competencias para jefes y directivos de la administración pública española (tesis doctoral)*. UIB, Mallorca, 2016, pág. 226.

(26) Es la línea defendida por Martínez Marín en su obra MARTÍNEZ MARÍN, Jesús, *Nuevos modelos de formación para empleados públicos. Guía para la transformación*. Editorial UOC, Barcelona, 2016.

(27) Datos extraídos del estudio de personal de la seguridad social realizado por CCOO y disponible en: http://www2.fsc.ccoo.es/webfscmadrid/Sectores:Administracion_General_del_Estado:Actualidad:1016158--CCOO_sigue_denunciando_la_constante_perdida_de_personal_en_la_Seguridad_Social (última consulta 10 de Septiembre de 2017).

(28) Fuente: Seguridad Social. Datos sobre número de pensiones disponibles en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Series_de_Pensiones_en_vigor_y_Pensionistas/ESTC_005257 (última consulta 10 de Septiembre de 2017). Datos consolidados sobre recaudación por cotizaciones 2012 a 2016 disponibles en: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Presupuesto_aprobado/Ingresos/174952 (última consulta 10 de Septiembre de 2017).

resulta si cabe, aún más importante. Es por ello por lo que reviste un especial interés estimular el debate sobre qué dirección debe tomar la formación de los empleados públicos como instrumento al servicio de los intereses y objetivos de la organización pública.

Por otro lado, respecto a la formación desde la perspectiva netamente jurídica, queremos hacer notar, que no tiene por qué tratarse de una perspectiva necesariamente alejada de la perspectiva organizacional. Así desde el punto de vista organizacional hemos defendido la necesidad de realizar una planificación estratégica de forma anticipada y de orientar la formación no solo a la adquisición de conocimientos de tipo técnico sino también al desarrollo de competencias como la adaptación al entorno, a la tecnología, el trabajo en equipo, la motivación, o la orientación a resultados; todo ello como garantía para el logro de los objetivos de la organización, esto es el interés general. Es decir, lo que se estaría proponiendo desde el punto de vista organizacional es precisamente aquello que desde la perspectiva jurídica recalcamos que el art. 103.1 CE mandata: una Administración que sirva con objetividad y eficacia los intereses generales. Igualmente, desde el punto de vista organizacional hemos recomendado potenciar la formación en ética como instrumento para garantizar la integridad de la organización y en realidad esto pasa precisamente por reforzar y hacer efectivos los valores a los que se refieren los arts. 52 a 54 del EBEP, incluyendo entre ellos valores como la igualdad, materia en la que hemos puesto especial énfasis al final de nuestra reflexión jurídica. Ello muestra que, como decíamos al principio de nuestro trabajo, la perspectiva jurídica de la formación no tiene por qué ser necesariamente antagónica con la perspectiva organizacional de la misma.

Finalmente queremos terminar estas páginas reproduciendo, a modo de deseo para el futuro, un elocuente principio que hemos encontrado recogido ilustrado en otro trabajo académico. Se trata de la máxima de «formar hoy para no subcontratar o externalizar en el futuro» (29). Que así sea.

V. Bibliografía

BELTRÁN VILLALBA, Miguel, «La formación y los empleados públicos», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 77-78, 1997, págs. 51-68.

(29) SÁNCHEZ-SAUS LASERNA, Marta y SILVA ARDANUY, Francisco Manuel, «Formación de empleados públicos, desempeño y empleabilidad ante la racionalización de la Administración Pública», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, pág. 74.

- GORRITI BONTIGUI, Mikel, «Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 4, 2013, págs. 8-23.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «La formación de los empleados públicos tras el EBEP ¿Cambio de paradigma?», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, págs. 637-688.
- LONGO, Francisco y IACOVIELLO, Mercedes, «Hacia un empleo público más profesional en Centroamérica», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 56, 2013, págs. 1-17.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Pedro Ángel, *Modelo de formación por competencias para jefes y directivos de la administración pública española (tesis doctoral)*, UIB, Mallorca, 2016
- MADUREIRA, César, «La formación comportamental de los directivos superiores en la administración pública portuguesa», en *Revista Europea de Formación Profesional*, n.º 39, 2006, págs. 50-65.
- MARTÍNEZ MARÍN, Jesús, *Nuevos modelos de formación para empleados públicos. Guía para la transformación*. Editorial UOC, Barcelona, 2016.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, «El derecho fundamental del art. 23.2 ce al acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 29, 1999, págs. 261-281
- RIVERO LAMAS, Juan, «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», en *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 2, 1996, págs. 79-132
- SILVA ARDANUY, Francisco Manuel, «Política de formación en las administraciones públicas y programas de detección de necesidades formativas», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, págs. 45-59.
- SÁNCHEZ-SAUS LASERNA, Marta y SILVA ARDANUY, Francisco Manuel, «Formación de empleados públicos, desempeño y empleabilidad ante la racionalización de la Administración Pública», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, págs. 45-59.
- QUESADA PALLARES, Carla, ESPONA BARCONS, Berta, CIRASO CALÍ, Anna y PINEDA HERRERO, Pilar, «La eficacia de la formación de los trabajadores de la administración pública española: comparando la formación presencial con el eLearning», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, n.º 61, 2015, págs. 107-132.
- VALADARESTAVARES, Luís, «Un nuevo modelo de formación para directivos de la administración pública portuguesa», en *Revista de Administración Pública*, n.º 110, 2004, págs. 53-56.
- VARELA ÁLVAREZ, Enrique José, «¿Cómo dirigir un curso de directivos públicos?: entre el entrenamiento de gestores y la formación de líderes institucionales», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, pág. 27-42.

VEIRA VEIRA, José Luis, «Cambio cultural y formación en las organizaciones públicas», en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 77-78, 1997, págs. 199-216.

VILLORIA MENDIETA, Manuel y MORENO DETEJADA, Alberto, «La formación en ética en la administración pública: un análisis comparado», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, págs. 93-111.

YERGA COBOS, Alfonso, «La formación y los empleados públicos: ¿para qué y en qué?», en *Nuevas Políticas Públicas*, n.º 7, 2011, págs. 11-25.

Trabajo recibido el 10 de septiembre de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Administrazio Publikoen zerbitzura lan egiten duten enplegatuen prestakuntza ikuspuntu juridikotik aztertu daiteke —langilearen eskubidea eta betebeharra den aldetik—, bai eta erakunde-ikuspegitik ere —erakundeko helburuen arabera prestakuntza ezartzeko modurik onena zehazteko ikuspegi oinarrituta—. Ikuspegi juridikoan, zehazki, prestakuntza jasotzeko betebeharra urratzeak dakartzan ondorioak aztertuko ditugu. Halaber, berariaz ikertuko dugu prestakuntzaren eta berdintasunerako eskubidearen arteko harremana, bai eta administrazioak interes orokorra lortzeko duen betebeharrarekiko lotura ere. Azken alderdi horrek, hain zuzen ere, erakunde-ikuspegiarekin egingo du bat. Horren barruan aztertuko ditugu, besteak beste, planifikazio estrategikoa alde zuzenetik egiteko beharrez, eta prestakuntza, ezagutza teknikoak eskuratzera ez ezik, beste era bateko eskumenak garatzera bideratzeko beharrez; hori guztia, interes orokorra lortzen dela bermatzeko.

GAKO HITZAK: Prestakuntza. Enplegatu publikoak. Administrazio publikoa.

RESUMEN: La formación de los empleados al servicio de las Administraciones Públicas puede analizarse desde un punto de vista jurídico —como derecho y deber del empleado— y desde una perspectiva organizacional —óptica basada en determinar el mejor modo de configurar la formación con arreglo a los objetivos de la organización—. Respecto a la perspectiva jurídica, estudiaremos las consecuencias del incumplimiento del deber de formarse, analizando igualmente la relación existente entre la formación y el derecho a la igualdad, así como su conexión con el deber administrativo de perseguir el interés general. Esto último enlazará con el punto de vista organizacional donde recogeremos, entre otros extremos, la necesidad de realizar una planificación estratégica de forma anticipada y de orientar la formación no solo a la adquisición de conocimientos de tipo técnico sino también al desarrollo de competencias de otra índole; todo ello como garantía para el logro del propio interés general.

PALABRAS CLAVE: Formación. Empleados públicos. Administración pública.

ABSTRACT: The training of Public Administration employees can be analyzed from a legal point of view —as a right and duty for the employee— or from an organizational perspective —from an optic based in determining the best way to configure the training in accordance with the objectives of the organization—. With regard to the legal perspective, we will study the consequences of infringement of the duty of training, also examining the relationship between training and right to equality, together with its connection to the administrative duty to pursue the general interest. This latter will link with the organizational point of view where we will reveal, amongst other things, the need for establishing an anticipated strategic planning and for targeting the training not only to to acquire technical knowledge but also to develop competences of a different type; all as a guarantee for achieving the general interest.

KEYWORDS: Training. Public employees. Public Administration.

Desafíos pendientes para la definitiva implantación de la evaluación del desempeño

Pedro Padilla Ruiz

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.14>

Sumario: I. Introducción: 1. La necesidad de aplicar la evaluación del desempeño en la Administración Pública.—II. Principales obstáculos existentes en la gestión del empleo público para la implantación de la evaluación del desempeño: 1. Inexistencia de planificación estratégica que permita saber qué evaluar. 2. La desnaturalización del complemento de productividad. 3. Un sistema de carrera artificial que no ha cumplido su función. 4. La desmotivación del empleado público. 5. La olvidada institución de la formación del empleado público.—III. Conclusiones.—IV. Bibliografía.

I. Introducción

La aprobación del EBEP por medio de la Ley 7/2007 supuso un punto de inflexión en la regulación del empleo público en España, aportando no solo el necesario marco legal que exigía la Constitución desde hacía casi treinta años sino sobre todo estableciendo un nuevo modelo de calidad en la forma de actuar de nuestras Administraciones a través de su personal. El Estatuto incluyó algunas novedades destacables como motores de ese cambio. Entre ellas podemos mencionar la carrera horizontal, el código ético y de conducta y, sobre todo, la evaluación del desempeño (1), que constituye el elemento nuclear en la aplicación de esas y otras herramientas y mecanismos que el legislador ha puesto a disposición de aquellas con la clara intención de poner en valor, por fin, a quienes representan el verdadero *cerebro y músculo* de las Administraciones, los empleados públicos (2). El objetivo del EBEP ha sido, por tanto,

(1) Sobre el concepto y la aplicación de la evaluación del desempeño en la Administración Pública puede leerse a PADILLA RUIZ, Pedro, *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*. Bosch Editor, Barcelona, 2016.

(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.

mejorar la motivación y la productividad de su capital humano como medio para lograr la satisfacción del ciudadano, que es —a la postre— el fin último de las Administraciones Públicas dentro del nuevo paradigma de la calidad total.

Sin embargo, la entrada en vigor del EBEP coincidió con una profunda crisis que llevó a la inaplicación de muchas de sus novedades y al establecimiento de unas medidas drásticas, en muchos casos contrarias a los postulados del mismo y que no tuvieron en cuenta las potencialidades que realmente aportaba a la reforma del empleo público. Una de las principales afectadas fue, precisamente, la evaluación del desempeño, que no se trató seriamente ni por la Administración General del Estado (AGE) ni por las Comunidades Autónomas, como recuerda PALOMAR OLMEDA (3), lo que obviamente afectó también a las Entidades Locales (4). Como en tantas otras ocasiones, la justificación dada fue la falta de recursos económicos y el coste que la implantación de la evaluación del desempeño supondría, optándose por aplicar medidas más directas y drásticas como la reducción del número de empleados públicos a través de despidos masivos (que en muchas ocasiones se han visto revocados por los Tribunales), amortización de plazas (5), reducción y congelación salarial (6), incremento de horas de trabajo o reducción de derechos sociales y sindicales, como ha tenido ocasión de estudiar RODRÍGUEZ ESCANCIANO (7).

Estos problemas y las soluciones «de urgencia» que se adoptaron nos demuestran dos cosas: la poca consideración que tradicionalmente ha tenido el capital humano entre los responsables de recursos humanos, a pesar de constituir el más importante motor que impulsa nuestras organizaciones públicas gracias a su talento y habilidades; y la falta de visión,

(3) PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrá que cambiar el EBEP antes de aplicarlo?», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 3, 2012, pp. 78-93.

(4) BOLTAÑA BOSCH, Xavier, «El empleo público local ante la crisis», en *Debates locales*, n.º 2, 2011, pp. 288.; MAURI MAJÓS, Joan, «Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 26. Junio, 2011, pp. 55-86.

(5) Como ocurrió en Castilla la Mancha, principalmente en 2013.

(6) Sobre la reducción salarial recuérdese la eliminación de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 por el Real Decreto-Ley 20/2012 con efectos retroactivos, y que los Tribunales han revocado parcialmente en cuanto a los días de aplicación retroactiva, y que supuso un importante varapalo no solamente económico sino también creador de inseguridad jurídica y desmotivación.

(7) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre el empleo público. En especial, las medidas de reajuste de efectivos», en *Boletín de Función Pública del INAP*, n.º 8, 2012, pp. 5-13. También RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Posibilidades para el reajuste de efectivos en el ámbito público a la luz de la reforma laboral de 2012», en *Cuadernos de derecho local*, n.º 31, 2013, pp. 40-69.

iniciativa y del coraje suficientes por parte de los gestores públicos para enfrentarse a los verdaderos desafíos estructurales de nuestro empleo público y eliminar, o al menos limitar, las barreras que impiden aplicar la evaluación y el resto de reformas previstas por el EBEP.

No hemos de pasar por alto que la mejora de los resultados de la Administración no solo pasa por aplicar nuevas técnicas o herramientas a la gestión pública, sino que también deben removerse los obstáculos preexistentes, algunos de los cuales veremos a continuación.

1. La necesidad de aplicar la evaluación del desempeño en la Administración Pública

No obstante haber pasado por una importantísima crisis económica y estar sufriendo otra de credibilidad de lo público y de deslegitimación de la Administración, como señala ARENILLA SÁEZ (8), no cabe duda de la posibilidad, o más bien necesidad, de desarrollar de una vez la evaluación del desempeño dentro de un imprescindible proceso de transformación y racionalización permanente de la Administración (9). Obviamente supondrá un importante esfuerzo de adaptación de las estructuras actuales a los nuevos modelos de gestión del empleo público, además de cambiar la vigente concepción que se tiene de cualquier innovación administrativa. Hemos de pasar de considerar esas técnicas y herramientas más propias de otros ámbitos como algo totalmente ajeno a la Administración o como un gasto, para reconocerlas y asimilarlas con las oportunas adaptaciones a las exigencias legales y de garantía de derechos, teniendo en cuenta que el legislador ha confiado en ellas al plasmarlas en el EBEP porque tienen ya un largo recorrido en el entorno privado, han sido probadas y son sobre todo una verdadera inversión de futuro.

(8) ARENILLA SÁEZ, Manuel, *Crisis y reforma de la Administración Pública*. Netbiblo, Oleiros (Coruña), 2011. p. 17. Sobre la pérdida de legitimación de la Administración por una idea generalizada de que lo hace peor que el sector privado y la necesidad de tener más en cuenta al ciudadano, léase a ARENILLA SÁEZ, Manuel. «Legitimidad y eficacia de la Administración pública», en *Gestión y análisis de políticas públicas*, vol. Enero-Agosto, n.º 26-27, 2003, pp. 71-102. Sobre la legitimación de la Administración léase a SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. «La legitimación de la Administración como concepto jurídico», en *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993, pp. 163-230. También es de interés BAÑÓN, Rafael, «La legitimidad de la Administración Pública», BAÑÓN, R. Y E. CARRILLO, (COMPS). *La nueva Administración Pública*. Alianza, Madrid, 1997. Asimismo, PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, 2003. p. 78. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración: tres estudios*. INAP, Madrid, 1995. p. 19. RAMÍO MATAS, Carles, *Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*. Tecnos, Madrid, 2015.

(9) ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «¿Es posible desarrollar el EBEP en tiempos de crisis?», en FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y función pública*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 11-20.

Lo que no podemos hacer es alegrarnos por la aprobación del EBEP y sus novedades, creyendo que la introducción a nivel legal de la evaluación del desempeño va a solucionar una parte importante de los problemas del empleo público, pero al mismo tiempo dejar transcurrir los años sin que las Administraciones se hayan puesto en serio a trabajar en el diseño y puesta en práctica de un modelo adecuado, a pesar de existir en varias Comunidades Autónomas leyes adaptadas al Estatuto que recogen esta institución. Hasta el momento solo podemos hablar de un sistema probado y en pleno funcionamiento, el del Principado de Asturias, amén de otro en fase de prueba piloto durante varios años como el de la AGE. Por lo demás, y al margen de algunas experiencias aisladas en entidades locales no podemos decir que la evaluación ni el EBEP hayan tenido el éxito que se esperaba, e insistimos en que más que por falta de medios se ha debido a carencia de verdadera voluntad por impulsar las reformas necesarias y remover los obstáculos existentes dentro de la gestión del empleo público.

II. Principales obstáculos existentes en la gestión del empleo público para la implantación de la evaluación del desempeño

Esa falta de una verdadera intención por establecer la evaluación, aunque fuese de manera parcial o en «modo piloto», se ha debido también —como indicábamos— a una serie de dificultades inherentes a la estructura y funcionamiento de las Administraciones, arrastrados desde hace décadas y que no se han tratado de solventar completamente por más que el legislador anterior al EBEP hubiese realizado ciertas previsiones (aunque en ocasiones parciales) para mejorar la gestión del empleo público. Unos problemas que constituyen no sólo obstáculos o verdaderas amenazas para la aplicación exitosa de sistemas de evaluación del desempeño, sino que son a la vez parte de los propios inconvenientes que esta herramienta trata de solucionar.

A continuación vamos a revisar algunos de los más importantes, pues sería prolijo estudiar todas y cada una de las posibles dificultades a las que se enfrenta la implantación de la evaluación, pretendiendo centrarnos únicamente en las que han tenido un carácter más estructural, se encuentran más arraigadas en la gestión del personal⁽¹⁰⁾ y tienen una relación más directa con la herramienta evaluadora. No obstante, debemos mencionar también que la propia novedad de la evaluación del desem-

(10) Hoy en día se prefiere el término gestión de personas o del personal frente al más tradicional de gestión de recursos humanos, para hacer hincapié en el verdadero valor que tiene el capital humano en cualquier organización.

peño trae consigo una serie de temores y dudas acerca de su aplicación a un entorno para el que es desconocida y que suponen una cierta limitación a su desarrollo, como las normales reticencias de los empleados públicos hacia sus verdaderos fines, quién y cómo se asumirá el rol de evaluador, cómo se realizará la evaluación de y por los directivos públicos, la falta de liderazgo y de cultura administrativa, o cómo evaluar ciertos trabajos, sin olvidar la debida garantía de los derechos de los empleados públicos.

1. Inexistencia de planificación estratégica que permita saber qué evaluar

Queremos comenzar este breve repaso con uno de los principales obstáculos para una gestión integral del personal y del que deriva, al menos en parte, el resto de problemas que limitan el avance de la gestión del empleo público: la planificación estratégica.

La Administración Pública española —en términos generales— ha carecido de un diseño o planeamiento de sus objetivos como organización, así como de una subsecuente planificación de sus recursos humanos. Debemos recordar, con PALOMAR OLMEDA, que la planificación es —en cierto modo— establecer los objetivos organizacionales de una manera clara, priorizarlos y coordinarlos entre los distintos departamentos, sin olvidar la necesidad de conectarlos con los medios disponibles para poder llevarlos a cabo de manera óptima (11).

En este sentido no debe parecernos extraño escuchar actualmente términos novedosos en el ámbito público como la necesidad de que las organizaciones cuenten con una misión y visión definidas acerca de lo que pretenden ser y hacia dónde quieren dirigirse —que sepan qué deben hacer (su misión) y cómo la entienden (visión)— dentro del objetivo teleológico y constitucionalmente fijado de alcanzar el bienestar general, amén de la satisfacción del ciudadano, y sin perder de vista el tercer concepto que acompaña a los dos anteriores, los valores que marcan su seña de identidad y que quiere proyectar hacia ese mismo ciudadano (12). Pode-

(11) PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson, Madrid, 2009. p. 159 y 160 y ss. Véase también PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*. 1.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2015.

(12) Un buen ejemplo de la importancia que están alcanzando los conceptos misión y visión en nuestras Administraciones Públicas lo hallamos en el INAP, AEVAL, la Agencia Estatal de Meteorología o la Agencia Tributaria de Murcia. En la Administración local podemos destacar el Ayuntamiento de Alcobendas, al ser uno de los más implicados con la modernización administrativa, o el de Madrid. Todos estos casos contemplan dichos conceptos en sus sedes electrónicas.

mos recordar aquí las palabras de NIETO GARCÍA a cuenta de la necesidad de que la Administración sepa hacia dónde ir: «si no sabemos lo que queremos ni a dónde pretendemos ir, ponerse a caminar es perder el tiempo» (13).

El Informe de la Comisión tuvo ocasión de mencionar el problema de la carencia de planificación como uno de los fundamentales en materia de empleo público al destacar «la práctica inexistencia de planificación estratégica de recursos humanos y la debilidad de los mecanismos de gestión» (14). Así es, la falta de planificación de los objetivos generales de la Administración impide establecer los más concretos, diseñar su actuación, la estructura y los medios personales, económicos y materiales más adecuados para llevar a cabo su misión. Al mismo tiempo, no tener claros los objetivos como organización conlleva indefectiblemente que no exista ni se entienda bien lo que es la cultura organizacional, de lo público, lo cual supone que no se lleve a cabo algo esencial para el éxito de cualquier modelo mínimamente organizado de gestión pública y del personal: poner a todos sus miembros mirando en la misma dirección, sabiendo que forman parte de un todo y que su trabajo, por sencillo que parezca, se dirige a un fin superior que es servir a los ciudadanos.

A estas dificultades se le añade, en ocasiones, la de no contar con un dimensionamiento óptimo de las plantillas y una gestión interna del personal que sea coherente, eficiente y en la que existan las adecuadas sinergias entre sus diferentes áreas (15) para dirigirlas hacia el objetivo común de la organización, y donde no podemos perder de vista un elemento también esencial dentro de dicha gestión, relacionado con los objetivos de la organización, su estructura y funcionamiento: los perfiles de puestos de trabajo. Una organización planificadora, que sabe hacia

(13) NIETO GARCÍA, Alejandro, «Un primer paso para la reforma de la Administración española», en BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO (DIR.), *La reforma del Estado y de la Administración española*. INAP, Madrid, 2013, pp. 163-184.

(14) 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. 13. El estudio de la planificación estratégica en la Administración española es relativamente reciente, pues es a finales de los 80 y comienzo de los 90 del pasado siglo cuando comienzan a surgir estudios que tratan de dar respuesta a las necesidades de la gestión de personas en aquellas. Entre otros podemos destacar PRATS CATALÁ, J., «Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones públicas», en *Documentación administrativa*, n.º 210, 1987, pp. 121-134. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés, *Los recursos humanos en las administraciones públicas*. Tecnos, Madrid, 1995.; CORTÉS CARRERES, J.V., *Manual práctico de gestión de recursos humanos en la Administración Local*. Dykinson, Madrid, 2001. VILLORIA MENDIETA, Manuel y DEL PINO MATUTE, Eloísa, *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*. 2.ª edic., Tecnos, Madrid, 2000.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés, *Dirección y gestión de los recursos humanos en las Administraciones Públicas*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2001.

(15) Dependiendo de los autores, se suele hablar de unas 18-21 áreas o funciones de gestión del personal, de las que podemos destacar las de reclutamiento y selección, formación, retribución, promoción, evaluación del desempeño, motivación y satisfacción, prevención de riesgos laborales...

dónde quiere dirigirse y lo que necesita exactamente para ello, con una estructura compacta y que cuenta con el personal adecuado en cada puesto, requiere que las funciones y tareas estén correctamente definidas, lo cual es también una condición para el éxito de la evaluación del desempeño, que se centra en la medición de las tareas (más relevantes) del empleado en su puesto.

La planificación de recursos humanos fue introducida en la Ley 30/1984, de Medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP) por la Ley 22/1993, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo. Dicha novedad apareció a través de los planes de empleo para hacer frente a la crisis de los años 90, pero a pesar de su relativamente temprana introducción en nuestro ordenamiento, como ha venido ocurriendo en nuestro derecho con otras herramientas no se llegó a extender su aplicación debido, según RODRÍGUEZ ESCANCIANO o PALOMAR OLMEDA, a sus limitadas expectativas⁽¹⁶⁾. Nuevamente ha faltado algo tan esencial como visión de futuro para abordar los problemas existentes en nuestro empleo público.

El EBEP ha sido consciente de la necesidad de contar con una adecuada planificación si se quieren lograr realmente sus previsiones y por ese motivo la vuelve a introducir, esta vez tratando de darle más peso con el fin de acomodarla a las exigencias generales de su articulado en lo que debe ser el empleo público del futuro, considerando la «eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos» como uno de sus fundamentos de actuación (art. 1.3.f)⁽¹⁷⁾.

La evaluación del desempeño pretende jugar aquí un papel esencial porque requiere la existencia de una idea clara de la misión fundamental de la Administración con el fin de enfocar sus esfuerzos y el diseño de su actuación en la parte del desempeño del empleado público que interesa para mejorarlo y controlar que cumple lo planificado. Recordemos que si la Administración quiere considerarse —y que los ciudadanos la vean— como una organización de calidad e incluso excelente (ya existen casos) deberá aplicar procesos de mejora continua en los que el primer paso es planificar los objetivos que pretende alcanzar y posteriormente medir lo que se hace para saber si aquellos se cumplen o no, e ir mejorando la actuación administrativa.

(16) RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Los planes de empleo como medida de reestructuración administrativa: dificultades de aplicación práctica», en *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas : XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 19 y 20 de mayo de 2005*, Granada, 2006, pp. 297-322. PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson. Madrid, 2009. p. 164.

(17) A la planificación le dedica el Capítulo I (Planificación de recursos humanos; artículo 69 y siguientes) del Título V (Ordenación de la actividad profesional).

En este sentido es conveniente mencionar que cuando hablamos de mejora continua se viene aplicando en las organizaciones el denominado ciclo Deming (PDCA por sus siglas en inglés), que supone planificar, ejecutar, controlar lo ejecutado (medirlo, evaluarlo) y hacer los ajustes necesarios de acuerdo a lo hecho y medido con el fin de volver a empezar planificando nuevamente con las mejoras necesarias. Como vemos, la evaluación juega un papel esencial para medir lo que se hace y obtener la necesaria retroalimentación que permita controlar la marcha de lo planificado y dirigirla hacia el éxito. Esa evaluación puede ser tanto del desempeño del empleado como de los resultados organizacionales, ya que da igual el ámbito al que nos refiramos, pues lo que se planifique en la cúspide se irá distribuyendo a lo largo de toda la estructura hasta la base, y los resultados de la evaluación de cada empleado irán subiendo en un «viaje de vuelta» por esa misma estructura para conocer si la planificación general ha dado los frutos organizativos previstos.

2. La desnaturalización del complemento de productividad

El complemento de productividad, como incentivo económico a un mayor rendimiento del empleado, ha sido una de las más importantes y fracasadas herramientas que el legislador puso en manos de la Administración para mejorar la calidad de sus resultados. En efecto, la LMRFP reguló el complemento de productividad aunque de manera parcial, pues si bien se especificaban los supuestos generales (el tipo de actuación profesional) que debían considerarse para otorgarlo, ampliando la legislación anterior, no se establecía —sin embargo— un imprescindible sistema de control que permitiera acreditar realmente su nivel de cumplimiento al que conectar unas consecuencias retributivas adecuadas. Además, tampoco se preveían unos estándares de desempeño que permitieran saber lo que era un trabajo bien hecho.

Lo que hace el EBEP al *introducir*(18) la evaluación del desempeño ha sido, en suma, completar una ordenación sorprendentemente inacabada en relación con dicho complemento de productividad y, en general, abordar definitivamente la medida del desempeño previendo unas consecuencias concretas motivadoras y fundamentadas que coadyuven a mejorar la actuación profesional y con ello la eficacia y eficiencia de toda la Administración.

(18) Realmente el EBEP no introduce la evaluación del desempeño y no podemos decir que sea, en puridad, una verdadera novedad pues ya existían algunas experiencias anteriores a su aprobación original, como reconoce su Exposición de motivos. Podemos mencionar las de la Diputación de Barcelona, Justicia, Universidades, o de ciertas Agencias estatales.

Ese problema no pasó inadvertido para la Comisión de Estudio del EBEP, en cuyo Informe incidió en que la aplicación del complemento de productividad «ha sido uno de los puntos más débiles del sistema, ya que no ha cumplido la función de incentivación de los empleados públicos por la obtención de resultados a que estaba llamado» (19). Precisamente uno de los principales problemas en el origen de la cuestión ha sido la falta de concreción del sistema de incentivos existente en nuestras Administración, comenzando por la consideración exclusiva del estímulo de carácter meramente económico y continuando con la carencia de definición del significado y contenido de dicha remuneración, pues como indica CASTILLO BLANCO, al margen de distinguir los diferentes tipos de retribuciones, no se definen estas (cuestión que tampoco resuelve el EBEP) como sí hace, por contra, la legislación laboral (20).

Esa falta de un marco conceptual adecuado no es una cuestión baladí y parte principalmente de la consideración de la retribución como una simple contraprestación por el trabajo dentro de una concepción burocrática, rigurosa y hasta *tylorista* del mismo (21), pretendidamente tendente al igualitarismo y a la «homogeneidad de los complementos y de la productividad», en palabras de MANZANA LAGUARDA (22). Se trata, ciertamente, de una visión que CASTILLO BLANCO también ha denominado «capitidisminuida», quizás demasiado limitada de lo que debe considerarse realmente la función pública al verse más en su aspecto meramente normativo, como parte necesaria de la estructura administrativa (23), sin tener presente los imprescindibles elementos personales que inciden en cualquier relación laboral o profesional.

Tampoco podemos olvidar que, de acuerdo a las más destacadas teorías sobre la psicología del trabajo y de las organizaciones en materia de motivación, por lo que respecta a la gestión del personal la retribución

(19) 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. 151. Apartado 70, que a la sazón titula «El sistema legal de retribuciones: disfunciones y carencias».

(20) CASTILLO BLANCO, Federico A., *El sistema retributivo en la función pública española*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 9. La definición del salario en el ámbito laboral se establece en el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

(21) Cfr. TAYLOR, Frederick Winslow, *Management científico*, 4.ª edic. Orbis, Barcelona, 1986. También puede leerse esta obra gratuitamente y en su versión original (*The Principles of Scientific Management*) a través del Proyecto Gutenberg (<http://www.gutenberg.org>).

(22) MANZANA LAGUARDA, Rafael, *La nueva función pública: una injustificable demora. Especial referencia a la ley valenciana 10/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 15.

(23) CASTILLO BLANCO, Federico A., *El sistema retributivo en la función pública española*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 10.

(que recordemos no es solamente la dineraria) va mucho más allá de esa mera contrapartida a cambio de trabajo, sino que constituye una verdadera herramienta motivadora del buen desempeño y como reconocimiento a otras aportaciones del empleado como las propuestas de mejora de procesos, de ahorro de costes, etc. No obstante, de acuerdo con esas mismas teorías también hemos de recordar que la pecuniaria no es la única e, incluso, deberían estudiarse otros alicientes, como ha señalado PADILLA RUIZ (24).

Además de estas consideraciones de carácter más bien teórico hemos de indicar que el sistema de incentivos establecido por la LMRFP se quedó a medio camino en lo que debería haber sido un completo sistema de estímulo a la productividad, pues faltó un tercer elemento intermedio, el control, para dar lugar al verdadero y perfecto círculo desempeño-control-recompensa. Esto ha llevado, sin duda, a crear una serie de circunstancias derivadas que han ayudado a desnaturalizar el complemento, entre las que podemos destacar primeramente la falta de criterios claros (los estándares que mencionábamos anteriormente) para medir el desempeño; poca voluntad o capacidad por parte de los gestores públicos y responsables de recursos humanos para aplicarlo correctamente, unido a una mal entendida discrecionalidad de la Administración a la hora de regularlo, como han recordado tanto BACIGALUPO SAGUESSE, BELTRÁN DE FELIPE o SÁNCHEZ MORÓN como la Jurisprudencia (25), o su desconexión con otras políticas en materia de personal que lo conectarán hacia el logro de los objetivos generales de la Administración. Precisamente, esa falta de unidad en el entorno de la gestión del personal ha sido otro de los graves problemas del empleo público y que la evaluación del desempeño puede ayudar a resolver como herramienta que coordine y permita crear unas necesarias sinergias entre las diferentes áreas de la mencionada gestión.

En definitiva, se ha llegado a un modelo totalmente desnaturalizado, carente de sentido y que no ha acertado a la hora de aprovechar las oportunidades que ofrecía aun siendo un modelo incompleto. Más bien ha lle-

(24) PADILLA RUIZ, Pedro, *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*. Bosch Editor, Barcelona, 2016. p. 403 y ss.

(25) BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. UNED, Tesis Doctoral, 1997. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1995. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994. En cuanto a la Jurisprudencia podemos destacar la STS de 1 junio 1987, FJ 4.º: «estas retribuciones en las que se contempla la productividad de los funcionarios, Cuerpos o Escalas, ha de existir una cierta discrecionalidad en la Administración concedora del funcionamiento de cada uno de los servicios, lo que no es causa alguna de discriminación sino de trato adecuado según las circunstancias de cada caso, que no son iguales en los diferentes puestos de trabajo».

vado, en los casos más extremos, al conocido *café para todos*(26), en otros muchos para *incentivar* a quienes ya no podían ascender más en la carrera por encontrarse en los niveles superiores(27).

Recordemos que el artículo 23.3.c) LMRFP definió el complemento de productividad como aquella parte del salario destinada a «retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo». Sin embargo, al no prever un sistema de medición de dicho desempeño serían las leyes de Presupuestos Generales del Estado las que anualmente, y al fijar la cuantía de las retribuciones de los empleados públicos, han tratado de completar el modelo al exigir la aplicación de criterios basados en causas objetivas y establecer que su reconocimiento no generaba derechos adquiridos(28).

Hemos de tener en cuenta que la naturaleza jurídica del complemento de productividad parte, como recuerda el Informe de la Comisión, de la consideración de lo que el funcionario hace y de cómo lo hace en su puesto de trabajo(29), tratando de incentivar un rendimiento mayor al

(26) Entre otros, GORRITI BONTIGUI, Mikel, «La Evaluación del Desempeño en las Administraciones Públicas Españolas», en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 23, n.º 3, 2007, pp. 367-387. p. 372. CUENCA CERVERA, J. Javier, *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales*. INAP, Madrid, 2012. El término «café para todos», sin embargo, fue acuñado dentro de los estudios para el desarrollo del proceso autonómico, como recuerda TEROL GÓMEZ, Ramón, «La Administración de las Comunidades Autónomas», Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, (Dtor.), *La Administración Pública española*. INAP, Madrid, 2002. p. 320.

(27) Algunas de estas carencias son mencionadas por el Informe de la Comisión en su apartado 70. Sobre los problemas tradicionales del complemento de productividad también puede leerse, entre otros, a CASTILLO BLANCO, Federico A., «Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicable?», en *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2000, pp. 5-24. pp. 5-24. CUENCA CERVERA, J. Javier, *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales*. INAP, Madrid, 2012. CASTILLO BLANCO, Federico A., «Los derechos retributivos de los empleados públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel y CASTILLO BLANCO, Federico A., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. 2.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 229-321. PADILLA RUIZ, Pedro. «El complemento de productividad y la evaluación del desempeño en la Ley 7/2007. Hacia la calidad en la gestión pública», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 17, 2008, pp. 2867-2886.

(28) La Ley de Presupuestos General del Estado para 1985 (Ley 50/1984, de 30 de diciembre), primera que incluyera las previsiones de la LMRFP, estableció en su artículo 12 que la «apreciación de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y la consecución de los resultados u objetivos asignados al mismo», determinándose por cada Departamento la cuantía individual que procediera. Más recientemente, el artículo 23.1.E de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, fija como criterios que «La valoración de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias objetivas relacionadas con el tipo de puesto de trabajo y el desempeño del mismo y, en su caso, con el grado de participación en la consecución de los resultados u objetivos asignados al correspondiente programa». Seguidamente también recuerda su carácter no periódico al no originar derechos en períodos posteriores.

(29) 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. N.º 70. p. 150.

normal (art. 10 Decreto 889/1972) o el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo (art. 23.3 LMRFP). Así pues, se trata realmente de un complemento eminentemente subjetivo o personal(30), lo que lleva aparejado uno de sus fundamentos esenciales, pues no puede ser ni periódico en el tiempo ni fijo en su cuantía.

Empero, a pesar de la reiteración y conocimiento de estas reglas poco se ha hecho por desarrollar modelos objetivos y que cumplieran realmente las expectativas puestas en una herramienta a priori positiva, lo que para CASTILLO BLANCO ha ocasionado unas inercias históricas que han llevado a las prácticas que se han venido produciendo y que desvirtuaron su función de motivación y de logro de la eficiencia administrativa(31).

En efecto, en no pocas ocasiones ha sido la propia Administración la que ha perpetuado el problema objetivando de tal modo esta institución que la ha transformado en un complemento salarial al uso incluido en la nómina mensual casi sin más, algo duramente criticado en no pocas ocasiones por autores como CASTILLO BLANCO, CONSUEGRA GINER o GIL GUILLÉN, así como por la propia Jurisprudencia(32). No obstante, tam-

(30) Por todas, la STS de 22 de diciembre de 2011, Sala 3.ª, FJ 10.º: «el complemento de productividad retribuye aspectos subjetivos como el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o el interés o iniciativa del funcionario en el desempeño de su cometido y no otro tipo de aspectos de carácter objetivo ligados al puesto de trabajo que lo serían, en su caso, a través del complemento específico». Respecto a su carácter no fijo ni periódico, entre otras, STSJ de Madrid núm. 1227/2008 de 13 mayo, Sección 7.ª, FJ 2.º «en función de las notas que lo caracterizan en su configuración Legal, no tiene la consideración de complemento periódico o fijo en su contenido de tal forma que su percepción durante determinado período no genera en el perceptor un derecho de futuro para seguir percibiéndolo».

(31) Cfr. CASTILLO BLANCO, Federico A., *El sistema retributivo en la función pública española*. Marcial Pons, Madrid, 2002. Citado por VAQUER CABALLERÍA, Marcos. «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, n.º 186, 2011, pp. 91-135. p. 113.

(32) CASTILLO BLANCO, Federico A., «Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicable?», en *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2000, pp. 5-24, CONSUEGRA GINER, Francesc, «A vueltas con el complemento de productividad fijo y periódico», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 3, 2013, pp. 289-297. GIL GUILLÉN, Enrique, «La desnaturalización del complemento de productividad y su «mutación» en una retribución fija», en, n.º 21, 2011, pp. 2495-2505. Por su parte, la STSJ de Madrid n.º 574/2009, de 2 de junio (FJ 3.º y 4.º) critica a la Dirección General de la Policía una Instrucción reconociendo el complemento en casos tan incomprensibles como «vacaciones, permisos por matrimonio, asuntos propios, traslado de domicilio habitual, asistencias a cursos, cumplimiento de deberes inexcusables o asistencia a exámenes». Además, recordando la STSJ de la Comunidad Valenciana n.º 601/1999, de 2 de junio, reitera que «no se atisba la razón jurídica válida que pueda justificar el por qué se excluye la percepción del complemento de productividad en casos de enfermedad no profesional o accidente común, causas de ausencia al trabajo evidentemente involuntarias, y sin embargo se reconoce el derecho a la percepción del mismo en situaciones tan variopintas como algunas de las descritas con anterioridad, como por ejemplo los permisos por asuntos propios, en los que también se produce una ausencia al trabajo pero que, además, es voluntaria».

bién se ha dado el caso de que, en virtud de la doctrina de los actos propios, los Tribunales hayan reconocido ese carácter objetivo, fijo en la cuantía y periódico en el tiempo, extendiendo la interpretación del mismo cuando lo propio habría sido unificar el criterio de condenar ese tipo de prácticas(33). Hubiese sido una oportunidad única que el EBEP incluyese esta doctrina de manera definitiva para despejar dudas y saldar definitivamente la cuestión.

Será pues, un reto previo o coetáneo a la instauración de modelos eficientes de evaluación del desempeño que se logren superar los problemas inherentes al complemento de productividad y se adopte, al fin, una postura decidida a favor del aprovechamiento de las ventajas que aporta un sistema que permite medir el desempeño para poder conectarle consecuencias lógicas y objetivas en materia retributiva. Sin embargo, estamos de acuerdo con autores como VAQUER CABALLERÍA cuando consideran que al no haberse establecido en el EBEP la forma en que se debe llevar a cabo la evaluación «hace posible que los sistemas se desnaturalicen o no articulen las necesarias garantías contra la arbitrariedad y que el complemento de productividad siga degenerando en una mayor retribución al puesto o a los méritos del funcionario, y no a su desempeño» (34).

Pero queda una última cuestión no menos problemática, pues hemos de recordar que la Disposición Transitoria Primera del EBEP(35) establece la garantía de indemnidad retributiva, no entendiéndose bien cómo puede crearse un modelo novedoso de retribución del desempeño, cuya intención es evitar los problemas tradicionales que venimos apuntando, y al mismo tiempo se mantiene el marco salarial anterior, apoyada por cierta Jurisprudencia, creándose situaciones insostenibles en el nuevo modelo. O se reconduce este escenario partiendo prácticamente de cero para solucionar los problemas del complemento de productividad, eliminándolo a priori y estableciendo criterios objetivos realmente ajustados al ordenamiento, lo cual podría suponer la vulneración de sus *derechos adquiridos*, o se perpetúa una situación insostenible y todo lo que pretende el EBEP en esta materia no habrá servido de nada.

(33) PADILLA RUIZ, Pedro, «El complemento de productividad y la evaluación del desempeño en la Ley 7/2007. Hacia la calidad en la gestión pública», en *EL Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 17, 2008, pp. 2867-2886. p. 2.869.

(34) VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, n.º 186, 2011, pp. 91-135. p. 113.

(35) El primer apartado de la citada Disposición establece: «El desarrollo del presente Estatuto no podrá comportar para el personal incluido en su ámbito de aplicación, la disminución de la cuantía de los derechos económicos y otros complementos retributivos inherentes al sistema de carrera vigente para los mismos en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentren».

Quizás la solución vendría dada al desarrollarse el EBEP, mediante la sustitución paulatina de esos complementos anteriores por otros adaptados al mismo y a los criterios de la evaluación del desempeño, a través de complementos transitorios y absorbibles.

3. Un sistema de carrera artificial que no ha cumplido su función

Otro problema bien conocido que han venido sufriendo nuestras Administraciones ha sido la existencia de un modelo de carrera profesional insuficientemente desarrollado y que se ha desvirtuado hasta hacerlo inútil en muchos casos. De manera similar a lo que ocurriera con el complemento de productividad, lo que se creó como una institución lógica en cualquier sistema de gestión de personas con el fin de motivarlas haciendo posible su progreso profesional, se convirtió en un modelo teóricamente muy elemental al no prever un verdadero sistema de mérito profesional (36) enlazado con una planificación y gestión del personal coherentes con las necesidades de aquella.

La mala configuración del sistema de carrera y las prácticas que han llevado a cabo muchas Administraciones tuvieron como resultado un continuo trasiego de funcionarios por los diferentes puestos de trabajo sin contar previamente con el diseño de una carrera profesional que satisficiera las necesidades de unas y otros, como señala FUENTETAJA PASTOR (37). Esto ha generado una artificiosa movilidad no siempre deseada pero que se veía por el funcionario como necesaria si quería progresar de alguna manera, aunque fuese por motivos meramente económicos. Otra consecuencia de este mecanismo ha sido la falta de la idoneidad o capacitación adecuada de quien aspiraba al nuevo puesto debido a que el hecho de desempeñar uno de categoría inferior durante cierto tiempo, unido a la superación de unas pruebas generalmente memorísticas, no garantiza necesariamente que la persona tuviese las competencias habilitantes requeridas para ocupar puestos de mayor responsabilidad.

Todo ello ha llevado también a un contraproducente *sobredimensionamiento* de plantillas, unido a un mayor coste económico para las Adminis-

(36) La evolución y características del sistema de mérito en la función pública han sido estudiados por PRATS CATALÁ, Joan, «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público», en *Documentación Administrativa*, n.º 241, 1994, pp. 11-59. FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, «El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 17, pp. 61-123.

(37) FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel, «La carrera horizontal en el empleo público: una oportunidad para las Administraciones parlamentarias», en *Cortes de Valencia. Anuario de derecho parlamentario*, n.º 22, 2009, pp. 61-75. p. 69.

traciones Públicas, al que también hace alusión el Informe de la Comisión(38). La ineficiencia venía dada porque, como se comprenderá, ese mayor coste a través de la compensación por avanzar en la carrera en ocasiones no comportaba mayores responsabilidades sino simplemente, como se dijo, permitir que el funcionario progresara de manera artificiosa.

El problema no acaba aquí pues hay que tener en cuenta que quienes ya habían alcanzado o se encontraban en los puestos más altos veían casi imposible seguir avanzando, por lo que sus posibilidades de progreso profesional quedaban generalmente limitadas a cobrar los trienios. Esta situación se ve de manera más palpable en las Administraciones Locales de menor tamaño, con pocos puestos de los Subgrupos A/A1 o A2, y en las que no existen realmente muchas posibilidades de promoción(39).

En definitiva, el modelo tradicional de carrera ha constituido otro obstáculo para lograr una verdadera gestión de personas que tuviera en cuenta la valía de los empleados públicos y su necesidad de progreso profesional, al tiempo de considerar las necesidades de la propia Administración, lo que ha llevado a la falta del suficiente incentivo y motivación, un mayor coste económico y de talento y, sobre todo, una inexistente y grave desconexión entre lo organizativo y la gestión del personal.

La evaluación del desempeño trata de solventar estas carencias, brevemente apuntadas, al permitir enlazar los resultados de la medición del rendimiento profesional, que incluyen la adquisición de competencias profesionales, con el progreso en los puestos que mejor se adapten al perfil que va adquiriendo el empleado. Tampoco hay que perder de vista la novedad que ha supuesto la carrera horizontal como medida inteligente para soslayar los innumerables problemas que ha traído consigo el modelo tradicional, permitiendo que el funcionario progrese sin cambiar de puesto, aunque también hay que mencionar las críticas recibidas por parte de algunos autores como PARADA VÁZQUEZ, que ha denominado al nuevo modelo como la «carrera de los inmóviles», donde el requisito básico es «no moverse del mismo puesto de trabajo [...] sin asumir nuevas responsabilidades» y en la que acabarán por crearse niveles o grados que se adquirirán por el paso del tiempo sin tener una evaluación negativa(40).

(38) 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. N.º 34. p. 84

(39) Sobre carrera administrativa en la Administración local, LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «La carrera administrativa en la Función Pública Local: Promoción y movilidad», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, n.º 308, 2008, pp. 47-62.

(40) PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo. Vol II. Organización y empleo público*, 19.ª edic.. Marcial Pons, Madrid, 2007. p. 416.

4. La desmotivación del empleado público

Ya hemos mencionado en los apartados anteriores el grave problema de desmotivación del empleo público que arrastran nuestras Administraciones desde hace décadas, lo que demuestra la cantidad de factores que lo generan y su importancia en el logro de un empleo público eficaz y eficiente; cuestión que parece comenzar a tenerse en cuenta con el EBEP y en la que inciden diversos autores(41).

La desmotivación tiene unos efectos claros en la reducción de la productividad y de la innovación, en la pérdida de talento, en un inadecuado trato al ciudadano(42), en una mala imagen proyectada frente a este. Se plasma, en suma, en la falta de implicación con el servicio público y en absentismo. Si tenemos en cuenta que la motivación se encuentra íntimamente relacionada con los incentivos de todo tipo que las organizaciones ponen a disposición de sus empleados, así como con la cultura organizacional existente, podemos concluir que, lejos de mejorar los resultados de la Administración, una mala gestión del personal lleva aparejada la pérdida de implicación con el trabajo. En tal sentido hay que recordar que en la gestión de personas se encuentra el núcleo de todos esos elementos, causas y efectos de la motivación.

Debemos partir de la consideración de que en el conjunto de nuestras Administraciones Públicas no han existido verdaderas políticas de personal ni, mucho menos, una gestión integral de personas; lo normal ha sido la mera administración de recursos humanos (selección, nóminas, seguros sociales, bajas...), como recuerdan PEIRÓ SILLA y CORTÉS CARRERES(43), pero sin pensar más allá del día a día. Asimismo, cabe recordar la práctica inexistencia de relación entre las políticas retributivas y las formativas, ni entre estas y la carrera. Y para colmo y como hemos indicado, la productividad y las recompensas no han ido de la mano y aquellas se han limitado a las meramente pecuniarias, olvi-

(41) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*. 7.ª edic., Tecnos, Madrid, 2013. p. 57. SARMIENTO LARRAURI, José Ignacio, «La carrera de los funcionarios en el Estudio del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad administrativa*, n.º 2, 2006, pp. 143-152. BARRERA PICÓN, Ana. «La importancia de la motivación laboral en el empleado público: cómo potenciarla», en *CEF Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 384, 2015, pp. 239-272. ROBINA RAMÍREZ, Rafael, *Condicionantes sociolaborales de los empleados públicos: Motivación y satisfacción laboral en la Administración regional extremeña*. Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones, Tesis Doctoral, 2002.

(42) MOREY JUAN, Andrés. *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. INAP, Madrid, 2004. p. 20.

(43) PEIRÓ SILLA, José M., CORTÉS CARRERES, José V., et al., *Productividad y gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*. Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2012. p. 231.

dando otros factores intrínsecos de motivación y de gestión del reconocimiento (44).

Por si fuera poco, el sistema retributivo también ha sido «cicatero» (45), con congelaciones o subidas salariales por debajo del IPC y que vienen de antiguo, situación que aún se manifiesta sin que exista apariencia de verse solucionada. Todos estos factores provocan una clara sensación de injusticia que lleva a la desconexión mental del trabajo e incluso al absentismo laboral. Podemos decir sin temor a equivocarnos que el empleo público, en este ámbito, ha venido sufriendo un tradicional *trastorno* de déficit de atención que ha afectado a los resultados de la propia Administración, sin perder de vista otros importantes problemas que esta arrastra.

Quizás otra causa más profunda, al margen de las limitaciones legales existentes, haya sido el desconocimiento de la importancia de la motivación y su recompensa por parte de la Administración y de los gestores públicos, pues en la práctica a los mejores empleados, a quienes se muestran más dispuestos con el servicio público, se les premia con más carga de trabajo por ser los más eficientes, mientras que a los peores empleados, a los que ponen mala cara ante cualquier encargo se procura no «molestarlos».

El problema también tiene que ver con la búsqueda de la mejora continua a través de la optimización de los procedimientos y la innovación, materia en la que el talento y la aportación de ideas por parte de los empleados públicos puede hacer mucho bien pero no se ha considerado en absoluto. Recordemos que son ellos quienes aplican el procedimiento y conocen de primera mano las necesidades de los ciudadanos y los problemas que se producen en el día a día. No tenerlos en cuenta, no empoderarlos en definitiva, está provocando también desmotivación al no sentirse valorados en sus propias organizaciones y que no se les escuche cuando lo cierto es que pueden aportarles mucho.

A estos factores hay que unirles el desprestigio social de la *función pública*, que ha mermado su autoestima. Los ciudadanos no perdonan la falta de resultados y la ineficiencia; y puesto que los empleados públicos son la «primera» línea entre la Administración y aquellos, la culpa de casi todos sus males recae en ellos, como recuerda BELTRÁN VILLALVA (46);

(44) PADILLA RUIZ, Pedro, «La gestión del reconocimiento en la Administración Pública», en *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 364, 2013, pp. 189-206.

(45) ROMÁN RIECHMANN, Carmen, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *et al.*, «Líneas de reforma del empleo público», SAINZ MORENO, Fernando (Dir.), en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP, Madrid, 2004, pp. 479-516. p. 505.

(46) BELTRÁN VILLALVA, Miguel, *La productividad de la Administración española: un análisis comparativo*. Instituto de Estudios de Prospectiva, Madrid, 1991. Citado por MARTÍNEZ, Rafael y JANÉ, Pep, «Tipología de sistemas de evaluación del empleado público», en *Revista Buen Gobierno*, n.º 13, 2012, pp. 110-143.

lo que también se produce a consecuencia de una mal entendida inamovilidad en la función pública, sobre todo en épocas de crisis.

Más recientemente esa misma crisis ha dado un nuevo golpe en la motivación a través de las conocidas medidas *anticrisis* y de *mejora* de la productividad, que para JIMÉNEZ ASENSIO o GORRITI BONTIGUI han aumentado la herida de un maltrecho empleo público (47) a la vez que ha demostrado la falta de liderazgo por parte del Estado a la hora de implantar las previsiones del Estatuto (48).

Por fin el EBEP menciona la motivación y la relaciona con la evaluación del desempeño, pues esta es, ciertamente, una herramienta que a través de sus resultados permitirá completar un sistema que ha venido produciendo grandes desajustes, teniendo en cuenta que el Informe de la Comisión considera la evaluación como «un factor fundamental de mejora de la motivación», adquiriendo incluso un carácter de esencialidad por cuanto constituye por sí uno de los fines de la misma, como deja clara la Exposición de motivos del texto original del EBEP, siguiendo los consejos del Informe de la Comisión (49).

La evaluación no solamente mejorará la motivación del empleado público por sus efectos intrínsecos al permitirle conocer cómo está desempeñando su trabajo, lo que de por sí ayuda en el logro personal y está demostrado por la psicología del trabajo. También tiene un evidente efecto motivador de manera indirecta al enlazar los resultados de la medida del desempeño con unas consecuencias en el salario, la carrera, la formación, etc., aunque debemos pensar en sus beneficios más allá —incluso— de los establecidos en el artículo 20 EBEP y considerar otros ámbitos, pues los usos y efectos de la evaluación en otras áreas de la gestión del personal (50) son evidentes y hay que explorarlos para conseguir no solo la motivación personal sino la calidad total de nuestras Administraciones Públicas.

(47) JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas», en *El empleo público local ante la crisis. Serie Debates*, n.º 2, 2011, pp. 13-87. GORRITI BONTIGUI, Mikel, «Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 4, 2013, pp. 8-23.

(48) JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «Una nueva ley de empleo público para Euskadi: inercia versus innovación», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 1, 2011, pp. 11-34. p. 17.

(49) 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. N.º 47. p. 107. Además, la motivación queda curiosamente enlazada en el Informe en otros aspectos también relacionados con la evaluación como la carrera (junto con la satisfacción; p. 102) o la formación (p. 114).

(50) PADILLA RUIZ, Pedro, *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*. Bosch Editor, Barcelona, 2016. pp. 426 y ss.

5. La olvidada institución de la formación del empleado público

La formación constituye otra de las áreas de la gestión del personal que no ha sido tratada como debiera en la Administración española. Se le ha prestado poca atención, cuando no ha sido totalmente ninguneada, siendo el empleado público quien debía preocuparse por mantener sus capacidades formativas actualizadas a pesar de la importancia capital que tiene dentro del contexto de un empleo público eficaz, eficiente y de calidad para la consecución de los objetivos administrativos(51). Así también lo veía el Informe de la Comisión al considerar la necesidad de mantener un sistema de «formación profesional continua y el reciclaje profesional» para «conseguir sus objetivos permanentes de eficacia y de modernización» (52).

Por desgracia, podemos traer a colación también aquí como causa del problema de la formación en el empleo público su falta de conexión con las políticas generales de gestión del personal, pues las necesidades formativas deben detectarse no solo por los empleados sino sobre todo por la propia organización a través de la evaluación del desempeño. Es así como se conocen las carencias en este ámbito y como se pueden aportar las soluciones que permitan un rendimiento mejor, siempre conectado a los objetivos generales y a una planificación estratégica que dirija los esfuerzos formativos hacia el interés organizativo. Como indica GONZÁLEZ-HABA GUIADO, la formación no tiene otra finalidad que acomodar el empleo público a los cambios de una Administración cada vez más compleja, tecnificada y en constante progreso (53).

Podemos decir, como en los apartados anteriores, que el legislador ya preveía en alguna medida un modelo formativo, si bien también de manera tímida. Por ejemplo, el artículo 65 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE), se preocupaba al menos de que los superiores jerárquicos conocieran las aptitudes de sus subordinados con el fin de proponer actividades formativas para mejorar sus resultados(54). Ello supuso

(51) PUCHOL MORENO, Luis, *Dirección y gestión de recursos humanos*. 7.^a edic., Díaz de Santos, Madrid, 2012. p. 206.

(52) 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. 71. Esos instrumentos, mencionados por la Comisión, son los Registros de Personal, la Oferta de Empleo Público y las Relaciones de Puestos de Trabajo.

(53) GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente María, «La formación permanente de los funcionarios públicos», en *Documentación Administrativa*, n.º 139, 1971, pp. 85-103. p. 97. Léase también a TONA GÜENAGA, Fernando, CALONGE CRESPO, Iñaki, *et al.*, *Estatuto básico del empleado público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo*. IVAP, Oñati [Guipúzcoa], 2007. p. 26.

(54) Art. 65 LFCE: «Los Jefes solicitarán periódicamente el parecer de cada uno de sus subordinados inmediatos acerca de las tareas que tienen encomendadas y se informarán de sus aptitudes profesionales con objeto de que puedan asignarles los trabajos más adecuados y de llevar a cabo un plan que complete su formación y mejore su eficacia».

formalizar la necesidad de mantener una constante comunicación entre los superiores y los subordinados, donde aquellos conocieran mejor las aptitudes de estos; cuestión que sin duda coadyuva en la tarea de proponer las medidas formativas necesarias para la mejora de la calidad del servicio público (55).

A pesar de que la LMRFP mantuvo vigente ese artículo, los gestores en materia de personal no han sabido aprovechar sus posibilidades al no ver la importancia que la formación tiene en dicha gestión y mucho menos en los resultados de la organización en su conjunto. Por el contrario, ha sido el empleado público quien, como dijimos, ha solicitado la formación que ha considerado conveniente o necesaria a su puesto en función de su experiencia diaria, contando en no pocas ocasiones con las reticencias de los superiores cuando no con una directa oposición, al considerarse a esta institución muchas veces como un medio del que se sirve el empleado para ausentarse del trabajo más que como un verdadero canal de mejora individual y organizacional.

En la práctica, las Administraciones Públicas o los sindicatos (a través, por ejemplo, de los Acuerdos Gobierno-Sindicatos, tripartitos o similares) han ofertado cursos, itinerarios formativos, etc., teniendo solo en cuenta la demanda de ediciones anteriores o las propuestas de los propios empleados públicos, pero sin considerar las necesidades reales de las Administraciones, con lo que la ineficiencia, las corruptelas y la muerte del sistema estaba prácticamente servida.

El EBEP pone por fin en valor la institución de la formación, aunque parece que de manera ciertamente tímida aún, pues al margen de considerarla como un derecho-deber individual del empleado público (56) y mencionarla como efecto de la evaluación del desempeño, pocas novedades más aporta. Por otra parte, si tenemos en cuenta el papel del superior jerárquico en la detección de necesidades formativas y la relación actual de la formación con la evaluación, surge un problema añadido con la figura de ese superior como evaluador. En efecto, como recuerdan ÁNGEL y GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, a la falta de preparación del superior para asumir el rol de evaluador o *juez* (57) se le une el de consejero o cuasi experto en materia de necesidades formativas, lo que sin duda exige ciertos conocimientos si de establecer planes de formación se trata. Sobre todo porque, como indica PUCHOL MORENO, la forma-

(55) Por su parte, el artículo 72 LFCE prevé la concesión de licencias remuneradas para realizar cursos de formación.

(56) Derecho reconocido en el artículo 14.g EBEP. Como deber se establece principalmente en el artículo 54.8 EBEP.

(57) ÁNGEL, Adriana, GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, Julio, *et al.*, *La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas*. Instituto de Empresa, Madrid, 2008. p. 98.

ción no es un fin en sí mismo sino que los planes y políticas de formación han de ser coherentes con las políticas generales de la organización (58).

Sin perder de vista la buena intención del legislador al hacer recaer sobre el superior jerárquico la preocupación por esas aptitudes y la formación del empleado, le faltó quizás mayor previsión sobre la imprescindible comunicación y coordinación entre los jefes y el departamento de gestión de personal, al ser el superior jerárquico el nexo de unión entre el empleado y su correspondiente unidad administrativa con dicho departamento.

Otro obstáculo inherente a las dificultades apuntadas es que, una vez adquirida la formación, tampoco han existido medios para comprobar su éxito en la aplicación práctica al puesto de trabajo. Desde esta perspectiva hay que tener presente, con SISTERNAS, que al contrario de lo que suele pensarse la formación no significa necesariamente aprendizaje (aunque puede aplicarse para ello) sino que más bien su objetivo último es cambiar conductas o formas de actuar (59); esto es, que con aquella el empleado mejore el modo en que ejecuta su trabajo. Al cumplir la evaluación del desempeño el doble propósito de comprobar las carencias formativas y, posteriormente, los resultados en el desempeño de los conocimientos y aptitudes recibidos con ella, es fácil deducir que si no ha existido hasta ahora una herramienta como aquella tampoco ha cabido la posibilidad de medir hasta qué punto la formación obtenida se ha adaptado al puesto de trabajo, con lo cual el modelo existente no ha tenido realmente una construcción lógica ni mucho menos acabada dentro de un sistema de gestión de personal mínimamente organizado.

III. Conclusiones

El EBEP ha supuesto una verdadera revolución en materia de modernización del empleo público; una norma anhelada y que ha aportado, quizás a partes iguales, novedosas y esperadas herramientas para mejorar una gestión del personal casi inexistente, como puede ser la propia evaluación del desempeño, pero al mismo tiempo nuevas dudas sobre su aplicación, ya que después de una década de su aprobación no parece haberse desarrollado suficientemente ni, mucho menos, implantado la evaluación.

(58) PUCHOL MORENO, Luis, *Dirección y gestión de recursos humanos*. 7.ª edic., Díaz de Santos, Madrid, 2012. p. 206.

(59) SISTERNAS, Xavier, «Formación para el cambio, cambio en la formación», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 15, 1999, pp. 109-117. p. 110.

La crisis económica fue una limitación importante para ello, pero también lo ha sido la falta del impulso y arrojo necesario para poner en marcha, aunque fuese poco a poco, los instrumentos que el EBEP aporta. En cuanto a la evaluación del desempeño hemos de reconocer que son muchos los problemas que viene arrastrando la Administración española y que es difícil atajarlos todos al mismo tiempo, pero lo que no se puede negar es que no se ha intentado, por lo general, solucionar o reducir al menos parte de las dificultades que se presentan al establecimiento de sistemas efectivos de evaluación del desempeño.

Muchas Administraciones siguen sin saber planificar, sin tener claros sus objetivos, su misión y visión de lo que deben ser como organizaciones de servicio público. Otras consideran la evaluación como algo impuesto por el legislador y que hay que aplicar necesariamente, sin pararse a pensar para qué la necesitan, dónde aplicarla ni cómo. Y, en fin, otras muchas no ven clara su implantación por las reticencias de los empleados o por el coste que supondría ponerla en práctica.

Si bien es un instrumento de aplicación obligatoria son diversos los obstáculos estructurales y las prácticas existentes en las Administraciones que hacen complicado poner en marcha la evaluación. Se da la paradoja de que algunos de esos mismos obstáculos tienen como solución la propia evaluación del desempeño. En cualquier caso, los gestores públicos son los primeros responsables de poner en marcha las novedades del EBEP, incluida aquella, pero deben tener el coraje suficiente para allanar el camino en la medida de lo posible.

La Administración debe saber hacia dónde dirigirse, aprender a trabajar por objetivos, planificar y utilizar técnicas hasta ahora más propias del entorno privado. No podemos pasar por alto que el legislador ha confiado en la evaluación y le ha dado, por fin, carta de naturaleza y con ello también, de alguna manera, ha puesto en valor todos esos conceptos relacionados con la transformación de nuestras organizaciones públicas para la consecución de la eficiencia.

Por tanto, hay que aprovechar la ocasión y no perder más tiempo, ponerse en marcha y remover esos obstáculos, ser innovador, crear cultura administrativa y sobre todo contar con el empleado público y su talento, motivarle, y diseñar sistemas de evaluación que sean útiles y ayuden realmente a mejorar la calidad del servicio público.

IV. Bibliografía

ÁNGEL, Adriana, GÓMEZ-POMAR RODRÍGUEZ, Julio, *et al.*, *La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas*. Instituto de Empresa, Madrid, 2008.

- ARENILLA SÁEZ, Manuel, *Crisis y reforma de la Administración Pública*. Netbiblo, Oleiros (Coruña), 2011.
- ARENILLA SÁEZ, Manuel, «Legitimidad y eficacia de la Administración pública», en *Gestión y análisis de políticas públicas*, vol. Enero-Agosto, n.º 26-27, 2003, pp. 71-102.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. UNED, Tesis Doctoral, 1997.
- BAÑÓN, Rafael, «La legitimidad de la Administración Pública», en BAÑÓN, R. Y E. CARRILLO, (COMPS). *La nueva Administración Pública*. Alianza, Madrid, 1997.
- BARRERA PICÓN, Ana, «La importancia de la motivación laboral en el empleado público: cómo potenciarla», en *CEF Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 384, 2015, pp. 239-272.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.
- BELTRÁN VILLALVA, Miguel, *La productividad de la Administración española: un análisis comparativo*. Instituto de Estudios de Prospectiva, Madrid, 1991.
- BOLTAÍNA BOSCH, Xavier, «El empleo público local ante la crisis», en *Debates locales*, n.º 2, 2011, pp. 288.
- CASTILLO BLANCO, Federico A., *El sistema retributivo en la función pública española*. Marcial Pons, Madrid, 2002.
- CASTILLO BLANCO, Federico A., «Los derechos retributivos de los empleados públicos», en SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL y CASTILLO BLANCO, FEDERICO A., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. 2.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 229-321.
- CASTILLO BLANCO, Federico A., «Luces y sombras del complemento de productividad: ¿un concepto retributivo inaplicado?», en *Justicia administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n.º 8, 2000, pp. 5-24.
- CONSUEGRA GINER, Francesc, «A vueltas con el complemento de productividad fijo y periódico», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 3, 2013, pp. 289-297.
- CORTÉS CARRERES, J.V., *Manual práctico de gestión de recursos humanos en la Administración Local*. Dykinson, Madrid, 2001.
- CUENCA CERVERA, J. Javier, *Manual de dirección y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales*. INAP, Madrid, 2012.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, «El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado», en *Documentación Administrativa*, n.º 241, 1994, pp. 61-123.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel, «La carrera horizontal en el empleo público: una oportunidad para las Administraciones parlamentarias»,

- en *Cortes de Valencia. Anuario de derecho parlamentario*, n.º 22, 2009, pp. 61-75.
- GIL GUILLÉN, Enrique, «La desnaturalización del complemento de productividad y su «mutación» en una retribución fija», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 21, 2011, pp. 2495-2505.
- GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente María. «La formación permanente de los funcionarios públicos», en *Documentación Administrativa*, n.º 139, 1971, pp. 85-103.
- GORRITI BONTIGUI, Mikel, «La Evaluación del Desempeño en las Administraciones Públicas Españolas», en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 23, n.º 3, 2007, pp. 367-387.
- GORRITI BONTIGUI, Mikel, «Un sistema de reforma del empleo público alternativo a los recortes de personal», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 4, 2013, pp. 8-23.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas», en *El empleo público local ante la crisis. Serie Debates*, n.º 2, 2011, pp. 13-87.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «Una nueva ley de empleo público para Euskadi: inercia versus innovación», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 1, 2011, pp. 11-34.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos, «La carrera administrativa en la Función Pública Local: Promoción y movilidad», en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, n.º 308, 2008, pp. 47-62.
- MANZANA LAGUARDA, Rafael, *La nueva función pública: una injustificable demora. Especial referencia a la ley valenciana 10/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MARTÍNEZ, Rafael y JANÉ, Pep, «Tipología de sistemas de evaluación del empleado público», en *Revista Buen Gobierno*, n.º 13, 2012, pp. 110-143.
- MAURI MAJÓS, Joan, «Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 26. Junio, 2011, pp. 55-86.
- MOREY JUAN, Andrés, *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. INAP, Madrid, 2004.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, «Un primer paso para la reforma de la Administración española», en BAENA DEL ALCÁZAR, MARIANO (DIR.), *La reforma del Estado y de la Administración española*. INAP, Madrid, 2013, pp. 163-184.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, «¿Es posible desarrollar el EBEP en tiempos de crisis?», en FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Crisis económica y función pública*. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 11-20.

- PADILLA RUIZ, Pedro, «El complemento de productividad y la evaluación del desempeño en la Ley 7/2007. Hacia la calidad en la gestión pública», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 17, 2008, pp. 2867-2886.
- PADILLA RUIZ, Pedro, *Gestión del empleo público. La evaluación del desempeño en la mejora de la eficiencia administrativa*. Bosch Editor, Barcelona, 2016.
- PADILLA RUIZ, Pedro, «La gestión del reconocimiento en la Administración Pública», en *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos.*, n.º 364, 2013, pp. 189-206.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson, Madrid, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, «Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrá que cambiar el EBEP antes de aplicarlo?», en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 3, 2012, pp. 78-93.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*. 1.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2015.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Derecho Administrativo. Vol II. Organización y empleo público*, Vol. II. 19.ª edic.. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, 2003.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración: tres estudios*. INAP, Madrid, 1995.
- PEIRÓ SILLA, José M., CORTÉS CARRERES, José V., et al., *Productividad y gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*. Fundación de las Cajas de Ahorros, Madrid, 2012.
- PRATS CATALÁ, Joan, «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público», en *Documentación Administrativa*, n.º 241, 1994, pp. 11-59.
- PUCHOL MORENO, Luis, *Dirección y gestión de recursos humanos*. 7.ª edic., Díaz de Santos, Madrid, 2012.
- RAMIÓ MATAS, Carles, *Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina*. Tecnos, Madrid, 2015.
- ROBINA RAMÍREZ, Rafael, *Condicionantes sociolaborales de los empleados públicos: Motivación y satisfacción laboral en la Administración regional extremeña*. Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones, Tesis Doctoral, 2002.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre el empleo público. En especial, las medidas de reajuste de efectivos», en *Boletín de Función Pública del INAP*, n.º 8, 2012, pp. 5-13.

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Los planes de empleo como medida de reestructuración administrativa: dificultades de aplicación práctica», en *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas : XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 19 y 20 de mayo de 2005*, Granada, 2006, pp. 297-322.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «Posibilidades para el reajuste de efectivos en el ámbito público a la luz de la reforma laboral de 2012», en *Cuadernos de derecho local*, n.º 31, 2013, pp. 40-69.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés, *Dirección y gestión de los recursos humanos en las Administraciones Públicas*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2001.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés, *Los recursos humanos en las administraciones públicas*. Tecnos, Madrid, 1995.
- ROMÁN RIECHMANN, Carmen, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *et al.*, «Líneas de reforma del empleo público», en SAINZ MORENO, FERNANDO (DIR.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP, Madrid, 2004, pp. 479-516.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública*, 7.^a edic.. Tecnos, Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos, Madrid, 1994.
- 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.
- SARMIENTO LARRAURI, José Ignacio, «La carrera de los funcionarios en el Estudio del Estatuto Básico del Empleado Público», en *Actualidad administrativa*, n.º 2, 2006, pp. 143-152.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, «La legitimación de la Administración como concepto jurídico», en *Documentación Administrativa*, n.º 234, 1993, pp. 163-230.
- SISTERNAS, Xavier, «Formación para el cambio, cambio en la formación», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 15, 1999, pp. 109-117.
- TAYLOR, Frederick Winslow, *Management científico*, 4.^a edic.. Orbis, Barcelona, 1986.
- TEROL GÓMEZ, Ramón, «La Administración de las Comunidades Autónomas», en JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, (DTOR.), *La Administración Pública española*. INAP, Madrid, 2002.
- TOÑA GÜENAGA, Fernando, CALONGE CRESPO, Iñaki, *et al.*, *Estatuto básico del empleado público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo*, IVAP, Oñati [Guipúzcoa], 2007.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, n.º 186, 2011, pp. 91-135.

VILLORIA MENDIETA, Manuel y DEL PINO MATUTE, Eloísa. *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, 2.^a edic., Tecnos, Madrid, 2000.

Trabajo recibido el 19 de julio de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Hamarkada bat igaro da Enplegatu Publikoaren Oinarrizko Estatutua (EPOE) indarrean jarri zenetik, baina Administrazioa, enplegu publikoa eta jardueraren ebaluazioa modernizatzeko egin diren apustu nabarmenenak ez dira ezarri, eta ez da ahaleginik egin horiek gerora ezartzeko behar diren oinarriak jartzeko aldera.

Artikulu honetan, gure enplegu publikoan beharrezko aldaketa hori egitea galarazten jarraitzen duten alderdi nabarmenenak ikusiko ditugu, eta, zehazki, jardueraren ebaluazioaren behin betiko ezarpena ezartzea galarazten dutenak, egungo enplegu-ereduan hainbat hutsune eta mehatxu egotea ekartzen baitu horrek, gainditzeko zailak direnak (interes faltarengatik, ez berezko zailtasunengatik).

GAKO HITZAK: Jardueraren ebaluazioa. Enplegu publikoa. EPOE. Funtzio publikoa. Efizientzia. Jarduera.

RESUMEN: Ha transcurrido una década desde que entrara en vigor el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) sin que una de sus más destacadas apuestas por modernizar la Administración y el empleo público, la evaluación del desempeño, se haya implantado ni se hayan intentado poner las bases necesarias para su posterior aplicación.

En este artículo repasaremos los aspectos más destacados que aún hoy continúan impidiendo ese necesario cambio de nuestro empleo público y en particular la aplicación definitiva de la evaluación del desempeño, que se traducen en una serie de defectos y amenazas del actual modelo de empleo difíciles de superar, aunque más por falta de interés que por dificultades intrínsecas.

PALABRAS CLAVE: Evaluación del desempeño. Empleo público. EBEP. Función pública. Eficiencia. Desempeño.

ABSTRACT: It has been a decade since the Basic Statute of the Public Employee was passed without job evaluation, one of its most important bets to modernize Administration and public employment, has been implemented, nor the necessary foundations for its later application have been tried to lay.

In this article we will review the more important aspects that still continue to impede this necessary change in our public employment and, especially, the ultimate application of job evaluation, that translate into a series of shortcomings and threats in the current employment model, difficult to overcome. Although it is due to a lack of interest more than intrinsic difficulties.

KEYWORDS: Job evaluation. Public employment. Civil Service. EBEP. Efficiency. Performance.

Jurisprudencia

El interés casacional objetivo como requisito único a acreditar en los escritos de preparación de recursos de casación ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo.

Un análisis de la incipiente jurisprudencia de la Sala de Admisión del Alto Tribunal tras la entrada en vigor de la LO 7/2015

David García Castro

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.15>

Sumario: I. Introducción.—II. Concepto de Interés de Casación objetivo en la L.O. 07/2015: 1. Requisitos para la acreditación del interés casacional.—III. Apreciación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Interés Casacional Objetivo cuando se alegan circunstancias previstas en el artículo 88.2 LJCA: 1. Interpretación de normas estatales o europeas de forma contradictoria con las de otros órganos jurisdiccionales art. 88.2.a) LJCA. 2. Interés casacional por doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, art. 88.2.b) LJCA. 3. Interés casacional de asuntos que trascienden los casos concretos y afectan a gran número de situaciones, art. 88.2.c) LJCA. 4. Interés casacional sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin haber esclarecido la improcedencia de plantear la cuestión de constitucionalidad, art. 88.2.d) LJCA. 5. Interés casacional en sentencias que interpretan erróneamente una doctrina constitucional, art. 88.2.e) LJCA.—IV. Apreciación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Interés Casacional Objetivo cuando se alegan presunciones señaladas en el artículo 88.2 LJCA: 1. Interés casacional cuando no existe jurisprudencia, art. 88.3.a) LJCA. 2. Interés casacional de resoluciones que se aparten deliberadamente de la jurisprudencia existente por considerarla errónea, art. 88.3.b) LJCA. 3. Interés casacional de disposiciones de carácter general nulas (art. 88.3.c) LJCA) y de recursos contra actos o disposiciones de organismo reguladores cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 88.3.d) LJCA). 4. Otras circunstancias reveladoras de interés casacional que no sean subsumibles en los puntos 2 y 3 del artículo 88 LJCA. —V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

I. Introducción

La entrada en vigor, el pasado 22 de julio de 2016, de la nueva LO 7/2015, que reforma la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha supuesto cambios revolucionarios dentro del procedimiento contencioso-administrativo. La reforma ha dado un vuelco al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, introduciendo relevantes novedades organizativas, legales, procesales y procedimentales, entre los que destaca la incorporación del interés casacional objetivo como único requisito para la admisión de asuntos por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La necesidad de acreditar el interés casacional objetivo y la amplia potestad discrecional conferida al Tribunal Supremo para admitir aquellos asuntos que entienda como claves o los más interesantes para fijar jurisprudencia han revolucionado el marco del recurso de casación en la jurisdicción contencioso administrativa. Así, la relevancia del interés casacional se evidencia por la necesidad de un cauce para unificar doctrina y defender una determinada interpretación jurídica del ordenamiento; es decir, que más allá del interés de las partes debe existir en el asunto un interés objetivo extrapolable a otras situaciones jurídicas.

Además de la introducción del interés casacional como requisito de admisión de los recursos, hay otras novedades que merecen atención. Así, habrá que destacar, por una parte, la aparición de un trámite de «preadmisión» ante el órgano de instancia, quien será el encargado de analizar el escrito de preparación para comprobar la concurrencia de los requisitos procesales⁽¹⁾. Y, por otra parte, la importancia dada al escrito de preparación de cara a acreditar el interés casacional del asunto.

En cuanto al contenido del escrito de preparación, si bien la legislación anterior exigía una escueta indicación de los motivos de recurso, la nueva Ley Orgánica 7/2015 incorpora y endurece los criterios jurisprudenciales referidos a los requisitos formales y procesales que la Sala Tercera del Tribunal Supremo venía aplicando en sus resoluciones. Así, la LO 7/2015 establece nuevos requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad (art. 89.2 LJCA), y exige identificar el interés casacional objetivo del asunto con aquellas normas o jurisprudencia estatal o europea que se hayan infringido.

Esta infracción de la norma estatal o europea en la que se fundamenta el recurso de casación habrá de haber sido recurrida en la instancia⁽²⁾, y considerada por la Sala al dictar su resolución (art. 89.2.b) LJCA). Aunque

(1) MARTÍNEZ, E. H. (2015), *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*. Bosch, Barcelona, págs. 207-211.

(2) PASTOR, J.A.S. (2015), «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», en *Revista de Administración Pública*, n.º 198, págs. 11-42.

este requisito sería en cualquier caso salvable siempre que no hubiera sido procesalmente posible recurrirla (art. 89.2.c) LJCA).

Para tener por cumplido el necesario deber de argumentación, en el escrito de preparación habrá que fundamentar el escrito en alguno de los supuestos que permitan apreciar el interés casacional objetivo (art. 88.2 y art. 88.3 LJCA), y se deberá justificar como las infracciones alegadas han sido determinantes para la decisión adoptada(3). Por tanto, el nuevo escrito de preparación asume el peso argumentativo pues el TS —a diferencia del TC— ha entendido tradicionalmente como no subsanables en el posterior escrito de interposición. Y este último se ocupará del desarrollo del contenido referido a las infracciones del fallo recurrido (art. 92.3 LJCA).

En referencia al trámite ante el órgano de instancia, las partes dispondrán de treinta días, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución recurrida, para presentar el escrito de preparación (art. 89.1 LJCA) ante los órganos sentenciadores, que se encargarán de comprobar la concurrencia de los requisitos procesales(4). Una vez tenido por preparado el recurso, el órgano de instancia lo remite al Tribunal Supremo, que es el encargado de acordar la admisión, recibir los escritos de interposición y resolver el asunto(5).

Por tanto, la decisión del órgano de instancia se centrará en comprobación del requisito de la presentación en plazo y el cumplimiento de los requisitos procesales del recurso, decretando la firmeza de la resolución y desestimando las pretensiones del recurrente (art. 89.4 LJCA) en caso de incumplimiento. Por el contrario, si verifica el cumplimiento de los requisitos señalados, el órgano de instancia dictará un auto teniendo por preparado el recurso, emplazará a las partes para su comparecencia en los treinta días siguientes ante el Tribunal Supremo; y de igual manera remitirá los autos originales y el expediente administrativo (art. 89.5 LJCA).

Contra la decisión del órgano sentenciador sobre la preparación del escrito de recurso, sólo tendrá posibilidad de recurso el recurrente(6) para los casos desestimatorios; pudiendo recurrir en revisión ante el propio órgano y presentar recurso de queja ante el Tribunal Supremo (art. 89.4 LJCA)(7). Por tanto, en última instancia le corresponderá al Tribunal Supremo decidir

(3) ATS 1949/2017, de 23 de febrero, recurso de casación n.º 225/2016.

(4) MARTÍNEZ, E. H. (2015), *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*. Bosch, Barcelona, págs. 207-211.

(5) GÓMEZ, R. M. (2015), «El nuevo modelo de recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo», en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (3), 133-152.

(6) Auto TSJPV, de 07 de marzo, teniendo por preparado el escrito de preparación del recurso de casación de la Diputación Foral de Guipúzcoa, contra la STSJPV n.º 577/2016.

(7) Auto TSJPV en Asunto *Pasaia Udala* contra *Gipuzkoako Foru Aldundia, Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián y Ayuntamiento Errenteria*, de 20 de febrero, en procedimiento ordinario n.º 422/2015.

sobre el cumplimiento de requisitos y la admisión del auto, con independencia de lo que haya dispuesto el órgano sentenciador.

De hecho, pese a que en algún caso el Alto Tribunal valora las aportaciones hechas por el órgano de instancia en el auto que tiene por preparado el recurso (8), en general la doctrina y la jurisprudencia entiende que los autos de preparación se tienen que remitir en exclusiva a los requisitos procedimentales y formales, no entrando a valorar el fondo del asunto. Así se ha apreciado en un auto del TSJPV, en el cual el Tribunal entra a valorar en parte el fondo del asunto al señalar que «en lo que atañe a interés casacional del recurso exigido en el artículo 89.2.f) LJCA (...) es parecer de esta Sala que no se da el supuesto descrito en el artículo 88.2.a) LJCA» (9).

Una vez anunciado el recurso de queja, al órgano de instancia sólo le queda solicitar al recurrente, que haya anunciado la presentación del recurso de queja, la acreditación de la interposición del citado recurso (10). A partir de ahí, el Tribunal Supremo será el único competente para admitir el recurso (11); incluso en los supuestos de inadmisiones por presentación extemporánea de los escritos de preparación, para los que la Sección de Admisión del TS proveerá la inadmisión (12).

Con todo lo dicho, y pese al esfuerzo realizado por el legislador en concretar a través de los art. 88.2 y 88.3 de la LJCA una serie de supuestos con indicios más o menos fuertes de interés casacional, y pese al tiempo que la Sala de Gobierno del propio Tribunal Supremo se ha tomado para aprobar las pautas que han de seguir los escritos de preparación a presentar ante la Sala Tercera, el concepto de interés casacional sigue proyectando una imagen difusa que necesita ser concretada.

Por ello, este trabajo se centra en analizar la incipiente jurisprudencia de la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; para poder conocer como el Alto Tribunal entiende que el interés casacional objetivo queda acreditado en los escritos de preparación. De igual forma, se analiza la interpretación del Alto Tribunal y de los órganos de instancia cuyas sentencias se recurren en casación, para entender la forma de cumplir con los requisitos formales y legales (art. 89 LJCA) exigidos en los escritos de admisión.

(8) ATS 2125/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 313/2016.

(9) Auto TSJPV, de 20 de febrero, teniendo por no preparado el escrito de preparación de la recurrente, en procedimiento ordinario n.º 422/2015

(10) Diligencia de Ordenación, de 14 de marzo de 2017, en el procedimiento ordinario 422/2015, en el que se requiere a la recurrente que acredite la interposición de recurso de queja ante el TS.

(11) QUINTANA, J.P. (2016), *Guía Práctica del Recurso de Casación contencioso-administrativo. Legislación y formularios. Conforme a la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Dykinson, S.L, Madrid, pág. 128-131.

(12) ATS 2301/2017, de 16 de marzo, recurso n.º 4866/2016.

II. Concepto de Interés de Casación objetivo en la L.O. 07/2015

En este apartado se van analizar los aspectos relacionados con este nuevo elemento introducido con la LO 7/2015, la cual hace pivotar el régimen de admisión sobre dos elementos clave: en primer lugar, el único criterio de admisión ahora es el interés casacional objetivo (13); y, en segundo lugar, la discrecionalidad (14) de la Sección de Admisión para apreciar la existencia de interés casacional objetivo en el asunto (15).

El recurso de casación puede tener esencialmente dos misiones diferentes: tutelar los derechos o intereses de las partes interviniente en el proceso; o una función de defensa del ordenamiento (16). Así, la nueva ley jurisdiccional introduce el concepto «interés casacional objetivo», planteando que «el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, (...), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» (art. 88.1 LJCA). Y para ello, en el escrito de preparación del recurso habrá que fundamentar que los supuestos planteados «permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo» [art. 89.2 LJCA, letra f)].

Una primera aproximación al texto de la ley pone de relieve que el concepto de interés casacional se refiere a la formación jurisprudencial (art. 88.1 LJCA). Siendo la formación jurisprudencial un concepto difuso, que deberá apreciarse atendiendo a las circunstancias del caso, u otras que el tribunal entienda que colaboraran a la finalidad perseguida por

(13) Así lo manifiesta RAZQUIN, J.A., (2016), «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», en *Revista Vasca de Administración Pública-Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º 104, págs. 135-178; quien señala que en contraposición con los anteriores cinco causas de inadmisión común (antiguo art. 93.2 LJCA), que daba especial importancia a criterios formales (como el umbral mínimo de 600 mil euros), ahora la existencia de interés casacional objetivo y habiendo eliminado límites económicos (como el señalado umbral mínimo) el derecho al recurso de casación se abre a todo tipo de personas y asuntos.

(14) Esta decisión no será en ningún caso arbitraria como señalan algunas personas que entienden que la admisión queda al capricho del TS. Esto se evidencia en la necesidad de motivación de sus decisiones en función de las circunstancias que rodean al recurso.

(15) No pudiendo ser discutido la existencia de interés casacional, en una fase posterior del proceso de recurso; es decir que si se admite el recurso, el fallo del Tribunal no estará relacionado con la inexistencia de interés casacional, sino que versará sobre otros aspectos (como la interpretación que habrá que hacer de la norma que se entiende infringida), así lo expresa PÉREZ ALONSO, J. (2015): «El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense», en *Diario La Ley*, n.º 8621, Sección Tribuna, pág. 1.

(16) RINCON, R.G.F. (2007), «Recurso de apelación y unidad del ordenamiento jurídico», en *Revista de Administración Pública*, vol. 174, 599-637.

el interés casacional (17). Es decir, el TS podrá fundamentar la formación de jurisprudencia en cualquier hecho o circunstancia que entienda que requiere su intervención a fin de mantener el orden jurídico, su interpretación y aplicación (18). Todo ello con independencia, como luego se analizará, de aquellas circunstancias que posean indicios más o menos fuertes de interés casacional.

No obstante, la necesidad de justificar el interés casacional en el escrito de preparación puede inducir a pensar que el citado interés se refiere al caso; pero nunca más lejos de la realidad. La LO 7/2015 señala que el interés ha de ser «objetivo», lo que implica que la formación de jurisprudencia ha de ser relevante para la interpretación normativa o para la garantía del derecho a la igualdad en la aplicación de la norma en el supuesto de pleitos que pueden encontrarse en esa circunstancia, obviando o alejándose del caso concreto y del interés de las partes (19).

Así se refleja también en la incipiente jurisprudencia de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que entiende por ejemplo que procede inadmitir un recurso «al existir una consolidada jurisprudencia sobre la cuestión controvertida establecida con carácter general (...), no se aprecia la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» (20); y por tanto no tiene sentido los argumentos de la recurrente que invoca que se ha decretado la nulidad de una disposición de carácter general, sentando una doctrina que podría ser gravemente dañosa para los intereses generales y afectar a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del proceso. Porque, según el TS, lo invocado carece de fundamento al existir esa jurisprudencia que además no trasciende el mero interés de la recurrente en la defensa del derecho que entiende lesionado.

Continuando con el argumento anterior, algunos autores señalan que, siendo la finalidad del recurso la formación de doctrina jurisprudencial, la existencia previa de jurisprudencia supondría la inadmisión de estos recursos, como ha ocurrido en el Auto señalado. La reciente jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la nueva reforma el pasado 22 de julio

(17) QUINTANA, J.P. (2016): *Guía Práctica del Recurso de Casación contencioso-administrativo. Legislación y formularios. Conforme a la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Dykinson, S.L, Madrid, pág. 179-182, apunta como la decisión puede fundamentarse en circunstancias varias (como las que contemplaban en la anterior ley de 2011): contradicción entre decisiones judiciales, el grave daño al interés general, aplicación a un gran número de situaciones, etc.

(18) Ídem.

(19) RAMOS, M. P. O. (2007), «El Tribunal Supremo Español: Un tribunal en busca de identidad», en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (pp. 31-106). lustel.

(20) ATS 2066/2017, de 13 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 116/2016.

de 2016, parece continuar con el mismo camino que la jurisprudencia previa existente que entendía que estos casos carecían de sentido (21).

En consecuencia, la concurrencia de circunstancias —como el interés de la ley o la unificación de doctrina— parecen, como en el caso ilustrado, no tener sentido; ya que la existencia de doctrina previa descarta la concurrencia de las finalidades manifestadas en el recurso; salvo que esta jurisprudencia existente obligue al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre la pertinencia de mantenerla o modificarla. Este es el caso de aquellos escritos que acreditan el interés casacional objetivo recurriendo sentencias que infringen la doctrina jurisprudencial existente por entender que esa jurisprudencia es errónea (art. 88.3.b) LJCA). En efecto, el Alto Tribunal entiende que, si existe jurisprudencia previa, los órganos de instancia han de aplicarla, y si no la aplica es porque la considera errónea (22) y, por tanto, tal y como señala la LO 07/2015, existirá interés casacional objetivo.

Con todo lo dicho, el interés casacional ha de entenderse existente cuando el asunto colabore a la «creación, mantenimiento o modificación jurisprudencial» (23); por ello, pese a que la inexistencia de jurisprudencia supone indicios fuertes de interés casacional [art. 88.3 LJCA, letra a)], en aquellos casos en los que existiendo jurisprudencia se entienda que se hace necesario una nueva doctrina jurisprudencial o que sea apropiado la consolidación de la existente, se procederá a admitir el interés casacional de los recursos. De igual forma, procederá inadmitir los recursos, si pese a la inexistencia de jurisprudencia el Tribunal entiende que el asunto no tiene relevancia casacional. Así, el Tribunal, ante determinadas circunstancias, se verá obligado a motivar en su resolución, que tomará la forma de auto, las razones por las que no observa interés casacional en el asunto (24).

1. Requisitos para la acreditación del interés casacional

El primer requerimiento para la acreditación del interés casacional se refiere a la necesidad de «identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas» (art. 89.2.b de la

(21) MARTÍNEZ, E. H. (2015), *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*. Bosch, Barcelona, pág. 124., proporciona varios ejemplos jurisprudenciales que soportan esa tendencia, entre otras: STS de 5 de marzo de 2004, casación en interés de la Ley 96/2004; STS de 11 de junio de 2008, casación en interés de la Ley 59/2006; y 17 de octubre de 2013, recurso en interés de la Ley 3592/2012 y la Ley 837/2013, etc.

(22) ATS 2045/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 163/2016.

(23) ATS 719/2017, de 03 de febrero, recurso de casación n.º 203/2016.

(24) ATS 2066/2017, de 13 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 116/2016.

LO 7/2015). Cabe señalar que la nueva reforma únicamente ha legislado una exigencia adicional plenamente incorporadas por el TS en su auto de 10 de febrero de 2011 para los recursos que entendían infringidos (25).

Así el recurrente deberá identificar claramente las normas o jurisprudencia que entiende que han sido infringidas. Si el recurrente identificara erróneamente la cuestión litigiosa, la Sala vendrá a inadmitir y condenar en costas —en virtud del artículo 90.8 LJCA— al recurrente, por pretender «disfrazar la cuestión que suscita de ropajes jurídicos, en realidad se trata de una cuestión» distinta en la que no debe entrar el TS (26). Además, si se pretende la admisión del recurso deberá indicar en su escrito, las normas o el supuesto sobre el que versaban, la *ratio decidendi* de las sentencias y su aplicación al caso, siendo el TS tajante al inadmitir recursos en los que la recurrente «confunde e interpreta la sentencia» de forma equivocada (27).

En conexión con el art. 89.2.b), en el apartado d) del mismo punto se exige «justificar que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir». Así, el orden excluyente en el control de los requisitos propicia que la no superación del control sobre los requisitos expresados en la letra b) impida llegar al control de los motivos señalados en la letra d). Esto explica que no se haya encontrado jurisprudencia que inadmite recursos por este segundo motivo; pues hasta la fecha aquellos escritos de preparación que no superan el trámite de admisión ante la Sección de Admisión lo han hecho por no cumplir el primer de los requisitos señalados. De hecho en varios autos, incluso en los que inadmitan los recursos presentados, se admite el cumplimiento de estos requisitos que «se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que se consideran infringidas (...), y también se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)]» (28). Incluso en el caso en que, en opinión del Tribunal, «la justificación es llamativamente lacónica» (29) para alguna de las infracciones esgrimidas.

(25) CARBAJO, J.R.R. (2011), «El auto que puede descongestionar la Sala Tercera del Tribunal Supremo», en *Actualidad Administrativa*, vol. 9, pág: 3.

(26) Así lo expresa el TS, en ATS 1950/2017, de 8 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 242/2016, que entiende que el recurrente pretende que se examinen hechos, en vez de la infracción de normas o jurisprudencia.

(27) ATS 2310/2017, de 14 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 1473/2016.

(28) Entre otros en los autos: ATS 2190/2017, de 22 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 3/2017; y ATS 2121/2017, de 22 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 218/2016.

(29) en ATS 2189/2017, de 15 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 93/2017.

Lo expuesto evidencia que la naciente jurisprudencia que surge tras la reforma no es determinante para la evolución de las decisiones que tomará el TS sobre alguno de estos requisitos; pero todo apunta a que se exigirá un cumplimiento estricto y rígido de todos los señalados en el artículo 89.2 LJCA.

Además de los anteriores requisitos, la LO 7/2015 exige acreditar que, en caso de infracción de normas procesales, «se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello» [art. 89.2 LJCA, letra c)]. Así, en los casos en los que hubiera procedido instar al tribunal de instancia para que subsanara la infracción de la norma o jurisprudencia que entiende infringida, el TS entenderá que «no cabe tener por bien preparado el recurso de casación, disponiendo, como disponía, de momento procesal idóneo para intentar la subsanación» (30).

Lo anterior evidencia que la principal innovación de la Ley Orgánica 7/2015, como se ha señalado anteriormente, estriba en el establecimiento del interés casacional objetivo como criterio único de admisión (31) y en la supresión de requisitos objetivos, como el de cantidad mínima sujeta a litigio, que impedían el acceso de determinados casos a este instrumento (32). No obstante, la apreciación del interés casacional objetivo procederá en relación con las circunstancias y presunciones que se señalan en la propia ley. Dado que estas circunstancias y presunciones ofrecen indicios más o menos fuertes de existencia de interés; el TS se verá obligado a señalar o motivar la admisión o inadmisión de los recursos a través de autos o providencias. En concreto, de invocarse el apartado 2 del artículo 88, dada la debilidad de los indicios de interés casacional, procederá admisión a través de auto y se reservará la providencia para inadmisiones, que no cuenten con opinión favorable del órgano de instancia (33) [art. 90.3.a) LJCA]. A la inversa funcionará en caso de las presunciones señaladas en el art. 88.3. que, suponiendo un fuerte interés casacional, obligan al TS a motivar en au-

(30) en ATS 2312/2017, de 29 de marzo de 2017, recurso de casación n.º 159/2016.

(31) MARTÍNEZ, E. H. (2015), *op. cit.*, pág. 129. RAZQUIN, J.A. (2016), *op. cit.*, págs. 135-178; y QUINTANA, J.P. (2016), *op. cit.*, pág. 179-182.

(32) GARIJO, M.R. (2013), «La banalidad de las tasas judiciales: una nueva fractura del estado de bienestar», en *Nueva fiscalidad*, vol. 4, págs.: 9-40.

(33) ATS 2125/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 313/2016, en su párrafo 3 del punto primero de los razonamientos jurídicos recoge que «En el auto por el que se tiene por preparado el recurso de casación, el Juzgador, además de emitir opinión favorable a la admisión del recurso». Ante esta disposición del propio órgano recurrido en admitir el recurso de casación, por entender que existe interés casacional objetivo, confiere mayor fuerza a la presunción de interés y; por ello, se hace necesario un auto motivado que destruya esa presunción, no siendo suficiente en casos similares la mera providencia de inadmisión.

tos las inadmisiones de los recursos, siendo suficiente la admisión vía providencia [art. 90.3.b) LJCA]. Tras examinar la doctrina jurisprudencial existente a día de hoy, parece que estos requisitos son cumplidos por los autos de admisión e inadmisión del TS (no pudiendo tener acceso a las providencias, porque no existe obligación de publicidad a efectos de conocimiento general [art. 90.7 LJCA]); pero también hay que remarcar que la motivación ofrecida en la inadmisión de algunos asuntos con presunción de interés casacional se reducen a la mínima expresión (34).

A continuación, se hace necesario analizar de forma pormenorizada el tratamiento e interpretación que la Sección de Admisión ha hecho, en estos primeros meses de andadura de la nueva LO 7/2015, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las circunstancias y presunciones señaladas en el artículo 88 de la LJCA. El escaso tiempo de vigencia de la nueva regulación aconseja excluir del análisis los supuestos de las letras g), h), i) del apartado 2, y la letra e) del apartado 3 del artículo 88, porque la entrada en vigor de la LO 7/2015 el 22 de julio de 2016, y el acuerdo tomado por la sala sobre la aplicación de la nueva ley a los recursos (35), han derivado —como es lógico— en que a los nueve meses exista una limitada jurisprudencia.

III. Apreciación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Interés Casacional Objetivo cuando se alegan circunstancias previstas en el artículo 88.2 LJCA

1. Interpretación de normas estatales o europeas de forma contradictoria con las de otros órganos jurisdiccionales art. 88.2.a) LJCA

El primer supuesto en el que se puede apreciar la existencia de interés casacional es el caso en que la sentencia recurrida sea contraria

(34) Así se observa en los autos de inadmisión de los escritos de preparación del recurso, que alegaban en virtud del art. 88.3., letra c, que la norma declarada nula tenía una transcendencia suficiente. Encontramos sendos ejemplos en los siguientes autos: ATS 2066/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 116/2016; y ATS 2067/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 315/2016.

(35) La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sesión constitutiva, y ante la entrada en vigor de la reforma operada en la casación contencioso-administrativa por la Ley Orgánica 7/2015, decidió formular el documento referido a «Criterios sobre la entrada en vigor de la nueva casación contencioso-administrativa instaurada por la Disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE de 22 de julio)», en Madrid a 22 de julio de 2016.

con la interpretación que otros órganos jurisdiccionales hayan hecho de una norma de derecho estatal o de la Unión Europea. No tendrán acceso al recurso casacional ante el TS, aquellas infracciones de normativas autonómicas, las cuales serán inadmitidas y remitidas las partes al Tribunal Superior que corresponda (art. 86.3. párrafo segundo de la LJCA) (36).

Alegar el art. 88.2.a) requerirá a la recurrente un esfuerzo para fundamentar su impugnación, siendo por ley exigible que el escrito de preparación (art. 89.2.b LJCA): «(i) la cita precisa y detallada, que habilite sin mayor esfuerzo su identificación y localización, de las sentencias de otros órganos jurisdiccionales eventualmente contradictorias con la recurrida; y (ii) el análisis que permita confirmar la sustancial igualdad de las cuestiones resueltas en unas y otra, en el bien entendido de que la cuestión cuya igualdad se predica viene determinada tanto por la norma aplicada como por la realidad a la que se aplica» (37). Es decir, el TS entiende que la parte recurrente deberá explicar que la tesis hermenéutica asumida por la sentencia recurrida es «contraria e incompatible» (38) con las sentencias evocadas; de tal forma que, si se limita sólo a afirmar que la sentencia impugnada entra en contradicción con otras (39), sin argumentarlo, «no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el artículo 89.2.f) LJCA» (40).

La importancia de la explicación se justifica por la necesidad de que las sentencias invocadas e infringida, se refieran a un «*problema de interpretación y aplicación sustancialmente coincidente*» (41), siendo exigible además que el razonamiento sea adecuado a sus pretensiones; y que no se refiera a «realidades jurídicas diferentes» (42) o «cuestiones de hecho» (43). De esta forma, si se justifica que existe una «*interpretación contradictoria de las normas de derecho estatal en las que se fundamenta el fallo*» (44), procederá la admisión para asegurar la «uniformidad en la

(36) ATS 2298/2017, de 16 de marzo, recurso de casación n.º 4878/2016; y el ATS 2300/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 4881/2016, en los que el TS se declara incompetente y señala que la competencia corresponde en ambos casos a la «Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, al que se deberán remitir las actuaciones con emplazamiento de las partes en el plazo de treinta días».

(37) ATS 2189/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 93/2017.

(38) ATS 715/2017, de 01 de febrero, recurso de casación n.º 31/2016.

(39) ATS 2052/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 198/2016.

(40) ATS 720/2017, de 07 de febrero, recurso de casación n.º 161/2016.

(41) ATS 2313/2017, de 29 de marzo, recurso de casación n.º 302/2016.

(42) ATS 2061/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 91/2017.

(43) ATS 1950/2017, de 08 de marzo, recurso de casación n.º 242/2016.

(44) ATS 1296/2017, de 20 de febrero, recurso de casación n.º 139/2016.

aplicación judicial del derecho(45)», como se señala en el preámbulo de la LO 7/2015(46).

2. Interés casacional por doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, art. 88.2.b) LJCA

En lo referente a los supuestos en que se recurre la sentencia invocando que sienta una doctrina que puede ser «gravemente dañosa para los intereses generales» (art. 88.2.b) LJCA)(47), parece que el TS trata de evitar entrar a valorar el carácter gravemente lesivo de la resolución recurrida(48), cuando entiende que se cumplen otras circunstancias o presunciones de interés casacional(49). A tenor de la jurisprudencia, para poder analizar esta circunstancia, establecer previamente cual es la *ratio decidendi*(50) de

(45) Así lo entienden varios autos anulados, admitiendo a trámite los recursos presentados en los siguientes autos: ATS 2045/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 163/2016; ATS 2046/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 165/2016; ATS 2047/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 193/2016; ATS 2048/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 285/2016; ATS 2049/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 53/2017; ATS 2050/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 427/2017; ATS 2064/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 167/2016; ATS 2068/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 195/2016; ATS 2070/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 8/2017; ATS 2069/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 11/2017; ATS 2119/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 87/2017; ATS 2123/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 308/2016; ATS 2124/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 51/2017; ATS 2127/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 334/2017; ATS 2192/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 122/2016; ATS 2305/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 261/2017; ATS 2308/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 98/2017.

(46) ATS 2191/2017, de 09 de marzo, recurso de casación n.º 137/2016.

(47) De los autos examinados, además de los que se refieren en el texto, los siguientes han alegado circunstancias del art. 88.2.b) LJCA: ATS 2047/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 193/2016; ATS 2052/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 198/2017; ATS 2069/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 11/2017; ATS 2118/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 6/2017; ATS 2123/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 308/2016; ATS 2192/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 122/2016; ATS 2305/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 261/2017; ATS 2311/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 209/2016; ATS 2313/2017, de 29 de marzo, recurso de casación n.º 302/2016.

(48) El auto ATS 1898/2017, de 02 de marzo, recurso de casación n.º 159/2017, señala el párrafo 3 del punto tercero de los fundamentos jurídicos que «con independencia de que la doctrina fijada en la sentencia impugnada pudiera, eventualmente, reputarse gravemente dañosa a los intereses generales, no cabe duda que afecta a un gran número de situaciones». Así se ciñe a esta última circunstancia para admitir el recurso a trámite y no entrar a valorar si la resolución recurrida puede ser gravemente dañosa para los intereses generales.

(49) Así se refleja también en otros autos de admisión del TS: ATS 1938/2017, de 06 de marzo, recurso de casación n.º 270/2016.

(50) Tal y como se señala, el párrafo primero del punto tercero de razonamientos jurídicos del auto (ATS 2125/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 313/2016), que recoge el tenor literal del art. 90.4 LJCA donde se señala que «los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exige el debate finalmente trabado en el recurso».

la sentencia que se impugna, y analizar si es susceptible de extensión de sus efectos —integrando el artículo 86.1 LJCA y con la regulación contenida en el artículo 110 LJCA(51)—. Así, se reconoce que serán susceptibles de extensión de efectos las sentencias en materias tributarias, de personal de la Administración Pública y de unidad de mercado (art. 110 LJCA); por ello, las alegaciones tendrán que circunscribir la *ratio decidendi* a alguno de esos supuestos.

Además de lo señalado, de invocar esta circunstancia la satisfacción de la carga de la prueba corresponde al recurrente, que en consonancia con el art. 89.2.f) LJCA, deberá fundamentar, «*con singular referencia al caso*(52)», el interés casacional. Ello exige que en el escrito de preparación: «(i) se expliquen, de manera sucinta pero expresiva, las razones por las que la doctrina que contiene la sentencia discutida pueda resultar gravemente dañosa para los intereses generales, (ii) vinculando el perjuicio a tales intereses con la realidad a la que la sentencia aplica su doctrina, (iii) sin que baste el respecto la mera afirmación apodíctica de que el criterio de la sentencia los lesiona» (53). Por ello, como ocurría en caso de interpretaciones contrarias a normativa o jurisprudencia anterior, en este caso son de aplicación las exigencias que impone el artículo 99.2.f) LJCA(54).

3. Interés casacional de asuntos que trascienden los casos concretos y afectan a gran número de situaciones, art. 88.2.c) LJCA

Aquellos escritos de preparación que pretendan invocar, al amparo del artículo 88.2.c) LJCA(55), el gran número de situaciones que se van a ver

(51) ATS 2125/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 313/2016, tras conectar la *ratio decidendi* con la garantía de la unidad de mercado, a través de la afección de la sentencia al régimen jurídico aplicable y consecuentemente al ejercicio de la libre prestación de los servicios, que forman parte del asunto.

(52) ATS 2049/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 53/2017.

(53) ATS 2061/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 97/2017.

(54) ATS 2189/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 93/2017.

(55) A lo largo del estudio se han examinado multitud de escritos de preparación que alegaban esta circunstancia para justificar la existencia de interés casacional objetivo. De hecho, este parece que haya sido la circunstancia más recurrente en los escritos de preparación, o por así se ha comprobado en los siguientes autos de los que se han analizado: ATS 2045/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 163/2016; ATS 2046/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 165/2016; ATS 2047/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 193/2016; ATS 2049/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 53/2017; ATS 2052/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 198/2017; ATS 2053/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 212/2017; ATS 2064/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 167/2016; ATS 2068/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 195/2016; ATS 2069/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 11/2017; ATS 2119/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 87/2017; ATS 2123/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 308/2016; ATS 2124/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 51/2017; ATS 2127/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 334/2017; ATS 2192/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 122/2016; ATS 2305/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 261/2017; ATS 2306/2017, de 21 de marzo,

afectadas por el caso o porque la jurisprudencia trasciende el caso recurrido, deberá tener en cuenta la doctrina que el TS ha establecido para estos casos. Así, tras el análisis de la jurisprudencia procede afirmar que la Sección de Admisión de la Sala Tercera del TS admite dos posibilidades diferenciadas: en primer lugar, que el asunto tenga afección a un gran número de situaciones en cuanto trasciende del caso concreto objeto del proceso o; por otra parte, que la recurrente justifique como va a afectar a gran número de personas. En el primero de los supuestos el Tribunal acepta que la doctrina puede afectar a un gran número de situaciones, cuando afecte al «funcionamiento y a la validez de los acuerdos adoptados por los órganos colegiados» (56). Siendo lo fundamental en estos casos, que «las cuestiones sustantivas planteadas» por la recurrente no se ciñan estrictamente a los aspectos casuísticos del litigio, planteando problemas que puedan «suscitarse en otros casos» (57). También será interesante el pronunciamiento que haga el órgano de instancia al respecto; pues ello, dará fuerza a los indicios de interés casacional (58).

Para el caso en que no sea claramente apreciable la especial transcendencia, no es baladí que la recurrente argumente y justifique en su escrito el número de afectados que entiende que va a haber debido al asunto (59). Especialmente, si se tiene en cuenta que, pese a lo señalado, el Tribunal ha establecido que la circunstancia del art. 88.2.c) LJCA, en relación con el art. 89.2.f) LJCA, exige que la recurrente en el escrito de preparación: «(i) haga explícita esa afección, exteriorizando en un sucinto pero ineludible análisis la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos, (ii) sin que sean suficientes las meras referencias genéricas y abstractas (...), (iii) ni tampoco baste la afirmación de que se produce por tratarse de la interpretación de una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de la naturaleza intrínseca» (60). Y que en consecuencia serán inadmitidos aquellos casos en los que la recurrente se limite a efectuar una mera referencia genérica y abstracta, por entender que no da «por cumplida la carga de preparación de prueba exigida por el art. 89.2.f) LJCA» (61).

recurso de casación n.º 142/2016; ATS 2307/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 248/2016; ATS 2311/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 209/2016; ATS 2313/2017, de 29 de marzo, recurso de casación n.º 302/2016.

(56) ATS 1898/2017, de 02 de marzo, recurso de casación n.º 159/2017.

(57) ATS 1937/2017, de 06 de marzo, recurso de casación n.º 150/2016.

(58) ATS 2125/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 313/2016.

(59) ATS 723/2017, de 03 de febrero, recurso de casación n.º 319/2016.

(60) ATS 2061/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 91/2017.

(61) ATS 719/2017, de 03 de febrero, recurso de casación n.º 203/2016.

4. Interés casacional sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin haber esclarecido la improcedencia de plantear la cuestión de constitucionalidad, art. 88.2.d) LJCA

La carga de la prueba y la necesidad de justificar y argumentar las pretensiones en el escrito de preparación, es una constante a la que tiene que hacer frente la recurrente. Al igual que ocurre en las tres primeras letras, si se pretende fundamentar el recurso en la resolución de un debate sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, cuya cuestión de inconstitucionalidad era potencialmente pertinente (art. 88.2.d) LJCA). De igual forma es necesario que esta cuestión de inconstitucionalidad haya sido pertinentemente invocada en sala, pues de otra forma, y a petición de la recurrida, se puede entender que se trata de una cuestión nueva, lo que no tiene cabida en el recurso de casación (62). Así, sería pertinente la admisión de existencia de interés casacional cuando habiendo sido inadmitido la cuestión de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, y habiendo señalado a su vez que podía ser planteada la cuestión de otra forma en la que se pudiera apreciar suficiente relevancia constitucional, la recurrente hubiere instado al órgano de instancia a realizar ese replanteo (63). En estos casos, el TS entiende que hubo debate en sala sobre la conveniencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y, por tanto, siempre que se haya argumentado suficientemente en el escrito de admisión procederá su admisión.

5. Interés casacional en sentencias que interpretan erróneamente una doctrina constitucional, art. 88.2.e) LJCA

En lo que respecta a las circunstancias recogida en la letra e) del artículo 88.2, hay que poner de relieve su necesaria relación con las circunstancias de la letra anterior, ya que en otro caso, la recurrente se puede encontrar con la oposición de la recurrida planteando que «ningún debate sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley se ha pro-

(62) En el auto ATS 719/2017, de 03 de febrero, recurso de casación n.º 203/2016, reconoce que la doctrina se ha apoyado constantemente en dos razones para prohibir la introducción de cuestiones nuevas en casación: «1.º) que desde el momento que el recurso de casación tiene como finalidad propia valorar si se vulneraron por el Tribunal “a quo” las normas o jurisprudencia cuya infracción se denuncia por la parte recurrente, resulta lógicamente imposible que pueda producirse aquella infracción en relación con una nueva cuestión que ni siquiera fue considerada en el pleito de instancia; y 2.º) que el planteamiento de cuestiones nuevas en casación afecta gravemente al derecho de defensa del recurrido, que ante tales cuestiones carecería de las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia».

(63) ATS 723/2017, de 03 de febrero, recurso de casación n.º 319/2016.

ducido en el proceso que finaliza con la sentencia», y por ello no se puede entender que «la sentencia no interpreta y aplica con error doctrina constitucional porque no se debatió sobre la misma y porque la ratio decidendi de la sentencia no es congruente con las alegaciones de las partes» (64). Pese a ello, y aunque en el debate fundamental del litigio versara sobre otras cuestiones, el TS admite que, incluso habiendo sido declarado concluso el procedimiento y pendiente de señalamiento para votación y fallo, cuando la recurrente inste al tribunal la suspensión del término para dictar sentencia al haberse planteado varias cuestiones de inconstitucionalidad contra el ordenamiento debatido, habrá de admitirse a trámite el recurso (65). Además, habrá que tratar de explicar cómo vulnera la sentencia infringida la doctrina constitucional, puede darse el caso de que la doctrina invocada sirva de sustento a la resolución impugnada (66).

Para concluir con las circunstancias que ofrecen indicios de interés casacional del art. 88.2, el TS requiere a la recurrente a que, en cumplimiento del art.89.2. d) LJCA y para supuestos de interpretación o aplicación de Derecho Europeo en contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o a aquellos que precisen de su intervención (art. 88.2.f) LJCA), señale las «infracciones jurídicas que se ponen en relación dialéctica con la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia». Además, será necesario que las normas jurídicas infringidas sean detalladas para permitir su clara y suficiente identificación (67).

IV. Apreciación por la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Interés Casacional Objetivo cuando se alegan presunciones señaladas en el artículo 88.3 LJCA

Las presunciones de interés casacional del art. 88.3 ofrecen indicios de interés casacional más fuerte, que las circunstancias del art. 88.2; por este motivo, procederá la admisión de los recursos vía providencia, y se utilizarán los autos motivados para el caso en que el TS entienda que, pese a la existencia de esas presunciones, no existe interés casacional objetivo (art. 90.3.b) LJCA). Es decir, los asuntos que invoquen estas presunciones de interés casacional, podrán ser inadmitidos por el Tribunal, pero la *«norma exige motivar que el asunto carece manifiestamente de interés*

(64) ATS 723/2017, de 03 de febrero, recurso de casación n.º 319/2016.

(65) ATS 1938/2017, de 06 de marzo, recurso de casación n.º 270/2016.

(66) ATS 2067/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 315/2016.

(67) ATS 1937/2017, de 06 de marzo, recurso de casación n.º 150/2016.

casacional objetivo para la formación de jurisprudencia(68)», como señala el último párrafo del artículo 88.3 LJCA. Pese a ello, hasta la fecha el Alto Tribunal está resolviendo mediante la forma de Auto las admisiones e inadmisiones en ambos casos (indicios recogidos en el art. 88.2 y presunciones del art. 88.3).

1. Interés casacional cuando no existe jurisprudencia, art. 88.3.a) LJCA

La fortaleza indiciaria ofrecida por las presunciones recogidas en el artículo 88.3 no exime a la recurrente de realizar un esfuerzo argumental acorde a lo recogido en el art. 89.4, para que el TS admita a trámite el recurso presentado.

De hecho, en referencia a la presunción de interés recogida en la letra a) del art. 88.3 LJCA (69) —«cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la *ratio decidendi* sobre las que no exista jurisprudencia»— procederá dar cumplimiento a este esfuerzo argumental, que redundará en muchos casos en favor de la recurrida; porque el TS exige que exista jurisprudencia aplicada a supuesto similares(70), y entiende que «no puede considerarse suficiente para apreciar la concurrencia de la presunción de interés casacional invocada, alegar que sobre el particular supuesto examinado en la sentencia recurrida no existe jurisprudencia, porque la formación de jurisprudencia obedece necesariamente a parámetros más generales y a la interpretación de las normas jurídicas para su común aplicación (71)».

Es decir, habrá que partir de la fijación de la *ratio decidendi*, y analizar si existe jurisprudencia aplicable al caso teniendo en cuenta varios facto-

(68) ATS 1949/2017, de 23 de febrero, recurso de casación n.º 225/2016.

(69) La presunción de interés casacional objetivo del artículo 88.3.a) aparece repetidamente en los autos analizados; parece que las recurrentes busquen la protección de un indicio más fuerte de interés casacional, para trasladar al Tribunal el peso de destruir la presunción de interés casacional de la presunción de interés. Así, se han observado en los siguientes autos: ATS 2046/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 165/2016; ATS 2047/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 193/2016; ATS 2049/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 53/2017; ATS 2050/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 427/2017; ATS 2052/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 198/2017; ATS 2053/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 212/2017; ATS 2054/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 328/2017; ATS 2063/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 137/2017; ATS 2064/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 167/2016; ATS 2068/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 195/2016; ATS 2070/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 8/2017; ATS 2118/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 6/2017; ATS 2123/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 308/2016; ATS 2123/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 308/2016; ATS 2311/2017, de 21 de marzo, recurso de casación n.º 209/2016; ATS 2313/2017, de 29 de marzo, recurso de casación n.º 302/2016.

(70) ATS 2190/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 3/2017.

(71) ATS 274/2017, de 25 de enero, recurso de casación n.º 15/2016.

res como: que la resolución judicial aplique normas sobre las que «no existe doctrina jurisprudencial en el sentido y perspectiva (72)» del asunto recurrido, que la jurisprudencia existente sea procedente ante la reciente entrada en vigor de nueva legislación que afecte al debate sostenido durante el litigio (73), que existan múltiples interpretaciones de Tribunales Superiores con interpretaciones contradictorias de las normas de derecho estatal, que hagan «necesario un pronunciamiento de este Tribunal Supremo» (74), y que la jurisprudencia existente no sea extensible al caso debatido (75).

Teniendo en cuenta lo anterior, el TS inadmitirá el recurso por inexistencia de interés casacional si aprecia que la jurisprudencia alegada no es excepcional y que puede ser igualmente aplicable al asunto recurrido (76).

2. Interés casacional de resoluciones que se aparten deliberadamente de la jurisprudencia existente por considerarla errónea, art. 88.3.b) LJCA

La presunción de interés del art. 88.3 es a veces difícil de contradecir. Este puede ser el motivo por el cual el Tribunal despacha los recursos, que invocan la presunción de la letra b) del artículo 88.3, sin entrar a pronunciarse sobre la existencia de interés casacional. Así se han encontrado varios autos en los que el Tribunal, habiendo comprobado la existencia de interés casacional en base a otro supuesto o presunción, señala que la concurrencia de interés casacional objetivo otra razón de las alegadas «hace innecesario determinar si concurren las otras dos alegadas por la entidad recurrente» (77), en referencia a la presunción del art. 88.3.b) LJCA.

No obstante, el Tribunal ante un supuesto del art. 88.3.b) LJCA —«cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea»— cuando estime que en efecto la Sala de instancia interpreta la jurisprudencia existente (en concreto la doctrina del propio TS) vendrá a admitir el recurso, porque «entiende que la Sala de

(72) ATS 719/2017, de 03 de febrero, recurso de casación n.º 203/2016.

(73) ATS 2304/2017, de 13 de febrero, recurso de casación n.º 117/2017.

(74) ATS 1937/2017, de 06 de marzo, recurso de casación n.º 150/2016.

(75) ATS 954/2017, de 09 de febrero, recurso de casación n.º 21/2017.

(76) ATS 2189/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 93/2017.

(77) ATS 2045/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 163/2016; ATS 2119/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 87/2017; ATS 2127/2017, de 22 de marzo, recurso de casación n.º 51/2017; ATS.

instancia debe conocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo y si no la está aplicando es porque la considera errónea, por lo que concurre el supuesto de interés casacional contemplado en el artículo 88.3.b) LJCA» (78).

3. Interés casacional de disposiciones de carácter general nulas (art. 88.3.c) LJCA) y de recursos contra actos o disposiciones de organismo reguladores cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 88.3.d) LJCA)

En cuanto a los escritos de preparación que aleguen supuestos de las letras c) del art. 88.3, en primer lugar, es necesario señalar que sólo se han encontrado tres autos que hicieran referencia a este hecho; por tanto, parece que no ocurre con frecuencia que las sentencias declaren nula una disposición de carácter general. En cualquier caso, si se quiere invocar este precepto tendrá que tenerse en consideración que la disposición anulada deberá tener un mínimo de transcendencia para que el recurso pueda ser admitido; sino el Tribunal entenderá que, pese a la presunción de interés (79), no procederá su admisión cuando «con toda evidencia, carezca de transcendencia suficiente» (80).

Una situación similar a la señalada en el punto anterior concurre en el caso de escritos de preparación que invoquen la presunción señalada el art. 88.3.d) LJCA, que son muy escasas. En concreto, se han encontrado únicamente dos autos que hicieran referencia a esta presunción, y acompañando a otras circunstancias o presunciones que cuentan con una presencia más extendida en los autos emitidos hasta la fecha bajo la nueva regulación.

Así las cosas, el Tribunal requerirá que la presunción del art. 88.3.d) sea «alegada expresamente en el escrito de preparación (81)», no exigiéndose una explicación detallada sobre cómo, por qué y de qué manera las infracciones normativas resultan determinantes del «fallo». De hecho, el Tribunal acepta la expresa alegación y la anotación de las «infracciones jurídicas cuya infracción se ponen en relación dialéctica con la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia» (82).

(78) ATS 2049/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 53/2017.

(79) ATS 2067/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 315/2016.

(80) ATS 2066/2017, de 13 de marzo, recurso de casación n.º 166/2016.

(81) ATS 1949/2017, de 23 de febrero, recurso de casación n.º 225/2016.

(82) Así lo exige en su escrito de oposición la abogada del Estado ante el recurso de casación n.º 150/2016, y de esa manera se refleja en el auto ATS 1937/2017, de 06 de marzo.

4. Otras circunstancias reveladoras de interés casacional que no sean subsumibles en los puntos 2 y 3 del artículo 88 LJCA

Finalmente, señalar que en algún caso el Tribunal puede entender que «*existen otras circunstancias reveladoras de interés casacional objetivo*» (83), que no están incluidas en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA; y por ello ha de sobreentenderse el interés casacional y admitir a trámite el recurso. Así, el recurso número 93/2017 plantea en su escrito de preparación diversos supuestos de interés casacional de los puntos 2 y 3 del artículo 88 LJCA, y otras circunstancias distintas de las recogidas en dicho artículo. Así, el Tribunal admite que, si bien «el carácter abierto de la enumeración [“entre otras”] permite apreciar la presencia de interés casacional para la formación de jurisprudencia (...) con sustento en otras circunstancias no contempladas» en los puntos 2 y 3 del art. 88 LJCA.

De igual forma, el Alto Tribunal argumenta que la excepcionalidad de la invocación de estas circunstancias, que no son contempladas en el artículo 89.2.f) LJCA, conlleva para el recurrente un «deber especial» de fundamentar «con singular referencia al caso» que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Y de esta manera exige al recurrente que «justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del artículo 88 LJCA» (84).

De los autos analizados se desprende que hasta la fecha no hay ningún escrito de preparación que haya conseguido acreditar de una forma suficientemente cuidada y rigurosa el interés casacional objetivo, y que no haya sido reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del art. 88 LJCA. Por lo que no se ha tenido por cumplido el deber especial que exige el art. 89.2.f) LJCA.

V. Conclusiones

Del análisis jurisprudencial de los recientes autos de admisión e inadmisión de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a partir de la entrada en vigor de la nueva reforma el pasado 22 de julio de 2016, la principal conclusión que se extrae hace referencia a la incorporación del interés casacional objetivo como criterio único de admisión de recursos de casación. Esto ha supuesto una revolución porque el Alto

(83) ATS 2189/2017, de 15 de marzo, recurso de casación n.º 93/2017.

(84) Ídem.

Tribunal tiene la capacidad de entrar a juzgar aquellas cuestiones más importantes o interesantes para la formación de jurisprudencia; es decir, que presenten un interés casacional objetivo más allá del asunto que se deba dirimir entre las partes.

Por lo tanto, se concluye que ahora la libertad con la que dota la reforma al Tribunal le permite, entrar en todo tipo de cuestiones con independencia de su valor económico siempre que sean de claro interés casacional. Por ejemplo, cuestiones de alto valor económico (por encima de 600.000 euros) que antes deberían ser admitidos a trámite; ahora no lo serán si no acreditan la efectiva existencia de un interés casacional en el asunto. Por tanto, tras la reforma, el Supremo gana autoridad para apreciar lo que tiene o no tiene interés casacional, garantizando en principio la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva a través de la creación de doctrina jurisprudencial en los asuntos en que no exista o se deba actualizar o cambiar.

Formalmente, el recurso de casación se inicia con el escrito de preparación, que debe superar un primer trámite de «preadmisión» ante el órgano de instancia cuya sentencia se recurre. Se evidencia que el cometido del órgano recurrido es analizar el cumplimiento de requisitos formales del art. 89.2 de LJCA, y otros referidos a plazos y legitimación de las partes. Si bien el Tribunal Supremo en ocasiones valora los comentarios hechos por el órgano recurrido, por lo general, entiende que no es competencia del órgano de instancia entrar a valorar el interés casacional del asunto y que debe remitirse a la mera revisión del cumplimiento de los requisitos y formalidades exigidas al escrito de admisión del recurso. Por ello, las partes que entiendan que los autos de los órganos jurisdiccionales remitentes que tengan por no preparados los escritos de admisión, podrán ser objeto de recurso de queja ante el Tribunal Supremo, que es el competente para decidir sobre la procedencia del escrito para la tramitación del escrito de preparación ante el TS. Esto evidencia que el Tribunal Supremo es el único competente para decidir en última instancia sobre la tramitación del escrito de preparación.

Además, los autos del TS examinados, distinguen dos tipos de supuestos de interés casacional: en primer lugar, el objetivo fundamentado en algún supuesto indiciario del artículo 88.2 LJCA, en los que el Tribunal exige que se identifique la cita precisa y detallada que permita la identificación y localización de las sentencias contradictorias, en supuestos de igualdad sustancial de la *ratio decidendi*. De tal forma que, no podrá tener por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el art. 89.2 si se limita a afirmar que la sentencia impugnada entra en contradicción con otras. Por el contrario, para aquellos asuntos en los que se pretenda acreditar el interés casacional en base a alguna de las presunciones del art. 88.3 LJCA, será el Tribunal quien cargue con el peso de motivar la manifiesta inexis-

tencia de interés casacional en el asunto (art. 90.3.b) LJCA). Pese a ello, se debe tener presente que la fortaleza de la presunción de los supuestos del art. 88.3 LJCA, no exime a la recurrente de realizar un esfuerzo argumental acorde con lo expuesto en el art. 89.4 LJCA.

Asimismo, se debe apreciar que la entrada en vigor de la LO 7/2015 ha propiciado cambios en la interpretación de otras normas. Por ejemplo, se plantea la necesidad de intentar promover ante el órgano de instancia el incidente contemplado en los art. 267.5 LOPJ y el 215.2 de LEC. Esta cuestión es novedosa pues antes el TS no exigía el planteamiento previo de la incongruencia omisiva en la instancia; y ahora lo reinterpreta exigiendo este trámite previo por diversas razones, entre las que destacan que, este trámite no resulta «un obstáculo formal desproporcionado», que el trámite supone una vía para intentar lograr sus pretensiones sin abordar un recorrido procesal «desalentador y tortuoso», y porque este trámite «refuerza los derechos procesales de los litigantes y redundará en una mayor agilidad y eficacia del trámite procesal de admisión casacional». Así las cosas, como es lógico, a tenor de la embrionaria andadura del recurso de casación tras la entrada en vigor de la LO 7/2015 y la convivencia todavía de dos regímenes jurídicos distintos (los asuntos pendientes de resolución sujetos a la legislación anterior y aquellos surgidos tras el 22 de julio de 2016), el Alto Tribunal ha entendido, por ahora, que en estos supuestos procederá la retroacción de las actuaciones al momento en que se notificó a la parte recurrente la citada sentencia y así pueda instar el incidente previsto en los art. 267.5 LOPJ y el 215.2 de LEC.

Finalmente, hay que destacar la evolución experimentada en los requisitos formales de los propios escritos de preparación e interposición de los recursos de casación. Por una parte, se ha producido una institucionalización de parte de las formalidades exigidas tradicionalmente por el Tribunal Supremo. De esta manera, se evitan problemas por eventuales sentencias del Constitucional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contrarias a exigir recursos que no estén previstos legalmente. De igual manera, sendos acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo han concretado como debían presentarse los escritos de preparación durante la *vacatio legis* de la LO 07/2015, y tras su entrada en vigor el 22 de julio de 2016. Sin embargo, todos estos esfuerzos apenas han reducido las dudas de los letrados en ejercicio de abogacía, quienes han encontrado en los autos de admisión de los recursos de casación mayor concreción sobre la forma que el Alto Tribunal esperaba en sus escritos. Y así, los propios autos del Tribunal Supremo han proporcionado otra herramienta que ha perfilado los requisitos formales de los escritos de preparación e interposición de los recursos de casación.

Además, en los autos dictados en los últimos meses se hace referencia a decisiones tomadas por el Tribunal en los meses previos y ob-

viando reproducir las cuestiones que ya hubiera decidido en autos anteriores. Lo dicho lleva a apreciar que la incipiente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido a completar y matizar el concepto de interés casacional, estableciendo los parámetros por los cuales el Tribunal entenderá que dicho interés objetivo se ha acreditado; y estableciendo el nivel de exigencia en los escritos admisión de cara a justificar y argumentarlo. Por tanto, y pese al carácter incipiente de la jurisprudencia, se puede afirmar que comienzan a verse elementos que completan e interpretan los nuevos preceptos que regulan el nuevo recurso de casación.

VI. Bibliografía

- ALONSO MAS, M.J. (2015), «El acceso al Recurso de Casación en el Orden Contencioso-administrativo», en *Revista de Administración Pública*, n.º 197, pág. 237-269.
- CARBAJO, J.R.R. (2009), «¿Son excluyentes los recursos de casación ordinario y para la unificación de doctrina?», en *Actualidad administrativa* n.º 14, pág. 3.
- GARIJO, M.R. (2013), «La banalidad de las tasas judiciales: una nueva fractura del estado de bienestar», en *Nueva fiscalidad*, vol. 4, págs. 9-40.
- GÓMEZ, R. M. (2015), «El nuevo modelo de recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo». en *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (3), 133-152.
- GUASP, J. (1998), *Derecho Procesal Civil*, 4.ª edición, revisada y adaptada a la legislación por Pedro Aragonese. Civitas, Madrid, citado a través de MARTÍNEZ, E. H. (2015), *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*. Bosch, Barcelona, pág. 22.
- IBÁÑEZ, S. J. G. V. (2016), «Comentarios al nuevo recurso de casación (2): artículos 88 y 89 de la LJCA. Interés casacional objetivo y escrito de preparación del recurso de casación», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, (8), 75-104.
- LOZANO CUTANDA, B. (2015), «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», en *Revista La Ley* n.º 8609, pág. 2.
- MARTÍNEZ, E. H. (2015), *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, pág. 21.
- PASTOR, J.A.S. (2015), «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», en *Revista de Administración Pública*, n.º 198, págs. 11-42.
- PÉREZ ALONSO, J. (2015): «El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense», en *Diario La Ley*, n.º 8621, Sección Tribuna, pág. 1.

- PORTILLA, F.J.M. (2009), «La especial transcendencia constitucional» y la inadmisión del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, pág. 343-368.
- QUINTANA, J.P. (2016), *Guía Práctica del Recurso de Casación contencioso-administrativo. Legislación y formularios. Conforme a la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Dykinson, S.L, Madrid, pág. 56.
- RAMOS, M. P. O. (2007), «El Tribunal Supremo Español: Un tribunal en busca de identidad», en *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (pp. 31-106). Iustel.
- RAZQUIN, J.A. (2016), «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», *Revista Vasca de Administración Pública-Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, n.º104, págs. 135-178.
- RINCON, R.G.F. (2007), «Recurso de apelación y unidad del ordenamiento jurídico», en *Revista de administración pública*, vol. 174, 599-637.
- SAMPER, M. B. (2015), *Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. Proceso contencioso-administrativo*, págs: 27-30.
- SAN HOYOS, T (2016), «Proyecto de Acuerdo sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera», Sala del Gobierno del Tribunal Supremo, Madrid, 20 de abril de 2016.
- SEDANO LORENZO, J. A. (2016), «Nueva Regulación De La Casación Contencioso-Administrativa», en *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, (42).
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala de Gobierno (2016): «Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de veinte de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación de la Sala Tercera», en Madrid a 20 de abril de 2016.
- TRIBUNAL SUPREMO, Sala 3.^a (2016), «Criterios sobre la entrada en vigor de la nueva casación contencioso-administrativa instaurada por la Disposición final 3.1 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE de 22 de julio)», en Madrid a 22 de julio de 2016, por la Sección de Admisión de la Sala Tercera.
- VELASCO, F. (2013), «Informe explicativo y propuesta de Ley de Eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Ministerio de Justicia.
- XIOL RIOS, J.A. (2015), Voto particular en la STC 7/2015, de STC 7/2015, de 22 de enero, recurso de amparo 2399/2012.

Trabajo recibido el 29 de agosto de 2017

Aceptado por el Consejo de Redacción el 20 de octubre de 2017

LABURPENA: Botere Judizialari buruzko uztailaren 1eko 6/1985 Lege Organikoa aldatu duen 07/2015 Lege Organikoa indarrean jarri izanak irauli egin du Auzitegi Nagusiko hirugarren Salaren aurreko kasazio-errekurtsoa, antolakuntzako, legezko, prozesuzko eta prozedurazko berrikuntza garrantzitsuak sartu baititu. Horien artean, auziak onartzeko betekizun bakar gisa kasazio-interes objektiboa sartu izana nabarmentzen da. Legegileak ahalegina egin du bai zantzen kasuak zehazteko (Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioa arautzen duen Legearen 88.2. artikulua), bai kasazio-intereseko ustekizunak zehazteko (Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioa arautzen duen Legearen 88.3. artikulua). Hala ere, kontzeptu berri hori sartu izanak zalantza eragin ditu kasazio-interesaren kontzeptuaren eta interes hori egiaztatzeko moduaren inguruan. Auzitegi Nagusiko hirugarren Salaren onarpen-sekzioaren jurisprudentzia hasiberriaren azterketan zentratzen da lan hau, kasazio-interesaren kontzeptua eta interes hori egiaztatzeko modua zehazteari begira.

GAKO HITZAK: Administrazioarekiko auzien kasazio-errekurtsoa. Kasazio-interes objektiboa. Prestaketa-idazkia. Onarpena.

RESUMEN: La entrada en vigor de la LO 07/2015, por la que se reforma la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha dado un vuelco al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, introduciendo relevantes novedades organizativas, legales, procesales y procedimentales, entre los que destaca la incorporación del interés casacional objetivo como requisito único de admisión de los asuntos. La introducción de este nuevo concepto, pese al esfuerzo realizado por el legislador para concretar supuestos de indicios (art. 88.2 LJCA) y presunciones de interés casacional (art. 88.3 LJCA), ha generado dudas sobre el concepto mismo de interés casacional y sobre la forma de acreditarlo. Este trabajo se centra en analizar la incipiente jurisprudencia de la Sección de Admisión de la Sala Tercera del TS para concretar el concepto de interés casacional y la forma de acreditarlo en los escritos de preparación de recursos de casación.

PALABRAS CLAVE: Recurso de casación contencioso-administrativo. Interés Casacional Objetivo. Escrito de preparación. Admisión.

ABSTRACT: The entry into force of Organic Act 7/2015 that amends Organic Act from July 1st of the Judiciary has drastically changed the right of appeal before the Supreme Court Third Chamber by introducing relevant organisational, legal, procedural and of proceeding novelties, among which stands the incorporation of objective interest for appeal as the unique condition for the admission of the cases. The introduction of that new concept, in spite of the legislator effort to establish specific cases for indications (art. 88.2 LJCA) and presumptions for the interest for appeal (art. 88.3 LJCA) has created doubts about the concept itself of interest for appeal and the way to demonstrate it. This work is focused on analyzing the incipient case law by the section for admissions within the Third Chamber of the Supreme Court in order to specify the concept of interest for appeal and the form to demonstrate it in the written pleadings of preparation of the rights of appeal.

KEYWORDS: Contentious-Administrative Right of appeal. Objective interest for appeal. Written submissions. Admission.

Bibliografía

SAIZ ARNAIZ, A. (Dir.); SOLANES, J.; ROA, J. (coords.): *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, España, (2017).

La obra «Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos» es fruto del Congreso organizado en febrero de 2015 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) y la Universitat Pompeu Fabra. La obra colectiva reúne a veinte autores de las más altas credenciales académicas y profesionales, entre estos, los jueces Roberto FIGUEIREDO CALDAS y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Presidente y Vice-presidente, en su orden, de la CorteIDH. (1)

Ello resulta particularmente importante dada la temática que aborda el libro: cómo mejorar el diálogo judicial, entendido por el profesor Alejandro SAIZ ARNAIZ como un intercambio de argumentos entre tribunales supranacionales y nacionales para lograr una lectura común del derecho internacional de los derechos humanos con fines de legitimación deliberativa en un mundo donde las sociedades se caracterizan por ser heterogéneas o pluralistas.

Conviene destacar también la participación de jueces nacionales en esta publicación, entre estos, el Magistrado

LARRIEUX RODRÍGUEZ de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay y del juez José Antonio DIAS TOFFOLI, Ministro del Supremo Tribunal Federal y Presidente del Tribunal Supremo Electoral de Brasil, puesto que para dialogar se requiere siempre de dos o más personas con puntos de vista diversos. En este sentido, el lector encontrará que la obra se encuentra enriquecida por el pluralismo argumentativo, el sano debate y la crítica constructiva propia de la academia.

La obra se encuentra dividida en ocho partes, cada una con ejes temáticos distintos, por lo que cubre las cuestiones más importantes del derecho internacional de los derechos humanos sin dejar de lado la especialización y el rigor académico: I. Las bases para el dialogo judicial; II. La protección multinivel de derechos políticos y libertad de expresión; III. El diálogo judicial en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC); IV. La protección de grupos vulnerables; V. La protección de migrantes y refugiados; VI. Derechos sexuales y reproductivos; VII. Independencia judicial; y, VIII. Reparaciones en materia de derechos humanos.

En la primera parte el profesor Alejandro SAIZ ARNAIZ brinda un marco teórico sobre el diálogo judicial y expone algunas razones que lo justifican, entre estas, evitar la responsabilidad internacional del Estado y lograr una interpretación conforme que satisfaga las diferentes realidades constitucionales de cada Estado.

La primera parte continúa con una exposición del Juez FIGUEIREDO

(1) El Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor ha sido designado, en noviembre del presente año, como Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CALDAS sobre la jurisprudencia de la CortelDH en relación a la doctrina del control de convencionalidad en la que destaca que el derecho interno no sólo debe acatar el canon de constitucionalidad sino también debe ser conforme con el derecho internacional. En este sentido concluye que: **1.** El control de convencionalidad puede ser aplicado a cualquier norma de derecho interno, inclusive con carácter constitucional; **2.** Que todos los jueces y, en general, toda autoridad debe ejercitar un control de convencionalidad en el marco de sus competencias; y, **3.** Que la inconvencionalidad puede ser objetiva —que la norma impugnada es *per sé* inconvencional— o que la inconvencionalidad puede ser producto de una cuestión de interpretación.

En relación al control difuso de convencionalidad, vale destacar la crítica que en la primera parte del libro realiza el Juez LARRIEUX RODRÍGUEZ, en el sentido que, el control de convencionalidad no debería ser ejercido, en el ámbito nacional, por jueces que no están habilitados a ejercer el control de constitucionalidad, como ocurre en los Estados con un modelo de control constitucional concentrado puesto que en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) «no existe disposición alguna que faculte a la CortelDH para injerirse directamente...en la estructura de la administración de justicia de los Estados adherentes».

Para concluir la primera parte de la obra encontramos un análisis comparativo sobre el sistema europeo e interamericano realizado por el profe-

sor Giancarlo ROLLA así como el interesante trabajo de Natalia TORRES ZÚÑIGA en el que trata uno de los temas (más delicados a mi entender) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH): el control de convencionalidad sobre normas constitucionales y los criterios empleados por la CortelDH. Así, la autora concluye que la CortelDH mantiene un estricto estándar de control cuando se trata de normas constitucionales que contradicen derechos esenciales que han sido ampliamente desarrollados jurisprudencialmente por la CortelDH y lo ejemplifica con los casos *Boyce vs. Barbados*, sobre la prohibición convencional de la pena de muerte; y, con el caso *La última tentación de Cristo vs. Chile*, sobre libertad de expresión y censura previa.

Finalmente, la autora pone de manifiesto que la CortelDH no ha desarrollado abiertamente la doctrina del margen de apreciación nacional, originaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y que elaborar los presupuestos y límites de esta doctrina en el ámbito latinoamericano permitiría legitimar y fortalecer la institucionalidad del SIDH puesto que una respuesta monista —que no implique diálogo alguno— implicaría que los Estados continúen en «el incumplimiento de los fallos que ordenan una reforma constitucional».

La segunda parte del libro tiene como eje temático la protección multinivel de los derechos políticos y de la libertad de expresión. En ella destacan, entre otros, el trabajo del Juez DIAS TOFFOLI que aborda el desarrollo jurisprudencial de la CortelDH en

relación a los derechos políticos de las minorías.

Con este objeto, el autor aborda el caso *Yatama vs. Nicaragua* en el que se decidió que la exigencia de constituir un partido político como requisito para participar como candidato en elecciones resulta excluyente con las minorías indígenas por ser «ajenas a sus usos, costumbres y tradiciones». Igualmente, es meritorio destacar que en 2010 se declaró inconstitucional en Brasil la exigencia de dominar el portugués para que el indígena pueda registrarse como elector —la constitución brasileña permite el ejercicio del voto inclusive a los analfabetos— por ser una restricción irrazonable a un derecho fundamental.

Me parece, sin embargo, que lo mejor de esta contribución se encuentra contenido en la reflexión final del autor, al señalar que «el sufragio es el derecho político máximo» y que «la restricción del ejercicio del voto no es otra cosa que una restricción al principio de universalidad del sufragio y, consecuentemente, a la propia democracia...».

La segunda parte de la obra continúa con una importante crítica del profesor Jorge Ernesto ROA ROA sobre las deudas de la jurisprudencia de la CortelDH en cuestión de derechos políticos. En primer lugar, ROA aborda el caso *López Mendoza vs. Venezuela* en el que la CortelDH estableció que un funcionario electo a través de medios de democracia directa no podía ser destituido por vía administrativa sino sólo por un juez y por con-

dena penal, como reza expresamente el texto de la CADH.

La crítica se basa en que las actuales condiciones (anti) democráticas de Venezuela no son comparables con las del resto de Estados miembros —que tienen sistemas democráticos aceptables— por lo que el estándar aplicado resulta excesivamente estricto y no toma en cuenta otros tratados internacionales suscritos por los Estados, especialmente, los relativos a la lucha contra la corrupción.

Jorge ROA expone también un curioso caso que se repite frecuentemente en Latinoamérica: normalmente, las constituciones prevén límites a la reelección presidencial con el objeto de evitar regímenes dictatoriales o promover la alternancia en el poder. Sin embargo, en varios casos los tribunales locales encargados del control de constitucionalidad —y difuso de convencionalidad— han dejado sin efecto la referida limitación constitucional, alegando que es contraria a la CADH por restringir los derechos de participación política.

Para ejemplificarlo, Jorge ROA alude al caso de Nicaragua en 2011 pero el fenómeno se viene repitiendo, por ejemplo, en Ecuador (2015), Paraguay (2017) y más propiamente en el caso de la Sala Constitucional de Honduras que en el año 2015 declaró inaplicables cláusulas pétreas de su constitución relativas a la prohibición de reelección. Pese a la larga historia de dictaduras en el cono sur latinoamericano y la evidente necesidad de resolver este problema, la CortelDH ha mantenido un silencio

injustificable. Jorge ROA propone un modelo de solución para estas antinomias: dotar de legitimación activa a los Tribunales constitucionales para que cuando consideren que una norma constitucional es contraria a la CADH lo consulten a la CortelDH (2).

La segunda parte del libro finaliza con el trabajo del profesor Rafael BUSTOS GISBERT sobre los retos y desafíos de la libertad de expresión en el Siglo XXI en el que menciona como el internet ha revolucionado totalmente la comunicación y como los principios de libertad de expresión diseñados para el discurso clásico —prensa escrita, radial, discursiva— podrían no ser adecuados para la regulación del internet. El internet ofrece anonimato al emisor, le permite llegar a una audiencia mundial y hace que la información no sea suprimible aún en caso de que resulte falsa o discriminatoria dada su difusión global y la interacción de usuarios no informados en la red.

Frente a estos desafíos, el profesor BUSTOS GISBERT aboga por un modelo preventivo y también de obligaciones positivas para los proveedores de internet, los motores de búsqueda y otros actores en la red para lograr un justo balance entre el derecho a

la libre empresa, la información, la libertad de expresión y derechos como la vida privada y la honra. Para ello explica tres casos de vital importancia en Europa: *K.U. vs. Finlandia*; *Delfi A.S. vs. Estonia* y *Google vs. Agencia Española de Protección de Datos & Mario Costeja González*.

La tercera parte de la publicación aborda el diálogo judicial en materia de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por el Juez interamericano FERRER MAC-GREGOR y el profesor externalista Juan Carlos UPEGUI MEJÍA. Del artículo del Juez FERRER MAC-GREGOR se puede destacar que realiza una necesaria introducción de los DESC en los distintos sistemas de protección de derechos humanos, desde el modelo de Naciones Unidas hasta los modelos regionales. Posteriormente, el autor aborda una de las cuestiones más debatidas en la actualidad en relación con los DESC: su justiciabilidad directa por parte de la CortelDH.

El argumento del Juez FERRER MAC-GREGOR parte de que todos los derechos humanos son interdependientes e indivisibles y que la obligación general de respeto y garantía de derechos del artículo 2 de la CADH no excluye a los DESC. Así mismo, analiza lo que él reconoce como el *leading case* de la jurisprudencia interamericana en esta materia, el caso *Acevedo Buendía vs. Perú*. El autor hace uso además de la interpretación evolutiva y del recurso a la lógica al señalar que los tribunales nacionales tutelan DESC ya que sus constituciones también los reconocen; y, en este sentido no habría ilegitimidad en que

(2) Me parece una solución viable, aún con los inconvenientes que podría acarrear en la práctica (como la sobrecarga de casos) pues resulta una contradicción lógica que un juez pueda anular la norma misma de la cual nace su jurisdicción para ingresar a navegar en la vaguedad de los conceptos y la arbitrariedad, más aún cuando no existe precedente en un caso análogo por parte de la intérprete auténtica de la CADH, que es la CortelDH.

estos sean también tutelados por la CortelDH.

La parte cuarta del libro trata de la protección de los grupos vulnerables en una perspectiva comparada desde la CortelDH y el TEDH y se nutre de los trabajos de Andrea ACOSTA y Daniel RIVAS, así como del artículo de Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ y Antonio MAUÉS. En su artículo, los profesores externalistas ACOSTA y RIVAS exponen la reciente línea jurisprudencial desarrollada por el tribunal interamericano en materia de discapacidad, contenida en dos sentencias del 2006 y 2012, demostrando la inexistencia del diálogo judicial entre el juez interamericano y el juez nacional en esta materia. Así, la CortelDH no tomó como punto de referencia para desarrollar su jurisprudencia los pronunciamientos previos de tribunales colombianos, argentinos y bolivianos sobre discapacidad pese a su riqueza argumentativa.

Los autores logran demostrar que los tribunales nacionales reconocieron con anterioridad y de forma explícita las obligaciones estatales relacionadas a la condición de discapacidad, entre estas, la prohibición de discriminación en el acceso a la educación y la movilidad, la prohibición del despido por discapacidad no incompatible con el trabajo; y, el acceso a medicinas así como al sistema de salud.

De otro lado, los profesores GÓMEZ FERNÁNDEZ y MAUÉS contribuyen a la obra con un análisis comparativo, muy completo, entre la jurisprudencia del TEDH y la CortelDH

acerca de los grupos vulnerables y el derecho al acceso a la justicia. De esta manera los autores concluyen que la CortelDH ha fijado estándares para determinar qué grupo de personas pueden llegar a constituir un «grupo vulnerable», especialmente, ha desarrollado garantías relativas al acceso a la justicia en favor de menores de edad (limitación de la publicidad del proceso, jueces especializados, valoración especial del testimonio del menor) y de los migrantes (derecho a un intérprete, derecho a la apelación suspensiva de la decisión que deniegue el estatus de refugiado). Igualmente, se valora positivamente la introducción al estudio de la vulnerabilidad provocada por el nivel de renta o el hecho de pertenecer a una minoría lingüística.

La quinta parte de la obra tiene como objeto el análisis de la protección judicial de las personas migrantes y refugiadas en el SIDH y se enriquece con la contribución de la profesora Adriana MUÑOZ POLO, quien cuestiona el concepto de ciudadanía como una barrera de acceso a la vida digna y los derechos básicos, siguiendo de cerca las ideas de Hannah ARENDT y de Luigi FERRAJOLI, siendo destacable que esta es la primera contribución de la obra en la que se aprecia también un contenido filosófico.

Resulta de especial interés el artículo de Karlos CASTILLA JUÁREZ toda vez que expone y analiza treinta y cinco años de desarrollo jurisprudencial de la CortelDH en relación al derecho de asilo y refugio, haciendo especial énfasis en los derechos rela-

tivos al acceso a la justicia, los derechos del trabajador migrante y la delicada situación relacionada con la migración y la detención penal. De esta contribución es importante rescatar que ninguna persona migrante puede ser expulsada a un Estado donde la vigencia de derechos humanos no esté asegurada, pues ello constituiría otra violación agravada por la situación de vulnerabilidad de la víctima.

La parte sexta tiene como eje temático la protección de derechos sexuales y reproductivos en el contexto interamericano y cuenta con las contribuciones de César LANDA ARROYO, ex presidente del Tribunal Constitucional del Perú; y, de la profesora Mónica ROA LÓPEZ. Ambos abordan los casos *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica* y el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, donde exponen los alcances y límites del derecho a la libertad sexual desarrollados por la jurisprudencia de la CortelDH, entre estos podemos resaltar:

1. Que la prohibición de discriminación por motivos de «sexo» incluye también a la prohibición de discriminar por «orientación sexual»; 2. Que el interés superior del niño debe valorarse siempre en base al caso concreto y no de manera abstracta considerando únicamente «riesgos reales y probados, no especulativos o imaginarios» y que por tanto un progenitor, sin importar su orientación sexual tiene derecho a no ser privado arbitrariamente del cuidado de sus hijos; y, 3. Que en el SIDH la «concepción» —y por tanto la protección convencional— inicia con la anidación

del embrión (el óvulo fecundado) en las paredes del endometrio femenino y no con la mera fecundación de los espermatozoides al óvulo, ya que si el cigoto no es implantado el proyecto de vida es absolutamente inviable. Ello tiene consecuencias importantes relacionadas a la convencionalidad del aborto y a prácticas como la fecundación in vitro.

La parte séptima de la publicación trata sobre independencia judicial en el sistema interamericano y europeo que agrupa las contribuciones de Oscar PARRA VERA, Mariela MORALES ANTONIAZZI y de Antonio FRANCO PÉREZ, quien realiza una interesantísima crítica a la sentencia de la CortelDH en el caso *Brewer Carías vs. Venezuela*. De esta sección se destaca que los autores consideran a los jueces como piedra angular para el diálogo y para la existencia del Estado de Derecho por lo que: 1. Deben gozar de estabilidad, siendo los nombramientos provisionales una excepción, que tampoco equivale a libre remoción; y, 2. Que los procesos administrativos-disciplinarios deben ser motivados y que la sanción debe ser proporcional a la falta, no siendo causal de destitución el solo hecho de que una sentencia sea revocada por un tribunal superior.

Finalmente, la parte octava de la obra trata las reparaciones en materia de derechos humanos y contiene un artículo de Danilo ROJAS BETANCOURTH, magistrado del Consejo de Estado de Colombia, en la que realiza un análisis comparativo entre las decisiones de la CortelDH y las decisiones del Consejo de Estado colombiana-

no con el objeto de establecer similitudes, diferencias y tensiones entre cada modelo.

Entre las conclusiones del autor se encuentran que: 1. El criterio utilizado en el SIDH para cuantificar la indemnización es la «equidad» en el caso concreto, por lo que no existen mínimos ni topos. De otro lado, señala que el sistema colombiano sí se ha desarrollado «reglas de la experiencia» para solucionar esta cuestión, aunque el autor señala también los defectos de estas últimas. 2. Que ambos sistemas comparten que el propósito de la indemnización debe ser poner a la víctima en la situación anterior al daño —o a la más próxima posible— conocida como «restitutio in integrum».

En líneas generales, la obra ofrece un análisis profundo sobre los temas de mayor relevancia en el derecho internacional de los derechos humanos, que además se encuentra enriquecido por la aguda crítica a la jurisprudencia de la CorteIDH en temas como los conflictos entre los derechos políticos y la lucha contra la corrupción; las dificultades de la puesta en práctica del control difuso de convencionalidad o el conflicto existente entre los derechos de participación política y su limitación en una sociedad democrática. Este factor dota de gran valor a la obra puesto que lejos de ser meramente descriptiva pone en relieve los desafíos inmediatos a los que se enfrenta a la justicia interamericana.

A pesar de lo dicho, las diferentes contribuciones a la obra redundan en ciertos temas que pudieron haber

sido agrupados en un capítulo introductorio que tratase el funcionamiento general del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y el control de convencionalidad así como su desarrollo jurisprudencial. Aquella redundancia en los contenidos provoca una dilación innecesaria para los lectores familiarizados con el tema general de la obra; y, de otro lado, priva a los lectores menos especializados de una exposición estructurada y global de estos temas. Por supuesto, ello es una consecuencia natural de una obra colectiva que logró agrupar a veinte autores de las más altas credenciales, y que nos ofrecen, en síntesis, una maravillosa obra que merece ser leída.

Andrés CERVANTES VALAREZO

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.16>

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco: *Justicia o Burocracia*, Civitas, Madrid, 2017. Prólogo de Michele TARUFFO, 287 páginas.

Ciertamente, la actividad diaria de los órganos judiciales se ha visto condicionada de un tiempo a esta parte por reformas tecnológicas, organizativas y procesales que vienen suscitando una amplia polémica. Entre estos cambios, se encuentra la nueva organización de la Oficina Judicial que se inició, en sus aspectos estrictamente organizativos, en virtud de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre; norma que supuso la eliminación de la antigua «superior dirección» del Juez o Presidente de los servicios del Juzgado o Tribunal

y la progresiva atribución de funciones de esta naturaleza al Secretario Judicial hasta llegar a conferirle la dirección de la llamada Oficina Judicial mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. Estas reformas organizativas se vieron complementadas por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que conllevó la reforma de las leyes procesales mediante el cambio de competencias procesales (e incluso resolutorias, en algún caso) del Juez o Tribunal al Secretario Judicial o actual Letrado de la Administración de Justicia.

Precisamente, sobre este fenómeno organizativo y procesal se ha pronunciado el autor de la monografía reseñada, en la que, como dice y comparte su prologuista el profesor Michele TARUFFO, su objetivo declarado pasa por «restituir el proceso al juez».

Para desarrollar su tesis, el Sr. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, tras una introducción, realiza un análisis histórico que parte de lo que significativamente llama «el desmoronamiento del viejo juzgado». En este punto, se da cuenta de la escribanía medieval y de su paso a la secretaría liberal hasta llegar a la disyuntiva legislativa que se planteó con el Gobierno del Sr. AZNAR a la hora de abordar las reformas procesales. Para nuestro autor, la alternativa de la razón estuvo representada por el impulso y aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo el Ministerio de la Sra. MARISCAL DE GANTE. En efecto, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil suponía poner al juez en el centro del proceso desde su inicio, de manera

que se hacían visibles (frente a experiencias anteriores) los principios de oralidad, publicidad, inmediación y concentración. Por el contrario, la opción de la fuerza, según el punto de vista de la obra, supuso, entre otras cosas, la «desjudicialización» parcial del proceso, cuya génesis y antecedentes políticos son analizados críticamente en el libro reseñado (entre ellos, el llamado Pacto de Estado para la reforma de la Justicia negociado por José María MICHAVILLA, por el Partido Popular y por Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, por el Partido Socialista Obrero Español).

Efectuado este examen histórico, el capítulo III se centra en describir las características del nuevo modelo, que, para el autor de la obra, supone el triunfo de la burocracia, lo que constituye, además, el título del referido capítulo. Entre estas notas distintivas, se encuentra, según se refiere en la publicación analizada, la separación del juez del proceso mediante la creación de servicios comunes procesales que resultan totalmente ajenos al juez. En segundo lugar, la regulación resultante se caracteriza por la deslegalización, mediante la aparición de protocolos o instrucciones que marcarán la actividad de la Oficina Judicial. Adicionalmente, y por la importancia que ha tenido en la puesta en marcha de la llamada Oficina Judicial, se estudia la virtualidad que a este respecto representan los actualmente llamados Letrados de la Administración de Justicia, que se encuentran ahora estructurados jerárquicamente bajo la dependencia última del Ministerio de Justicia, cuyo régimen jurídico se expone tam-

bién en términos negativos. Todo ello lleva a Marco de BENITO a identificar una mutación constitucional, esto es, una modificación constitucional llevada a efecto al margen de los procedimientos previstos para ello. Así, se dice gráficamente que «el modelo realmente vigente según las nuevas normas contradice declaraciones y proposiciones formuladas en otras normas de más amplio alcance, que no fueron pensadas para otra realidad distinta y que no han sido derogadas o reformuladas, sino privadas subrepticamente de su significación original por la nueva letra pequeña de la ley». La mutación constitucional se manifiesta en la desintegración orgánica de los tribunales en función del reparto de competencias procesales y en la ruptura de la intermediación judicial mediante la diferenciación entre lo procesal y lo jurisdiccional.

Efectuado este acerado análisis de la legislación vigente en España, se dedica un capítulo, el IV, a las enseñanzas del Derecho comparado. En concreto, se estudia en primer lugar la organización y funcionamiento procesal de los Tribunales franceses (en concreto, la figura del *greffe*), en la que no aparece el desdoblamiento de funciones procesales que denuncia el actor del caso español, mientras que sí que se mantiene la unidad de dirección administrativa del Tribunal. Más complejo es el modelo alemán, ya que, aunque en algunos procedimientos de menor complejidad, la competencia no es de los jueces sino del *Rechtspfleger*, lo cierto es que, en la generalidad de los procedimientos (que son de competencia judicial), el juez está pendiente del pleito del prin-

cipio al fin sin intermediación alguna. Finalmente, el modelo inglés es plenamente judicialista, sin ningún tipo de desdoblamiento. Por lo demás, en los tres países los jueces ostentan, en mayor o menor medida, poderes de dirección, organización y disciplina sobre los funcionarios.

El último de los capítulos del Libro —el V— contiene una propuesta de rectificación del modelo vigente bajo una rúbrica muy gráfica: «aún es posible la cordura». La idea fundamental que se mantiene consiste en la restitución del proceso al juez, a la que se añadiría una reorganización del Cuerpo de Secretarios Judiciales y una liberalización de los servicios de notificaciones y ejecuciones.

Presentados algunos de los contenidos del libro comentado, resta señalar que se trata de una significativa contribución a un debate que, si bien fue intenso al tiempo de la aprobación de la Ley 13/2009, había decaído un tanto en los últimos años, a pesar de que recientes pronunciamientos de los más altos Tribunales puedan incidir acaso en el estado de la cuestión (así, la STC 58/2016, de 17 de marzo, sobre la generalización del recurso de revisión ante el juez de los actos procesales del Letrado de la Administración de Justicia por imperativo constitucional; y la Sentencia de 16 de febrero de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la posición del Secretario Judicial en el proceso y sus consecuencias en cuanto a la falta de legitimación de este funcionario para presentar una cuestión prejudicial). La lectura de la obra, en definitiva, no dejará indiferente a

ningún interesado en el tema, que encontrará datos y puntos de vista sobre un asunto medular de la justicia en España, que exige una permanente atención por parte de la doctrina y de los operadores jurídicos.

Javier OLIVÁN DEL CACHO

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.17>

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki:
Derecho Público en Euskal Herria, Editorial IVAP/Lete, Bilbao, 2017, 484 págs.

«Euskal Herria» hace referencia a la nación cultural localizada en un territorio que políticamente forma parte de los Estados español y francés, y dividida en tres formas de organización político-administrativa: la Comunidad Autónoma del País Vasco; la Comunidad Foral de Navarra —comunidades autónomas que constituyen los territorios vascos del Sur o Hegoalde—; y los territorios vascos del Norte o Iparralde (Zuberoa, Baja Navarra y Lapurdi), que a su vez no tienen una estructura administrativa propia y forman parte del Departamento de los Pirineos-Atlánticos y de la Región de Nouvelle-Aquitaine.

Es éste un término al cual se ha prestado poca atención desde la disciplina jurídica. Ello no obstante, en este libro editado también en euskara (*Zuzenbide Publikoa Euskal Herrian*), el Catedrático de la UPV/EHU Iñaki Lasagabaster se aventura a estudiar el Derecho Público en este ámbito territorial, aprovechando para fijarse

en Euskal Herria como hecho político, más allá de hecho cultural, si bien lo hace sin caer en planteamientos utópicos, de ahí que, en consonancia con la falta de reconocimiento de dicho sujeto político, la obra se titule «en Euskal Herria» y no «de Euskal Herria».

En la presentación, el autor manifiesta su propósito de «analizar las categorías jurídicas que desde el Derecho público sirven para estudiar la situación política-administrativa de Euskal Herria». Partiendo de que la identidad política requiere de unas categorías jurídicas que la sustenten o fundamenten, el trabajo reflexiona sobre los componentes jurídicos fundamentales y universales de las naciones sin Estado (como por ejemplo el territorio, la ciudadanía o el derecho de autodeterminación), a la par que intenta contextualizarlos en la realidad jurídica de Euskal Herria a través de la explicación de su historia político-administrativa, de las instituciones políticas vascas, de los derechos históricos, del régimen jurídico del euskara, del sistema de distribución de competencias y las relaciones con el Estado, y de las relaciones entre los diferentes territorios vascos.

El libro se compone de una presentación y de cuatro capítulos que abordan sucesivamente los siguientes temas: *la historia y el derecho en Euskal Herria; las categorías jurídico-políticas fundamentales; el parlamento, el gobierno y el poder judicial; y el régimen jurídico de las competencias de las relaciones entre los diferentes territorios de Euskal Herria*.

A modo de introducción, el primer capítulo realiza un recorrido por la historia político-constitucional de Euskal Herria —completado con los documentos históricos normativos que figuran a modo de Anexos—. Se recalca el hecho histórico de que durante el Reino de Navarra hasta su conquista por Castilla en 1512, los territorios vascos tuvieron una unidad como identidad política. Posteriormente, el constitucionalismo liberal de los Estados español y francés supuso la confrontación con la foralidad de los territorios vascos. En la Segunda República, Euskadi llegó a gozar de un Estatuto de Autonomía propio, pero tras la Guerra Civil Española, durante el franquismo sufrió los intentos de eliminación de su identidad cultural como pueblo. En la transición, se aprueba la Constitución de 1978 y la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra realizaron su proceso estatutario. Considerando agotado el Estatuto de Autonomía de 1979 e intentando avanzar en la autonomía, hubo dos iniciativas de la Comunidad Autónoma del País Vasco que fueron frenadas por los poderes públicos españoles: «La Propuesta de un Nuevo Estatuto Político de Libre Asociación con el Estado Español» y la Ley 9/2008 de Consulta aprobada por el Parlamento Vasco. En cuanto a Iparralde o País Vasco Norte, se menciona su reciente institucionalización a través de la Comunidad de Aglomeración del País Vasco-Iparralde, la cual ha iniciado su funcionamiento el 1 de enero de 2017.

A lo largo de la exposición de los episodios autonómicos más cercanos en el tiempo, el autor pone de mani-

fiesto el anclaje del constitucionalismo y el inmovilismo político del gobierno central español, criticando la debilidad de los argumentos del Tribunal Constitucional para negar la legitimidad y legalidad de las propuestas de autodeterminación, a la vez que adereza y enriquece la argumentación con su concepción sobre el valor fundamental de la democracia, en el sentido de que principios y valores como el derecho a la autodeterminación deben poder considerarse para revisar las normas reguladoras constitucionales en un sistema con calidad democrática, tal y como ha ocurrido en otros Estados donde sí hay lugar a las negociaciones o referéndums. El capítulo se cierra con un *desideratum* de que la realidad cultural histórica de Euskal Herria pueda determinarse como sujeto político.

En esta línea, las ideas esenciales se recogen en el segundo capítulo donde aborda una selección de categorías jurídicas básicas de Derecho político constitucional que dan legitimidad al reconocimiento de una nación política y las enlaza con las características de los derechos públicos vascos (Así, el territorio, la democracia, el derecho a decidir, los derechos históricos, el derecho de autodeterminación, el régimen jurídico de la lengua y los símbolos). En general, la teoría de dichas categorías ha girado en torno a los Estados de Derecho existentes y no ha sido utilizado para definir el estatus de los pueblos sin Estado. En cambio, el autor las analiza desde los fundamentos de los poderes y caracteres de que disponen las instituciones públicas vascas, es decir, los Estatutos de Autonomía;

el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones expresado en la Constitución española; la reintegración foral a través de los derechos históricos y la interpretación del Tribunal Constitucional; el derecho a decidir en los Estados plurinacionales con expresa mención del caso de Quebec; y el derecho de autodeterminación referido en el Derecho Internacional. Tras examinar el concepto jurídico de territorio en sus diferentes acepciones teóricas, se detiene en el estudio de la ciudadanía, considerando que la titularidad de derechos además de a la nacionalidad, puede perfectamente vincularse a la tenencia de la condición política de vasco. Por ello, critica la utilización excesiva por parte del Estado del título competencial de igualdad del art. 149.1.1 CE para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos, cuando se debe atender ponderadamente al principio de autonomía. Otro apartado importante de este capítulo se refiere al régimen jurídico de la lengua, ya que el derecho de uso del propio idioma es una cuestión de derecho, y expone como se trata el régimen de oficialidad del euskara en la CAPV, Navarra e Iparralde en las normativas respectivas.

El capítulo tercero tiene la estructura más clásica y un carácter más descriptivo de manual al analizar las instituciones políticas vascas, principalmente las correspondientes a la Comunidad Autónoma del País Vasco, en concreto el Parlamento, el Gobierno, el poder judicial, la Comisión Arbitral, el Ararteko y otros órganos destacados de la organización políti-

co administrativa como el Tribunal de Cuentas y la Cámara de Comptos navarra o la Comisión Jurídica Asesora y el Consejo de Navarra.

El capítulo cuarto en su sección primera hace referencia al sistema de distribución de competencias. Partiendo desde los modelos teóricos, se detalla la opción elegida por la Constitución de 1978, la cual contempla el principio dispositivo a favor de las Comunidades Autónomas para asumir competencias a través de sus Estatutos de Autonomía, y las diversas alternativas de modificación extraestatutaria de competencias, con atención especial, a las derivadas de la actualización de los derechos históricos. A continuación, aborda la cuestión de cómo determinar las materias que constituyen el fundamento de la asunción de competencias, las diferentes categorías de competencias, y concluye señalando que la casuística de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha favorecido la recentralización de las competencias a favor del legislador estatal (Citando la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, como máxima referencia). Otra de las cuestiones generosamente desarrollada es la relación entre las normas estatales y autonómicas que debe apoyarse en el principio de competencia, y no en una concepción distorsionada del principio de supletoriedad y de prevalencia.

La segunda sección de este capítulo incide en las relaciones entre los diferentes territorios de Euskal Herria, tanto entre las Comunidades Autónomas —viniendo a señalar que

en la práctica las relaciones de cooperación entre Euskadi y Navarra han estado mediatizadas por el poder político gobernante en Navarra—, como entre Hegoalde e Iparralde.

En la esfera de las relaciones internacionales, de una inicial negativa a reconocer competencias, se pasa a un lento reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de la intervención autonómica con proyección exterior en ejecución de competencias que le corresponden. Se expresan los diferentes instrumentos jurídicos existentes de actividad internacional: convenios exteriores, asociacionismo en el ámbito internacional, acuerdos bilaterales, o la cooperación al desarrollo. Destaca el examen de las relaciones de cooperación Hegoalde-Iparralde, bien mediante los instrumentos generales de relaciones internacionales, bien mediante los instrumentos de cooperación transfronteriza, sobre todo, en el marco del Convenio Marco de Cooperación Transfronteriza del Consejo de Europa, ya que de conformidad con ello, se firmó el Tratado de Bayona que ha permitido a las entidades territoriales firmar convenios de cooperación transfronteriza entre ellas. Con ello resume el contenido de otra de sus obras recientes, aunque menor: «La Cooperación Transfronteriza en Europa. Una mirada desde Euskal Herria», publicada en 2016 por IVAP. Para finalizar, relaciona las formas de participación limitada de los entes subestatales en el seno de la Unión Europea.

En último término, se trata de una obra de alto nivel jurídico que viene

a ocupar un espacio en el Derecho que hasta ahora estaba huérfano de bibliografía. Con una cuidada transmisión de conocimientos históricos y objetivos y una adecuada selección de contenidos (En este sentido, algunas ideas incluidas en las notas de pie de página se me antojan fundamentales), se informa y forma al lector sobre cuestiones relativas a la configuración político-institucional del territorio vasco y promueve la comprensión de discursos sobre la idea de un ámbito identitario en Euskal Herria. Si se me permite expresar una observación, echaría en falta una mayor explicación del marco jurídico correspondiente a la distribución competencial en el lado del Estado francés, y hubiese sido interesante un relato más amplio sobre los movimientos de reivindicación de Iparralde de un estatus político-administrativo propio y sobre la historia de su institucionalización.

El Catedrático combina un sólido enfoque teórico con el análisis de diversos problemas jurídicos que han trascendido a la realidad vasca. En las partes más vivas de la obra, se muestran debates judiciales, ilustrativos en su opinión de una politización de la justicia así como de una judicialización de la política que tienen como fin la negación de un sujeto político sin ni siquiera permitir la apertura de nuevas formas de unidad político-administrativa.

A lo largo de toda la obra, se percibe esta preocupación del autor, advertida por el mismo en su presentación, que no es otra que identificar las posibilidades que ofrece el ordena-

miento en vigor para llevar adelante políticas que defiendan una identidad política. En cierto modo, sus últimos trabajos de investigación siguen esta línea de tocar las puertas para abrir alguna vía que dé trascendencia jurídica a Euskal Herria como hecho o sujeto político. Con todo, su declaración de intenciones no se materializa con una puesta en directo como pintor de brocha gorda, sino más bien mediante puntuales pinceladas impresionistas. La temática se aborda a modo de manual de Derecho Público, y aunque alguno pueda discutir su acierto metodológico o pueda requerir más ejemplos procedentes del Derecho comparado internacional, si se encajan bien todas las piezas, el lector creará el puzzle.

En definitiva, desde su claridad realiza una valiosa aportación para los operadores del Derecho Político Constitucional, y la sensación que transmite es que constituye una propuesta de viaje que invita a más expertos jurídicos a unirse al debate sobre interrogantes latentes. Además, el valor de las aportaciones contenidas se hace mayor justamente en el contexto actual de las reflexiones planteadas sobre el futuro de la Unión Europea, del proceso independentista de Cataluña, y de las oportunidades de actuación y cooperación en Euskal Herria con la nueva Aglomeración del País Vasco francés. El devenir de los próximos eventos determinará si es éste un legado definitivo de su autor o se sienta obligado a prometer volver al estilo MacArthur.

Iñaki SERRANO LASA

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.18>

LÓPEZ RAMÓN, Fernando (coordinador): *El patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica*. Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 2017.

Estamos ante un libro que integra los trabajos del proyecto de investigación sobre el régimen jurídico del patrimonio cultural en Europa y Latinoamérica desarrollado durante el año 2016 por la Red Internacional de Bienes Públicos y que generó una serie de ponencias defendidas en la reunión de Bogotá (Colombia), del 15 al 17 de junio de 2016.

Como explica el coordinador, la citada red es una agrupación de equipos de investigación de universidades e instituciones académicas de Europa y Latinoamérica que abordan habitualmente el régimen jurídico de los bienes públicos a través de actividades de investigación, docencia y extensión.

En el momento de la publicación, han participado en dicha red equipos procedentes de los países que enunciamos a continuación, con los representantes y ponencias que también detallamos.

De España, F. López Ramón («Fuentes y concepto del patrimonio cultural en el ordenamiento español»); J.L. Bermejo Latre («La indeterminación y amplitud del concepto de expolio del patrimonio cultural español»); y C. de Guerrero Manso («La escasa y problemática regulación del patrimonio inmaterial en España»).

De Francia, Hubert Alcaraz («La protección del patrimonio cultural en Francia: del redescubrimiento a la valorización») y Olivier Lecucq («El régimen jurídico de las lenguas regionales en Francia: ¿derecho fundamental o elemento del patrimonio cultural francés?»).

De Italia, Valentina Giomi («Lo sviluppo del sistema di circolazione dei beni culturali pubblici e privati di interesse pubblico in Italia»).

De Portugal, Fernando Alves Correia & Bernardo Almeida Azevedo («O regime jurídico de protecção e valorização do património cultural em Portugal»).

De Argentina, I.M. de la Riva («La protección del patrimonio cultural en el Derecho Argentino»); P. O. Gallegos Fedriani («Patrimonio cultural, desamparo de los propietarios: un caso paradigmático en Argentina»).

De Colombia, H. Santaella Quintero («Bases constitucionales de la protección del patrimonio cultural en Colombia»); J. Pimiento Echeverri & A. Castro Rodríguez («El régimen del patrimonio cultural en Colombia. Una visión general desde el punto de vista normativo»); y C. J. Velásquez Muñoz («Intervención, protección y fomento del patrimonio cultural urbano en Colombia»).

De Costa Rica, Ernesto Jinesta L. («Régimen jurídico del patrimonio cultural en Costa Rica»).

De Perú, J. Danós Ordóñez («Régimen de los bienes integrantes del patrimonio cultural en el Perú»);

R. J. Martín Tirado («La protección del patrimonio cultural en el Perú: Balance y Perspectivas»); R. Huapaya Tapia («Las técnicas administrativas de protección del patrimonio cultural arqueológico en el ordenamiento jurídico peruano»); R. Jiménez Murillo («El sistema nacional de bienes estatales y el régimen jurídico del patrimonio cultural en Perú»); y O. Vignolo («Los bienes culturales peruanos y la revalorización de la intervención municipal»).

De Uruguay, A. Durán Martínez («El régimen jurídico del patrimonio cultural en Uruguay»); P. Schiavi («Régimen del patrimonio cultural en Uruguay: problemas y desafíos»); G. Ruocco («Patrimonio cultural y derecho de propiedad privada en Uruguay»); R. Ferrés Rubio («Los hallazgos arqueológicos como consecuencia de la ejecución de proyectos de infraestructura pública en Uruguay»).

Y de Venezuela, V. R. Hernández Mendible («Régimen jurídico del patrimonio cultural en Venezuela»).

Las aportaciones de los participantes europeos han girado en torno a la precisión del concepto de patrimonio cultural, su origen y evolución hasta los tiempos presentes, y otras nociones complementarias como el alcance de algunas de sus manifestaciones (los bienes culturales inmateriales) o el expolio de los mismos. Las contribuciones de los representantes latinoamericanos han versado sobre los elementos determinantes de la formación, trayectoria y significado actual del patrimonio cultural, explicando las características de las diferentes regulaciones nacionales.

Dada la amplitud de los trabajos integrados y la dificultad de sintetizar en las exiguas páginas de una reseña la contribución al común de todos ellos, nos circunscribiremos a las ideas claves de los trabajos de los autores españoles.

El capítulo de F. LÓPEZ RAMÓN se centra, sobre todo, en la cuestión nuclear del alcance del concepto de patrimonio cultural. Destaca que la legislación española actual ha sido muy influenciada por la italiana, en la que ha prevalecido la concepción sustancialista de la Comisión Franceschini de 1967, que exige simplemente que el bien tenga por su naturaleza «valor de civilización», con independencia de que haya sido declarado formalmente como perteneciente a dicho patrimonio o no, de modo que tal calificación formal sólo tiene carácter declarativo y no constitutivo y, además, naturaleza reglada.

Así, la LPHE de 1985 parece haber seguido tal concepción desde el momento en que establece una integración genérica en tal patrimonio de determinados bienes *ex lege*, sin perjuicio de que después distinga entre los identificados mediante declaraciones administrativas (los del art. 1.3, a los que ofrece un estatuto pormenorizado) y los demás (respecto de los que parece limitarse a establecer reglas genéricas, como el enunciado de funciones de los poderes públicos, arts. 2-6; reconocimiento de la acción pública, art. 8; y obligación de conservación a cargo de los propietarios, art. 36.1).

El problema es entonces la amplitud del concepto derivado de la

extensión de la noción de cultura que nos ofrecen los diccionarios españoles; de las adiciones realizadas por la legislación autonómica (como la integración de bienes de interés arquitectónico, urbanístico, paisajístico y natural); y, sobre todo, de la expansión del concepto a los bienes inmateriales.

Además, en la opinión de LÓPEZ RAMÓN, no parece pertinente pretender la aplicación del régimen jurídico de los bienes materiales a la defensa de los elementos inmateriales, que explica por qué el legislador español ha acabado aprobando la Ley 10/2015, de Patrimonio Cultural Inmaterial.

Postula este autor, en consecuencia, el establecimiento de sistema de patrimonio cultural de alcance conceptual más limitado, basado en la previa declaración formal de los bienes pertenecientes a la categoría o en el establecimiento de criterios claros de identificación de los bienes materiales afectados, siguiendo la tendencia de las normas de Derecho Internacional relativas a la restitución de los bienes culturales que han salido de forma ilegal de un territorio.

El capítulo de J.L. BERMEJO LATRE se centra en el concepto de expolio del patrimonio cultural. Destaca el autor que, a pesar de su definición recogida en el art. 4 de la LPHE («toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social»), el Derecho Español no ofrece un único concepto ju-

rido de expolio, sino que el mismo está en función de la rama del Derecho correspondiente que incide sobre la cuestión.

Y es que puede dar lugar a un ilícito civil (los posibles atentados de carácter civil que pueden cometerse contra la propiedad y/o la posesión de bienes, cuando incidan en los de carácter cultural), a un ilícito penal (tanto los delitos especiales contra el patrimonio histórico introducidos en los arts. 321 a 324 CP; como los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico en general del Título XIII, todos ellos agravados si se cometen sobre bienes de valor «artístico, histórico, cultural o científico»; como el delito —urbanístico—, de construcción no autorizable en lugares de valor cultural; o como el delito de contrabando de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, recogidos en el art. 2.2 de la Ley Orgánica 12/1995) o a un ilícito administrativo (las infracciones administrativas de los arts. 75 y 76 de la LPHE).

Si bien, el único elemento que ofrece más certeza es el proveniente del Derecho Constitucional, en tanto en cuanto el expolio implica la atribución de competencias ejecutivas al Estado en una materia en principio compartida y concurrente con las Comunidades Autónomas.

El autor acaba proponiendo una homogeneización del concepto normativo de expolio, con una mejor articulación de la normativa específica en materia de patrimonio (LPHE), los Códigos Civil y Penal y la citada Ley Orgánica 12/1995, de Represión del

Contrabando o, cuando menos, el necesario ajuste terminológico de tales textos, a la luz de las particularidades propias de cada ámbito normativo.

Concluye diciendo que la LPHE define el expolio como un concepto jurídico determinado que resulta literalmente indeterminado, al extenderse *in fine* a la perturbación del cumplimiento de la función social de los bienes culturales, que es una noción totalmente contingente. Resalta que es notablemente amplio («toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español») y, desde luego, más extenso que el concepto prejurídico (sustracción forzosa de la propiedad, acaso deslocalización) y finaliza destacando que tales indeterminación y amplitud del concepto de expolio son consecuencia de la indeterminación y amplitud del concepto de patrimonio cultural y coherentes con ésta.

El capítulo de C. DE GUERRERO MANSO se dedica a la regulación del patrimonio inmaterial en España.

Destaca la autora que la Ley 10/2015, que regula por primera vez con carácter integral el patrimonio intangible español, es una breve ley, con insuficiencia de contenido y asentada en un complejo escenario competencial.

Entre las características que lo singularizan, que determinan la necesidad de regularlo de manera específica, cita la autora dificultad de su protección derivada de su carácter vivo y

su constante evolución; la imprescindible implicación de la sociedad en la salvaguardia de las actividades, conocimientos y representaciones que conforman este tipo de patrimonio; y la controversia que suscitan algunas de sus manifestaciones por atentar contra la igualdad de los hombres y la mujeres (festejos en los que sólo participar hombres en los elementos principales como el Misteri d'Elx o como el Alarde de Irún) o contra valores protegidos en la Declaración Universal de los Derechos de los Animales (como las corridas de toros u otras fiestas taurinas o con otros animales, que generan sufrimiento a los mismos).

Finalmente, subraya cómo el insuficiente tratamiento y compleja problemática se han manifestado incluso en la STC 177/2016, que declara inconstitucional la prohibición de las corridas de toros en Cataluña (porque el Estado, que es competente para defender el patrimonio cultural ha declarado la tauromaquia como patrimonio cultural inmaterial y, por ello, la prohibición de las corridas de toros menoscaba su ámbito competencial). Y es que —resalta la autora— no se ha entrado de lleno en los problemas de fondo y competenciales que subyacen en esta materia, donde no sólo inciden los intereses contrapuestos aludidos, sino incluso otros como la libertad de empresa o la libertad de creación artística, que ni siquiera se mencionan en la sentencia.

Y, volviendo sobre la globalidad del libro, puede decirse que es muy rico en contenido sobre la materia que desarrolla y que ofrece múltiples

matices sobre la misma, puesto que engloba el tratamiento de múltiples autores de un gran elenco de países, con sus respectivas legislaciones y experiencia; lo que facilita un material muy valioso para los estudiosos y simples interesados en la misma.

José Antonio TARDÍO PATO

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.19>

RICO MOTOS, Carlos: *Deliberación parlamentaria y democracia representativa*. Congreso de los Diputados. Madrid, 2016.

En la Introducción del libro el autor señala con claridad el marco de su trabajo: la controvertida relación entre representación y democracia (página 16). Sigue así la estela de H. Pitkin que titula su artículo en términos inequívocos: *Representation and Democracy: Uneasy Alliance*. Sin embargo, H. Pitkin advierte que la relación entre ambos conceptos se ha revelado un tópico incuestionado, casi incuestionable, toda vez que la viabilidad de la democracia se ha condicionado a la representación. Admite la ilustre pensadora que ella misma se dejó ganar por esta tesis cuando escribió hace cincuenta años uno de los libros imprescindibles, *El concepto de representación*. Aconseja ahora superar el tópico y leer la expresión democracia representativa no como un axioma sino como una tensión. En efecto, «democracia representativa» ha sido interpretada como un oxímoron o como un pleonismo; una paradoja o una redundancia. El auge de la democracia deliberativa ha de

explicarse por esa tensión alojada en la expresión: la calidad democrática de la representación política. Así lo anuncia Carlos Rico en la primera página del libro: *una inquietud personal por los límites y posibilidades de la representación política en relación con la calidad de la democracia* (pág. 15) y lo confirma en las *Conclusiones* al exponer el propósito del trabajo: valorar la viabilidad de una *tercera vía* entre la democracia agregativa y la participativa. Su pretensión ha sido eludir el dilema entre el pleonismo y el oxímoron constatando *hasta qué punto y bajo qué condiciones los postulados teóricos de la democracia deliberativa pueden cumplirse en los sistemas políticos contemporáneos*. La singularidad e interés de este libro, en la cada vez más amplia literatura sobre democracia deliberativa, radica en tomar como referencia el debate parlamentario para concretar los dilemas de la representación y los condicionantes del ideal deliberativo, al tiempo que la ubicación de ambos conceptos en las democracias de masas.

La metodología seguida gira en torno al diálogo entre Teoría Política y Ciencia Política. Conforme a este planteamiento el trabajo constituye una crítica a los enfoques cuantitativos dedicados a la deliberación parlamentaria. Circunscribir a esta perspectiva la investigación ignora la complejidad del peso jugado por factores externos al parlamento sin cuyo análisis resulta imposible una adecuada valoración. El resultado es una lograda reflexión sobre el alcance de la deliberación parlamentaria que, con todo merecimiento, ha recibido

la distinción en 2014 del Premio del Congreso de los Diputados en el campo de Ciencias Políticas y Sociología.

El libro se halla coherentemente articulado sobre esta idea matriz desarrollada en la respuesta a tres interrogantes: ¿debaten los representantes conforme al ideal de la deliberación?; ¿qué impacto provocan los partidos en la dinámica de las cámaras parlamentarias? y, a la luz del ideal deliberativo ¿qué conclusiones sacar del debate parlamentario en las actuales democracias representativas? (pág. 19). El índice refleja el itinerario seguido por el autor; desde las dos premisas, democracia deliberativa frente a los dilemas de la representación política (primera parte) y la deliberación parlamentaria (segunda parte), hasta las conclusiones. La secuencia queda acabadamente expuesta en el siguiente párrafo: *La compleja relación entre deliberación, agonismo, publicidad y negociación será expuesta en la segunda parte de este trabajo en relación con la deliberación parlamentaria* (pág. 96).

La primera parte del libro estudia el lugar de la deliberación para la cabal comprensión de la democracia representativa. En una obra de obligada lectura, *Los principios del gobierno representativo*, B. Manin caracteriza las elecciones y la representación como instituciones, simultáneamente, democráticas y no democráticas; igualitarias y aristocráticas. La primera simultaneidad, democráticas y no democráticas, se explica en clave cronológica. Al emitir el sufragio los representados refrendan o castigan a los representantes, el veredicto elec-

total, retrospectivamente, se revela genuinamente democrático; sin embargo, prospectivamente, los representantes no se hallan vinculados por las promesas electorales y pueden incumplirlas o incluso orillarlas. La prohibición del mandato imperativo y la revocación dotan a los representantes de independencia, aunque condicionada al pronunciamiento del electorado, una vez concluida la legislatura. La no democrática cara de la representación halla contrapartida en la democrática presión de la opinión pública que requiere a los representantes la anticipación de las reacciones previsibles.

Carlos Rico sintetiza perfectamente la idea: *la libertad de la opinión pública y el ejercicio del voto tiene un componente democrático que equilibra el contenido inherentemente aristocrático de la representación. Se trataría de un equilibrio óptimo en las sociedades complejas: el pueblo cede la gestión diaria a especialistas al tiempo que retiene la soberanía.*

La parte correspondiente a la Teoría Política la desarrolla el autor en *La democracia deliberativa frente a los dilemas de la representación política*. Estos dilemas expresan la relación entre la dimensión democrática y no democrática, por una parte y, por otra, la igualitaria y la aristocrática; el equilibrio entre ambas simultaneidades obliga a esquivar tanto los postulados del elitismo democrático y la democracia agregativa como de la democracia directa. El esquema idóneo lo proporciona el ya tópico contraste entre liberalismo y republicanismo. El rasgo diferenciador entre

ambas teorías políticas es la asignación a lo político de un carácter instrumental (liberalismo) o constitutivo (republicanismo).

En la tradición de discurso liberal la ley se concibe como límite de la libertad: una contención externa que permite la convivencia de la propia libertad y la ajena. Esta restricción se justifica porque, en su ausencia, la libertad natural es tan ilimitada como precaria. El «silencio de la ley» hobbesiano se erige en fundamento de la libertad. La expresión más divulgada es la de libertad negativa, una libertad previa a la promulgación de la ley que, por tanto, condiciona su alcance al mínimo de garantizar la no interferencia en las opciones personales. La ley, en consecuencia, no promueve la libertad, más bien aparece como una agresión y, en el mencionado sentido restrictivo, favorece la libertad de forma lateral en la medida que inhibe otras interferencias. En sentido opuesto para el republicanismo la libertad tiene su origen en la ley que no la precede sino que queda constituida una vez aprobada. Siguiendo el contraste elaborado por uno de los más cualificados autores republicanos, P. Pettit, el carácter previo o posterior de la libertad con respecto a la ley halla cumplida expresión en el voto según la perspectiva de la preferencia o la del voto según el juicio político. La perspectiva de la preferencia presenta analogía entre el ciudadano como consumidor y el político como empresario, conforme a la imagen del mercado el consumidor procede mediante cálculo utilitario, minimizando costes y maximizando beneficios. Se trata de una demanda bien

definida que obliga a los proveedores a competir para ofrecer las políticas más ventajosas. Manteniendo la jerga mercantil Pettit identifica el juicio no con el consumo sino con el control de la calidad, los ciudadanos no votan para satisfacer unas preferencias plenamente formadas entre las ofertas rivales; concurren a las elecciones para valorar la conveniencia de una política desde un punto de vista público, más allá del interés personal, antes que las características del producto, apreciarán los méritos de los candidatos. Después de analizar el cotejo entre liberalismo y republicanismo desde el ángulo ciudadano lo extiende al de los políticos. En el primer caso, si las preferencias ya están formadas procede negociar los diferentes intereses para satisfacer al mayor número; en el segundo, en lugar de negociar se impone la deliberación para, si fuera el caso, redefinir los intereses particulares en función del interés general. La conclusión es obvia: las preferencias se negocian y los juicios se deliberan.

El concepto de representación se define en función de la concepción de la libertad; de esta manera el planteamiento liberal parte de una definición mínima de la democracia que Carlos Rico concreta en la representación como un procedimiento para la agregación colectiva de preferencias formadas en la esfera privada; el republicanismo, al no precisar la relación entre participación y representación, ofrece diferentes acepciones que van desde la mejora en la calidad de la representación a la reivindicación de una democracia directa. En cualquier caso la tesis republicana no descuen-

ta preferencias definidas sino juicios necesitados de argumentación en el foro público.

Democracia deliberativa y republicanismo son conceptos surgidos en el contexto de una democracia sin alternativas; pese a la larga tradición de pensamiento, el republicanismo excedió el ámbito de la historia tras el derrumbe del comunismo y el reto de pensar una democracia cuyas amenazas no venían solo del totalitarismo sino de su deficiente (pobre) funcionamiento. El debate no era la definición mínima y descriptiva de la democracia sino una definición elevada y prescriptiva; no solo lo que hace factible la democracia sino lo que la hace perfectible.

A la luz de estas consideraciones recibe en el libro tratamiento tanto el significado y los límites de la representación política como sus problemas en la democracia contemporánea. La representación política, no obstante las afinidades con la representación sociológica y jurídica, presenta perfiles propios. No cabe asimilar, en clave jurídica, la representación política a la mantenida entre abogado y cliente o más genéricamente entre principal y agente; tampoco entender la representación como reflejo fiel o reproducción en miniatura; como brillantemente escribiera Sartori la representación no limita su alcance a responder *ante* sino a responder *por*; no solo se halla regida por la dependencia sino también por la independencia, la cuestión, como siempre, se mueve en el equilibrio y ponderación que ambas exigencias requieren. Volviendo a la tesis de Manin: responsa-

bilidad dependiente, *ante*, constituye la dimensión democrática de la representación; responsabilidad independiente, *por*, es la cara no democrática de la representación. Carlos Rico, siguiendo la obra fundamental de H. Pitkin, sitúa la controversia en la relación mandato-independencia y actualiza inteligentemente el problema con la tesis de J. Mandsbridge sobre diferentes conceptos de representación política, fundamentalmente promisoria y anticipatoria; la primera gira en torno al mandato de los representados, la segunda a la independencia de los representantes. Si la representación promisoria limita su alcance a la constatación del cumplimiento o incumplimiento de las promesas electorales, la representación anticipatoria amplía sus umbrales a la iniciativa de los representantes para impulsar políticas no contempladas en el programa pero oportunas y convenientes para las aspiraciones de los representados.

La lectura que hace el autor de la representación anticipatoria, en sentido contrario al de la representación promisoria, es la de sobreponer la independencia al mandato ya que las preferencias y juicios de los representados, o están aquejados de inestabilidad o simplemente carecen de criterio para determinarlos. El liderazgo de la representación anticipatoria, teniendo en cuenta su impronta de superioridad no democrática, requiere un proceso de interacción continua con los representados para evitar que la pretensión de educar juicios y preferencias se degrade en manipulación. Hasta este momento el autor observa una exposición claramente

analítica pero al abordar el carácter pedagógico o manipulador de la representación el análisis deja paso al juicio de valor alegando la evidencia de unos datos incontrovertibles que desmienten el propósito de sujetar a instrucciones para diluir o, al menos, acortar, la distancia entre representantes y representados. La opción *metapolítica* de Carlos Rico queda clara: *A mi juicio, esta crítica de fondo puede ser rebatida argumentando que la existencia de un elevado margen de autonomía del representante constituye una necesidad estructural impuesta por la especialización del trabajo político en las sociedades de masas.*

La independencia del representante se revela, pues, una necesidad estructural cuya superación muestra unas expectativas desmedidas y carentes de realidad sobre la relación entre participación y representación que se estrellan contra la evidencia de unas sociedades poco propicias para la participación, incompatibles con una opinión pública que pudiera fundamentar la democracia directa. La conclusión se acerca al diagnóstico schumpeteriano: *la lógica de las sociedades actuales va en la dirección opuesta, esto es, problemas complejos que escapan con mucho a la competencia e interés del ciudadano medio y obligan a delegar en especialistas.*

No obstante la defensa de la independencia del representante advierte los efectos de su lado no democrático y la consiguiente exigencia de rendición de cuentas. La desmesura del ideal conduce al desencanto cuando

la aspiración debe ser más modesta: mejorar la calidad de la democracia conjugando responsabilidad *ante* (receptividad) y responsabilidad *por* (accountability). La representación política presupone liderazgo pero también *la ciudadanía debe poseer un juicio autónomo para llegado el momento, evaluar competentemente la gestión de los políticos*. El objetivo no es la participación directa sino una deliberación de calidad.

El desconcierto entre un ciudadano medio aquejado de primitivismo político pero que, al tiempo, debe poseer un juicio autónomo para valorar la gestión autónoma de los políticos, cae en la aporía que atrapa a las teorías elitistas, desde Schumpeter a Sartori: ciudadanos incompetentes que eligen a políticos competentes. Volveré sobre el tema más adelante.

El epígrafe dedicado a los problemas de la representación contemporánea analiza el salto cualitativo experimentado por la representación con la irrupción de los partidos políticos. Situados entre la sociedad y el estado los partidos han acabado alejándose de la sociedad y ocupando el estado. Se echa de menos la obra de P. Mair en esta parte del libro. El gran politólogo estudió con particular acierto la evolución de los partidos, el título de su libro póstumo muestra su desolador balance: *Gobernando el vacío*. La convergencia de políticas requerida por la Unión Europea y las instituciones internacionales (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional y Banco Central Europeo) pone en manos de expertos la dirección política; en paralelo el populismo

simplifica y banaliza los problemas políticos de una sociedad compleja. Tecnocracia y populismo devalúan la política y reducen la pugna partidista a una competencia por el voto indiferenciado para ocupar el estado.

Bajo el epígrafe *Condicionantes estructurales de la competencia política* el autor aborda los factores que propician el primitivismo político del ciudadano medio. En primer lugar la desproporción entre coste y beneficio en la preocupación por los asuntos públicos. Siguiendo el clásico razonamiento schumpeteriano, Carlos Rico observa que el pensamiento del ciudadano común se vuelve asociativo al enjuiciar temas políticos alejados de sus inquietudes personales, familiares y profesionales. Esta regresión primitiva se expresa en tópicos y estereotipos que delatan la superficialidad del juicio político. De nuevo el autor alude a un hecho sobre el que late el inevitable juicio de valor: *... estos condicionantes se presentan como estructurales...* A pesar de esta incontrovertida realidad el primitivismo adquiere una versión más sofisticada: la teoría de los heurísticos, entendida como pistas o atajos informativos que facilitan a la ciudadanía juicios coherentes pese a carecer de información completa. Esta tesis, sin embargo, recibe en libro la crítica de pasar por alto la validez de los atajos y el modo en que son adquiridos, nada garantiza la consistencia de los heurísticos para que la ciudadanía disponga de buena información. La variable clave, entonces, es *las formas en la que la realidad política es presentada a la opinión pública*.

Según las últimas investigaciones de la psicología cognitiva la estructura de los mensajes políticos condiciona la forma en la que los ciudadanos la procesan. Una de las formas empleadas por las élites para su transmisión es el *framing*. A diferencia de la persuasión para inculcar nuevas ideas, el framing se dirige a ordenar la fragmentación e incoherencia de las ideas manejadas por la ciudadanía. El marco interpretativo elaborado por las élites facilita la comprensión popular del tema considerado políticamente relevante. A partir de las ideas populares las élites seleccionan los factores más decisivos dando prioridad a unos sobre otros. El primitivismo schumpeteriano adopta una versión atenuada pero inequívoca: *no es que los individuos no tengan actitudes ante los temas políticos sino que éstos son ambivalentes y poco convincentes*. La opinión pública varía en función de la concurrencia de marcos interpretativos, el remedio a la ambivalencia y escasa convicción de las actitudes ciudadanas pasa por la rivalidad entre élites para imponer uno de los marcos. En cualquier caso, dice el autor, *este planteamiento implica que la ciudadanía no desarrolla autónomamente sus juicios políticos*. Veremos también después las consecuencias que esta limitación impone a la deliberación pública. De momento la realidad se impone: *cada vez menos esferas pertenecen a la experiencia directa de los individuos frente a la creciente «meta-realidad ofrecida por los medios*.

Si, como más arriba se señaló, la variable clave es la forma de transmitir la realidad a la opinión pública, los

medios de comunicación aparecen como el pilar por excelencia en la transmisión. En términos ideales las funciones de los medios serían las siguientes: el debate entre unan pluralidad de ideas; canalizar la voz de la opinión pública para la formación de la agenda política; facilitar el control y la rendición de cuentas de los gobernantes en definitiva un bien público que, sin embargo, aparece desnaturalizado porque los medios se hallan regidos por los imperativos de mercado. Se explica así el predominio de los mensajes emotivos sobre los razonados. Teniendo en cuenta la dependencia de las élites políticas con respecto a los medios resulta poco sorprendente la banalización de las noticias, la lucha por la audiencia degrada el lenguaje y refuerza el primitivismo político. Al igual que en la deliberación el debate parlamentario también acusa esta dinámica.

En la conclusión de este capítulo primero dedicado a la representación aparece, no obstante, un matiz: las redes sociales de internet conceden relevancia política a un electorado consciente en condiciones de influir sobre la opinión pública, hasta el punto de corregir la corriente unidireccional de las élites con otra, bidireccional, élites-opinión pública. En cualquier caso *los elementos estructurales* juegan a favor de las élites.

El capítulo segundo expone el concepto de democracia deliberativa, su fundamento; rasgos definitorios; virtudes políticas (efectos epistémicos y cívicos); objeciones al modelo deliberativo (costes de información; excepciones a la publicidad; obstáculos

los a la racionalidad comunicativa y la compleja relación entre deliberación y negociación). Se trata de una exposición bien trabada, analíticamente rigurosa, de las ventajas e inconvenientes de la deliberación, dirigida a enmarcar adecuadamente el debate parlamentario.

Llama la atención del lector, sin embargo, la desproporción concedida a las objeciones sobre las virtudes. Mientras que la mentalidad ampliada como efecto cívico apenas recibe más tratamiento que el de la mera mención, las excepciones a la publicidad o las relaciones entre deliberación y negociación ofrecen un estudio minucioso y fundado. La descompensación se ve confirmada con el amplio espacio reservado a las aportaciones empíricas sobre experiencias deliberativas. Los factores cognitivos, emocionales y las dinámicas grupales constituyen una modélica definición del primitivismo político. En efecto investigaciones sobre el funcionamiento de los mecanismos psicológicos para la adquisición y el procesamiento de información desmienten con claridad la aspiración deliberativa en favor del mejor argumento; por bien construida que se halle la argumentación no garantiza la atención del público ni la reflexión necesaria para revisar las propias creencias. De ahí que cualquier innovación debe ganar la batalla de la atención y la elección. Para que así sea el mensaje ha de dirigirse al aparato emotivo-volitivo primando la forma sobre el contenido del mensaje. La subordinación de los factores cognitivos a los emocionales se explica por la velocidad superior del sistema emotivo sobre el cogniti-

vo. Es perceptible en esta exposición el postulado de Schumpeter sobre la regresión primitiva y el pensamiento asociativo en el ciudadano común al emitir un juicio político. Domina por el prejuicio la ciudadanía se muestra incapaz de trascenderlo para fundamentar un juicio. Las dinámicas grupales acentúan la polarización toda vez que los foros deliberativos contribuyen a «escuchar el eco de la propia voz». La concurrencia de estos factores justifican las salvedades formuladas contra la democracia deliberativa, por ejemplo los problemas de la ignorancia y costes de información. Retomando las consideraciones el capítulo anterior se vuelve a la vulnerabilidad del ciudadano medio a la hora de contar con la información y el tiempo precisos para articular buenos juicios e influir en la opinión pública y el gobierno. En el fondo el problema de la acción colectiva conduce a una opinión pública más cercana a una función latente (tesis de Noelle-Neuman sobre la espiral del silencio) que a una función manifiesta propia de un debate racional dirigido a condicionar la dirección política (tesis de Habermas sobre la esfera pública).

Mención aparte merece un tema apuntado por el autor que, sin embargo, no tiene el desarrollo requerido. Si *todo* se conjura contra la deliberación y la realidad la revela como un recurso escaso, no cabe ignorar las dificultades para su efectividad, asumiendo que su emergencia será puntual tanto en el tiempo como en los temas. Aún así el sistema político debe propiciarla y facilitar su desarrollo. La agenda del gobierno seguirá su curso habitual pero *siempre*

que quepa la posibilidad de, llegado el caso, someter la actuación de las instituciones al escrutinio de un público competente para ejercer el control democrático. De haber sacado las consecuencias de esta idea el libro, a mi modesto parecer, hubiera equilibrado los pros y los contras de la deliberación. Dejo el comentario para las posteriores observaciones críticas pero adelanto la obligada referencia a H. Arendt: *el disentimiento implica el asentimiento y es la característica del gobierno libre. Quien sabe que puede disentir sabe que, de alguna forma, asiente cuando no disiente.*

De particular interés es el tratamiento que este capítulo dedica a las excepciones a la publicidad y a la compleja relación entre negociación y deliberación. A partir de una cualificada bibliografía Carlos Rico analiza la suspensión del rasgo más definitorio de la deliberación en determinados supuestos: la publicidad. Los conceptos de retórica socrática y retórica plebiscitaria elaborados por S. Chambers advierten la inconveniencia de someter a debate público asuntos que corren el riesgo de acentuar la polarización inicial. Los debates a puerta cerrada adoptan una estructura dialógica frente al «uso plebiscitario de la razón» propio de la discusión pública ante grandes audiencias. La idea remite al efecto depurativo de la representación mediante el refinamiento de las opiniones irreflexivas a condición de la invisibilidad de los representantes y de la ignorancia de los representados. Vinculada a la excepción de la publicidad está la conveniencia de primar la negociación sobre la deli-

beración o, al menos, entreverar ambas, con el fin de llegar a un acuerdo imposible con la invocación de los supuestos mejores argumentos. Resulta muy clarificadora la cita de Holzinger sobre el diferente tratamiento de hechos, valores e intereses; mientras que hechos y valores requieren deliberación, los intereses son susceptibles de negociación. Sin embargo la política raramente presenta los problemas en términos puros, es posible que un hecho o un valor se hallen relacionados con intereses que permitan relativizar los primeros con la reciprocidad de los segundos. La tensión tiene lugar entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad a condición que las convicciones no degeneren en dogmas ni la responsabilidad en oportunismo; para que la negociación no se degrade en regateo exige la presencia de todos los afectados y la equiparación en su posición para el intercambio, bien de argumentos, bien de intereses. Se llegaría así a una deseable negociación deliberativa.

Por su importancia para el debate parlamentario suscita atención singular la crítica del agonismo a la deliberación para el análisis de los obstáculos a la racionalidad comunicativa. La reivindicación del agonismo frente a la deliberación surge de la imposibilidad para conciliar los valores (incluso intereses) enfrentados. No cabe albergar esperanzas de encontrar en el debate el mejor argumento ante el que cedan las posturas enconadas. Inevitablemente la política separa un nosotros de un ellos hasta el punto que los sujetos se constituyen por oposición. El ago-

nismo nosotros-ellos es una versión atemperada de la dialéctica schmittiana amigo-enemigo. La seducción ejercida por la obra de C. Schmitt en algunos de los teóricos de la izquierda, fundamentalmente C. Moufle, responde a la inteligente apreciación de J. Habermas: *expulsar al diablo invocando a Belcebú y llenar el agujero de la inexistente teoría marxista de la democracia con la crítica fascista de Carl Schmitt a la democracia*. El autor deshace convincentemente la presunta oposición entre agonismo y deliberación destacando su coincidente sentido: un consenso provisional sobre las reglas del juego para canalizar el conflicto pero no con la pretensión de lograr la unanimidad que lo erradique.

La reflexión sobre la representación y la deliberación enmarcan el capítulo tercero sobre la deliberación en el ámbito parlamentario. También el estudio del parlamentarismo ha estado informado por la incisiva e insidiosa influencia de C. Schmitt. Caracterizado por el autor alemán como el gobierno de la discusión y en paralelo a la autorregulación del mercado por la competencia, el parlamentarismo supondría el triunfo del mejor argumento. El modelo experimentaría un punto de inflexión con la incorporación de los partidos y la sustitución de la deliberación por la negociación. El estado de partidos provoca el declive del parlamentarismo y su subordinación al gobierno, en suma una redefinición de la separación de poderes que invierte los postulados iniciales formulados por Montesquieu. La justificación inicial de evitar la concentración de poder se canali-

zaba separando pero también jerarquizando legitimidades: ejecutivo y legislativo desempeñaban funciones distintas pero el segundo ostentaba primacía sobre el primero. Esta superioridad reflejaba la estructura social: el parlamento burgués frente al gobierno monárquico; en los primeros tiempos el parlamento integrado por estamentos y convocado por el rey representaba y salvaguardaba los intereses estamentales frente a las tareas militares y necesidades financieras de la monarquía; en un momento posterior el parlamento experimenta un tránsito fundamental: de órgano externo al estado pasa a ser un órgano del estado.

A pesar del impacto de la Revolución Francesa no desaparece la prerrogativa regia y el constitucionalismo decimonónico conserva el espíritu de las leyes pero, tras la primera guerra mundial, desaparece el fundamento monárquico, la consiguiente pugna de legitimidades y el parlamentarismo se racionaliza: la dinámica política tiene lugar entre gobierno y oposición; entre mayoría y minoría. La finalidad es idéntica, evitar la concentración de poder, pero ahora impidiendo que la mayoría lo gane todo y la minoría lo pierda todo. De ahí la dimensión del poder judicial extendido al control de constitucionalidad cuya premisa es la superioridad de la constitución sobre la ley y la consiguiente distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. La constitucionalización de los partidos políticos se inscribe en la misma dinámica, tal como escribiera Triepel su evolución refleja perfectamente la transformación del parlamentarismo. En los orígenes los

partidos suscitan el rechazo de unas facciones o parcialidades, más tarde la indiferencia ante su condición de asociaciones para, finalmente, su reconocimiento constitucional. La paradoja de los partidos es obvia: asociaciones privadas investidas con funciones constitucionales para que se erijan en eslabones entre la sociedad y el estado. La tensión es manifiesta: pese al imperativo constitucional sobre la democracia interna de los partidos la relación entre la cúpula y los afiliados se inscribe en el derecho de asociación; en cambio la relación de la cúpula con los representantes es de derecho público. El transfuguismo puso de manifiesto el trato diferente: el representante disidente es expulsado del partido pero conserva el escaño.

El parlamento deja de ser el órgano que controla al gobierno y se convierte en el espacio donde la minoría controla a la mayoría; no hay control *del* parlamento sino control *en* el parlamento. La mayoría parlamentaria y el gobierno constituyen un continuo cuyo fundamento último son el partido o los partidos que gobiernan. Significativamente García Morillo señala que la ley ha pasado de ser la expresión de la voluntad popular a ser un instrumento de gobierno. Este hecho fundamental informa cada uno de los conceptos analizados por el autor: representación; deliberación; agonismo y negociación. Veamos en lo que sigue las modulaciones experimentadas resumidas en dos plásticas expresiones: agonismo y competencia electoral de cara a la audiencia; deliberación y negociación a puertas cerradas.

Para comprender esta dualidad es necesario leer el epígrafe *La retórica del discurso parlamentario* en conexión con las tratadas objeciones al modelo deliberativo. Las críticas agonistas a la deliberación intentan diferenciar la dinámica parlamentaria de un procedimiento para llegar al mejor argumento. La singularidad del debate parlamentario refleja la naturaleza peculiar de la política: decidir entre bienes igualmente valiosos, concediendo relevancia a unos y sacrificando otros. La decisión política exige establecer una doble prioridad, temporal y presupuestaria: no hay tiempo ni dinero para todas las políticas; ambos recursos son, pues, escasos y de uso alternativo. A diferencia de cualquier de las versiones del mini-populo el parlamento se ve urgido por la decisión en un plazo preclusivo. Estas condiciones imponen al debate parlamentario un tono agonista donde la publicidad incentiva retórica plebiscitaria, el parlamentario que sube a la tribuna no se dirige a sus adversarios sino a sus electores reales o potenciales. Las maneras competitivas y agonistas vienen favorecidas por el orden y desarrollo de los debates: concesión por la presidencia del uso de la palabra y tiempo y forma para la intervención que convierten el discurso en una pieza monológica donde la espontaneidad desaparece impidiendo un verdadero diálogo. El discurso no experimenta modificación alguna en función de los discursos previos, normalmente se lee la versión preparada antes de la sesión. Esta rigidez ha recibido muchas críticas, pero la disciplina de partido transmitida al grupo parlamentario es una manifestación más del parlamentarismo

racionalizado. La previsibilidad de la votación final no devalúa el debate y, por el contrario, el desenlace azaroso o incierto sumiría la política en un bloqueo nefasto. De ahí el carácter imprescindible de la fase preparatoria de los plenos.

El autor analiza ambas fases del debate (comisiones y pleno) enmarcando el discurso parlamentario en la retórica. Mientras que los debates en pleno están regidos por la retórica plebiscitaria y el agonismo competitivo, los trabajos en comisión facilitan la discreción y estimulan el intercambio deliberativo. El factor decisivo, claro está, para entender formas tan contrapuestas es la publicidad. La intervención desde la tribuna de oradores exhibe ética de la convicción, la participación en una comisión propicia ética de la responsabilidad; tan extemporánea resulta la convicción en una comisión como la responsabilidad en un debate plenario; un grupo parlamentario que exterioriza sus disidencias con el voto opuesto de sus miembros transmite una imagen de insolvencia y oportunismo penalizable por sus propios votantes. El momento y lugar para los acuerdos posibles corresponde a las comisiones, es allí donde «el elemento socrático» se impone al «plebiscitario». En cualquier caso el debate a puerta cerrada no garantiza la deliberación pero se erige en condición necesaria, aunque no lo sea suficiente.

Aunque el libro no analiza pormenorizadamente las relaciones de los representantes con la prensa y el lugar adjetivo del parlamento, conviene indicar que la retórica plebisci-

taria encuentra terreno abonado en esta alianza. Teniendo en cuenta que el objetivo del discurso parlamentario no es el adversario, cuyas posiciones se mantendrán inmodificables e inmunes a la argumentación, sino el electorado, el mensaje político adoptará la hegemonía de los factores emotivos sobre los cognitivos; tendrá impacto y repercusión mediática las declaraciones y propuestas espectaculares por superficiales y banales que puedan revelarse con el paso del tiempo. Como puso de manifiesto García Morillo los políticos rivalizarán en virulencia ante los periodistas a sabiendas que no encontrarán objeción alguna en los profesionales de la prensa preocupados únicamente por dar la primicia y no por su veracidad; el debate parlamentario se traslada a los pasillos del parlamento hasta el punto de invertir radicalmente la dinámica: las políticas no se difunden una vez concebidas o impulsadas sino que se concebirán e impulsarán para ser difundidas. Si a la connivencia entre políticos y periodistas se suma la entrada en escena del poder judicial el discurso parlamentario rebaja su contenido a un trámite pre o post procesal donde la relación mayoría-minoría queda sustituida por la equiparación procesal de partes y donde las diferencias políticas pretenden presentarse como cuestiones jurídicas. Opinión pública; prensa y jueces aparecen como una redefinición perversa de la separación de poderes.

Todas estas circunstancias influyen sobre el debate parlamentario. No desaparece la deliberación pero se circunscribe a foros discretos donde la

publicidad no hipoteque el intercambio de razones. Es por esta razón que el autor propone la necesidad de no circunscribir el análisis a las aproximaciones centradas en el discurso parlamentario pues esta perspectiva subestima la existencia de retórica deliberativa extramuros del pleno, en instancias más discretas, dialógicas e informales. De ahí la oportunidad de enfocar el tema mediante un enfoque sistémico de la deliberación parlamentaria. El meollo del estudio gira en torno al papel de los partidos en el parlamento, distinguiendo factores estructurales y contextuales.

La redefinición de poderes en el parlamentarismo racionalizado encuentra su manifestación más cumplida en el reconocimiento constitucional de los partidos políticos. Enlazando con las consideraciones expuestas con anterioridad parece clara la directa relación entre el agnismo, la competición partidista y la retórica plebiscitaria. El peso de los partidos, sin embargo, varía en función de una serie de factores estructurales, la cultura política; el sistema de gobierno constitucionalmente estructurado; el tipo de sistema electoral; el grado de control de la cúpula de los partidos sobre los representantes disidentes; y de factores contextuales, las reglas del juego que fijan el diseño de las cámaras y sus procedimientos; el tipo de función parlamentaria; la publicidad o reserva de los debates; la polarización del tema discutido y la presencia o ausencia de mayoría absoluta. A la luz de estos factores es posible explicar la disposición competitiva o cooperativa con la que los

partidos abordan los debates en los parlamentos.

Entre los factores estructurales destaca el poder de las cúpulas partidistas para la elaboración de listas y la mayor o menor autonomía de quienes la integran. Si el candidato cuenta con arraigo dispone de mayor margen que si su inclusión en la lista se debe a la decisión de la cúpula. Otro aspecto decisivo es la política concebida como carrera profesional que subordina a los candidatos a los dictados de los dirigentes. No se alude en el libro al fenómeno del transfuguismo pero constituye el ejemplo más destacado de la delicada relación entre dirigentes y candidatos. Basta recordar la polémica suscitada por las primeras sentencias del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las funciones constitucionales de los partidos y el derecho de representación; los votos particulares y el parecer mayoritario acerca de si el escaño pertenecía al partido o debía conservarlo el representante; en suma si predominaba la dimensión público-constitucional de los partidos o la asociativa. Entre los factores contextuales el más relevante (al que este capítulo reserva mayor extensión) es el diseño de espacios para el diálogo cooperativo donde comisiones y subcomisiones adquieren gran relevancia. Ya hemos tenido oportunidad de exponer el carácter «socrático» de las comisiones cuyas sesiones, significativamente, son a puerta cerrada.

La combinación de ambos factores explica el espacio dejado a la deliberación. Carlos Rico señala, no obstante, una práctica de especial

interés para la correcta comprensión sobre el funcionamiento de los parlamentos: el *logrolling*. El lector cuenta con esta impecable definición: *intercambio diferido de votos para cuestiones no relacionadas entre sí*. El *logrolling* supone relativizar la política sujeta a deliberación en la medida que se condiciona el apoyo a otras políticas donde el interés de un determinado partido sea mayor. Queda claro que con este proceder pierde sentido la idea de un mejor argumento; el intercambio de votos se produce al margen de los méritos o reparos que la política en cuestión pudiera suscitar. Sartori presta su inteligencia a la dignificación de un intercambio de votos cuando estudia el tema de la decisión por comités. La definición del comité resulta modélica a la vista de lo expuesto más arriba: *un grupo pequeño que se comunica personalmente y cuyos miembros se influyen mutuamente*. Junto a este rasgo otros dos: su carácter institucionalizado y la frecuencia de las reuniones para la adopción de una serie de decisiones. El comité opera en un contexto decisional continuo, una diferencia fundamental con los pronunciamientos conforme a la regla de la mayoría donde se abordan problemas aislados y donde la relación mayoría-minoría provoca un juego de suma nula: el ganador se queda con todo. Por el contrario el código operacional en el seno de un comité consiste en una reciprocidad de las concesiones, sus miembros adquieren el compromiso de realizar intercambios todo el tiempo. Se llega sí al principio rector en el funcionamiento de un comité (léase comisión parlamentaria): *compensación*

recíproca diferida. La decisión por comités simboliza en términos paradigmáticos el genuino sentido de la visión elitista del debate parlamentario: *una recomendación a las élites y una advertencia sobre la veleidad de las masas*.

Aunque el autor finaliza el capítulo justificando la oportunidad de un método sistémico, que supere la simple consideración del discurso parlamentario en sesiones plenarios, el aprendizaje que saca el lector excede la brillantez analítica del libro y cumple con creces el anuncio y la promesa contenidos en el título: la relación entre deliberación parlamentaria y la democracia representativa.

Pasaré por alto el comentario sobre el capítulo cuarto donde se aplica el aparato conceptual desarrollado en los capítulos precedentes a la deliberación en el Congreso de los Diputados durante la IX legislatura. Un exhaustivo trabajo de investigación empírica donde el lector encuentra datos precisos acerca de la producción legislativa y la concreción de los conceptos tratados, por ejemplo el diseño del Congreso con la precisa enumeración y análisis de algunos puntos fundamentales: el peso del diputado individual y de los grupos parlamentarios; las facultades de moderación del Presidente del Congreso; las normas para el debate; la publicidad de la actividad parlamentaria; las instancias del procedimiento legislativo; el peso de la mayoría en los órganos rectores de la cámara y el estatus concedido al gobierno.

Partiendo de este esquema analítico la IX legislatura arroja las siguientes tendencias: predominio del grupo parlamentario y la «partidización» del Congreso; la influencia del gobierno sobre el congreso; negociación y deliberación en la aprobación de las leyes; el impacto de los medios de comunicación en el Congreso.

La síntesis de los principales hallazgos del trabajo de campo muestra conclusiones significativas: la argumentación racional propia de la deliberación corre en paralelo a las contrapartidas de la negociación, singularmente en la aprobación de presupuestos. En análoga línea en el Congreso conviven la retórica plebiscitaria y el elemento socrático; en resumen el estudio de la IX legislatura pone de manifiesto que el diseño institucional en la fase de ponencia, la ausencia de publicidad y de mayoría absoluta incentivan tanto la deliberación como la negociación.

Observaciones y salvedades

Algunas han sido anticipadas. Toca ahora enumerarlas, toda vez que su desarrollo desmesuraría la extensión de este comentario.

1. Un representante no es un especialista cualificado por la división del trabajo. La política no es susceptible de conocimiento experto. Los problemas políticos no tienen respuestas técnicas. La ciencia, el derecho, incluso la ética, aparecen imprescindibles para aplicar decisiones políticas pero no para adoptarlas. Si la especialización

fuera un criterio para la excelencia del representante político, la ventaja comparativa con respecto a los representados se volvería desventaja en la relación con los técnicos y funcionarios. En el artículo de H. Pitkin sobre identificación entre representación y democracia aparece la siguiente recomendación: *That assumption is not exactly false but it profoundly misleading, in ways that remain hidden if one treats it as an axiom and asks only technical rather than fundamental theoretical questions.*

2. No media correlación entre elección y selección. El elemento aristocrático inherente a las elecciones argumentado por Manin observa una acepción analítica (descriptiva) pero no normativa (prescriptiva). La superioridad es objetiva pero subjetivamente percibida. La cuestión pasa por acotar el concepto de representación política y dotarla del sustento valorativo reclamado por Sartori, entendiendo la representación como interacción representantes-representados.
3. El primitivismo político del ciudadano común no es la causa sino la consecuencia de un postulado: considerar la indiferencia hacia los asuntos públicos como la expresión de la naturaleza humana en política. Por el contrario, si el dato de partida, la opción metapolítica, es el pluralismo motivacional la variable clave es el diseño institucional. Resultaría clarificador contrastar el primitivismo político

- schumpeteariano con el balance biográfico habermasiano resumido en una afirmación categórica: *entre los ciudadanos como portadores del espacio público-político y los miembros de la sociedad se da una unión personal.*
4. Siguiendo con la obra de J. Habermas, la relación entre participación ciudadana y representación política queda perfectamente expuesta en los términos siguientes: asedio pero no asalto; complemento pero no sustitución. La razón de la complementariedad: el fundamento de la decisión es el consentimiento pero no el debate. Ahora bien no es lo mismo decidir con el solo principio de mayoría que legitimar la decisión tras un contraste de motivaciones. Aunque Kelsen advirtiera que la relación mayoría-minoría desemboca en la transacción y el compromiso inherente a la negociación política en lugar de una verdad superior, el desenlace de la deliberación igualmente puede acabar transigiendo; no otro sentido tiene el ideal regulativo de la conciencia sobre la parcialidad de las preferencias que con tanta lucidez ha estudiado C. Sunstein.
 5. Ni la sociedad prima sobre el estado ni el estado prima sobre la sociedad. El famoso dictum de Schumpeter sobre la voluntad popular como producto en lugar de cómo causa del gobierno no adquiere veracidad invirtiendo los términos: la voluntad popular no precede al gobierno pero el gobierno se vuelve inviable sin interacción social.
 6. En política es aconsejable la prudencia para evitar que una idea adquiera la condición de imperativo categórico, pero el temor o la prevención tampoco han de impedir el ideal que permita la evaluación crítica de la realidad. El controvertido tema de la publicidad y la deliberación frente a la reserva y la negociación remite a los presagios elitistas sobre las sociedades de masas: la oscilación de la indiferencia al sectarismo. Sería de innegable interés relacionar la controversia con las críticas de N. Urbinati a la despolitización (*unpolitical*) auspiciada por P. Pettit y, más atrás en el tiempo, a la recomendación de Schumpeter sobre la necesidad de minimizar las decisiones políticas para entregar a los expertos la elaboración de las leyes.
- Estas salvedades tal vez contribuyan a ofrecer una versión más completa a una reflexión particularmente valiosa. Después de todo, como señalara I. Berlín sabiamente: la verdad cuando se descubre no tiene por qué ser interesante.
- Manuel ZAFRA VÍCTOR
- DOI:
<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.20>
- MORENO GARCÍA, Javier: *Los distintos estatutos jurídicos del subsuelo*, HAEE/IVAP, Oñati, 2015, 413 págs.
- La Agencia Espacial Europea (ESA) explora ya el subsuelo con *drones* anticollisiones. Los avances

actuales en el ámbito de la investigación e innovación tecnológicas permiten un progresivo conocimiento del subsuelo, segmento del territorio hasta ahora limitadamente explorado. Ese conocimiento va a conllevar, indudablemente, su empleo a futuro como alternativa a la extraordinaria presión de la que es objeto la superficie del territorio. Emergen con fuerza las posibilidades técnicas de aprovechamiento de la energía (energía geotérmica, termoactivación de infraestructuras subterráneas o energía térmica obtenida de las aguas residuales, entre otras). De hecho, sus virtualidades como recurso económico se reflejan normativamente: ya en la legislación autonómica se ha llegado a prever en suelo rústico la extracción de recursos mineros (Ley 5/2017, de 15 de mayo, de modificación de la Ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria) o a tomar postura respecto de determinadas modalidades de explotación de hidrocarburos, como la fractura hidráulica o «*fracking*» (Ley vasca 6/2015, de 30 de junio, o Ley castellano-manchega 1/2017, de 9 de marzo). Pero las potencialidades del subsuelo no acaban ahí, sino que también se extienden al ámbito cultural o de ocio (desde la espeleología, actividad que practica el propio autor del libro que se comenta, a las visitas organizadas del subsuelo en distintas ciudades, como Madrid, Zaragoza o Teruel -arqueológicas, museos suburbanos, itinerarios culturales subterráneos, en algún caso, teatralizados, etc.-) e incluso al residencial (aparte de la tradicional existencia de las casas-cueva, cabe pensar, dados los avan-

ces tecnológicos actuales, en la normalización y extensión de la edificación residencial en el subsuelo).

Consciente de los problemas jurídico-sociales asociados a tales usos (rechazo social ante posibles daños ambientales, problemas jurídico-administrativos derivados de la importancia cualitativa y cuantitativa de los valores presentes, ...), pero también de la progresiva eficacia de la tecnología y del estratégico papel del subsuelo para la sociedad, MORENO GARCÍA afronta este estudio, desde una clara posición favorable a un incremento optimizado, eficiente, ordenado y sostenible de sus usos, compatible con su protección ambiental en el supuesto de apreciación de valores naturales que la requieran.

Ahora bien, el hándicap con que se enfrenta actualmente esta modalidad de usos es la inexistencia de un sólido soporte normativo que proporcione seguridad suficiente a los operadores que pudieran encontrarse interesados en los mismos y, simultáneamente, la necesaria protección al propio subsuelo. Es, precisamente, a este hándicap al que intenta dar respuesta (y, ciertamente, lo consigue) el trabajo que tenemos en nuestras manos, centrándose en el estudio de la situación estatutaria en la que se encuentra el subsuelo del territorio, para, a partir de ahí, poder confeccionar el armazón jurídico del mismo.

Con tal objeto, y a partir de una *visión tridimensional* del territorio (y del propio subsuelo) cuya comprensión

coadyuvan a facilitar las fotografías e ilustraciones que acertadamente nos proporciona el autor, en primer lugar, define los conceptos que servirán de base a una clasificación homogénea del mismo, que habiliten para estudiar su régimen jurídico. Sin embargo, este trabajo no se realiza de modo descriptivo, sino que, por un lado, se dirige a verificar si el instrumental que exhibe el ordenamiento actual permite corroborar la seguridad jurídica o requiere una renovación, y, por otro, a examinar si el proceso de transformación jurídica del subsuelo se efectúa por las distintas administraciones públicas del modo más ordenado y sostenible y que mejor se atenga al interés general.

El trabajo se divide en cinco capítulos, del primero de los cuales, por su extensión, se desgaja un Anexo, en el que el autor desentraña los recovecos de los conceptos suelo y subsuelo, tanto en el ámbito jurídico, como en otras disciplinas científicas y técnicas directamente relacionadas con el territorio.

El Capítulo I, titulado «*Una clasificación homogénea del subsuelo del territorio*», se centra en la definición del objeto de estudio, para lo cual declina el uso de los conceptos *suelo* y *subsuelo* en el sentido «*polisémico e impreciso*» que actualmente recoge el ordenamiento y adopta como punto de partida el concepto de *territorio* en su concepción del Derecho Constitucional (uno de los elementos básicos del Estado), en el que la doctrina distingue una triple vertiente vertical (superficie, vuelo o espacio aéreo y subsuelo). En concreto, desde esta

visión tridimensional, el autor sigue el concepto de subsuelo de Kelsen (todo el espacio sólido, en forma de cono invertido, que se extiende bajo la superficie hasta el centro de la Tierra), a partir del cual recorta aún más el objeto de su trabajo, excluyendo del mismo el subsuelo de costas, mares interiores, mar territorial y zona económica exclusiva y centrándose en el subsuelo situado bajo la superficie del territorio nacional.

El punto de partida del estudio es un subsuelo, entendido como «*un espacio o cuerpo físico*», que, al igual que el vuelo, no tiene valor jurídico en sí mismo, sino que lo obtiene cuando las distintas ramas del ordenamiento jurídico que disciplinan el territorio establecen relaciones jurídicas con el mismo y lo ordenan, regulando su ocupación, transformación o uso, al servicio del interés general. De este modo, el autor llega a identificar y agrupar espacios o volúmenes subterráneos que son objeto de un tratamiento jurídico homogéneo en una triple división del subsuelo (*subsuelo próximo y urbano, subsuelo ocupado y subsuelo libre*) que, aunque, tal y como admite el autor, no es «la única posible», habilita a estudiar, en los capítulos siguientes, los distintos estatutos jurídicos del subsuelo desde una óptica global, diversa de la que nos dan las legislaciones sectoriales, cada una por su lado.

Del análisis del *subsuelo próximo y urbano* se ocupa el Capítulo II. Esta primera categoría de subsuelo engloba el espacio soterrado integrado en una finca o ciudad, respectivamente, en cuanto conforma una de las tres

dimensiones verticales en las que tradicionalmente se dividen (junto con la superficie y el vuelo). El punto de partida reside, por tanto, en dos piezas territoriales tridimensionales preconfiguradas normativamente: la *finca* (unidad del territorio perteneciente exclusiva y excluyentemente a un propietario o a varios *pro indiviso*) y la *ciudad* (núcleo de población que concentra un conjunto de fincas ordenadas por el planeamiento urbanístico). Pues bien, la parte soterrada de la finca, el subsuelo próximo, y la de la ciudad, el subsuelo urbano, mantienen obviamente el estatuto jurídico de la unidad que intrínsecamente conforman. Por ello, MORENO GARCÍA desmenuza separadamente, por una parte, el estatuto de propiedad del suelo (ordenamiento civil), para el estudio del subsuelo próximo, y por otra, el Derecho Urbanístico (ordenamiento administrativo), para el estudio del subsuelo urbano, con el objeto de concretar la porción de subsuelo que forma parte de las mismas, fijando su límite inferior, y comprobar si la normativa reguladora es capaz de satisfacer el interés general, así como también si permiten constituir niveles superpuestos en orden a un mejor aprovechamiento del territorio.

Por lo que a la extensión del subsuelo próximo se refiere, el autor tiene en cuenta las diferentes teorías doctrinales existentes, pero se decanta por la validez de la *teoría del interés* de IHERING para responder tal cuestión, siempre entendida dentro de la actual configuración estatutaria del derecho de propiedad, lo cual equivale a decir que, *a priori*,

el interés del propietario/a se ha de concretar por parte de los poderes públicos, quienes han de indicar el destino y los usos que se pueden dar a la finca; por otra parte, el derecho del propietario/a se extenderá entre su contenido esencial (límite mínimo) y su función social (límite máximo); y, finalmente, aún dentro de tales márgenes, los poderes públicos mantienen sus potestades de intervención y control, mediante el otorgamiento de licencias. Todo ello le lleva a concluir que la determinación del límite interior de la finca queda en manos del poder público competente por razón del uso al que se destine la misma. Pero es que, además de ello, y como expresión de la *naturaleza plástica del derecho de propiedad*, proclamada por el Tribunal Constitucional, ese límite inferior puede ir variando con el tiempo, de modo que se podrá acomodar a distintas situaciones jurídico-técnicas.

El subsuelo próximo, así delimitado, comparte, obviamente, el estatuto jurídico aplicable a la finca, del cual recalca MORENO GARCÍA las limitaciones legales que pueden serle impuestas, para la instalación de servicios (líneas eléctricas, telecomunicaciones, acueductos, gasoductos, oleoductos, túneles de carreteras o de ferrocarriles), a través generalmente de servidumbres de paso o de la servidumbre de medianería, que el autor considera extensible al caso de la *superposición de fincas*.

En lo que al subsuelo urbano se refiere, la determinación de su extensión ofrece menor complejidad, pues se le aplican igualmente las normas

establecidas para determinar la extensión de la malla urbana, pues, del mismo modo que la rasante y el vuelo urbano, también el subsuelo urbano está totalmente sometido a las disposiciones urbanísticas.

MORENO GARCÍA apunta al *aprovechamiento urbanístico* como instrumento urbanístico apropiado para la ordenación del subsuelo urbano, aunque un pormenorizado estudio de la normativa urbanística y del planeamiento municipal le permite comprobar que a día de hoy no se ha instaurado plenamente, ya que la normativa analizada presenta grandes lagunas en cuanto a la implantación de usos localizados en el subsuelo urbano (dejando a salvo canalizaciones y parkings subterráneos) y a una posible *planificación a niveles* que admitiera múltiples usos a cotas diversas, lo cual se deja en manos de Planes especiales. El autor estima que la visión tridimensional es, precisamente, el principal reto del planificador y gestor de la ciudad autosuficiente y verde.

Ahora bien, las carencias que detecta el presente trabajo no sólo se sitúan en el nivel de la planificación local; se observa también que las directrices territoriales deberían establecer prioridades de usos en el subsuelo urbano y que las normativas urbanísticas autonómicas deberían modificar su propensión a regular la superposición de niveles de la ciudad en función de la naturaleza (privada o pública) de la finca superior.

La propuesta del autor al respecto no llega a exigir una reconfiguración del Derecho Urbanístico, ni una nue-

va concepción de ciudad, sino que se constriñe a plantear que, salvo reglas especiales que puedan resultar de sus peculiaridades intrínsecas, se le apliquen al subsuelo urbano las mismas normas que al resto del entramado urbano.

Tal y como desglosa el Capítulo III, integran la segunda categoría de subsuelo (el *subsuelo ocupado*) los espacios jurídicos enclavados bajo la superficie, salvo a veces por sus accesos (minas y yacimientos mineros, acuíferos y aguas subterráneas, túneles de la red viaria y ferroviaria, canalizaciones de instalaciones lineales subterráneas de gas o energía, bienes abandonados, bienes culturales o arqueológicos, vertederos), que tienen una identidad jurídica propia y están sujetos a un régimen legal específico, de acuerdo con el uso al que se encuentran vinculados. El trabajo los define como una serie de bienes de interés para el Derecho que «*no son subsuelo, sino que están en el subsuelo*».

De acuerdo con la pauta seguida en el capítulo anterior, también en éste el estudio de los dispares regímenes jurídicos aplicables a los elementos que conforman el subsuelo ocupado repasa en tres cuestiones concretas. La primera de ellas es la titularidad de estos espacios: el análisis normativo revela dos tipos de titularidad de este tipo de elementos (declaración de *dominio público* y la posibilidad de *propiedad privada*, pero, en este último caso, como *bienes de interés común*), con consecuencias jurídicas semejantes, pues en ambos casos se observa una gran

intervención de los poderes públicos, fundada en el interés general que ha de satisfacer su uso. La segunda es la extensión de los elementos que conforman el subsuelo ocupado: en este caso, el análisis muestra la indeterminación espacial de muchos de estos elementos, debida bien a los problemas interpretativos que se encuentran a la hora de proyectarlos a una dimensión tridimensional (zonificaciones de túneles viarios y ferroviarios, por ejemplo) o bien la indefinición legal (yacimientos-minas o acuíferos). Y la tercera de las cuestiones, indaga acerca de la existencia de alguna pauta que permita deducirse a consecuencia de su uso soterrado: la respuesta a la misma es negativa, pues se comprueba que a estos espacios se les aplica exactamente la misma normativa que si se situaran en la superficie o en el espacio aéreo.

El autor concluye, pues, desechando la existencia de un estatuto de la propiedad propio o específico del subsuelo ocupado. Simultáneamente denuncia, también en el caso del subsuelo ocupado, la falta de una verdadera visión tridimensional del territorio que repare en la cota a la que se sitúa este tipo de bienes.

El Capítulo IV se centra en la última categoría de subsuelo, el *subsuelo libre*, porción del territorio ubicado bajo la superficie terrestre que no ha sido vinculado a un destino concreto, ni es objeto de aprovechamiento, ni se le ha atribuido uso alguno, pero puede ser transformado en alguna de las categorías anteriores, tal y como se verá en el Capítulo V.

A partir de aquí plantea el estudio su visión más novedosa. MORENO GARCÍA propugna un estatuto jurídico propio para este volumen: tras el análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial de las posibles titularidades del subsuelo libre, entiende que debe ser contemplado como una *universitas*, sometida al *imperium* del Estado y con la tipología de *no-cosa* por no ser objeto de relaciones jurídicas (no se somete, por tanto, a dominio de ningún sujeto). Y de ser necesario, propone el autor, *de lege ferenda*, que sea declarado bien común, bajo la categoría de *patrimonio común*.

En cualquier caso, en relación con este espacio, en cuanto elemento geológico (de hecho, hay incluso elementos geológicos concretos situados en el subsuelo libre, tales como las cavidades naturales o cuevas y los fósiles), se obliga a poderes públicos y ciudadanos/as a su conservación en el estado natural en que se encuentre y a su investigación, que resultará fundamental para que, si es necesario (en cuanto se trata de una fuente de recursos), pueda ser transformada dentro de unos límites.

A partir de esas bases, el Capítulo V se centra seguidamente en la posible transformación (jurídica y física) de ese subsuelo libre, habida cuenta de que el ordenamiento jurídico prevé que la totalidad del territorio nacional ha de servir al Estado para proporcionar a la población los medios que requiera, pero única y exclusivamente si resulta necesario (*función negativa del territorio*), y lo hace fijándose en si se prevé una transformación *ordenada y sostenible*.

En cuanto al primero de los parámetros (si la transformación se ejecuta de modo ordenado), tras analizar tanto las políticas de ordenación territorial europea y autonómicas y el urbanismo, como las políticas sectoriales (recursos mineros, aguas, infraestructuras del transporte, instalaciones lineales, espacios protegidos), el autor comprueba que, con carácter general y salvo el papel del Derecho Urbanístico en las ciudades, las normativas sectoriales prevalecen sobre la ordenación territorial y que aquéllas prevén escasas previsiones que puedan llevar a una verdadera integración de las distintas políticas, con la notable salvedad de la normativa reguladora de la evaluación de impacto ambiental.

Por otra parte, estudia los principios que han de inspirar la transformación del subsuelo libre, bien en cuanto afecta a un bien natural (información ambiental y participación ciudadana, motivación de las decisiones, principios de precaución y desarrollo sostenible), bien en cuanto proceso de transformación territorial (la potenciación de la rehabilitación y utilización intensiva del subsuelo ya construido, la concentración de usos en un mismo volumen de subsuelo o la minimización de los riesgos naturales).

En fin, el autor reitera la necesidad de precisar los conceptos jurídicos a manejar en un territorio tridimensional, y de proporcionar seguridad jurídica sobre la extensión de su elemento espacial. A partir de ahí, se trataría, no tanto de elaborar un nuevo régimen jurídico, sino de interpretar

y revisar el actual para alcanzar una ordenación tridimensional sostenible, que permita implantar usos bajo la superficie, a diferentes niveles, lo cual en ciudad se puede llevar a efecto implementando las herramientas jurídicas urbanísticas también en la dimensión vertical y, en el resto del territorio, la compactación de diversos usos en un mismo espacio vendrá propiciada por una coordinación entre políticas territoriales.

El trabajo finaliza con un apartado de conclusiones, tras el cual se recoge el ya mencionado Anexo donde analiza los conceptos de suelo y subsuelo, tanto en su vertiente jurídica (se analiza desde el Código Civil al Derecho ambiental, pasando por la normativa de propiedad horizontal, el urbanismo o la normativa registral y catastral) como en su vertiente científico-técnica, de modo un modo tan exhaustivo que puede considerarse perfectamente como un capítulo más del estudio.

Por lo que, a estas alturas, el/la lector/a habrá podido comprobar, la complejidad del ámbito que analiza ha obligado al autor a efectuar una investigación pluridisciplinar (aunque prevalezca la perspectiva *iusadministrativista*), labor en la que no se ha ceñido a una perspectiva meramente descriptiva, sino que profundiza no sólo en la regulación jurídica aplicable, sino también en su aplicación jurisprudencial, a la hora de dar respuesta a los innumerables aspectos problemáticos que se presentan en torno al subsuelo. En esa tarea, lejos de dejarse amilanar por hipotéticos dogmas doctrinales, MORENO GAR-

CÍA se atreve además a proponer ideas novedosas.

Todo ello permite afirmar que se trata de una magnífica obra, bien meditada y que posee un gran valor, no sólo en su vertiente jurídico-académica, sino también en la jurídico-práctica, lo cual es indudablemente consecuencia de la experiencia profesional de su autor. En definitiva, como acertadamente señala su directora de tesis, Carmen AGOUÉS MENDIZABAL, en el Prólogo del libro, nos encontramos ante una «obra de lectura obligada».

Jasone URKOLA IRIARTE

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.21>

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Cómo prevenir la corrupción. Integridad y transparencia*. Ed. Catarata e IVAP, 2017. 189 páginas

Rafael Jiménez Asensio nos obsequia con un nuevo libro, que versa sobre la prevención de la corrupción. Se trata de una temática que el autor lleva estudiando desde hace tiempo y que puede ser seguida por los trabajos que publica de forma continuada en su muy interesante blog, «La mirada institucional». Ello revela que el libro no es fruto de una investigación repentina y *ad hoc* del autor, sino más bien resultado de una reflexión lenta, pausada y profunda sobre el fenómeno de la corrupción y, en especial, de cómo afrontarla. Y ya en el título del libro, el autor nos ofrece la vía de solución: integridad y transparencia. Ambas se convierten

en los instrumentos, entre otros, que pueden llevar a este país a mitigar la corrupción, puesto que su erradicación absoluta será muy difícil. Ante la tendencia de los poderes públicos al secreto y la opacidad, sólo cobran sentido las políticas que fomenten y alienten la integridad y la transparencia. Por ello el libro analiza el problema y sus causas, e intenta ofrecer soluciones, pero no soluciones fáciles, que serían efímeras, sino vías profundas que se inserten en la sociedad y eviten eficazmente la corrupción. Lo importante es prevenir, y sólo las políticas de prevención ayudan de verdad. También hay que escapar del discurso fácil, que fía todo en los medios, convirtiéndolos en fines, como ocurre a menudo con la transparencia. Y no se trata sólo de un fenómeno que atañe en exclusiva a los políticos, y si se apura un poco más a los funcionarios, sino que alcanza a toda la sociedad.

El libro comienza con una introducción bien clarificadora: «Prevenir antes que lamentar», que muestra la ruta que va a seguir el autor ante la corrupción, que es un azote que no cesa. Las medidas represivas, con ser necesarias, no son la solución, sino que la corrupción sólo puede ser acorralada mediante mecanismos de prevención. Medidas preventivas prácticas no sólo de tipo institucional sino también educativo. Y debe tenerse siempre claro que la transparencia no es un fin en sí misma sino que debe ser entendida como un mero instrumento. En cambio, el aspecto sustantivo reside en la integridad. Como señala el autor, la idea fuerza de su Libro es que lo mejor es llevar a cabo

una política de prevención, pues sólo reprimir no es una buena receta. Y la ruta preventiva es dificultosa y larga, hay que caminarla día a día en su profundización. La transparencia es un valor pero instrumental y por eso nos advierte que no debemos caer en las mentiras de la transparencia, más cuando poder y transparencia nunca han conjugado bien. Por eso la transparencia solo puede ser tal si es efectiva, para lo cual deben cumplirse las cuatro premisas que enuncia (pp. 18-19), entre las que destaca la necesidad de efectuar un cambio radical de cultura en la organización.

El libro se divide en dos partes. La primera de ellas (Capítulos 1-6) trata sobre cómo prevenir la corrupción por medio de la ética y la integridad. La segunda (Capítulos 7-13) explica cómo prevenir la corrupción con una transparencia efectiva. Y el libro acaba con un epílogo dedicado a la prevención de la corrupción por medio de la creación de órganos de garantía independientes e imparciales.

El Capítulo 1 analiza la integridad dentro del valor de la prevención. Para ello parte de una concepción amplia de la integridad que no se limita a los políticos o altos cargos sino que alcanza a toda la institución, y también a la ciudadanía porque «no puede haber instituciones íntegras donde no haya una ciudadanía que no lo sea» (p. 23). Resalta la importancia del «material humano», aunque no tanto de que los políticos o profesionales sean honestos sino de que se diseñen y ejecuten políticas de integridad, para que durante el ejercicio de funciones públicas asu-

man y desarrollen valores, conductas o comportamientos éticos y de integridad. Para conseguir esto no hay atajos sino que debe preservarse una política institucional basada en la prevención, la formación, y la construcción de infraestructuras y sistemas de gobernanza ética en todas y cada una de nuestras instituciones públicas. Y estas medidas son necesarias, aunque no basta la ética personal, sino que se precisa el marco de desarrollo de éstas en una política de integridad institucional.

Los Capítulos 2, 3 y 4 tienen como elemento de unión el análisis de la ética institucional, una noción que el autor señala que hay que reivindicar, puesto que lo importante es que los ciudadanos confíen en sus instituciones y no se desanimen por determinadas conductas individuales de políticos o empleados públicos. Esta ética pública no tiene sólo un componente subjetivo, ciertamente válido, sino que se enriquece con una dimensión objetiva, que permite hablar del capital institucional y de la legitimidad institucional. Y advierte cómo las conductas ilícitas penal o administrativamente sólo son las puntas del iceberg del fenómeno de la corrupción. Además, el poder intenta cortocircuitar los controles, y por ejemplo se dan casos de captura de las instituciones de control. La ética se está revalorizando en tiempos recientes sobre todo a raíz de la crisis económica y del énfasis de la OCDE sobre ella. Y así la integridad debiera ser el primer pilar de la auténtica gobernanza. Además, la ética institucional, a diferencia del derecho, pretende construirse en sentido positivo y permear

las conductas y comportamientos de los servidores públicos (p. 38-39). Las relaciones entre ética y política son de una tensión máxima. Jiménez Asensio analiza estas relaciones de la mano de Aranguren («Ética y política») y resume sus cuatro variantes. Así afirma que la clase política sigue confundiendo ética con legalidad o regularidad administrativa, olvidando el valor de la ejemplaridad. Es cierto que quien quiera dedicarse a la política debe acreditar una conducta moral intachable, pero no basta con ello puesto que precisa también de una ética institucional. Por último, la ética pública está íntimamente ligada a la confianza en las instituciones. Por eso los servidores públicos deben cumplir las normas, pero sobre todo deben adecuar sus comportamientos a un conjunto de valores y principios, que son los propios de la ética institucional. Y la ética pública se inserta en las políticas de integridad que deben tener una construcción preventiva y positiva, para lo que se precisa construir infraestructuras éticas, en las que resulten identificados los valores nucleares de la ética institucional.

Los Capítulos 5 y 6 explican el camino rápido y el lento para luchar contra la corrupción. El camino rápido radica en construir la integridad a través de leyes represivas. En primer lugar, el autor destaca que la política de integridad se materializa a través de tres elementos: a) un marco legal-reglamentario; b) instrumentos o sensores de las actuaciones contrarias al marco legal-reglamentario; y c) marcos o sistemas de autoregulación institucional. En cualquier caso, un enfoque represivo y otro preventivo

son complementarios y no excluyentes. Seguidamente, se enuncian los puntos de contacto entre los modelos de *compliance* y de integridad institucional (pp. 63-64), entre los que conviene resaltar el de la idea-fuerza de la prevención. El autor insiste reiterada y machaconamente en esta idea fuerza, en que es mejor prevenir que lamentar. Y luego explica los marcos de integridad desde el punto de vista normativo, así como la tipología de los conflictos de interés. El camino lento consiste en prevenir la corrupción por medio de la autoregulación y de la construcción de marcos de integridad institucional, que se componen de códigos éticos o de conducta, mecanismos de difusión, prevención y desarrollo de la cultura ética, procedimientos, canales y circuitos para resolver dilemas éticos, quejas o denuncias, establecimiento de un sistema de garantías del código de conducta a través de la constitución de un comisionado de ética o de una comisión de ética con una composición objetiva e imparcial y equilibrada, y sistemas de seguimiento y evaluación. De nuevo insiste en que lo importante de esos marcos es que adopten medidas preventivas. Y Jiménez Asensio concluye que este camino lento en España está empedrado, aunque algo se está comenzando a realizar. Y cita como ejemplo más relevante el sistema de integridad institucional aprobado por la Diputación Foral de Gipuzkoa.

La segunda parte del libro analiza cómo prevenir la corrupción con más transparencia. Y para ello comienza por exponer el carácter ambivalente de la transparencia. Por un lado, no

cabe cometer el error de darle un valor taumatúrgico a la transparencia, porque por el contrario es un simple instrumento, una herramienta. El segundo error es entenderla como un fin cuando no es más que un medio. Y el tercero es articularla como una simple publicidad hacia los ciudadanos. De nuevo aparece la principal idea del Libro: la transparencia debe ser un mecanismo importante de prevención de la corrupción (p. 105). Siendo importante la transparencia en sus dos vertientes de publicidad activa y de derecho de acceso, lo más relevante es ponerla en relación con la rendición de cuentas. Y por ello la transparencia debe ser bidireccional, entendida como una transparencia colaborativa. Y ello porque no se puede limitar a poner el foco sólo en los políticos, lo que puede provocar una gran desconfianza hacia ellos y llevar a la conclusión de que asumir un cargo público se presente como algo de lo que hay que huir.

Ya el Capítulo 8 versa sobre la transparencia y la política, para lo que destaca, siguiendo a Byung-Chul Han, la conexión entre política y secreto. La transparencia ayuda a que los ciudadanos confíen en sus instituciones y en sus políticos y por tanto está estrechamente unida a la democracia.

El Capítulo 9 analiza el (largo) viaje desde la publicidad a la transparencia, y ello porque la transparencia no es sólo, ni básicamente, publicidad. El autor repasa la historia reciente de la democracia para ver que se centra en el control del poder, donde la publicidad ha jugado un papel funda-

mental para intentar alejar la mentira de la política.

Pero la transparencia no es tampoco la panacea, un instrumento lleno de virtudes y que lo soluciona todo. Incluso resalta cómo algunos autores se han referido a la «dictadura de la transparencia» (p. 137), sobre todo en una sociedad tecnológica-digitalizada. Por eso no se puede entender la transparencia como un modo de «desnudar» a los políticos sino como una vía de acceso a la información en poder de la organización administrativa. Conviene no poner demasiadas, y menos todas, las expectativas en la transparencia. Más bien la transparencia debe ser una cultura interiorizada en la organización y gestión públicas para salvaguardar su integridad y para la rendición de cuentas. Además nos cuentan mentiras sobre la transparencia, que provienen de la posición del converso que ha llegado el último a ver aprobada una Ley de transparencia en Europa y que considera que su Ley es la más avanzada de todas (Capítulo 11). Más bien convendría detenerse en la ejecución de la Ley y en su utilización por los ciudadanos, lo que nos lleva a señalar que se ha configurado un derecho de forma amplia pero que el mismo es pobremente ejercido. Incluso el sarcasmo llega a que la transparencia haya sido vista como un nicho de negocio. En fin, lo relevante es que la transparencia sea real y efectiva. Y por ello no podemos ponernos un sobresaliente en transparencia, como si fuera una moda externa y sin que haya sido interiorizada efectivamente por cada institución pública (Capítulo 12).

La segunda parte concluye con un Capítulo 13 en el que Jiménez Asensio explica qué debe ser la transparencia efectiva. Insiste en que no es un fin sino un medio, de naturaleza transversal y poliédrica. Y formula algunas precisiones: a) La transparencia es, en primer lugar, un valor o principio; b) La transparencia es, asimismo, una obligación legal; c) La transparencia es también un derecho. Y perfila algunos elementos estructurales de la transparencia efectiva: a) La transparencia está unida al control del poder y la rendición de cuentas, no al linchamiento de los políticos, sino a la actividad que realizan y a la gestión de los asuntos públicos; b) La transparencia exige un cambio de la cultura organizativa, lo que supone asumir un modo diferente de hacer las cosas; c) La transparencia requiere políticas formativas (no se inculca en vena), de una formación profunda y en valores; y d) Es un instrumento de recorrido limitado a corto plazo, por lo que no hay atajos por mucho que se busquen.

El libro concluye con un epílogo dedicado a la prevención de la corrupción mediante la creación de órganos de garantía independientes e imparciales. El autor diferencia entre dos modelos: a) el modelo preventivo o «vasco», que se basa en la construcción de sistemas de integridad institucional; y b) el modelo «mediterráneo», de creación de agencias u

oficinas de prevención y lucha contra la corrupción. Jiménez Asensio termina proponiendo la creación de un Alto Comisionado que aglutine tanto las dos dimensiones preventivas de integridad y transparencia.

Las anteriores líneas sólo pretenden ser una invitación a la lectura de este magnífico libro. Conviene resaltar que, además de su profundidad de ideas, está realmente bien escrito, y por tanto es de lectura fácil, pues su autor lleva al lector mediante un hilo conductor, en el que se repite la idea fuerza de la prevención. Además obliga al lector a la reflexión, incitándole a huir de las vías fáciles del todo está hecho o ya se está haciendo, propias de la autosatisfacción derivada de la visión sólo del aspecto normativo. Siendo importantes las leyes y los reglamentos, sin embargo no son suficientes y corremos el peligro de que constituyan oasis tentadores para seguir en el actual desierto, que nos impide cambiar la estructura organizativa y el comportamiento de los políticos y empleados públicos hacia la ética y la integridad, no sólo personales sino también institucionales. Ahí radica el esfuerzo del autor, que plasma en este excelente libro reflexiones y también propuestas, aunque no sean fáciles, porque el camino de la integridad y de la transparencia es largo y no caben atajos.

Martín María RAZQUIN LIZARRAGA

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.109.2017.1.22>

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del