



Cuadernos de Derecho Local

Fundación Democracia y Gobierno Local

22 QDL

Febrero de 2010



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



Cuadernos de Derecho Local

22

Febrero de 2010



d  Fundación
Democracia
y Gobierno Local



Consejo científico

Manuel Aragón Reyes
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Javier Barnés Vázquez
Miguel Beltrán de Felipe
Eduardo Calvo Rojas
Teresa Carballeira Rivera
José Luis Carro-Fernández Valmayor
Carmen Chinchilla Marín
Diego Córdoba Castroverde
Javier Delgado Barrio
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor
Rafael Fernández Montalvo
Tomàs Font Llovet
Eduardo García de Enterría
Pablo García Manzano
Rafael Gómez Ferrer
Jesús Leguina Villa
Joan Mauri Majós
Josep Mir Bagó
María Jesús Montoro Chiner
Alejandro Nieto García
Luis Ortega Álvarez
Luciano Parejo Alfonso
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Francisco Rubio Llorente
Joaquín Tornos Mas
Francisco Velasco Caballero
Juan Antonio Xiol Ríos

Directores

Manuel Medina Guerrero
Domènec Sibina Tomàs

Coordinadora

Petra Mahillo García

Edición

© Fundación Privada Democracia y Gobierno Local
Rambla Catalunya, 126
08008 Barcelona

General Castaños, 4, 2º dcha.
28004 Madrid

Producción

Edicions Saldonar

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: 1696-0955

QDL22

sumario

- Domènec Sibina Tomàs
5 Presentación
- Rafael Fernández Montalvo
7 Despliegue de las redes de telecomunicaciones y ocupación del dominio público local
- Emilio Aragonés Beltrán
21 Telecomunicaciones y tributación local
- José María Gimeno Feliu
43 El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos
- Javier Barnés Vázquez
83 El procedimiento administrativo y el gobierno electrónico
- Eduardo Gamero Casado
96 Comunicaciones y notificaciones electrónicas
- Jorge Fondevila Antolín
125 El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos
- Manuel Carrasco Durán
147 El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades
- Vanessa Suelst Cock
163 Elementos competitivos del régimen local en las recientes reformas estatutarias
- Crónica de jurisprudencia**
- Domènec Sibina Tomàs
183 A) Jurisdicción constitucional
192 B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos
196 C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
203 D) Jurisdicción contencioso-administrativa
218 E) Jurisdicción civil
220 F) Jurisdicción penal



QDL22

presentación

Este número de los QDL inicia su sección de estudios con el trabajo que publica Rafael Fernández Montalvo, magistrado de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, denominado "Despliegue de las redes de telecomunicaciones y ocupación del dominio público local". El autor parte de una doble premisa: a) la dimensión nacional e internacional de las telecomunicaciones no excluye su inevitable incidencia en el ámbito local, como consecuencia del uso del suelo, vuelo y subsuelo y el necesario despliegue de redes que se integran en el tejido urbano; y b) la existencia de un reconocimiento constitucional de la competencia exclusiva de la Administración del Estado en una materia, no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en dicha materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales, competencias que, en este caso, descansan en la garantía institucional de la autonomía local y en las facultades atribuidas por la vigente Ley general de telecomunicaciones. A lo largo del trabajo, mediante el análisis de la legislación interna sobre telecomunicaciones y las directivas que transpone, y con apoyo sistemático en la doctrina jurisprudencial, el autor explica y analiza el derecho de los operadores de telecomunicaciones a ocupar el dominio público local, el uso compartido de infraestructuras en dominio público, la ocupación del dominio privado y la tasa municipal por ocupación del dominio público.

El estudio siguiente, "Telecomunicaciones y tributación local", lo ha realizado Emilio Aragonés Beltrán, magistrado, reputado especialista en materia tributaria. El autor realiza un estudio detallado y pormenorizado de la materia, y es consciente de la importancia de la actuación de la jurisdicción contenciosa al abordarla. Así, constata la contradicción entre la parsimonia de la legislación reguladora de las haciendas locales y el dinamismo desbocado de las telecomunicaciones (en el tránsito del régimen de monopolio al régimen liberalizado y en la constante innovación tecnológica), con la consecuencia, afirma, de que deben ser los órganos jurisdiccionales los que han de dar respuesta a los nuevos retos que la problemática plantea. En el trabajo, en una primera parte examina la incertidumbre de normativa regulatoria de la materia y todas las fases de esa regulación de las telecomunicaciones, desde 1882 hasta 2003. Seguidamente, procede a abordar la regulación y todas las grandes cuestiones que en el pasado y en el presente han destacado en relación a la tributación local de las telecomunicaciones, entre las cuales hemos de destacar, de manera singular, la relativa a la tributación de las operadoras de telefonía móvil.

El tercer artículo es un exhaustivo trabajo de José María Gimeno Feliu, profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, que lleva por título "El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos". En el examen de la LCSP desde la perspectiva objetiva, como advierte el autor, hay que señalar que existe una serie de materias excluidas de las reglas de contratación, recogidas en el artículo 4 de la LCSP, que encuentran su justificación en la ausencia de onerosidad, en la especialidad de la relación contractual o en no ser supuestos regulados por la Directiva 2004/18. El autor analiza todos los supuestos de exclusión, pero cabe destacar de su examen de la exclusión del ámbito objetivo de la LCSP, los convenios interadministrativos; los convenios entre las administraciones públicas y los particulares; los encargos a entes propios o domésticos, y los contratos patrimoniales.

Javier Barnés, catedrático de Derecho Administrativo, en el estudio "El procedimiento administrativo y el gobierno electrónico", desarrolla y reflexiona respecto de dos ideas fuerza que vienen delimitando sus últimos trabajos: el procedimiento es una pieza clave del gobierno electrónico y la institución procedimiento debe dar respuesta a la evolución del Derecho Administrativo (un Derecho Administrativo nacional que ya comparte su territorio con el Derecho Administrativo de la Unión europea en un mundo global, en el que se produce una progresiva permeabilidad entre las

esferas pública y privada, y que debe adecuarse, como aplicador de la norma, a la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y por tanto a la incapacidad de dirigir la acción administrativa). Al hilo de ello realiza un análisis crítico de la perspectiva habitual de análisis del procedimiento, para insistir en que las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento, deben dar respuesta a los requerimientos de la nueva Administración, mucho más cooperativa que jerárquica.

El quinto estudio publicado, "Comunicaciones y notificaciones electrónicas", es obra de Eduardo Gamero Casado, catedrático de Derecho Administrativo. Debe recordarse, como indica el autor, que la notificación es un trámite esencial para la gestión administrativa: la eficacia de todos los actos administrativos que afecten a derechos e intereses legítimos depende de su adecuada realización. La implantación de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y el conocimiento, y su acceso cada vez más generalizado al común de la población, hacen especialmente deseable la articulación de un régimen jurídico específico que contemple la posibilidad de recibir notificaciones administrativas por medios electrónicos, y sitúan a la notificación electrónica en el centro mismo del escenario. El autor aborda de manera sistemática, precisa y agotando la materia, el régimen previsto en la LAE para las comunicaciones y notificaciones, que no son nociones equivalentes, y el desarrollo de que ha sido objeto para la Administración del Estado.

El siguiente estudio es "El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos", realizado por Jorge Fondevila Antolín, jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria. El autor aborda el examen crítico de la jurisprudencia y de la doctrina favorable y desfavorable a la aplicación inmediata de la jubilación parcial regulada en el EBEP; la posición más reciente del Tribunal Supremo, que sostiene el no reconocimiento del derecho incondicionado a la jubilación parcial del personal estatutario; las distintas posiciones doctrinales respecto de los colectivos a los que se puede aplicar y la forma de aplicarlo, y respecto del orden jurisdiccional que debe abordar los conflictos que se generen. A la vista de todo ello, concluye que estamos ante un "nudo gordiano" (que define como una grave dificultad que pareciera no tener solución, o que únicamente se puede resolver mediante una acción drástica y audaz), que debe resolver el legislador una vez asuma el problema generado y promueva una modificación legislativa que resuelva definitivamente el problema, y proceda a regular, de forma homogénea y sin discriminaciones, las figuras de la jubilación anticipada y parcial de los funcionarios públicos.

Manuel Carrasco Durán, profesor titular de Derecho Constitucional, publica "El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades". El trabajo tiene la singularidad de no detenerse en el análisis del régimen jurídico del derecho de sufragio de los extranjeros en España, que efectivamente lleva a cabo. El autor examina el estado de la cuestión desde una perspectiva amplia, y las posiciones doctrinales y sociales que apuntan y defienden la oportunidad y justicia de reconocer el derecho al voto de los extranjeros en las elecciones municipales.

El último estudio es el de Vanessa Suelto Cock, "Elementos competitivos del régimen local en las recientes reformas estatutarias". La autora explica primero en qué consiste el federalismo competitivo (que defiende que los gobiernos regionales y locales tengan mayor libertad para tomar decisiones, formular políticas públicas e innovar en la solución de problemas públicos), y responde al interrogante sobre qué elementos sobreviven a la actual centralización del poder. A la luz de estos conceptos, la autora describe los rasgos competitivos que presenta el actual régimen local español, y concluye que solo a través de la inclusión de los elementos competitivos se puede lograr un equilibrio entre el poder estatal, el regional y el local.

Domènec Sibina Tomàs
*Co-director del QDL y director de publicaciones
de la Fundación Democracia y Gobierno Local*

Despliegue de las redes de telecomunicaciones y ocupación del dominio público local

Rafael Fernández Montalvo
Magistrado del Tribunal Supremo

1. Planteamiento
2. El derecho de los operadores de telecomunicaciones a ocupar el dominio público local
 - 2.1. Naturaleza del derecho
 - 2.2. Titulares del derecho
 - 2.2.1. Operadores de redes y servicios de telecomunicaciones.
 - 2.2.2. Necesidad de la ocupación del dominio público
 - 2.3. Contenido y límites del derecho de ocupación
 - 2.3.1. Consideraciones generales.
 - 2.3.2. Limitaciones del derecho.
 - 2.3.3. Requisitos o exigencias para la validez de las limitaciones y condiciones del derecho
3. Uso compartido de infraestructuras en dominio público
4. Ocupación del dominio privado
5. Tasa municipal por ocupación del dominio público
 - 5.1. Hecho imponible
 - 5.2. Sujeto pasivo
 - 5.3. Base imponible
 - 5.4. Tipo

1. Planteamiento

En su fase inicial, en nuestro Derecho, el régimen jurídico de las telecomunicaciones se configuró atribuyendo a la actividad la condición de servicio público, efectuando una inicial reserva al sector público y utilizando la concesión administrativa como título habilitante para la intervención del sector privado (STS de 24 de enero de 2000, rec. cas. 114/1994).

La Ley de ordenación de las telecomunicaciones, Ley de 18 de diciembre de 1987 (LOTe), es la primera norma legal que establece un marco jurídico básico en materia de telecomunicaciones. Estas son

consideradas como servicios esenciales de titularidad estatal, reservados al sector público. Define el dominio público radioeléctrico y ordena su utilización, estableciendo, al mismo tiempo, la exclusión de determinados servicios de dicho régimen (STS de 24 de enero de 2000, rec. cas. 114/1994).

La transición hacia la competencia plena está representada por el Real decreto ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones. Pero es la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones (LGTel/98) la que califica las telecomunicaciones como “servicios de interés general”, y, en opinión de un sector de la doctrina, establece el régimen que corresponde al “servicio público impropio”.¹

1. Abandona la consideración de las telecomunicaciones como servicio público y se incorpora la condición de “servicio público impropio”. También se señala que incorpora un nuevo concepto de intervención administrativa denominada “liberalización controlada”. La Administración no asume la titularidad de un servicio, sino que lo declara de “interés general”, y, pese a estar liberalizado, somete su prestación a una serie de obligaciones. Se sustituyen los conceptos de autorización y de concesión administrativa por los de autorización general y licencia individual, que se caracterizan por una menor intervención administrativa.

En realidad, culmina un proceso de liberalización progresiva, sometiendo la actividad a la obtención de licencias o autorizaciones que, salvo que existiera una limitación derivada de la escasez del espectro radioeléctrico, llega a otorgarse de forma reglada.

La vigente Ley general de telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre (LGTe/03), incorpora a nuestro Derecho una serie de directivas comunitarias aprobadas en el 2002 y conocidas como "paquete Telecom".

Establece un nuevo marco regulador caracterizado por los siguientes caracteres esenciales:

A. Las telecomunicaciones, concepto que incluye a las redes y servicios, son "servicios de interés general" prestados en régimen de libre competencia (artículo 2.1 de la LGTe/03).

B. La habilitación para la prestación y explotación de terceros viene reconocida con carácter general en el artículo 5, exigiéndose solo como requisito previo la notificación fehaciente a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT), artículo 6.2.

C. Solo tienen la consideración de servicio público los regulados en el artículo 4 y en el título III de la Ley: servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y protección civil (artículo 2.2 de la LGTe/03).

D. A los operadores, se les pueden imponer ciertas obligaciones de servicio público, lo que significa que, aunque sean actividades regidas por el principio de libertad de empresa, debido a que con ellas se presta un servicio de interés general al público, a los operadores se les puede exigir determinadas prestaciones, incluso sin contraprestación económica por parte de los usuarios (artículo 2.2 de la LGTe/03).

La imposición de dichas obligaciones podrá recaer sobre los operadores que obtengan derechos de ocupación del dominio público o de la propiedad privada, derechos de uso del dominio público radioeléctrico, o que ostenten la condición de operador con poder significativo en un determinado mercado de referencia.

En definitiva, la LGTe/03 es un ejemplo de la incorporación, por la reciente legislación, de categorías jurídicas diferentes de las tradicionales, sin duda consecuencia, en gran medida, de la incorporación a nuestro Derecho de directivas comunitarias.

El uso de estas nuevas categorías trasciende del ámbito de las telecomunicaciones, ya que con base en ellas se está produciendo una verdadera reformulación de lo que puede denominarse "intervención administrativa".

A estos efectos, el mencionado artículo 2 de la LGTe/03 resulta fundamental para la caracterización del sistema, en el que se establece que los operadores están sometidos a las siguientes categorías de obligaciones de servicio público: servicio universal y otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general (artículo 21 de la LGTe/03).

Son, por tanto, tres las categorías de obligaciones que la Ley impone a los operadores:

Servicio universal: conjunto definido de servicios que se garantizan a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible (conexión a la red y acceso servicio telefónico, guías y servicio de información sobre abonados, acceso de discapacitados, etc.).

Otras obligaciones de servicio público: categoría indeterminada de obligaciones que el Gobierno puede imponer a los operadores por necesidades de la defensa nacional, seguridad pública, seguridad de las personas, protección civil, cohesión territorial, extensión del uso de nuevos servicios y tecnologías a la sanidad, educación, acción social y cultural, así como otros motivos enumerados en el artículo 25 de la LGTe/03. Se consideran incluidas en esta categoría obligaciones concretas sin contraprestación económica, como servicios de emergencia y teles, telégrafo y otros para la seguridad en el mar.

Obligaciones de carácter público: se caracterizan porque no todas ellas son de carácter prestacional, y suponen la aplicación al ámbito de las telecomunicaciones de obligaciones legales derivadas de normas del ordenamiento jurídico, y no dan derecho a contraprestación o compensación: secreto de comunicaciones, protección de datos y derechos de consumidores y usuarios en relación con el servicio de comunicaciones electrónicas.

Las directivas europeas de 2002 utilizan la denominación de comunicaciones electrónicas. La LGTe/03 conserva el término de telecomunicaciones, que la exposición de motivos entiende es más amplio. Y las define, en su anexo II, punto 32, como "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros signos electromagnéticos."

Se dirige a regular el sector de las telecomunicaciones, en ejercicio de la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.21 CE.

Las infraestructuras de red soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión quedan sujetas a la LGTe/03. Pero la referencia al artículo 149.1.27 CE de la LGTe/03, excluye del ámbito de la Ley a los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual. Para estos, a partir de la consideración de que la titularidad pública no implica necesariamente un régimen de exclusividad o monopolio, la normativa aplicable regula la gestión indirecta de dichos servicios en régimen de concesión.²

La LGTe/03 excluye expresamente de su normativa los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales, que constituyen parte del régimen de los medios de comunicación social, y que se caracterizan por ser transmitidos en un solo sentido, de forma simultánea, a una multiplicidad de usuarios. Igualmente, se excluye de su regulación la prestación de servicios sobre las redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales a través de dichas redes.

La dimensión nacional e internacional de las telecomunicaciones no excluye su inevitable incidencia en el ámbito local, como consecuencia del uso del suelo, vuelo y subsuelo, y el necesario despliegue de redes que se integran en el tejido urbano.

Conforme a la legislación y a la jurisprudencia (SSTS de 24 de enero de 2000, 18 de junio de 2001, 15 de diciembre de 2003 y 20 de junio de 2007),³ pueden distinguirse los siguientes títulos competenciales de los ayuntamientos:

1.º) La titularidad de los bienes públicos objeto de ocupación. La LGTe/03, en los artículos 26 a 32, regula el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para la instalación de redes de los operadores de telecomunicaciones, estableciendo unos criterios generales que deben ser respetados por las administraciones públicas, titulares del dominio público. Si bien, debe considerarse el régimen jurídico del dominio público, en general (artículo 132.1 CE y artículos 84 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, LPAP, y artículos 339 y ss. del Código Civil, CC), y del dominio público local, en particular, integrado por las normas básicas estatales (artículos 79 a 83 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, LRBRL; artículos 74 a 85 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia

2. La Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal, que deroga la Ley 4/1980, de 10 de enero, del estatuto de la radio y de la televisión –salvo a los efectos previstos en las leyes 43/1983, del tercer canal, y 10/1988, de televisiones privadas–, se refiere al servicio público de radio y televisión de titularidad estatal.

Con posterioridad a la referida Ley 4/1980, se aprueba la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada (modificada por leyes 25/1994, 37/1995 y 55/1999). Y la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de régimen jurídico del servicio de televisión local por ondas terrestres.

3. La sentencia de 24 de enero de 2000 desestima el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, de fecha 9 de diciembre de 1993, en el recurso contencioso-administrativo núm. 44/1992, en el que se impugnaba el acuerdo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria de 20 de marzo de 1991, por el que aprobó la Ordenanza municipal de calas y canalizaciones, siendo parte recurrida el citado Ayuntamiento.

La sentencia de instancia, de 9 de diciembre de 1993, había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo promovido por Telefónica de España, S.A. contra la indicada Ordenanza, declarando nulos determinados preceptos. Notificada la sentencia a las partes, Telefónica recurre en casación por el artículo 95.1.4 de la LJ de 1956, equivalente al artículo 88.1.d) de la actual LJCA, en relación con los preceptos de la Ordenanza que fueron declarados válidos por la Sala de instancia.

El Tribunal Supremo confirmará la sentencia recurrida, estableciendo doctrina, que luego se confirmaría por la STS de 18 de junio de 2001, sobre los siguientes puntos.

La STS de 18 de junio de 2001 desestima el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 26 de septiembre de 1994, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 991/91. La sentencia de instancia había desestimado totalmente el recurso contencioso-administrativo promovido por Telefónica contra el acuerdo del Ayuntamiento de Barcelona de 28 de septiembre de 1990, sobre aprobación de la Ordenanza de instalación de antenas, que “se limita básicamente a la regulación de la ubicación de antenas y elementos auxiliares de conexión con el exterior desde la óptica del respeto al paisaje urbano.” Se trataba, por tanto, de determinar si el Ayuntamiento podía aprobar una ordenanza sobre antenas en virtud de sus atribuciones en esta materia, siendo Telefónica concesionaria del servicio telefónico y de telecomunicaciones en el ámbito de todo el Estado (Decreto de 31 de octubre de 1946), y dado que la materia de telecomunicaciones es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.21 CE, Ley 31/1987 y reales decretos 1066/1989 y 8447/1989).

El tribunal de instancia confirma la norma local, por cuanto la regulación de la ubicación de las antenas y sus elementos auxiliares de conexión con el exterior se fundamenta en las competencias atribuidas a las corporaciones locales en materia de medio ambiente y urbanismo. Y frente a esta sentencia se interpone el recurso de casación, por unos motivos que pueden ser analizados paralelamente a los contemplados en la STS de 24 de enero de 2000.

de régimen local, TRRL, y Real decreto 1762/1986, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de bienes de las corporaciones locales, RBCL) y por la legislación autonómica aplicable.

2.º) Materias sobre las que se proyecta la competencia municipal, como urbanismo, protección del medio ambiente y salud pública.

3.º) Competencias normativas derivadas de la autonomía local reconocida en los artículos 137, 140 y 141 CE, artículos 4.1 y 84.1.a) de la LRBRL, artículo 5 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales, de 17 de junio de 1955 (RSCL).

La STS de 18 de junio de 2001 parte de la distinción entre los conceptos de “materias” y “competencias”, y explica el alcance correcto que hay que dar a la distribución de materias que establece la Constitución y la posibilidad de que existan competencias locales en materias encomendadas en exclusiva al Estado.

“La existencia de un reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por sí misma, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales.

“El sistema de fijación de determinación de competencias del Estado y de las comunidades autónomas que se verifica en el título VIII de la Constitución, tiene como finalidad establecer los principios con arreglo a los cuales deben distribuirse las competencias básicas, normativas y de ejecución entre el Estado y las comunidades autónomas, como entes territoriales investidos de autonomía legislativa. Sin embargo, no impide que la Ley, dictada con arreglo al esquema competencial citado, reconozca competencias a los entes locales ni anule la exigencia constitucional de reconocer a cada ente local aquellas competencias que deban considerarse necesarias para la protección de sus intereses en forma tal que permita el carácter reconocible de la institución.

“La autonomía municipal es, en efecto, una garantía institucional reconocida en la Constitución para la ‘gestión de sus intereses’ (arts. 137 y 140 CE) y hoy asumida en sus compromisos internacionales por el Reino de España (art. 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985, ratificada por Instrumento de 20 de enero de 1988).”

Por tanto, el fundamento de las competencias en materia de telecomunicaciones descansa en la garantía institucional de la autonomía local, y en las decisiones amparadas por una Ley que conceda determinadas

potestades, dentro del marco constitucional que caracteriza el régimen local como bifronte.

2. El derecho de los operadores de telecomunicaciones a ocupar el dominio público local

2.1. Naturaleza del derecho

Los bienes de dominio público constituyen una categoría de bienes afectos a un fin peculiar y sujetos a un régimen jurídico especial.

Son titulares las administraciones públicas territoriales. El destino de los bienes de dominio público es el uso general o el servicio público. Si bien junto a la afectación singular, por acto administrativo, que constituye el elemento teleológico de los bienes de dominio artificial, existe una afectación de bienes, integrantes del dominio público natural, que se realiza por la ley en función de sus características (artículo 5 de la LPAP).

El régimen jurídico se integra por las notas de inalienabilidad, inembargabilidad, e imprescriptibilidad [artículo 6.1.a) de la LPAP].

Son prerrogativas inherentes al régimen del dominio público: investigación de oficio, deslinde administrativo, recuperación de oficio de la posesión y desahucio administrativo (artículos 41 y ss. de la LPAP).

El uso de los bienes de dominio público es: común, especial y privativo. El título habilitante para el uso especial y privativo es la autorización y la concesión administrativa (artículos 84 y ss. de la LPAP).

Tiene, por tanto, especial relevancia lo dispuesto en los artículos 84 y ss. de la LPAP sobre utilización de bienes de dominio público.

Existe también un procedimiento ordinario de ocupación de los bienes de dominio público local constituido fundamentalmente por las previsiones del RBCL, en concreto del capítulo IV, relativo al disfrute y aprovechamiento de los bienes de dominio público (artículos 74 a 91).

En concreto, el uso privativo es el constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limita o excluye la utilización de los demás interesados.

El artículo 78 del RBCL prevé que el uso privativo de bienes de dominio público está sujeto a concesión administrativa. Y el artículo 79 del mismo texto reglamentario señala que, en ningún caso, puede otorgarse una concesión por tiempo indefinido. El plazo máximo

de duración en la LPAP, que en este aspecto tiene la condición de legislación básica, es de 75 años, y en el RBCL, de 99 años, a no ser que por la normativa especial se señale otro menor.

En los preceptos siguientes se establecen aspectos necesarios relativos a la concesión y al proyecto sobre la conveniencia de la ocupación.

El tema se caracteriza por la concurrencia de administraciones públicas, pues si es la Administración del Estado la que otorga el título habilitante en materia de telecomunicaciones, no pueden desconocerse las potestades de las administraciones públicas titulares del dominio público que ha de ser ocupado por los operadores.

Nuestro ordenamiento jurídico, tradicionalmente, ha reconocido al concesionario de un servicio público el derecho a ocupar el dominio público (artículo 128.3 del RSCL).⁴ Y así se manifestaron, con carácter sectorial, los artículos 17 y 18 de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones, Ley 31/1987, de 18 de diciembre (LOTe), que contemplaban un solo operador. Se trata de un derecho, reconocido a favor de quien presta un servicio público, que tiene por finalidad facilitar la instalación de las infraestructuras necesarias para la prestación del servicio público. Es, por tanto, una manifestación de la prevalencia del servicio público sobre el dominio público, expresada en los artículos 74.2 y 3 del RBCL.

La LGTe/98 no calificaba ya como servicio público las telecomunicaciones, sino como "servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia." Los operadores habilitados lo hacían mediante licencias o autorizaciones, no mediante concesión administrativa, pero se establecía a favor de aquellos, a los que eran exigibles obligaciones de servicio público, una serie de prerrogativas, como los derechos de ocupación del dominio público, ser beneficiarios en la expropiación forzosa o en la servidumbre forzosa de paso de infraestructura de redes públicas de telecomunicación, y el establecimiento de servidumbres y limitaciones al dominio. En particular, el artículo 45 a) establecía que "las autorizaciones de uso deberán otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local."

Al precisar la naturaleza jurídica del derecho, se entendió que se trataba de un uso privativo de dominio público o un uso anormal del dominio público, aunque, en supuestos de usos compartidos de canalizaciones,

también se entendió que había un uso especial del dominio público sujeto a licencia.

En todo caso el artículo 78.1 del RBCL sometía la ocupación, como título habilitante, al otorgamiento de concesión administrativa. Y el artículo 128.3.3 del RSCL establecía que "serán derechos del concesionario [...] utilizar los bienes de dominio público necesarios para el servicio."

El Tribunal Supremo se hace eco del criterio clásico en Derecho Administrativo que alude a la necesidad de separar las actividades y los bienes que han de ser utilizados.

"[...] no puede desconocerse que en la cuestión suscitada existen dos aspectos, que deben distinguirse para el examen íntegro del recurso: uno es el servicio de telecomunicaciones, en sí mismo considerado, y otro es el demanial, afectado por la canalización de la red, en la medida en que la prestación de dicho servicio requiera un indispensable componente de infraestructura que utilice pertenencias del dominio público, singularmente municipal."

El Tribunal Supremo se pronunció, también, sobre si los ayuntamientos podían denegar la ocupación del dominio público a los operadores que pretendiesen instalar redes e instalaciones, y por qué motivos. En este sentido declara:

"En cualquier caso, a los efectos del presente recurso, debe tenerse en cuenta que la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicaciones (la titularidad corresponde a los operadores) llevaba y lleva aparejada el derecho de ocupación del dominio público en la medida en que lo requiera la infraestructura del servicio público de que se trata (arts. 17 LOTE y 43 y ss. LGTe). Por consiguiente los ayuntamientos, titulares del dominio público solicitado no pueden denegar la autorización pertinente para la utilización que requiera el establecimiento o ampliación de las instalaciones del concesionario u operador por su término municipal utilizando el suelo o el vuelo de sus calles. Ahora bien, una cosa es esta obligación y otra que la utilización deba ser incondicional y que no puedan establecer los ayuntamientos las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo aquella. Por el contrario, la regulación adecuada de la utilización del dominio público por parte de las empresas de servicios es una cuestión esencial dada

4. En este sentido, los distintos contratos celebrados entre la CNTE y el Estado desde 1929, la legislación de contratos del Estado, el RSCL y el RBCL.

la saturación y el desorden que pueden producirse en las instalaciones subterráneas. No solo ello, sino que la permanente apertura de zanjas en las calles afecta a intereses tan característicamente municipales como los relacionados con el tráfico y el urbanismo. En suma, no es posible negar a los ayuntamientos competencia para regular las incidencias derivadas de las obras y actuaciones de las distintas compañías en sus respectivas instalaciones y que pueden representar, incluso, importantes costes para los proyectos municipales.”

Las sentencias dictadas invocaban la normativa europea que establecía la liberalización en las telecomunicaciones (Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo), y reconocían la existencia de una relación directa entre las limitaciones medioambientales y de ordenación urbana, a las que, sin duda, puede y debe atender la regulación municipal, y los derechos de paso por los espacios públicos.

La LGTe/03, como se ha señalado, regula el sector en términos de libre concurrencia. Y, de esta manera, el derecho de ocupación del dominio público por los operadores de telecomunicaciones, para la instalación de la correspondiente infraestructura, acentúa su singularidad propia.

Mientras la legislación general autoriza o concede de forma eventual o hipotética un derecho de ocupación del dominio público, la LGTe/98 y la LGT/03 reconocen, *ex lege* y con carácter previo, el referido derecho.

En definitiva, en este punto, lo peculiar de la vigente legislación de telecomunicaciones es que se configura el derecho desde la propia norma legal, solución de Derecho público que asegura la ocupación del dominio público, inclinándose el artículo 28.1 de la LGTe/03 por la autorización, en lugar de la concesión administrativa, lo que es coherente con el reconocimiento preexistente del derecho.

El ejercicio del referido derecho no ha planteado especiales problemas en relación con la propiedad privada –lo normal ha sido llegar a acuerdos, sin necesidad de acudir a la expropiación forzosa–. Por el contrario, sí se han suscitado dificultades por las administraciones públicas locales, titulares del dominio público, que se han opuesto o han dificultado el ejercicio del derecho y el establecimiento de redes de telecomunicación.

2.2. Titulares del derecho

El artículo 26.1 de la LGTe/03 establece que “los operadores tendrán derecho, en los términos de este capítulo [capítulo II del título III], a la ocupación del dominio público en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate.”

2.2.1. Operadores de redes y servicios de telecomunicaciones

La Ley de 2003 amplía el ámbito subjetivo de la titularidad del derecho.

En la Ley de 1998 (artículo 43) la condición de beneficiario se restringía, al menos aparentemente, a los operadores a los que fueran exigibles “obligaciones de servicio público”. Esta condición o delimitación desaparece en la previsión del artículo 26 de la LGTe/03 y del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios aprobado por Real decreto 424/2005, de 15 de abril (RSU/05).

Sin embargo, deben entenderse excluidos de la titularidad los operadores de redes privadas de telecomunicación. Así resulta, como advierte A. Lobo Rodrigo,⁵ de la circunstancia de que no realizan o prestan servicio de interés general y de la definición contenida en el anexo II de la LGTe/03, que considera operador a la “persona física o jurídica que explota redes públicas de comunicaciones eléctricas o presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y ha notificado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el inicio de la actividad.”

En el mismo sentido, ha de tenerse en cuenta que las directivas europeas de 2002, en especial la Directiva Marco y la Directiva de Autorización, han suprimido la distinción entre licencias individuales y autorizaciones generales. Y la Ley vigente exige a los interesados en la prestación de un servicio o en el establecimiento de una red, como único requisito previo al inicio de la actividad, su notificación fehaciente a la CMT (artículo 6.2 de la LGTe/03).

Por tanto, la titularidad del derecho a la ocupación del dominio público corresponde a todos los operadores que practiquen la referida notificación a la CMT (artículo 6 de la LGTe/03) y que hayan obtenido de esta

5. A. Lobo Rodrigo: *La ordenación territorial y urbanística de las redes de telecomunicación*, Madrid, 2007.

última una certificación registral acreditativa de su inscripción en el Registro de operadores y su consiguiente derecho a obtener los derechos de ocupación (artículos 7 y 31 de la LGTe/03), ya sea del dominio público (artículo 26) o de la propiedad privada (artículo 27), sin contemplar exigencia adicional alguna.

Debe tenerse en cuenta, además, que la referida inscripción en el Registro de operadores tiene carácter declarativo (artículo 7.3 del RSU/05). Y el operador puede, en cualquier momento posterior, solicitar a la CMT que emita una declaración normalizada que confirme que aquel ha presentado la notificación a que se refiere el artículo 6 de la LGTe/03 y que ha resultado inscrito en el Registro de operadores. Esta declaración debe detallar las circunstancias en que el operador tiene derecho a ocupar el dominio público o privado para la instalación de redes de comunicaciones electrónicas, negociar la interconexión y obtener el acceso o la interconexión.

Corresponde al secretario de la CMT emitir la declaración normalizada de que se trata, en el plazo de seis días desde que la solicitud ha tenido entrada en el registro de la Comisión.

2.2.2. Necesidad de la ocupación del dominio público

El artículo 26.1 de la LGTe/03 reconoce el derecho de ocupación del dominio público a todos los operadores “en la medida en que ello sea necesario para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas de que se trate.”

Todo operador que justifique la necesidad de dicho establecimiento tendrá la titularidad del derecho de ocupación del dominio público.

Ahora bien, la referida necesidad a que alude el precepto es, sin duda, un concepto jurídico indeterminado, para cuya interpretación deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

a) Ha de determinarse su alcance de conformidad con la liberalización y apertura a la competencia que inspiran a la Ley. Por tanto, no cabe excluir la necesidad de extender la infraestructura con el solo argumento de que el nuevo operador tiene la alternativa de acceder a la existente, dada la obligación a la apertura que pesa sobre el titular de esta.

Incluso en tal supuesto, el operador tiene, en principio, derecho a una red para la prestación del servicio.

b) El referido derecho no se traduce siempre en la necesidad de una infraestructura propia, ya que ello

puede no ser posible por motivos urbanísticos o medioambientales que deban ser preservados. Presencia de bienes jurídicamente protegidos y de derechos concurrentes que puede justificar el que se acuda al mecanismo que posibilita compartir las infraestructuras.

c) El concepto de necesidad a que alude el artículo 26.1 de la LGTe/03 requiere ser matizado en función de los problemas que pueden suscitarse en la utilización adecuada de los bienes de dominio público. Esto es, debe ser puesto en contacto con el conjunto de necesidades a que debe atender el dominio público o que se pueden satisfacer sobre él. Ello se traduce en que la presencia de la necesidad a que se refiere el artículo 26.1 de la LGTe/03 no comporta, siempre y en todo caso, el ejercicio del consiguiente derecho de ocupación del dominio público que contempla, si ello resulta incompatible con otros usos propios del dominio público (L. de la Torre Martínez).

d) Corresponde al titular del dominio público verificar la concreta necesidad de ocupación. La LGTe/03 no reserva a la Administración estatal la apreciación de dicha necesidad, eliminando el artículo 26 la previsión de intervención del Ministerio titular de la competencia en telecomunicaciones.

e) Sin embargo, parece que ha de tenerse en cuenta el criterio de las distintas administraciones competentes –estatal, autonómica o local– para la valoración de la compatibilidad del proyecto de ocupación con las demás necesidades de uso de dominio público concurrente.

2.3. Contenido y límites del derecho de ocupación

2.3.1. Consideraciones generales

Se reconoce el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público y la propiedad privada en la medida en que sea necesario para el establecimiento de una red pública de comunicaciones electrónicas, y en los términos establecidos en el capítulo II del título III de la LGTe/03 (artículo 57 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por RD 424/2003, de 15 de abril, RSU/05).

El reconocimiento del derecho supone la existencia de una obligación de la Administración, titular del dominio público que se pretende ocupar, consistente en el otorgamiento de autorización, previa tramitación

del correspondiente procedimiento en el que se sopesan los intereses concurrentes o, incluso, en conflicto (artículo 84 de la LPAP).

Pero, apreciada la titularidad del derecho, no puede negarse al operador, con carácter general, la autorización. La normativa aplicable debe, en todo caso, reconocer el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de las redes públicas de comunicación electrónicas, de acuerdo con lo dispuesto en el título III de la LGTe/03 (artículo 29.1).

Lo que sí pueden establecerse son límites y condiciones al derecho de que se trata en aplicación de la normativa aplicable. Cuadro normativo integrado por los preceptos de la LGTe/03, pero también, conforme a los artículos 28 y 29 de dicha norma, por:

a) La normativa relativa a la gestión del dominio público concreto de que se trate y la regulación dictada por su titular en aspectos relativos a su protección y gestión.

b) La normativa específica dictada por las administraciones públicas con competencia en medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por ocupación del dominio público.

c) Constituyen, en todo caso, límites a las referidas normas ("límites a la normativa aplicable") los establecidos en el artículo 29 de la LGTe/03, que se sustenta en las previsiones de la Unión Europea y tiene como precedentes los pronunciamientos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001).

El artículo 31 de la LGTe/03 se refiere a la publicidad y acreditación del derecho de ocupación. La CMT ha de publicar en Internet un resumen de las normas que cada Administración le haya comunicado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 29.2 de la Ley. Y los operadores podrán dirigirse a la CMT para que esta les emita, en el plazo de seis días, una certificación registral acreditativa de su inscripción en el Registro de operadores y de su consiguiente derecho a obtener derechos de ocupación del dominio público o de propiedad privada.

2.3.2. Limitaciones del derecho

El derecho a la ocupación del dominio público, en general, y local, en particular, no es ciertamente un derecho absoluto, que pueda ejercitarse sin ningún condicionamiento.

El derecho de los operadores no absorbe ni anula las exigencias propias del régimen de dominio público en sí mismo considerado, ni el de los demás bienes y valores cuya protección está encomendada a las diversas administraciones. El RSU/05 establece que los operadores están obligados a cumplir las condiciones exigibles que se establecen en el propio Reglamento y, en concreto, las normas que se fijan por las administraciones públicas competentes de conformidad con lo establecido en los artículos 28 y 29 de la LGTe/05, y con sujeción a los límites de emisión que se establezcan en desarrollo del artículo 44.1.a) de dicha Ley.

a) Las características técnicas del proyecto de la red, la delimitación geográfica de dicho proyecto y los usuarios a los que se atiende, constituyen un primer elemento a considerar.

El derecho a ocupar no se refiere a ocupar una parcela determinada, a elección del operador, sino aquella que, entre las varias posibles, se estime por el titular del dominio público la más adecuada o la menos onerosa para los fines propios del bien demanial.

b) En cumplimiento de la normativa de la Unión Europea se puede imponer condiciones al ejercicio del derecho de ocupación por los operadores que estén justificadas por razones de protección al medio ambiente, la salud pública, la seguridad pública, la defensa nacional o la ordenación urbana y territorial.

1.º) En materia de medio ambiente y salud pública. El artículo 44.1 de la LGTe/03 establece que el Gobierno desarrollará reglamentariamente las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico, y en el Reglamento se regulará el procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan un peligro para la salud pública, en concordancia con lo dispuesto por las recomendaciones de la Comisión Europea. Tales límites deberán ser respetados, en todo caso, por el resto de administraciones públicas, tanto autonómicas como locales.⁶

6. Al amparo del precedente precepto (artículo 62.1 de la LGTe/98), se dictó el Reglamento que establece condiciones de protección del dominio público radioeléctrico y medidas de protección sanitaria frente a emisiones radioeléctricas, RD 1066/2001, de 28 de septiembre. Estas medidas son básicamente dos:

a) Prohibición de que, en zonas donde puedan permanecer habitualmente las personas, las inmisiones superen los límites establecidos en el anexo II del Reglamento, que transcribe literalmente los establecidos en la Recomendación del Consejo de la Unión Europea 1999/519, de 12 de julio.

Cabe, no obstante, que las comunidades autónomas y las entidades locales proporcionen un nivel superior de protección en el ejercicio de sus respectivas competencias, siempre que no resulte desproporcionado con relación al nivel de protección buscado, ni pretendan alcanzar un nivel de riesgo cero.

La ordenación municipal de telefonía móvil utiliza dos técnicas: una de carácter preventivo de planificación y de licencias, y otra de carácter sustantivo, estableciendo medidas concretas para controlar la contaminación electromagnética o exigiendo distancias mínimas de seguridad con respecto a determinadas zonas (suelo urbano, suelo residencial, centros escolares, etc.).

2.º Ordenación territorial y urbanismo. El Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de diciembre de 2003 y 4 de mayo de 2005, señala que la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable. Por consiguiente, los ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para la instalación de antenas y redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones, en ordenanzas o reglamentos relativos a obras e instalaciones en vías públicas, o de "calas y canalizaciones" o de instalaciones en edificios.

El Tribunal Supremo entiende que no se vulnera la obligación de prestar a todos los ciudadanos el servicio telefónico, y sostiene la legalidad de los preceptos municipales, porque el interés del ayuntamiento por preservar el dominio público municipal de descontroladas intervenciones que perjudiquen a los ciudadanos, como puede ser la constante apertura de zanjas en la vía pública que perturben el tráfico o la utilización peatonal, está contemplado en la Ley reguladora de las bases de régimen local [artículos 2, 25.1 y 25.2.a)], y en el Reglamento de bienes de las corporaciones locales (artículos 74 y ss.).

Por tanto, no es admisible que la apertura de zanjas en la vía pública, que permitan a los operadores establecer las redes de telecomunicaciones, sea constante

y dependa exclusivamente de los intereses de los operadores, pues ello vulnera el interés de los ayuntamientos en proteger el dominio público municipal. Así pues, la justificación de la norma municipal puede encontrarse en la titularidad de los bienes que han de ser utilizados, pero tampoco el interés local puede desconocer el respeto al cumplimiento de los servicios de telecomunicaciones por parte de las empresas obligadas a la prestación de ellos, y de esta suerte las limitaciones impuestas a las empresas de servicios han de ser proporcionales.

Asimismo, una STS de 24 de enero de 2000 confirma la legalidad del artículo 23 de la Ordenanza impugnada, que imponía el tipo de maquinaria a emplear, los turnos y el horario de trabajo, por cuanto tales previsiones establecen las condiciones de ejecución de actuaciones en vías públicas por parte de las empresas de servicios, y de ello resulta la competencia municipal para ordenar las exigencias derivadas del tráfico y del uso común general de dichas vías (artículos 74 y ss. del Reglamento de bienes de las corporaciones locales).

Una STS de 3 de abril de 2007 acepta la imposición del criterio de la "mejor tecnología disponible" cuando el mismo esté vinculado a un objetivo propio de la competencia municipal, como es el urbanismo y el paisaje.

3.º Necesaria previsión y planificación de las instalaciones de telecomunicación. La exigencia de una planificación previa en la instalación de telecomunicaciones, para evitar una implantación caótica, ha sido avalada por el Tribunal Supremo en las reiteradas sentencias de 24 de enero de 2000 y 18 de junio de 2001: El artículo 26.2 de la LGTe/03 prevé un informe relativo a las necesidades de redes públicas de telecomunicaciones y contempla, además, un mecanismo de colaboración de las necesidades de los operadores de telecomunicaciones con otras que inciden sobre el territorio. En efecto, establece que:

"Los órganos encargados de la redacción de los distintos instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recabar de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre la necesidad de las redes públicas de comunicaciones electrónicas en el ámbito territorial a que se refieran.

b) Obligación de los titulares de las instalaciones de minimizar los niveles de exposición del público en general a las emisiones radioeléctricas. Esto es, en las zonas donde pueden permanecer habitualmente personas, reducción de las inmisiones electromagnéticas hasta donde resulte técnicamente posible.

Cabe, no obstante, que las comunidades autónomas y las entidades locales proporcionen un nivel superior de protección en el ejercicio de sus respectivas competencias, siempre que no resulte desproporcionado con relación al nivel de protección buscado, ni pretendan alcanzar un nivel de riesgo cero.

“Los instrumentos de planificación territorial o urbanística deberán recoger las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y garantizarán la no discriminación entre operadores y el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en el sector.”

El precepto no contempla ningún criterio material para precisar el concepto de la necesidad de redes públicas de comunicaciones electrónicas, pero vincula los instrumentos de planificación territorial y urbanística con la obligación de recoger las necesidades de dichas redes. Asimismo, parece que los informes del Ministerio son vinculantes para los órganos territoriales que establecen la planificación, ya que el precepto no deja margen, al tener que recogerse las necesidades de establecimiento de las redes. Ahora bien, como advierte L. de la Torre Martínez, el referido carácter vinculante tiene como límite el que no surjan incompatibilidades con otros usos del dominio público o con las necesidades de ordenación urbana o rural, pues en este caso ha de hacerse una ponderación de los intereses en presencia para determinar su respectiva preponderancia.

“La exigencia de un plan técnico previo para la autorización de las antenas de telefonía móvil se presenta con la finalidad de garantizar la buena cobertura territorial [...] Estas materias están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses municipales [...] con este objetivo no parece desproporcionada la exigencia de una planificación de las empresas operadoras que examine, coordine, e incluso, apruebe el ayuntamiento.”

Sin embargo, la “necesaria planificación” exigible por los municipios no puede condicionar o determinar las estrategias comerciales o económicas de despliegue de los operadores. Ello, además de ser contrario a la libertad de empresa, ejercida en el marco de una economía de mercado (artículo 38 CE), vulneraría el artículo 5.1 de la LGTe/03, que dispone que los servicios de telecomunicaciones se prestan en servicio de libre competencia, sin más limitaciones que las establecidas en la legislación sectorial.

Los planes no pueden constituirse en medio para que los ayuntamientos asuman la planificación de los recursos de los operadores, que, de acuerdo con el régimen de competencia en el mercado, corresponde realizar a los operadores.

En todo caso, el Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de abril de 2007, ha reconocido la compatibilidad entre las previsiones de planes estatales y locales.

2.3.3. Requisitos o exigencias para la validez de las limitaciones y condiciones del derecho

a) El artículo 29.1 de la LGTe/03, segundo párrafo, establece que “las condiciones y límites no podrán implicar restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público y privado de los operadores.” El propio precepto señala que cuando una condición pudiera suponer la imposibilidad de ocupar el dominio público, por falta de alternativas, el establecimiento de esa condición deberá acompañarse de las medidas necesarias, entre ellas el uso compartido de infraestructuras, con el fin de garantizar el derecho de ocupación de los operadores y su ejercicio en igualdad de condiciones.

b) Los límites y condiciones que se establezcan deben ser proporcionales con respecto al concreto interés que traten de salvaguardar.

Este principio de proporcionalidad, que introduce la Ley de 2003, resultaba exigible con anterioridad, de acuerdo con la jurisprudencia, la doctrina de la CMT y los artículos 84 de la LRBR y 6 del RSCL.

Los criterios utilizados por el Tribunal Supremo como parámetros de la proporcionalidad en las limitaciones impuestas por las ordenanzas locales son: la idoneidad, utilidad y correspondencia intrínseca de la entidad de la medida y la limitación resultante para el derecho, y el interés público que se intenta preservar.

Los ayuntamientos pueden establecer condiciones técnicas en materia de instalaciones de telecomunicaciones, pero estas no pueden traducirse en “restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas.” En la sentencia de 18 de junio de 2001, el Tribunal Supremo exige al recurrente que demuestre que la Ordenanza impugnada impide la instalación de una antena que contase con las autorizaciones y aprobaciones estatales, lo que no siempre es fácil. El Tribunal Supremo, en este caso, entiende que no se ha logrado tal prueba y desestima el motivo de casación, porque no puede anularse una disposición general fundándose en que cabe una interpretación ilegal.

Las exigencias establecidas por los ayuntamientos han de examinarse caso por caso, y ello puede implicar la utilización de conceptos jurídicos indeterminados. No resulta fácil precisar *a priori* si una ordenanza local sobre telecomunicaciones resulta proporcionada o no, con independencia de la virtualidad del principio que sirve de garantía a los ciudadanos y deriva del ordenamiento jurídico (artículo 103.1 CE, artículo 6.3 del

Reglamento de servicios de las corporaciones locales, RSCL, en adelante) y de la propia legislación de telecomunicaciones

c) Las normas que se dicten por las administraciones deben cumplir, además, los siguientes requisitos:

1.º) Ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. De dicha publicación y de un resumen de esta, ajustado al modelo que se establezca mediante Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, así como de las ordenanzas fiscales municipales que impongan las tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, contempladas en el artículo 24.1.c) de la Ley reguladora de las haciendas locales, y de cuantas disposiciones de naturaleza tributaria afecten a la utilización del dominio público de otra titularidad, se deberá dar traslado a la CMT a fin de que esta publique una sinopsis en Internet.

2.º) Incluir un procedimiento rápido y no discriminatorio de resolución de las solicitudes de ocupación.

3.º) Garantizar la transparencia de los procedimientos y que las normas aplicables fomenten una competencia leal y efectiva entre los operadores.

4.º) Garantizar el respeto de los límites impuestos a la intervención administrativa en esta Ley, en protección de los derechos de los particulares. En concreto, las solicitudes de información que se realicen a los operadores deberán ser motivadas, tener una justificación objetiva, ser proporcionadas al fin perseguido y limitarse a lo estrictamente necesario.

d) Las administraciones no podrán fundar la denegación del derecho de ocupación del dominio público o privado, sino en la aplicación de las normas a que se hace referencia en el capítulo II del título III que hubiesen aprobado (DT 1ª, apartado 6, de la LGTe/03). Con ello, la Ley pretende resolver los problemas derivados de la eventual discrecionalidad o del margen de apreciación de la Administración titular del dominio público, en particular, de la correspondiente Administración local.

e) En el supuesto de que las administraciones públicas reguladoras o titulares del dominio público, a que se refiere el artículo 29, ostenten la propiedad o ejerzan el control, directo o indirecto, de operadores que exploten redes de comunicación electrónicas, deberán mantener una separación estructural entre dichos operadores y los órganos encargados de la regulación y gestión de estos derechos. Este apartado, artículo 29.3 de la LGTe/03, que obedece a la transposición del

artículo 11.2 de la Directiva Marco, trata de evitar privilegios de las administraciones públicas y se protege la libre competencia.

Conforme a la LGTe/03 y al RSU, los operadores de telecomunicaciones tienen *ex lege* el derecho de ocupación del dominio público, pero están obligados al cumplimiento de las condiciones que respeten las de los indicados requisitos, establecidas por las administraciones públicas competentes, y han de respetar los límites de emisiones que se establezcan en desarrollo del artículo 44.1.a) de la LGTe/03, relativo al procedimiento de determinación, control e inspección de los niveles de emisión radioeléctrica tolerable y que no supongan peligro para la salud pública.

3. Uso compartido de infraestructuras en dominio público

El derecho de ocupación del dominio público no implica necesariamente que todos los operadores puedan exigir la instalación de su propia infraestructura, con independencia de las existentes.

La técnica de la compartición tiende a evitar que el ejercicio por separado de los derechos de ocupación lesione intereses públicos que pueden resultar afectados, como los derivados del urbanismo, medioambiente o el paisaje, garantizando que dicha protección se efectúe en un marco de igualdad.

La compartición de infraestructuras se encuentra prevista en los artículos 30 de la LGTe/03 y 59 del RSU/05, si bien deben precisarse, con carácter previo, los siguientes conceptos:

–Ubicación compartida, existen distintas redes pero comparten una misma zona de dominio público o privado.

–Uso compartido, se comparten las mismas redes o infraestructuras por distintos operadores.

Los aspectos principales de la regulación son los siguientes:

a) Se establece el deber de las administraciones públicas de fomentar el acuerdo voluntario entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras (artículo 30.1 de la LGTe/03).

b) Se concede a la Administración titular del dominio público la posibilidad de imponer la ubicación compartida y el uso compartido a los distintos operadores de telecomunicaciones, estableciendo una serie de requisitos materiales y formales:

1.º) Que no se puedan ejercitar por separado los derechos de ocupación, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial.

2.º) Este requisito previo tiene que demostrarse dentro del procedimiento de compartición que ha de seguirse.

3.º) Exigencia de trámite previo de información pública.

c) El uso compartido requiere que los interesados estén de acuerdo sobre las condiciones que han de regir el citado uso compartido. Pero, en caso de que se alcance el acuerdo, las referidas condiciones se establecen por la CMT. Con carácter preceptivo, pero no vinculante, la Ley exige informe de la Administración titular del dominio público, la cual puede imponer las condiciones que haya calificado como esenciales para salvaguardar los intereses públicos cuya tutela tenga encomendada.

d) Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30 de la LGTe/03, se imponga el uso compartido de instalaciones radioeléctricas emisoras pertenecientes a redes públicas de comunicaciones electrónicas, y de ello se derive la obligación de reducir los niveles de potencia de emisión, deberán autorizarse más emplazamientos, si son necesarios, para garantizar la cobertura de la zona de servicio.

4. Ocupación del dominio privado

Los operadores también tienen derecho, en los términos establecidos en el capítulo II del título III, a la ocupación de la propiedad privada, cuando resulte estrictamente necesario para la instalación de la red en la medida prevista en el proyecto técnico presentado, y siempre que no existan otras alternativas económicamente viables, ya sea a través de la expropiación forzosa o mediante declaración de servidumbre forzosa de paso, para la instalación de infraestructura de redes públicas de comunicaciones electrónicas. En ambos casos tendrán la condición de beneficiarios en los expedientes que se tramiten, conforme a lo establecido en la legislación sobre expropiación forzosa.

La aprobación del proyecto técnico por el órgano competente de la Administración General del Estado llevará implícita, en cada caso concreto, la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación para la instalación de redes públicas de comunicaciones

electrónicas, a efectos de lo previsto en la legislación de expropiación forzosa.

Con carácter previo a la aprobación del proyecto técnico, se recabará informe de la comunidad autónoma competente en materia de ordenación del territorio, que habrá de ser emitido en el plazo máximo de 15 días desde su solicitud. No obstante, previa solicitud de la comunidad autónoma, este plazo será ampliado hasta dos meses si el proyecto afecta a un área geográfica relevante.

En las expropiaciones que se lleven a cabo para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas, cuyos titulares tengan impuestas obligaciones de servicio público indicadas en el artículo 22 o en los apartados 1 y 2 del artículo 25, se seguirá el procedimiento especial de urgencia establecido en la Ley de expropiación forzosa, cuando así se haga constar en la resolución del órgano competente de la Administración General del Estado que apruebe el oportuno proyecto técnico (artículo 27 de la LGTe/03).

5. Tasa municipal por ocupación del dominio público

La LGTe/03, en su anexo I, se refiere a cuatro tipos de tasas: general de operadores, por numeración telefónica, por reserva de dominio público radioeléctrico y de telecomunicaciones. Pero, además, el artículo 28.2 declara aplicable la tributación por ocupación de dominio público.

Y en este sentido, es doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 16 de julio de 2007, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley 26/2006, que: “la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil.”

Argumenta el Tribunal Supremo:

“Como tuvo ocasión de señalar esta Sala en la reciente sentencia de 18 de junio de 2007, puede

conceptualmente distinguirse una tasa general, referida a la utilización o aprovechamiento especial o exclusivo de bienes de dominio público, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público [artículo 24.1.a) de la LHL], y otra especial, en la que la utilización privativa o el aprovechamiento especial se refiere específicamente al suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, cuantificable en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas [artículo 24.1.c) de la LHL]. Criterio, a este respecto, que quedó apuntado en la sentencia de 20 de mayo de 2002, y luego ha sido reiterado en ulteriores pronunciamientos relativos a ordenanzas reguladoras de la tasa por aprovechamiento especial de dominio público local (SSTS de 9, 10 y 18 de mayo de 2005, y de 21 de noviembre de 2005).

“Ahora bien, [...] el hecho imponible de la tasa de que se trata no es la indefinida prestación por empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones, en un término municipal, de cualquier servicio, salvo el de telefonía móvil, sino, en los términos que se ha señalado, el aprovechamiento especial del dominio público local singularizado en el suelo, subsuelo o vuelo de vías públicas municipales.”

Por consiguiente, con independencia de las tasas estatales, debe tenerse en cuenta la tasa por ocupación del dominio público local, con la peculiaridad establecida para los operadores de telecomunicaciones en el artículo 24.1.c) del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL).

5.1. Hecho imponible

Es la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. Dentro de este dominio se comprenden el suelo, subsuelo y vuelo, no solo en las vías públicas, sino en cualquier manifestación de dicho dominio.

La tasa es exigible tanto si se utiliza la infraestructura de titularidad municipal como la propia que el operador haya podido establecer.

No se incluye, sin embargo, en el hecho imponible la utilización de los bienes patrimoniales del ayuntamiento, que daría lugar a rendimiento de Derecho privado (STS de 14 de junio de 2003).

5.2. Sujeto pasivo

Son las empresas que prestan servicios de interés general o que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario. La referencia al “interés general” se añadió por la Ley 51/2002, con el fin de evitar que quedasen fuera aquellos operadores que presten servicios a grupos reducidos de vecinos, habida cuenta que estos servicios son en sí mismos, al margen de los destinatarios, de reconocido interés general, según la LGTe/03.

Son también sujetos pasivos las empresas que, sin ser titulares de las redes, tienen derecho a su uso, acceso o interconexión, resolviéndose de esta forma la controversia suscitada como consecuencia de la respuesta negativa dada por la Dirección General de Coordinación de las Haciendas Territoriales, con fecha 1 de febrero de 2002.

Se incluyen las empresas distribuidoras y comercializadoras de los servicios. Pero quedan excluidos del régimen especial de cuantificación los operadores de telefonía móvil.

El importe derivado de la aplicación de este régimen especial no puede ser repercutido a los usuarios de los servicios.

Están exentos el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales por los aprovechamientos inherentes a los servicios públicos de comunicaciones que exploten directamente y por los que interesen inmediatamente a la seguridad ciudadana o a la defensa nacional.

5.3. Base imponible

La constituyen los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.

Se entiende por ingresos brutos procedentes de la facturación aquellos que, siendo imputables a cada entidad, hayan sido obtenidos por esta como contraprestación por los servicios prestados en el término municipal.

No se incluirán entre los ingresos brutos los impuestos indirectos que graven los servicios prestados, ni las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros

que no constituyan un ingreso propio de la entidad a la que se aplique el régimen especial de cuantificación de la tasa.

En el caso de utilización de redes ajenas, se deducirán de los ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a sus redes. Las empresas titulares de tales redes deberán computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos de facturación.

5.4. Tipo

Es el 1,5% de la base imponible. Esta tasa, regulada en el párrafo c) del artículo 24.1.c), es compatible con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas a que se refiere el precepto deban ser sujetos pasivos. Sin embargo, queda excluida, por el pago de la tasa especial de que se trata, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales. ■

Telecomunicaciones y tributación local¹

Emilio Aragonés Beltrán
Magistrado

1. **Contradicción entre la parsimonia de la legislación sobre tributación local y el dinamismo del sector de las telecomunicaciones**
 2. **Necesidad de reducir el “riesgo regulatorio” y la incertidumbre normativa**
 3. **Fases de la regulación de las telecomunicaciones**
 - 3.1. Primera fase (1882-1924): inestabilidad regulatoria
 - 3.2. Segunda fase (1924-1987): monopolio sin resquicios
 - 3.3. Tercera fase (1987-1995): preparación del proceso liberalizador
 - 3.4. Cuarta fase: liberalizaciones en acceso a Internet, móviles, cable y satélite
 - 3.5. Quinta fase (2002-2003): disposiciones comunitarias y Ley 32/2003, general de telecomunicaciones
 4. **Regulación actual de la tributación local de las telecomunicaciones**
 5. **Régimen especial de Telefónica**
 - 5.1. Evolución histórica anterior
 - 5.2. Explicación del régimen especial local
 - 5.3. Ley 15/1987 y Reglamento de desarrollo
 - 5.4. Privatización de Telefónica
 6. **Problemas suscitados por el régimen especial: régimen privilegiado y telefonía móvil**
 7. **Tributación de las demás operadoras de telecomunicaciones: normativa sectorial; comunicación de las ordenanzas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones**
 8. **Impuestos, contribuciones especiales y tasas en general**
 9. **Tasas por aprovechamiento del dominio público local: regímenes de cuantificación del artículo 24.1 LHL; titularidad de la red; empresas explotadoras de servicios de interés general; importe de la tasa; empresas que no facturan en el término municipal**
 10. **Tributación de las operadoras de telefonía móvil: sujeción a la tasa; cuantificación en general de la tasa; supuesta vulneración de la legislación, estatal y comunitaria, sobre telecomunicaciones; concreta cuantificación en las ordenanzas**
 11. **Anulación de ordenanzas por cuantificaciones erróneas**
- Bibliografía consultada**

1. Contradicción entre la parsimonia de la legislación sobre tributación local y el dinamismo del sector de las telecomunicaciones

Analizar la problemática de la tributación local de las telecomunicaciones exige comenzar por resaltar la enorme contradicción que se produce entre, por una parte, la lentitud y parsimonia de la legislación reguladora de las

haciendas locales, y, por otra parte, el dinamismo desbocado de las telecomunicaciones, derivado, además, de dos fenómenos concurrentes pero bien diversos:

- De un lado, el paso de un régimen de monopolio en la explotación de las telecomunicaciones a un régimen liberalizado, impuesto por la normativa comunitaria.
- De otro lado, la constante innovación tecnológica en la materia, producida en un tiempo acelerado,

1. Ponencia expuesta en el “Curso de Derecho de las Telecomunicaciones”, organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, el Consejo General del Poder Judicial y el Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 8 de octubre de 2009.

desde luego muy alejado de la correspondiente respuesta legislativa.

Consecuencia obligada de todo ello es la necesidad de que sean los órganos jurisdiccionales los que hayan de dar respuesta a los nuevos retos que esta problemática plantea.

2. Necesidad de reducir el “riesgo regulatorio” y la incertidumbre normativa

El letrado del Consejo de Estado Javier Torre de Silva destaca, ante todo, la exigencia de que se reduzca el llamado “riesgo regulatorio” en los sectores objeto de regulación, como el de las telecomunicaciones. Tan importante es la flexibilidad del regulador como el carácter predecible de sus decisiones, pues el sector ha estado, y sigue estando, necesitado de costosísimas inversiones en redes y servicios, que, además, se caracterizan por tener un largo plazo de recuperación, unido a un riesgo de obsolescencia tecnológica que puede materializarse a corto o a medio plazo, de forma que la financiación de estas inversiones requiere confianza en la actuación futura del regulador.

Cabe añadir, en el tema que nos ocupa, que, igualmente, debiera reducirse la incertidumbre sobre la tributación local por las telecomunicaciones.

La obsolescencia está a la orden del día en esta materia: de la misma forma que la invención del teléfono, en 1876, convirtió rápidamente en obsoletos los curiosos servicios de señales anteriores, en los últimos diez años se ha producido el desarrollo masivo de la telefonía móvil, con una radical transformación de la realidad, afectando también a los ingresos de las haciendas locales.

3. Fases de la regulación de las telecomunicaciones

Siguiendo al mismo autor, cabe describir la regulación de los servicios de telecomunicaciones en general, y telefónico en particular, en las siguientes fases:

3.1. Primera fase (1882-1924): inestabilidad regulatoria

Desde 1882 hasta 1924 prevalece la inestabilidad regulatoria. Es bien conocida la ineficiencia económica de tal inestabilidad regulatoria, y la historia de la

regulación del servicio telefónico fijo, durante el siglo transcurrido entre 1882 y 1987, demuestra que incluso una gestión privada, en régimen de monopolio, puede ser más eficiente que una gestión del servicio en régimen de competencia, sometida a reglas no previsibles y en continuo cambio. En 1924, tras 44 años de funcionamiento del servicio, en España había tan solo 78.124 teléfonos.

3.2. Segunda fase (1924-1987): monopolio sin rescuicios

Desde 1924 hasta 1987 rigió el monopolio sin rescuicios. En 1924 se celebró el primer contrato con la Compañía Telefónica Nacional de España (que no era tan nacional como su nombre indicaba, pues estaba participada en cuantía muy significativa por la International Telephone and Telegraph Corporation, ITT). No ha habido en la historia reciente de España otro contrato público de mayor importancia.

Mediante un decreto ley de 1945, el Estado adquirió la práctica totalidad de las acciones que poseía la ITT y pasó a controlar casi el 80% (el 79,6%) del total de las acciones ordinarias en circulación. Posteriormente vendió algunas acciones en el mercado interno.

El contrato de 1946 introdujo pocos cambios sustanciales adicionales, pero uno de ellos resultaría, sin embargo, de cierta importancia: la definición de “sistema telefónico” incorporó también el inalámbrico, lo que tendría su importancia cuando, años después, naciera el servicio telefónico móvil (Telefónica comenzó a prestarlo en 1977, con la denominación de Teléfono Automático de Vehículos).

El contrato constituyó un mecanismo eficaz, pues en 1953, con una guerra civil de por medio, se había pasado de los 78.124 teléfonos que había en 1924 a un millón, y en 1967 eran tres millones y medio los teléfonos instalados.

3.3. Tercera fase (1987-1995): preparación del proceso liberalizador

Desde 1987 hasta 1995 se produce la preparación del proceso liberalizador.

Aprobada la Constitución, el carácter de “Ley paccionada” e inderogable de la de 31 de diciembre de 1945 determinó la no aplicación a Telefónica de España, S.A.

de las disposiciones aprobadas con posterioridad; pero la atribución a esta Compañía del derecho a aprobar (previa aprobación de la Delegación del Gobierno) los reglamentos técnicos y de prestación del servicio telefónico no resultaba defendible.

Por ello, la disposición adicional segunda de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, disponía la formalización de un nuevo contrato con Telefónica de España, S.A. que fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 1991, formalizado el 26 de diciembre de 1991 y publicado por resolución de 14 de enero de 1992 (BOE 23-1-1992).

El nuevo contrato eliminaba los privilegios más exorbitantes de Telefónica de España, S.A.; por ejemplo, se introdujo un plazo de duración del contrato (si bien amplio, de treinta años) que acabó con el carácter indefinido de los anteriores. Por otra parte, se amplió la definición de servicio telefónico que se concedía a la Compañía en exclusiva, incluyendo expresamente el servicio telefónico móvil (que ya prestaba desde 1977 en su forma analógica), y se atribuyó también a Telefónica el "servicio portador soporte del servicio telefónico básico" y la "transmisión de datos por la red pública de conmutación de paquetes" y por la red telefónica conmutada. Telefónica de España, S.A. se obligaba a garantizar su neutralidad en la prestación de los servicios objeto del contrato, cuando estos sirvan de soporte a servicios de telecomunicación que se presten en régimen de libre competencia.

3.4. Cuarta fase: liberalizaciones en acceso a Internet, móviles, cable y satélite

Consiste en las primeras liberalizaciones, relativas al acceso a Internet, móviles, cable y satélite.

La categoría introducida en la Ley de 1987 de los "servicios de valor añadido", permitió que el servicio de "acceso a Internet" naciera ya liberalizado en España. Cuando, en 1990, se creó el servicio de acceso a Internet, podía prestarse en régimen de libre competencia, con sometimiento a una mera autorización.

Como se ha anticipado, tanto en la redacción originaria de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones como en el contrato de 1991, la "telefonía móvil" era uno de los servicios finales incluidos en la telefonía básica. No obstante, cuando se modificó la Ley de ordenación de las telecomunicaciones en 1992 (mediante la Ley

32/1992), se calificó el servicio de telefonía móvil automática como un servicio de valor añadido, lo que, en la práctica, equivalía a la introducción de competencia mediante el otorgamiento de nuevas concesiones.

En cuanto a las "telecomunicaciones por cable", en 1995 prometían ser una importante alternativa a la red telefónica fija de Telefónica de España, S.A., salvando el llamado "bucle local" (la última parte de la red, muy difícil de duplicar, que conecta la terminación de red del abonado con la central local). Pero el desarrollo de las telecomunicaciones por cable resultó mucho más lento de lo previsto, por retrasos legislativos (el Reglamento técnico y de prestación del servicio, necesario para la celebración de las licitaciones, no fue aprobado hasta diez meses después), por exigencias materiales (el establecimiento de la nueva red requería tiempo), y por circunstancias accidentales y de mercado (retrasos en las licencias municipales, rápido desarrollo de servicios competitivos, etc.)

Las "telecomunicaciones por satélite" (con exclusión del servicio telefónico básico por satélite) también fueron liberalizadas durante este período, gracias a la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de telecomunicaciones por satélite, que las sometió a una mera autorización administrativa.

Dentro de esta primera fase de liberalización, han de reseñarse las siete importantes directivas comunitarias, tendentes a conseguir la plena liberalización del sector, el día 1 de enero de 1998 (para España, 1 de diciembre de 1998). El nuevo conjunto de directivas establecía un sistema basado en la apertura a la competencia de todos los servicios y en el establecimiento y explotación de todas las redes de telecomunicaciones, siendo tres los pilares de este nuevo sistema: títulos habilitantes, interconexión y servicio universal.

3.5. Quinta fase (2002-2003): disposiciones comunitarias y Ley 32/2003, general de telecomunicaciones

Se produce, en el ámbito de la Unión Europea, mediante el segundo gran paquete de disposiciones comunitarias de liberalización de las telecomunicaciones, aprobadas en su totalidad en el año 2002, y consta de seis directivas y una decisión (directivas "Marco", "de Autorización", "de Servicio Universal", "de Acceso", "sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas", y la

“relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas”, y “Decisión sobre el espectro radioeléctrico”).

Y en España, a través de la nueva Ley general de telecomunicaciones (Ley 32/2003, de 3 de noviembre). Cuando se promulga, no puede decirse aún que el sector de las telecomunicaciones esté, de facto, maduro desde un punto de vista concurrencial. El Grupo Telefónica seguía teniendo cuotas de mercado superiores al 50 por 100 en todos los mercados del sector; en telefonía fija se situaba en el 81,3 por 100 de cuota de mercado (datos de finales de 2003), que incluía un 89 por 100 del mercado de acceso directo.

Indiscutiblemente, la telefonía móvil es la principal dinamizadora del sector, y su mercado ha crecido espectacularmente en los últimos años: Telefónica Servicios Móviles España, S.A.U. pasó de unas 200.000 líneas en 1995 a 3 millones de líneas en 1997 y a 19,6 millones de líneas en 2003, superando por primera vez el número de líneas de telefonía fija de su Compañía hermana TESAU, que tenía 19 millones de líneas en España en 2003. Los demás competidores en telefonía móvil han crecido de forma similar, especialmente Vodafone España, S.A., por lo que la telefonía móvil comienza a convertirse en un servicio sustitutivo de la telefonía fija, con clara ventaja tanto para el prestador del servicio (que percibe mayores ingresos) como para el cliente.

4. Regulación actual de la tributación local de las telecomunicaciones

Frente a este dinamismo del sector, derivado de los avances técnicos y de la liberalización, la regulación actual de la tributación de los operadores de telecomunicaciones en las haciendas municipales responde a una situación, tanto legal como técnica, que no se corresponde con la realidad de nuestros tiempos.

En efecto, la regulación vigente pivota sobre un sistema dual, e implica un tratamiento fiscal diferenciado entre empresas que realizan una misma actividad económica y que, conceptualmente, usan el mismo dominio público local.

Debemos distinguir por ello, en primer lugar, el régimen especial aplicable a Telefónica de España, S.A.U., empresa del Grupo Telefónica que tiene concedida la prestación del servicio de telecomunicación; y, en segundo término, el régimen general aplicable al

resto de los operadores de telecomunicaciones, en particular respecto de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local (mal llamada “tasa del 1’5 por 100”).

Dos problemas esenciales se presentan al respecto:

1) Un primer problema esencial de esta dualidad procede del hecho de que la Ley de haciendas locales se promulgó en los tiempos de monopolio de las telecomunicaciones y, por ello, no está pensada específicamente para su aplicación a los operadores de las mismas, sino para las otras empresas prestadoras de servicios.

Esta discordancia ha propiciado que Villar Uríbarri llegue a sostener la inaplicabilidad de la llamada “tasa del 1,5%” al ámbito de las telecomunicaciones, señalando tres razones para ello:

a) Hoy no se aplica, ni tan siquiera a Telefónica de España, S.A.U., habida cuenta de que esta goza de una *lex specialis* (Ley 15/1987, de 30 de julio).

b) Cabe defender que los servicios de telecomunicaciones y la explotación de redes de telecomunicaciones no constituyen “servicios de suministro”, pues el concepto de “servicio de suministro” no es predicable de la explotación de redes de telecomunicaciones, o de la prestación de servicios de telecomunicaciones. Se sostiene, en tal sentido, que la liberalización de los servicios de telecomunicaciones ha separado más el concepto de servicio del de suministro: la elección, por el usuario, de la empresa que preste el servicio de telecomunicaciones permite, incluso, que esta pueda hacerlo sin contar con redes instaladas en el término municipal correspondiente, en el que puede no existir ningún punto de interconexión o de acceso. Según se concluye, difícilmente cabe entender que, en el caso de las telecomunicaciones, la prestación de servicios constituya un suministro. Nótese que, en muchos casos, los servicios se prestarán por operadores alternativos, empleando siempre la misma red a través de los procedimientos de interconexión o de acceso.

c) La Directiva Comunitaria de autorizaciones impide que, sobre las explotaciones de redes de telecomunicaciones o la prestación de servicios de telecomunicaciones, se impongan más gravámenes que los estrictamente necesarios, derivados de la actuación administrativa para el otorgamiento de los títulos correspondientes.

Según el mismo autor, gravar de forma excesiva y desproporcionada un sector que tiene problemas de desarrollo, es desconocer dónde está la riqueza imponible, y dificultar, todavía más, el desarrollo de

las empresas de telecomunicaciones, por lo que habría de mantenerse la actual situación, evitando nuevos gravámenes que afecten al sector, o una elevación de los existentes.

Además, en aras de la sencillez y la reducción de gastos administrativos, debiera preverse la gestión estatal de los tributos municipales que afecten al sector de las telecomunicaciones. Se sostiene, al respecto, que el artículo 149.1.21.^a de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de telecomunicaciones, y esta competencia exclusiva alcanza a la actividad legislativa y a la ejecutiva, incluyendo esta última la de gestión. Siendo ello así, no procede que las corporaciones locales asuman competencias de control respecto de las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones. Ello debiera determinar que cualquier tributación, que afecte al sector de las telecomunicaciones, deba ser de gestión centralizada, particularmente cualquier tributo que grave la actuación de las empresas de telecomunicaciones con un tipo porcentual respecto de los ingresos obtenidos por las empresas. En caso contrario, se estaría permitiendo a los ayuntamientos conocer las cuentas de estas empresas, y se estaría dificultando extraordinariamente la gestión de estas, incrementando estructuras administrativas paralelas y provocando disfunciones de toda índole.

Cualquier tributación que se establezca, respecto del sector, debe ser la común. Ya las empresas de telecomunicaciones están sujetas al impuesto de sociedades y se les aplica el tipo común del 35% sobre los beneficios que obtengan. ¿Qué sentido tiene establecer un porcentaje determinado de tributación, sobre los ingresos brutos, en cada municipio? ¿Qué relación guardaría una tributación de esta índole con el coste efectivo que supone la ocupación del dominio público, afecto a la actividad de las telecomunicaciones?

Esta larga cita de una posición doctrinal contraria a la actual tributación local por la tasa del 1,5% de las telecomunicaciones, anuncia los problemas que la práctica ha venido presentando. Ha de adelantarse que, como quedará detallado, no se comparte ninguna de las citadas conclusiones.

2) La segunda circunstancia relevante, ya citada, es la extensión imparable de la telefonía móvil, con la instalación de antenas y de otros elementos técnicos,

que han significado una utilización intensiva del medio urbano, como base esencial de su negocio.

Pero, sobre todo, la expansión de la telefonía móvil, en detrimento de la fija, suscita un serio problema financiero a las corporaciones locales: las cantidades percibidas por el régimen especial de tributación de Telefónica han minorado sustancialmente, pese a ser la misma o mayor la ocupación del dominio público local por sus redes.²

5. Régimen especial de Telefónica

El régimen especial de Telefónica consiste, como es sabido, en la sustitución de las deudas tributarias locales por una compensación en metálico de periodicidad anual.

Este régimen se contiene en la Ley 15/1987, de 30 de julio, y en el Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real decreto 1334/1988, de 4 de noviembre. Pero solo es aplicable a la empresa Telefónica de España, S.A.U., Sociedad Unipersonal, por transmisión de la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecida en el contrato de la concesión entre el Estado y Telefónica el 21 de diciembre de 1991. Solamente en ese supuesto se hará la compensación anual, mientras el resto de las empresas del Grupo Telefónica quedan sujetas al régimen general de los tributos locales.

La Ley 15/1987 (en el texto modificado por la LHL de 1988, la cual ratificó la vigencia de aquella, si bien adecuando su redacción a las figuras tributarias de la propia LHL: la expresa sujeción de la CTNE a las contribuciones territoriales debe entenderse referida al nuevo IBI) establece la expresa sujeción de la CTNE a dicho IBI, y la sustitución de cuantos otros tributos de carácter local pudieran corresponder, por una compensación en metálico de periodicidad anual. La compensación consiste en el 1'9% de los ingresos brutos procedentes de la facturación correspondiente a cada término municipal, y en un 0'1% de la facturación de cada demarcación provincial, respectivamente. No es necesario para su efectiva aplicación que las entidades locales adopten acuerdo o aprueben ordenanza fiscal alguna, satisfaciéndose trimestralmente a los ayuntamientos y diputaciones provinciales.

2. Turu Santigosa ofrece muy gráficamente las diferencias en cifras hasta el año 2002.

5.1. Evolución histórica anterior

La Ley 15/1987 es la culminación de una evolución histórica curiosa:

–Desde 1945, Telefónica era el “suministrador exclusivo del servicio de telecomunicaciones en España”. En el contrato de 1946 se contempla un régimen fiscal especial para Telefónica, consistente en la sustitución de la totalidad de las deudas tributarias por cualquier arbitrio, tasa, contribución especial o impuesto de los que fuera sujeto pasivo, y quienquiera que fuese el sujeto activo exaccionador de los mismos, por un porcentaje que, sobre sus ingresos y en la forma y medida que se establecía en el propio contrato, habría de abonar la Compañía al Estado, con la consiguiente exención de toda otra contribución o impuesto, arbitrio o tasa de cualquier clase.

–La jurisprudencia negó que las leyes formales posteriores pudieran establecer modificaciones en el contrato y, en consecuencia, someter a la Compañía Telefónica al régimen tributario general. Se alude al “carácter de Ley paccionada” y “pacto solemne” que tiene el contrato a estos efectos (por todas, SSTs de 15 de diciembre de 1995 y de 30 de enero de 1996).

–La jurisprudencia es invariable: el “pacto solemne” con Telefónica está por encima de cualquier norma positiva del Ordenamiento, situación no alterada por la promulgación de la Constitución de 1978 y el reconocimiento de la autonomía municipal. La Ley 15/1987, de 30 de julio, vino a sustituir (en realidad a prolongarlo en los tributos locales) este régimen tributario “paccionado”. La aplicación de este sistema ha llegado a provocar pleitos curiosos, en los que se estimaron demandas de Telefónica contra precios públicos girados por estacionamiento de sus vehículos en “zona verde”, de importe inferior a 100 de las antiguas pesetas.

Esta situación se liquidó con la promulgación de la Ley 15/1987, de 30 de julio, que vino a acomodar el régimen tributario de la CTNE a las características comunes que rigen para cualquier persona jurídica. Pero el legislador realizó dicha asimilación, sin problema alguno, en lo relativo a los tributos estatales y autonómicos, pero no a los locales.

5.2. Explicación del régimen especial local

La explicación de esta diferencia, que se contiene en la exposición de motivos de la Ley de 1987, difícilmente puede mantenerse en la actualidad.

Se dice que la pluralidad de sujetos activos exaccionadores, la diversidad de ordenanzas locales, con la subsiguiente multiplicidad de tipos, tarifas y sistemas de gestión contemplados en las mismas, el sinnúmero de conductas y acontecimientos que integran los hechos imponible de las tasas y contribuciones especiales locales, unido a la circunstancia de que los servicios de la Compañía se prestan en la práctica totalidad de las corporaciones locales españolas “imponen de manera inevitable la adopción de una solución que respetando los derechos e intereses de las entidades locales, propicie el que la Compañía pueda hacer frente a sus obligaciones tributarias para con las mismas. Sin que ello le irroge una presión fiscal indirecta y unos costes de gestión que convertirían el cumplimiento de tales obligaciones en insosteniblemente oneroso para el sujeto pasivo de las mismas. La única solución en orden a abonar el fin reseñado es el cumplimiento sustitutorio mediante el abono de una compensación anual en metálico.”

La supuesta presión fiscal indirecta por los consiguientes costes de gestión, queda prácticamente desdibujada con las modernas tecnologías, que permiten una informatización casi total para el cumplimiento de las obligaciones tributarias. No cabe entender actualmente que sea “insosteniblemente oneroso” el cumplimiento de unas obligaciones que llevan a cabo otras empresas suministradoras, al tiempo que la prestación de servicios en la práctica totalidad de los municipios españoles, lejos de suponer una mayor onerosidad, conlleva la correspondiente economía de escala para hacerles frente.

El argumento doctrinal citado, de que “se estaría permitiendo a los ayuntamientos conocer las cuentas de estas empresas [de telecomunicación]”, supone, llanamente, la pretensión de un privilegio respecto no solo de las demás empresas de suministros, sino de cualquier empresa o ciudadano que debe cumplir sus obligaciones de información frente a todas las administraciones tributarias. Cabe recordar, en todo caso, que el artículo 95 de la vigente Ley general tributaria resalta el carácter reservado de los datos con trascendencia tributaria, disponiendo su apartado 3 que: “La Administración tributaria adoptará las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad de la información tributaria y su uso adecuado. Cuantas autoridades o funcionarios tengan conocimiento de estos datos, informes o antecedentes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos citados. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran

derivarse, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.”

5.3. Ley 15/1987 y Reglamento de desarrollo

La norma reglamentaria de desarrollo de la Ley 15/1987 se contiene en el Real decreto 1334/1988, de 4 de noviembre, que regula el concepto de ingresos brutos procedentes de la facturación, la forma de calcular los mismos y las partidas que los integran, así como el procedimiento, importe, plazos y documentación de los correspondientes pagos.

Cabe destacar que el artículo 2 del Real decreto determina expresamente, como ingresos netos de explotación procedentes de la facturación, los obtenidos de servicios telemáticos y de transmisión de datos, así como servicios móviles, terrestres y marítimos. Se establece también la minoración de las partidas incoobrables, o de dudoso cobro, y las partidas correspondientes a importes indebidamente facturados porque hayan sido anulados o rectificadas. El sistema de pago de las compensaciones se lleva a cabo mediante cuatro declaraciones-liquidaciones trimestrales, a cuenta de la declaración-liquidación definitiva que se practique. Contempla también que ha de presentarse un ejemplar de cada una de estas liquidaciones, sin otro detalle que el importe global, ante la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, y otro ejemplar, con detalle de facturación y cálculo de participación de cada municipio o provincia, ante la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales. Por tanto, la compensación, que se fracciona en ingresos trimestrales a cuenta, se ingresa en el Tesoro del Estado, distribuyéndose después a los entes locales por parte de dicha Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales.

La Ley 15/1987 incluyó también la atribución de la tercera parte de la participación compensatoria de los años 1986 y 1987, como reconocimiento implícito de que el sistema anterior había perjudicado a las entidades locales.

5.4. Privatización de Telefónica

Simultáneamente con la Ley 15/1987, comenzó la fase denominada de “privatización de Telefónica”, preparándose primero el camino de la venta de la participación que el Estado español mantenía aún de la

Compañía, y llevándose a cabo finalmente en su totalidad. Desde febrero de 1997, Telefónica es una empresa enteramente privada, y desde el 17 de marzo de 1998, fecha en la que se celebró la reunión de la Junta de accionistas de Telefónica, se convirtió en un grupo de empresas que pasó a denominarse Telefónica, S.A.U., integrada por un consorcio de cuatro filiales: Telefónica de España, Telefónica Móviles, Telefónica Internacional y Telefónica Media.

Este hecho provocó la controversia de si el régimen fiscal especial expuesto debía aplicarse a todas las nuevas sociedades, o solamente a una de ellas. La solución la dio el artículo 21.5 de la Ley 50/1998, que contempla que el citado régimen fiscal especial resulta aplicable a “la empresa del grupo Telefónica a la que, en su caso, le haya sido, o le sea transmitida la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecidos en el contrato de concesión entre el Estado y Telefónica de fecha 26 de diciembre de 1991. En tal caso, la compensación anual prevista en el artículo 4 de la citada Ley 15/1987 tendrá como base los ingresos procedentes de la facturación de la mencionada empresa; las restantes empresas del grupo, incluida Telefónica, S.A., quedan sometidas al régimen general de los tributos locales.”

Como consecuencia directa de lo anterior, Telefónica, S.A.U. no incluye, en el cómputo de la base de la compensación que debe realizar a favor de los ayuntamientos y diputaciones, los denominados ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término o demarcación, los ingresos correspondientes a “servicios móviles, terrestres y marítimos” que, tal y como hemos visto, el artículo 2 del Real decreto 1334/1988 incluía dentro de la consideración de aquellos.

En definitiva, la liberalización del sector y la introducción de la competencia han provocado que Telefónica, S.A.U., no solo no haya incrementado su facturación, sino que haya visto reducida la misma, al existir otros operadores de telefonía fija que compiten por idéntica franja de mercado. Esta situación cobra especial atención en el ámbito local, tal y como refleja el problema existente en aquellos municipios que intentan aplicar la tasa regulada en el artículo 24.1 LHL a las nuevas empresas explotadoras de servicios de telefonía y telecomunicación, y ven sistemáticamente recurridas tales imposiciones ante los tribunales.

En conclusión, el viejo sistema de la exigencia de una compensación sobre los ingresos, además de una exoneración tributaria general, ha ido reduciendo su ámbito de aplicación paulatinamente, aunque todavía subsiste.

Afecta solo a los tributos locales y alcanza únicamente a una de las sociedades en las que se ha desmembrado la antigua CTNE. Los tributos estatales y los autonómicos se exigen sin especialidades destacables; y, por otra parte, todas las sociedades del Grupo Telefónica, salvo la excepción mencionada, se someten a los tributos locales en los mismos términos en que lo hace el resto de los operadores de telecomunicaciones.

6. Problemas suscitados por el régimen especial: régimen privilegiado y telefonía móvil

Este régimen especial de Telefónica no ha dejado de suscitar problemas.

En primer lugar, se ha cuestionado la propia existencia de un régimen fiscal privilegiado o discriminatorio a este operador, lo que viene excluido por las directivas comunitarias. Dos dictámenes del Consejo de Estado (los números 2.852/2002 y 228/2003) han señalado que tal régimen, a juicio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “no se justifica en la actualidad”, y su vigencia en un mercado plenamente liberalizado debe someterse a consideración. Las largas épocas de monopolio y la actual situación como “operador dominante” dificultan, sin duda, la terminación de un régimen fiscal tan discriminatorio.

Y, sobre todo, se ha cuestionado la exclusión en la facturación de los ingresos procedentes de la telefonía móvil. La idea general de las entidades locales ha sido propugnar un cambio legislativo, que refleje específicamente en la Ley de haciendas locales una nueva regulación al

respecto, en la que de forma indubitable se establezca un sistema que garantice que, al menos las entidades locales, mantendrán la capacidad recaudatoria que poseían respecto de estos servicios de telecomunicación antes de su liberalización, y se beneficien de cuantas nuevas actividades se produzcan, y para las que sea necesario utilizar tanto el suelo, subsuelo y vuelo de sus términos, dado el imparable desarrollo de las tecnologías.

El informe de 20 de diciembre de 2000 del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, resaltó al respecto dos cuestiones de interés:

1.^a) Que la compensación a abonar por Telefónica a los ayuntamientos y diputaciones debe considerarse como un tributo de titularidad local, por lo que la actuación del Estado se realiza a cuenta de las entidades locales, verdaderos titulares de las potestades de gestión, recaudación, comprobación e inspección. Por ello, los ayuntamientos y diputaciones ostentan un interés legítimo, y pueden instar de la Administración del Estado la entrega de la documentación y datos sobre su estado y tramitación.

2.^a) Que no existe fundamento jurídico alguno para excluir, del cómputo de los ingresos brutos de la facturación, los procedentes de “servicios móviles, terrestres y marítimos”, puesto que forman parte del concepto “ingresos brutos de explotación”, establecido por el artículo 2.1.c) del Real decreto 1334/1988.

Sin embargo, esta última pretensión ha sido desestimada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de diciembre de 2006 (recurso núm. 1044/2001). Aunque tal sentencia se encuentra recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, no parece que sus conclusiones sean cuestionables.³

3. Señala la sentencia:

- Que durante los años inmediatamente anteriores a 1995 Telefónica de España, S.A. prestaba servicios de telefonía móvil y otros e incluía la facturación de todos ellos como ingresos brutos de explotación en la base para la determinación de la compensación sustitutoria establecida por la Ley 15/1987. Por su parte, “Telefónica de Servicios Móviles, S.A.”, desde el inicio de su actividad, ha permanecido sujeta a los tributos estatales, autonómicos y locales sin ninguna especialidad, como cualquier otra empresa española y, particularmente, en igualdad de condiciones tributarias que su competidora Airtel.

- Que la pretensión de incluir los ingresos de “Telefónica de Servicios Móviles, S.A.”, hoy “Telefónica Móviles, S.A.” en la base de la compensación sustitutoria de la Ley 15/1987, supone no solo interpretar extensivamente dicha Ley y el Real decreto 1334/88, para hacer comprender en su texto supuestos no previstos, sino que además no tiene en cuenta que la facturación de Telefónica Móviles que se pretende incorporar está ya sujeta al régimen tributario estatal, autonómico y local ordinario, y su inclusión –además– en la base compensatoria crearía una desigualdad competitiva de esta última empresa frente a Airtel, su competidora en el inicio de su actividad, desigualdad que desde luego no estaba contemplada en las órdenes administrativas que autorizaron la transmisión de la concesión.

- Que lo señalado respecto de la transformación del título de concesión de telefonía móvil y su cesión a una empresa filial, es de aplicación al concepto de transmisión de datos (Real decreto 804/1993, de 28 de mayo, disposición transitoria 2.^a).

- Que la cuestión se presenta con mayor claridad a partir del 1 de enero de 1999, pues a los argumentos anteriores se añade la entrada en vigor de la Ley 50/1998 (artículo 21.5). Telefónica de España, S.A. es “la única beneficiaria” de los derechos y obligaciones recogidos en la Ley 37/87, por lo que del citado precepto legal resulta que el resto de las empresas del grupo Telefónica quedan sujetas al régimen general de los tributos locales. Por tanto, el régimen fiscal especial derivado de la Ley 15/1987 se aplica respecto de los ingresos por todas las actividades de Telefónica de España, S.A., detalladas en el Real decreto 1334/88, y no incluye en la base de la compensación los ingresos y facturación del resto de empresas del grupo Telefónica, que quedan sujetas al régimen tributario ordinario.

7. Tributación de las demás operadoras de telecomunicaciones: normativa sectorial; comunicación de las ordenanzas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Los demás operadores de telecomunicaciones están sujetos a la tributación local sin ningún régimen especial, esto es, les resultan aplicables las normas tributarias locales establecidas con carácter general.

La normativa sectorial de telecomunicaciones, en particular la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, no contiene normas sobre la tributación local de los operadores y de los servicios que prestan. Las normas tributarias que se recogen se refieren a las tasas estatales que se devengan con ocasión de la prestación de estos servicios (por numeración, por reserva del dominio público radioeléctrico, por certificaciones registrales, etc.).

Evidentemente, y pese a las confusiones que se han querido introducir al respecto, la exacción de tales tasas estatales nunca puede suponer duplicidad alguna con los tributos locales, especialmente con la tasa por ocupación del dominio público local. Es obvio que el dominio público radioeléctrico es de titularidad estatal y no puede ser gravado por las entidades locales, pero no es menos obvio que, si para prestar el servicio de telefonía móvil, o cualquier otro en materia de comunicaciones, ha de ocuparse el dominio público local, habrá de satisfacerse la correspondiente tasa local.

El análisis de la citada Ley 32/2003 confirma la anterior conclusión:

- Dispone en su artículo 28.2 que "Asimismo será de aplicación en la ocupación del dominio público y la propiedad privada para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas la normativa específica dictada por las administraciones públicas con competencias en medio ambiente, salud pública, seguridad pública, defensa nacional, ordenación urbana o territorial y tributación por ocupación del dominio público, en los términos que se establecen en el artículo siguiente." Por tanto, la Ley de telecomunicaciones, lejos de excluir la normativa específica relativa a la tributación por ocupación del dominio público, contiene una expresa remisión a la misma.

- Entre los límites de la normativa a que se refiere el citado artículo 28, ha de mencionarse, en lo que aquí interesa, lo previsto en el artículo 29.2.a) de la misma Ley 32/2003: "Las normas que se dicten por las correspondientes administraciones, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo anterior, deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos: a) Ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. De dicha publicación y de un resumen de esta, ajustado al modelo que se establezca mediante orden del ministro de Ciencia y Tecnología, así como del texto de las ordenanzas fiscales municipales que impongan las tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales contempladas en el artículo 24.1.c) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, y del de cuantas disposiciones de naturaleza tributaria afecten a la utilización de bienes de dominio público de otra titularidad, se deberá dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a fin de que esta publique una sinopsis en Internet."

El precepto sectorial, por tanto, contiene una expresa referencia tanto a la tasa del 1,5% del artículo 24.1.c) LHL como a cuantas disposiciones tributarias afecten a la utilización de bienes de dominio público. El criterio doctrinal antes expuesto, de que los servicios de telecomunicaciones y la explotación de redes de telecomunicaciones no constituyen "servicios de suministro", por lo que estarían excluidos de la tasa por ocupación del dominio público, queda desautorizado con contundencia por el propio texto legal sectorial.

- En otro orden de cosas, sin embargo, el precepto ha sido invocado para sostener la nulidad de las correspondientes ordenanzas, por no haberse dado traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de su publicación y de un resumen de esta.

Es claro, e incluso redundante, que la normativa a que se refiere el artículo 28 de la Ley general de telecomunicaciones, incluida la que expresamente se cita relativa a la tributación por ocupación del dominio público, haya de ser publicada en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente, tal como señala el artículo 29.1.a) de la misma Ley. En el ámbito local, tal obligación de publicidad ya viene precisada en el artículo 17.4 de la LHL: la vigencia de las ordenanzas queda subordinada a la publicación del texto íntegro de las ordenanzas, y de sus modificaciones, en el boletín oficial de la provincia o comunidad autónoma uniprovincial.

El problema surge respecto de la importancia de la comunicación o traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Como tal comunicación se ha de ajustar al modelo a establecer mediante orden ministerial,

ha de entenderse que no era aplicable hasta la entrada en vigor de la Orden ITC/3538/2008, de 28 noviembre, que aprueba el modelo de comunicación a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de la normativa que afecte al derecho de ocupación del dominio público y privado para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas (BOE de 6 de diciembre de 2008; RCL 2008\2042; vigente desde el día siguiente de la publicación en el BOE).

El preámbulo de esta Orden reitera el objetivo de la Ley 32/2003 de promover el establecimiento de redes públicas de comunicaciones electrónicas por medio de una inversión eficiente, así como las condiciones de igualdad y transparencia que han de respetarse. Más en concreto, se afirma que los requisitos del transcrito artículo 29.2 a) de dicha Ley 32/2003, se establecen con objeto de simplificar el cumplimiento de los criterios generales que habrán de respetar las administraciones públicas, titulares del dominio público y competentes para dictar normativa en determinadas materias que afectan al despliegue de las redes, así como para garantizar los derechos de información y de seguridad jurídica, tanto de los operadores que aspiran a desplegar sus redes, como de los usuarios de los servicios, así como de los ciudadanos en general.

Se añade que, a su vez, el artículo 31.1 de la Ley 32/2003 establece que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones publicará en Internet un resumen de las normas que cada Administración le haya comunicado, en cumplimiento de lo establecido en el citado artículo 29.2. La Orden se dicta para dar cumplimiento a los expresados mandatos legales, aprobándose el correspondiente modelo de comunicación a dicha Comisión.

El artículo 2.2 detalla la documentación que habrá de remitirse: a) Una copia de la publicación del texto de la norma en el "Diario Oficial" correspondiente; y b) Un resumen de cada una de las normas aprobadas, ajustado al "Modelo de Comunicación de la normativa que afecte al derecho de ocupación del dominio público y privado para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas" que figura en el anexo. El plazo para la remisión de la documentación será el

de un mes desde la publicación de la norma, preferentemente a través de medios electrónicos o telemáticos (artículo 3).

La Orden, según su disposición final primera ("Título competencial"), se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.21.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones.

La omisión de la comunicación no puede, en ningún caso, conllevar la nulidad o ineficacia de las ordenanzas. Al respecto, señalan García de Enterría y de la Quadra Salcedo: "Probablemente no tenga mayor importancia la previsión de la letra a) en lo que se refiere a qué efectos tiene el hecho de no cumplir con la obligación de dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En realidad el arranque del número 2 del artículo 29 lo que dice es que deben cumplirse cuatro requisitos, de los cuales el primero y contenido bajo la letra a) consiste en la obligación de ser publicadas en un diario oficial del ámbito correspondiente a la Administración competente. Este es, en nuestro parecer, el contenido del requisito por más que, acto seguido, se diga que de dicha publicación y un resumen de la misma se deberá dar traslado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para efectos de publicación de una sinopsis en Internet. No parece que esta finalidad, en el caso de que no se haya producido la comunicación a la Comisión, determine ningún grado de ineficacia para la aplicación de la norma debidamente realizada y publicada en los términos previstos en la Ley."

A la misma conclusión han llegado los órganos jurisdiccionales. Así, por todas, la STSJ, Sección 4.ª, de Madrid núm. 1303/2009, de 19 de junio de 2009 (recurso núm. 993/2007), según la cual la eventual publicación sinóptica en Internet no puede ser considerada infracción sustancial de procedimiento pues, además de no haberse traducido en desconocimiento alguno (la prueba es la propia demanda, no precisamente escasa), difícilmente podría haber satisfecho una exigencia de publicidad con todas las garantías si se remite a una sinopsis.⁴

4. Dice esta sentencia en su fundamento tercero:

"Comenzaremos por la supuesta infracción del artículo 29.2 de la Ley 32/2003 general de telecomunicaciones al no haberse remitido por el Ayuntamiento la Ordenanza a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para la publicación en Internet de una sinopsis de aquella. Acreditado en trámite de prueba que el traslado no se produjo la actora deduce que se ha cometido un vicio de nulidad de pleno derecho en el procedimiento de la Ordenanza invocando al respecto los artículos 13 y 15 de la Directiva 2002/20/CE sobre el principio de transparencia. Pues bien nada de los argumentos merece su acogimiento por este Tribunal.

En definitiva, la omisión de la comunicación en cuestión habrá de estimarse, a lo sumo, como un defecto formal, que solo determinará la anulabilidad cuando dé lugar a la indefensión, según la esencial regla del artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común.

8. Impuestos, contribuciones especiales y tasas en general

No parece que puedan suscitarse problemas específicos en la tributación por las operadoras de telecomunicaciones, diferentes de Telefónica, S.A.U., por los impuestos locales, ya sean obligatorios (IBI, IAE y Vehículos) o potestativos (ICIO y Plusvalía).

Tratándose de contribuciones especiales, ha de recordarse que el artículo 30.1.d) LHL considera sujetos pasivos de las mismas, como personas especialmente beneficiadas, "d) En las contribuciones especiales por construcción de galerías subterráneas, las empresas suministradoras que deban utilizarlas", disponiendo el artículo 32.1.c) de la misma Ley que la base imponible "se repartirá entre los sujetos pasivos con sujeción a las siguientes reglas: c) En el caso de las obras a que se refiere el apartado 2.d) del artículo 30 de la presente Ley, el importe total de la contribución especial será distribuido entre las compañías o empresas que hayan de utilizarlas en razón al espacio reservado a cada una o en proporción a la total sección de las mismas, aun cuando no las usen inmediatamente."

Este supuesto peculiar de contribuciones especiales, afecta únicamente a las empresas que emplean galerías subterráneas para el suministro de agua, gas, energía eléctrica o teléfono. Clavijo Hernández sostiene que debe seguirse el significado técnico de galería subterránea, esto es, una especie de túnel o camino

subterráneo que se hace en ciertas obras para instalar en él canalizaciones de distribución de agua, cables conductores de corriente, etc., pues el legislador utiliza un tipo de lenguaje en el que predominan expresiones técnicas que se completan y limitan unas a otras. Otros autores, como Rubio de Urquía, manifiesta que resulta preferible utilizar un sentido funcional y entender por galería subterránea también cualquier canalización subterránea de la distribución de agua, cables conductores de corriente, cables de teléfono, etc., utilizando el término "conducciones", más amplio que el estrictamente técnico de "galerías", y se desprende del contenido del derogado artículo 219.2.l) del Texto refundido de 1986, que se refería a la "construcción de galerías subterráneas para el alojamiento de redes y tuberías de distribución de agua, gas, electricidad y otros fluidos y para los servicios de comunicación e información."

Desde un mínimo "estándar" de calidad de vida, ha de sostenerse la posibilidad de imposición de contribuciones especiales, también, para conducciones y canalizaciones de los expresados servicios de energía eléctrica y teléfono, para empezar a limitar las agresiones estéticas y medioambientales que suponen, en multitud de localidades y urbanizaciones, los tercermundistas tendidos sobre vetustos postes o palomillas, que debieran quedar relegados a la memoria histórica.

La Ley atribuye expresamente a las empresas suministradoras la condición de especialmente beneficiadas por la construcción de galerías subterráneas que deban utilizar, aunque ello no implique que ese sea su único fin, ni excluya que aquellas empresas sean sujetos pasivos por los supuestos generales de las letras a) y, especialmente, b), como titulares que son de explotaciones empresariales, cuando obtengan, de acuerdo también con las reglas generales respectivas, el imprescindible beneficio especial, que no tiene por qué ser necesariamente "adicional". En todo caso, el beneficio especial de los

"En primer lugar el precepto de la Ley de telecomunicaciones supuestamente infringido, como se dice en la contestación a la demanda, se refiere a los supuestos de tributación especial del 24.1.c) de la Ley de haciendas locales y no a los del apartado a). La actora sortea este obstáculo, de complicada superación, al señalar que, materialmente, la tasa para las operadoras de móviles es la del c), aunque de forma 'artificial' se haya situado en el a). Ello supone ir preparando este argumento formal para una de las cuestiones básicas del recurso, si bien en esta se predicará esencialmente que la tasa de móviles no se encuentra en ninguno de los dos supuestos y por tanto no es posible encuadrarla en ningún hecho imponible contemplado legalmente. Pues bien, desvirtuada semejante argumentación, verdaderamente artificial, basta decir que la Ordenanza ha recibido cuantos requisitos precisa para su publicación y que la eventual publicación sinóptica en Internet no puede ser considerada infracción sustancial de procedimiento, pues, además de no haberse traducido en desconocimiento alguno (la prueba es la propia demanda, no precisamente escasa), difícilmente podría haber satisfecho una exigencia de publicidad con todas las garantías si se remite a una sinopsis. Por ello estimamos que han sido respetados los artículos 13 y 15 de la Directiva en la medida suficiente para el respeto a la legalidad y sin perjuicio que cualquier otra medida de publicidad como la contenida en la Ley general de telecomunicaciones hubiese contribuido a una mayor aplicación del principio de transparencia normativa."

usuarios de los suministros es indudable, si se parte de la mínima sensibilidad estética propia de los tiempos actuales, usuarios a los que, en definitiva, trasladarán las compañías las cuotas satisfechas vía tarifas.

Con todo, la problemática esencial en la tributación local de las empresas de telecomunicaciones se centra en las tasas municipales, en particular en la relativa al aprovechamiento del dominio público local.

Desde luego, conforme al apartado 4.h) del artículo 20 LHL, las entidades locales pueden establecer tasas por el "otorgamiento de las licencias urbanísticas exigidas por la legislación del suelo y ordenación urbana." Asimismo, estarán sujetas a las tasas de las letras i) –licencia de apertura o actividades– y j) –inspecciones técnicas de instalaciones– del mismo artículo 20.4.

Estas y otras tasas municipales (diferentes de la propia utilización del dominio público local) son compatibles con la llamada tasa del 1,5%, tal como dispone el último párrafo del artículo 24.2 LHL: "Las tasas reguladas en este párrafo c) son compatibles con otras tasas que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las empresas a que se refiere esta letra deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23.1.b) de esta Ley, quedando excluida, por el pago de esta tasa, la exacción de otras tasas derivadas de la utilización privativa o el aprovechamiento especial constituido en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales."

El precepto ha propiciado la tesis de que estamos ante una modalidad diferente de tasa –la del 1,5%–, por lo que la exclusión de ella de la telefonía móvil impediría el gravamen por cualquier otra tasa por la utilización del dominio público local. Sin embargo, aunque el tenor literal del precepto ("las tasas reguladas en este párrafo", "el pago de esta tasa", "exacción de

otras tasas") pudiera indicar que se trate de otra tasa, diferente de la derivada en general de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del suelo, subsuelo o vuelo, no es ese el significado de la norma.

En efecto, la norma, procedente de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, se dictó para hacer frente al problema planteado tanto por la compatibilidad de los entonces precios públicos, cuyo importe resulte de la aplicación de este régimen especial de cuantificación con las tasas por prestación de servicios o realización de actividades (tasa por licencia de obras o urbanística), como con el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO). Ambas cuestiones fueron objeto de serias discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, zanjadas por la doctrina del Tribunal Supremo, que declaró la compatibilidad con el ICIO y la incompatibilidad con la tasa por licencia de obras.⁵

Respecto de las tasas por licencia de obras, la tesis del Tribunal Supremo se funda en que la incompatibilidad resulta de que la determinación de la cuota, en función de los ingresos brutos percibidos por las empresas en cada término municipal, absorbe la correspondiente a las tasas por las licencias de obras concedidas para la apertura de las zanjas necesarias para establecer y conservar los tendidos de cables para el suministro de energía eléctrica, pues dicha licencia de obras significa el presupuesto imprescindible para disfrutar de los aprovechamientos, por los que se satisface a los ayuntamientos una participación proporcional en los ingresos brutos de las aludidas empresas.

Tal criterio jurisprudencial fue el que se corrigió expresamente en el nuevo texto legal procedente de la Ley 25/1998.⁶

5. Fueron las SSTS de 27 de noviembre de 1997, 9 de diciembre de 1997 y 19 de diciembre de 1997, dictadas en interés de la Ley, las que ratificaron el criterio contenido en las anteriores SSTS de 7 de abril de 1996, 28 de junio de 1996 y 29 de junio de 1996, declarando la incompatibilidad de las tasas devengadas por la obtención de licencias de obras y la antigua tasa, y después precio público, por los aprovechamientos del dominio público local satisfecho por las empresas suministradoras, y la plena compatibilidad respecto del ICIO.

6. Según el precepto, las tasas consistentes en el 1,5 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación "son compatibles con otras que puedan establecerse por la prestación de servicios o la realización de actividades de competencia local, de las que las mencionadas empresas deban ser sujetos pasivos conforme a lo establecido en el artículo 23 de esta Ley", con lo que quedó corregida la doctrina en interés de la Ley sentada reiteradamente por el Alto Tribunal. Así resulta de las justificaciones de las enmiendas, que propusieron se añadiera el inciso: "La modificación propuesta pretende reflejar con claridad, y evitando cualquier tipo de duda, la existencia de una especial tributación de estas empresas para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial, que no impide que deban tributar, cuando de acuerdo con la Ley sean sujetos pasivos de las tasas por prestación de servicios o realización de actividades" (enmienda núm. 67); "La modificación pretende clarificar la existencia de una especial tributación de estas empresas para las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial, que no impide que deban tributar, cuando de acuerdo con la Ley sean sujetos pasivos de las tasas por prestación de servicios o realización de actividades" (enmienda núm. 83).

9. Tasas por aprovechamiento del dominio público local: regímenes de cuantificación del artículo 24.1 LHL; titularidad de la red; empresas explotadoras de servicios de interés general; importe de la tasa; empresas que no facturan en el término municipal

Llegamos así al meollo esencial de nuestra problemática, las tasas devengadas por la ocupación del dominio público local del artículo 24 LHL.

Como no puede ser de otra forma, los municipios han exigido siempre tasas (precios públicos entre los años 1988 a 1998) por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local (como más conocidas, las de ocupación por terrazas de cafeterías o las de vado). Su cuantificación se realizaba, generalmente, en función del valor de tal magnitud.

Pero cuando resultaba ardua la fijación objetiva del valor de la utilización privativa o de los aprovechamientos especiales, se optó por permitir a los ayuntamientos concertar con las llamadas empresas suministradoras la cantidad a satisfacer.⁷ Este sistema consistía en que el importe de la tasa sería el del valor medio de los aprovechamientos que se fijase en el convenio entre los ayuntamientos y las empresas, sin que pudiera exceder del 1,5% de los ingresos brutos obtenidos por la empresa dentro del término municipal. Este régimen fue continuado por el artículo 211 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, y ampliado a la CTNE, mediante la Ley 15/1987. Finalmente se viene a objetivar el importe de la tasa, al fijarlo en el 1,5% (ya no como máximo) de los ingresos brutos procedentes de la facturación en cada término municipal.

La LHL procedió a la sustitución del sistema de conciertos voluntarios, entre la empresa y los ayuntamientos, por otro de cuantificación objetiva, que se establecía en el 1,5%, siguiendo la senda iniciada para Telefónica por la Ley 15/87, que fue revisada por la Ley 25/98, de 13 de julio.

Por fin, esta llamada "tasa del 1,5%" fue objeto de una profunda revisión en la reforma de la LHL, por la Ley 51/2002. Previamente, el TSJ de Cataluña siguió

el criterio, confirmado finalmente por el Tribunal Supremo, de que el régimen legal no respondía a una realidad caracterizada por la supresión de los monopolios en el sector de servicios telefónicos, eléctricos etc., que ha comportado que sean varias las empresas que presten sus servicios y ocupen el dominio público, unas veces de forma plena y otras de forma limitada.

El vigente artículo 24.1 de su Texto refundido (aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo de 2004) establece tres reglas diferentes para la fijación del importe de las tasas previstas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local:

1.ª) La primera regla, que es la general, viene contenida en su letra a): "Con carácter general, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. A tal fin, las ordenanzas fiscales podrán señalar en cada caso, atendiendo a la naturaleza específica de la utilización privativa o del aprovechamiento especial de que se trate, los criterios y parámetros que permitan definir el valor de mercado de la utilidad derivada."

2.ª) La segunda regla, notoriamente residual y específica, es la contenida en la letra b): "Cuando se utilicen procedimientos de licitación pública, el importe de la tasa vendrá determinado por el valor económico de la proposición sobre la que recaiga la concesión, autorización o adjudicación."

3.ª) La tercera regla hace referencia a la célebre y controvertida denominada "tasa del 1,5%" de las empresas suministradoras, y está contenida en la letra c), cuyo párrafo primero es del siguiente tenor: "Cuando se trate de tasas por utilización privativa o aprovechamientos especiales constituidos en el suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, el importe de aquellas consistirá, en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5 por ciento de los ingresos

Por tanto, lo que hizo la redacción de la Ley 51/2002, que ha pasado al Texto refundido, es limitarse a ratificar la compatibilidad de las tasas cuyo importe resulte de la aplicación de este régimen especial de cuantificación, con la tasa por licencia de obras y cualquier otra por prestación de servicios o realización de actividades, precisando la exclusión (incompatibilidad) con otras tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial en suelo, subsuelo o vuelo cuyo importe resulte de la aplicación del régimen general de cuantificación.

7. Un examen detallado de la evolución histórica al respecto, en GOTA LOSADA, A.: "Tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local", *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/2003.

brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.”

Esta tercera regla contiene numerosas precisiones adicionales. Aparte de las relativas al cálculo de los ingresos brutos procedentes de la facturación y de la compatibilidad con otras tasas (esta ya analizada), son las siguientes:

- A estos efectos, se incluirán entre las empresas explotadoras de dichos servicios las empresas distribuidoras y comercializadoras de estos.
- No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.
- Este régimen especial de cuantificación se aplicará a las empresas a que se refiere este párrafo c), tanto si son titulares de las correspondientes redes, a través de las cuales se efectúan los suministros, como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a estas.
- Las empresas que empleen redes ajenas para efectuar los suministros, deducirán de sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a sus redes. Las empresas titulares de tales redes deberán computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos brutos de facturación.

La actual normativa legal permite sentar las siguientes conclusiones:

1.^a) Las reglas legales expresadas, permiten dar por enteramente superada la anterior controversia relativa al supuesto de que la prestación del servicio la realice un operador que no sea titular de la red.

El texto legal sigue el criterio iniciado por el TSJ de Cataluña, en contra de las opiniones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Locales (consulta de 1 de febrero de 2000), según las cuales se vincu-

laba la exigibilidad de la tasa a que el dominio público municipal se aprovechara mediante instalaciones propias, excluyéndose con ello a los operadores que utilizaran redes ajenas. En suma, el aprovechamiento especial del dominio público tiene lugar siempre que para la prestación del servicio de suministro sea necesario utilizar una red que, materialmente, ocupe el subsuelo, el suelo y el vuelo de las vías públicas municipales, aprovechamiento que se lleva a cabo aunque no se sea titular de la red.

2.^a) El precepto se refiere a las “empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario.”

Esta última afectación debe interpretarse como potencialidad de suministrar a todo el vecindario, con independencia de que se corresponda con el número de abonados que en cada momento concreto tenga la empresa.

La misma conclusión se deriva de la explícita mención legal a los “servicios de suministros que resulten de interés general”, como son los de telecomunicaciones, tal y como dispone el artículo 2 de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones: “Las telecomunicaciones son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia.”⁸ La STS de 16 de julio de 2007 (RJ 2007\4841) sentó al respecto la siguiente doctrina legal: “La tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en TRLHL/2004, artículo 24.1.c), en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil.”

El pronunciamiento vinculante del Tribunal Supremo hace frente a la tesis⁹ de que la regulación actual

8. Como señala GOTA LOSADA, “La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de las haciendas locales, ha añadido este requisito [interés general], que no es baladí, porque extiende el hecho imponible en la medida que para exigir la tasa por el método de determinación de la base imponible consistente en el 1’50 por 100, ya no es necesario que el servicio prestado afecte a la generalidad o a una parte importante del vecindario, sino que basta que sea de interés general, aunque afecte a pocos vecinos, o lo que es lo mismo se aplica a los operadores de telecomunicaciones, y a otras empresas, desde el momento de iniciar sus actividades. En realidad, este concepto de interés general engloba el requisito tradicional de afectación a la generalidad o a una parte importante del vecindario, pues los servicios de que se trata (suministro de electricidad, gas, etc.) son todos de interés general.”

9. Así lo recoge la STS de 16 de julio de 2007, estimatoria del recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ayuntamiento de Reus contra sentencia, de fecha 9 de febrero de 2006, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Tarragona, en el procedimiento abreviado núm. 397/2005, en el que se impugnaba la resolución del teniente de alcalde delegado de recursos generales del Ayuntamiento de Reus, dictada por delegación, de fecha 19 de julio de 2005, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra resolución aprobatoria del acta de inspección núm. 2004/056, levantada a “Telefónica Data España, S.A.” por la tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público, ejercicio 2003 e importe de 5.140,83 €.

del sector de las telecomunicaciones, articulada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, al introducir una serie de requisitos y principios dirigidos a las tasas que gravan el sector, si bien expresa que, con carácter general, las empresas del mismo están sujetas a los tributos que establezca el ordenamiento jurídico, el detalle y contenido de las normas que establece –singularmente en cuanto a las tasas por ocupación del dominio público– deben tener aplicación preferente respecto de la Ley de haciendas locales, que se invoca por el Ayuntamiento demandado, por las dos cuestiones legales básicas: a) La Ley 32/2003 es Ley especial frente a la LHL, que regula con carácter general la tasa, pero no se refiere expresamente al sector de las telecomunicaciones, al contrario que la primera, y b) Además es Ley posterior que, en caso de subsistir algún conflicto respecto a la anterior, a pesar del principio de especialidad, derogaría aquella en este punto por su igualdad de rango, ex artículo 2 del Código Civil.

El Tribunal Supremo rechaza tal razonamiento, diciendo: “Una de las cuestiones suscitadas en el debate procesal de la instancia, la eventual contradicción entre el artículo 24.1.c) LHL y la LGTecom., no podía resolverse mediante la consideración prevalente de esta última, por la simple utilización de los principios de *lex specialis* y *lex posterior*, olvidando la específica función que la primera de dichas leyes tiene, como Ley básica, en el régimen local y singularmente en el régimen jurídico financiero de la Administración local, dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE (cfr. artículo 1 del Texto refundido de la LHL).”

De esta forma, como el párrafo tercero del artículo 24.1.c) LHL solo excluye de su ámbito de aplicación los servicios de telefonía móvil, no existe ningún impedimento para que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones (excepción hecha del régimen especial de compensación de Telefónica España, S.A.) queden sometidas a la tasa del 1,5%; y máxime a la luz de las SSTs de 9, 10 y 18 de mayo de 2005, en las que se ha entendido que todas las empresas de suministro de electricidad, gas, telecomunicaciones, agua y otros servicios, que utilicen o disfruten del dominio público local con líneas, canalizaciones, redes etc., en su vuelo, suelo o subsuelo, con independencia de que sean titulares o no de aquellos soportes a través de los que se realiza el suministro y con independencia de que este afecte a la generalidad o no del vecindario, quedan sometidas a dicha tasa.

3.ª) El importe de la tasa, según el precepto, consistirá “en todo caso y sin excepción alguna, en el 1,5

por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas.”

Se añaden las siguientes reglas legales:

- A efectos de lo dispuesto en este párrafo, se entenderá por ingresos brutos procedentes de la facturación aquellos que, siendo imputables a cada entidad, hayan sido obtenidos por esta como contraprestación por los servicios prestados en cada término municipal.

- No se incluirán entre los ingresos brutos, a estos efectos, los impuestos indirectos que gravan los servicios prestados, ni las partidas o cantidades cobradas por cuenta de terceros que no constituyan un ingreso propio de la entidad a la que se aplique este régimen especial de cuantificación de la tasa. Asimismo, no se incluirán entre los ingresos brutos procedentes de la facturación, las cantidades percibidas por aquellos servicios de suministro que vayan a ser utilizados en aquellas instalaciones que se hallen inscritas en la sección 1.ª o 2.ª del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica del Ministerio de Economía, como materia prima necesaria para la generación de energía, susceptible de tributación por este régimen especial.

- Las empresas que empleen redes ajenas para efectuar los suministros, deducirán de sus ingresos brutos de facturación las cantidades satisfechas a otras empresas en concepto de acceso o interconexión a sus redes. Las empresas titulares de tales redes deberán computar las cantidades percibidas por tal concepto entre sus ingresos brutos de facturación.

- El importe derivado de la aplicación de este régimen especial, no podrá ser repercutido a los usuarios de los servicios de suministro a que se refiere este párrafo c).

Un interesante problema se ha planteado cuando, con real y efectiva ocupación del subsuelo municipal, no se han producido ingresos en el término municipal. La STSJ de Cataluña núm. 613/2009, de 11 de junio de 2009, ha rechazado el recurso de apelación del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat contra sentencia estimatoria del recurso interpuesto por empresa explotadora de red de fibra óptica de telecomunicaciones.

El Ayuntamiento sostiene que, al resultar un porcentaje de cero, y 0 € de cuota, aun cuando la empresa use y se aproveche de sus instalaciones en el municipio, debe procederse a la cuantificación general de la letra a) del artículo 24.1 LHL. Para la Sala, por el contrario:

- El sistema de cuantificación de la tasa previsto en la letra c) del artículo 24.1 LHL, ha de seguirse, “en todo caso y sin excepción alguna”, cuando concurren los presupuestos previstos en tal letra y no venga expresamente excluido el sistema de cuantificación. A diferencia del texto legal anterior (procedente de la Ley 25/1998, de 13 de julio), en el actualmente vigente (procedente de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre) no solo se mencionan los servicios de suministros que afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, sino también, con carácter alternativo, los servicios de suministros que “resulten de interés general”, entre los que, indudablemente, se encuentra la red de fibra óptica de telecomunicaciones explotada por la empresa aquí apelada.

- Que la consecuencia de aplicar la cuantificación prevista legalmente (“el 1,5 por ciento de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas”) sea cero, por no obtenerse ningún ingreso en el término municipal, no puede implicar alterar aquella cuantificación y aplicar en su lugar la general de la letra a) del mismo artículo 24.1 LHL, cuando concurren indudablemente los presupuestos para aplicar la cuantificación especial, específica y excluyente de la letra c) del precepto. De seguirse la tesis municipal, bastaría eludir la con solo facturar un solo euro en el municipio y pagar 1,5 céntimos de euro, en lugar de los 22.709,97 € a que asciende la liquidación anulada por la sentencia de instancia.

- Por otra parte, de simultanearse los dos regímenes de cuantificación, según los municipios en que se obtuvieran o no ingresos facturados, resultaría una tributación final muy superior a la establecida legalmente, que ha de ceñirse al 1,5% del total de los ingresos brutos facturados.

- Por fin, el párrafo final de la repetida letra c) del artículo 24.1 LHL ha de entenderse en el sentido de que la exclusión ha de mantenerse necesariamente, aunque no llegue a pagarse la tasa por ser cero los ingresos en el municipio o el pago sea meramente simbólico.

- La solución a que se llega es consecuencia del sistema legal, y sus consecuencias, posiblemente inequitativas, resultan de su carácter indiciario o presuntivo, y solo cabe su corrección a través de las correspondientes reformas legislativas, que habrían de establecer una compensación intermunicipal en casos como el enjuiciado, pero que nunca podrán solventarse, como se

pretende, vulnerando el régimen legal y ocasionando la sobreimposición que resultaría de sumar al 1,5% de los ingresos brutos de la facturación de los municipios (en los que la hubiere) la cantidad resultante del régimen general de cuantificación en los municipios en que no hubiere facturación.

10. Tributación de las operadoras de telefonía móvil: sujeción a la tasa; cuantificación en general de la tasa; supuesta vulneración de la legislación, estatal y comunitaria, sobre telecomunicaciones; concreta cuantificación en las ordenanzas

Solo resta por analizar la controvertida cuestión de la tributación por esta tasa del artículo 24.1 LHL de la telefonía móvil.

Ya sabemos que entre las reglas de la letra c) del artículo 24.1 se contiene la que expresamente señala: “No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil.” La pretensión de las operadoras de telefonía móvil es que, con ello, nada tienen que tributar por la ocupación del dominio público local.

La exposición de motivos de la citada Ley 51/2002, explicó así la modificación que nos ocupa: “Se extiende la actual ‘tasa del 1,5 por 100’ (de los ingresos brutos de facturación) a las entidades que emplean redes ajenas para efectuar sus suministros, aclarando, expresamente, que no se incluyen en este régimen los servicios de telefonía móvil.” Por otra parte, la disposición adicional cuarta de la misma Ley 51/2002 modificó el grupo 761 de la sección primera de las tarifas del IAE, dedicando al servicio de telefonía móvil el epígrafe 761.2, con cuota nacional de 632,11 euros por cada 1.000 abonados o fracción, y de 649,16 euros por cada antena. La misma disposición modifica el apartado 3 de la regla 17 de la instrucción del IAE, estableciendo en su letra D) los criterios de distribución de las cuotas correspondientes a los servicios de telefonía móvil.

No cabe excluir que, por alguno de los autores de la tan criticada reforma por la Ley 51/2002, se pensara que la tributación por el IAE del servicio de telefonía móvil comportara la exclusión de la tasa por aprovechamiento del dominio público local. También se ha invocado en algunos litigios: el establecimiento del IAE excluye la tasa controvertida; pero, como se ha reiterado por el TSJ de Cataluña, es de todo punto evidente

que, desde una perspectiva jurídica, no puede haber duplicidad, ni solapamiento alguno, entre el IAE y la tasa en cuestión, dada la absoluta diversidad de hecho imponible.

Las operadoras de telefonía móvil han interpuesto, al respecto, un sinnúmero de recursos contencioso-administrativos contra las ordenanzas fiscales correspondientes, con superabundancia de alegaciones y probanzas. Aquellos de los que conoce el TSJ de Cataluña están siendo desestimados en su integridad, por las siguientes razones, que se exponen sintéticamente:

1.º) En cuanto a la sujeción a la tasa.

No cabe compartir la tesis de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) TRLHL de los servicios de telefonía móvil, signifique la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa, cuando, efectivamente, se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo. No resulta de la Ley una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil. Así lo sostuvo la Sala en su sentencia núm. 777/2005, de 30 de junio de 2005, y ha sido ratificado por la STS de 16 de febrero de 2009, que desestima el recurso de casación núm. 5082/2005 interpuesto contra ella.

Según el Tribunal Supremo, el tenor literal del precepto lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes posibles de determinación o cuantificación de la cuota de tasa: el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero no está excluyendo la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por utilización privativa, o aprovechamiento especial, del dominio público local, fijándose el importe de la tasa, en este régimen general del artículo 24.1.a) LHL, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público. De no aplicarse el "régimen especial de cuantificación", y a falta de una exención

objetivamente justificada, establecida por el legislador que introduce la tasa a favor de unos operadores determinados (los de telefonía móvil), debe resultar de aplicación el régimen general del apartado a) del artículo 24.1 LHL.

Añade el Tribunal Supremo que, si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas, a efectos de los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, y del contenido del Real decreto 424/2005, y el régimen del artículo 24.1.c) es un régimen "especial" respecto del "régimen general" del artículo 24.1.a), debe incluirse en este régimen general a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario, se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas (los de telefonía móvil y el resto), que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria, previsto en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, general tributaria, y en el artículo 14, en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución.

Según concluye el Tribunal Supremo, la reforma que de la LHL hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley, porque, para la prestación de dichos servicios de telefonía móvil, se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local –tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso–, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa. Si no se pudiera llevar a cabo ese aprovechamiento permanente del dominio público local, a través del vuelo, suelo y subsuelo –incluyendo el cableado de telefonía fija–, no podrían las empresas operadoras en el sector de telefonía móvil prestar servicio a sus usuarios.¹⁰

10. Destaca Acín Ferrer que los informes técnico-económicos ponen de manifiesto el carácter imprescindible del uso de dicho dominio público municipal, como requisito básico para la prestación del servicio de telefonía móvil. En efecto, cuando el usuario de un teléfono móvil, desde cualquier punto geográfico de España, llama a un teléfono fijo instalado en el municipio X, necesariamente, ha de utilizar la telefonía fija instalada en el subsuelo de las vías públicas de X, y lo mismo sucede cuando desde un teléfono fijo se desea establecer comunicación con uno móvil. También en llamada entre teléfonos móviles, la mayor parte de las conexiones y comunicaciones se efectúan utilizando el dominio público local. Como un elemento de prueba de esta afirmación, en el informe económico se citaba un indicador comparativo entre la extensión y cobertura de cables que efectivamente

2.º) Sobre la cuantificación en general de la tasa.

La misma STS de 16 de febrero de 2009 afirma: a) Que la legislación aplicable no establece criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculo, siempre que se respete el límite contenido en el art. 24.1.a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de la utilidad o aprovechamiento en el mercado, si los bienes no fuesen de dominio público; b) Que por ese motivo, y ante la libertad por parte de los entes locales de establecer fórmulas de cálculo de la referida tasa, siempre que se respeten los parámetros y criterios reseñados, es admisible que el Ayuntamiento, en el marco de libertad de regulación que la Ley aplicable permite, establezca un coeficiente de ponderación, tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria; y c) Que, atendiendo a la naturaleza del aprovechamiento que realizan las empresas de telefonía móvil, el valor de mercado de la utilidad podría haberse determinado utilizando criterios distintos, pero es indudable que la Ordenanza en cuestión, y el informe técnico elaborado, descansan sobre criterios que, con independencia de que se compartan o no, aparecen explicitados con la suficiente claridad, de modo que no puede considerarse infringido, en ningún caso, el artículo 25 de la LHL.

3.º) Sobre la invocada vulneración de la legislación aplicable al ámbito de las telecomunicaciones (Directiva 2002/20/CE y Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones).

La STS de 16 de julio de 2007 estimó el recurso de casación en interés de la Ley núm. 26/2006, precisamente, por estimar errónea la tesis del Juzgado de entender que la regulación actual del sector de las telecomunicaciones, articulada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha venido a introducir una serie de requisitos y principios dirigidos a las tasas que gravan el sector, y si bien expresa que, con carácter general, las empresas del mismo están sujetas a los tributos que

establezca el ordenamiento jurídico, el detalle y contenido de las normas que establece –singularmente en cuanto a las tasas por ocupación del dominio público– deben tener aplicación preferente, respecto de la Ley de haciendas locales, por ser Ley especial y además Ley posterior.

Las disposiciones comunitarias que se invocan dirigidas a la exclusión de cualquier duplicidad o sobreimposición sobre los servicios de telecomunicaciones, pero no cabe interpretarlas como excluyentes de la satisfacción de la correspondiente exacción, cuando se utilice o aproveche especialmente el dominio público local, dado el carácter sinalagmático o bilateral de la contraprestación por tal utilización o aprovechamiento, que nada autoriza a entender haya de ser gratuito para las empresas de telefonía móvil. No cabe extrapolar, a esas tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público local, la jurisprudencia comunitaria relativa a exacciones en relación a la puesta en funcionamiento del servicio.

La incomodidad que pueda representar la multiplicidad de municipios, nunca puede ser motivo de nulidad de la Ordenanza, ni de disfrute de su dominio público sin contraprestación.

Deben rechazarse las solicitudes de que se planteara cuestión prejudicial ante el TJCE, en orden a la aplicación de dicha Directiva 2002/20/CE, en virtud de la teoría del “acto claro”, incurriéndose en una visible confusión cuando se citan pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo relativos al otorgamiento de licencias o autorizaciones, cuando aquí tratamos de una cuestión por completo diversa, esto es, la utilización especial del dominio público local, y tampoco resulta pertinente cualquier intento de confusión entre la utilización del espacio radioeléctrico y tal utilización del dominio público local, que tampoco tiene que ver con ese espacio, sino que se refiere al suelo, subsuelo y vuelo del mismo, en la forma que, cualquier ciudadano, puede contemplar, cotidianamente, respecto de los cables de telefonía fija, red que utiliza igualmente la telefonía móvil, o esporádicamente, cuando se abren las canalizaciones subterráneas de la misma red.

ocupan el dominio público local y los radioenlaces que no lo ocupan. Así, según datos deducidos de la Memoria de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para 2007, los kilómetros de red de transporte por tipo de transmisión fueron:

Cable óptico: 1.759.791

Radioenlace: 229.737

Cable coaxial: 116.087

Otros: 79.162

Total: 2.184.777

El criterio de la Sala no es contrario a la doctrina de las SSTC 58/2004, de 19 de abril de 2004, y 194/2006, de 24 de junio de 2006, pues ninguna de ambas sentencias hace referencia directa al presente caso, sino al inverso (inaplicación de una norma interna sin suscitar la cuestión prejudicial).

4.º) Sobre la concreta cuantificación en las ordenanzas.

Las sentencias del TSJ de Cataluña se extienden en consideraciones sobre la apreciación de los dictámenes periciales practicados en autos, en relación también con los esenciales informes técnico-económicos, antecedentes de las respectivas ordenanzas.

Previamente, la Sala de Cataluña sienta una conclusión general: "El informe técnico-económico subraya que la suma de ingresos que se prevé obtener por la compensación de la Ley 15/1987 más los de aplicar la tasa discutida es inferior al importe que el Ayuntamiento obtendría de haber continuado el régimen de tributación de la telefonía (fija y móvil) a la cuantía prevista en la Ley 39/1998, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Este trasfondo del problema (la sustancial reducción de la facturación por telefonía fija y el paralelo y también sustancial aumento de la facturación por telefonía móvil, continuando siendo el mismo, cuando no mayor, el aprovechamiento especial del dominio público local tanto por la telefonía fija como por la móvil) lejos de suponer una duplicidad tributaria atiende por el contrario a criterios de estricta justicia, incompatibles con el disfrute gratuito del dominio público local por las operadoras de móviles."

La Sala menciona la completa prueba pericial practicada, las extensas aclaraciones escritas de todos los peritos en contestación a las observaciones de las partes y en su ratificación, y detalladas explicaciones ante la Sala en la dilatada sesión de 4 de diciembre de 2008, incorporada con la grabación en formato CD-Rom.

Tras resumir los criterios de los distintos peritos, la Sala asume el contenido de los dos informes técnicos aportados por la Corporación demandada, que concluyen sin reserva alguna, en idéntico sentido, que para la prestación del servicio de telefonía móvil resulta imprescindible la utilización de las redes fijas de telefonía, en condiciones y requisitos de calidad que debe marcar la operadora de dicho servicio, con el consiguiente aprovechamiento del dominio público local, sin compartir la tesis de que las empresas de telefonía móvil se limiten a ser meras usuarias de las redes fijas sin obtener beneficio alguno de ello, por ser la interconexión una obligación legal.

Antes al contrario, como señala la citada STS de 16 de febrero de 2009: "No cabe admitir la tesis de que únicamente las empresas distribuidoras propietarias de las redes de distribución de energía eléctrica pueden ser los sujetos pasivos de la tasa al ser las redes de estas empresas las que ocupan efectivamente el dominio público, porque el hecho imponible contemplado en las ordenanzas que la establecen está constituido no tanto por la utilización privativa del dominio público como por el aprovechamiento especial del mismo, aprovechamiento que indudablemente lleva a cabo la empresa comercializadora, aunque no sea titular de la red de distribución. Estos esquemas son aplicables, con las debidas adaptaciones, al campo de la telefonía móvil."

El uso del dominio público local es imprescindible en la telefonía móvil, y su cuantificación ha de basarse en el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de tal uso. La misma STS concluye:

–No cabe argüir que no se toma en consideración para el cálculo del importe de la tasa la intensidad de uso, máxime si tenemos en cuenta que el tiempo de duración del aprovechamiento, así como el coeficiente aplicable a cada operador, según su cuota de mercado en el municipio, son parámetros que están midiendo de forma exacta y precisa la intensidad de uso.

–No puede admitirse que, al fijar la cuantía de la tasa, deba valorarse la utilidad derivada, para cada contribuyente en concreto, de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local que dicho contribuyente haga en particular, pues la Ordenanza es necesariamente una disposición general y abstracta que no puede contener una regulación *intuitu personae*, sino que se limita a valorar tal utilidad en términos generales para las empresas que prestan las distintas clases de servicios de suministro. Otra cosa bien distinta es que se aprecie la intensidad en el aprovechamiento, para que la cuantía de la tasa sea distinta según los contribuyentes, pero esto también lo hace la Ordenanza, que, para conseguir que la cuantía de la tasa guarde alguna relación con la intensidad del aprovechamiento, introduce algunos factores de corrección, como el número de usuarios a los que se presta el servicio en el municipio, que, obviamente, algo tendrá que ver con la intensidad en el uso de las redes tendidas en el dominio público local.

–No se puede aceptar que se reclame una diferenciación según la intensidad en el uso del demanio, y luego se impugne el criterio que se emplea –el del número de usuarios–, que tiene relación, necesariamente, con la

intensidad en el uso de las redes. Menos todavía cuando se afirma que no es técnicamente posible determinar el número de usuarios a los que presta el servicio en el término municipal, cuando debería bastar al efecto, por ejemplo, con localizar –lo que indiscutiblemente es posible– a los clientes de la empresa de telefonía móvil que tienen su domicilio en dicho término municipal.

–Los parámetros indicados no pueden ser considerados, de ninguna manera, como una fórmula encubierta para lograr gravar a las empresas operadoras en el sector de la telefonía móvil con el 1,5% (en el caso enjuiciado, el 1,4%) de los ingresos brutos, tal y como establece el artículo 24.1.c) de la Ley reguladora de las haciendas locales, máxime cuando el suministro de telefonía móvil está expresamente excluido, sino que es un prudente criterio que nos permite el cálculo del importe final de la tasa, respetando los principios de proporcionalidad, equidad en la distribución de la carga tributaria e igualdad tributaria.

11. Anulación de ordenanzas por cuantificaciones erróneas

Cuanto acaba de indicarse, no ha de significar necesariamente la conformidad a derecho de cualquier Ordenanza fiscal municipal, que grave la utilización del dominio público local, por las empresas operadoras de telefonía móvil.

El pronunciamiento de la tan citada STS de 16 de febrero de 2009 ha zanjado las cuestiones generales sobre tal gravamen. Pero, precisamente, la solución a la que se acude de aplicar el criterio general de cuantificación de la tasa, exige unos precisos requisitos para la elaboración de las ordenanzas, en particular en la redacción del informe técnico-económico a que se refiere el artículo 25 LHL.

En cuantas sentencias ha dictado la Sala de Cataluña, hasta el momento, se han estimado correctos los informes técnico-económicos correspondientes, respaldados por la prueba pericial propuesta por los municipios afectados y no desvirtuada por las operadoras recurrentes.¹¹ Se ha destacado a tal efecto que: “El aludido informe del ingeniero de Telecomunicación,

acompañado por la contestación municipal, señala (página 4) que debido a la complejidad del cálculo por la propia movilidad de los usuarios y debido también al intercambio de tráfico entre operadores se hace necesario establecer un criterio que sea coherente y fácil de aplicar a cualquier municipio, debiéndose partir de datos aceptados por todos y que sean de dominio público, siendo la fuente más correcta e indiscutible en el propio sector el regulador, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Tras analizar el informe los diferentes parámetros utilizados (ingresos promedio por cliente de telefonía móvil y número de habitantes, con las correspondientes correcciones), se concluye que la aplicación de la tasa en función de ellos es coherente y correcto.”

También la STSJ de La Rioja núm. 79/2009, de 12 de marzo de 2009 (recurso núm. 181/2008) ha desestimado la impugnación de la Ordenanza del Ayuntamiento de Logroño, sosteniendo que el informe técnico-económico justifica la necesidad de que la telefonía móvil disfrute de la utilización privativa o aprovechamiento especial de dominio público municipal, valor catastral de suelo de naturaleza urbana del municipio, junto con llamadas a teléfonos fijos instalados en el municipio y llamadas a teléfonos móviles, y estimación de los ingresos que realmente se prevé obtener. Con ello, el citado informe cumple con las previsiones de la normativa y jurisprudencia, en la medida en que su contenido justifica las utilidades derivadas de la prestación de los servicios, en relación con los valores de mercado tomados como referencia y, en definitiva, el principio de equivalencia de costes que establece el artículo 24 de la LHL como principio rector y viene exigiendo la doctrina jurisprudencial.

Por el contrario, sentencias de otros tribunales superiores de justicia han anulado las ordenanzas por incorrecciones de tales informes. Así, la ya citada STSJ, Sección 4.ª, de Madrid núm. 1303/2009, de 19 de junio de 2009 (recurso núm. 993/2007), anula la Ordenanza del Ayuntamiento de Valdemoro.

En esencia, se estima no ajustado a derecho dicho informe, que llega a las cifras de la tasa a partir de los clientes de la operadora, en el municipio autor de aquella,

11. Como se indica en la STS de 19 de febrero de 2009, uno de los motivos de la desestimación del recurso ha sido la ausencia de prueba pericial por parte del operador recurrente. Podría suceder, por tanto, que en otros procedimientos ante la misma Sala del Tribunal Supremo relativos a la impugnación de tasas municipales sobre telefonía móvil, otro operador presentara un informe pericial que rebatiera la metodología económico-técnica de cuantificación de la tasa o bien la proporcionalidad de la misma.

con su ponderación en todo el territorio nacional, y aplicando el 1,5% de ingresos en la localidad. Por ello, la Sala de Madrid concluye que “todo hace pensar que se trata de aplicar la regla prohibida del artículo 24 1c) de la Ley de haciendas locales cambiando la base sobre la que opera dicha regla. En definitiva lo que se hace es promover un sistema objetivo para cuantificar la tasa, como ocurre con el supuesto del régimen especial del apartado c) del 24.1, en vez de utilizar un sistema que opere con la referencia del valor del mercado del aprovechamiento del dominio público y para intentar cubrir la apariencia de estar en el supuesto c) del precepto, se acude a unas cifras sin justificación alguna y luego se dice que en ningún caso se alcanzan estas.”

Ha de coincidir con tal conclusión de la Sala de Madrid: De esta forma se vulneran por completo las previsiones legales, pues el informe no contiene el más mínimo estudio sobre valores de mercado, el valor estimado es por completo arbitrario, pues no encuentra justificación alguna, y, al final, se opta por una situación prácticamente igual, con una ligera ponderación, a la expresamente prohibida por la norma. En definitiva, se ha huido expresamente de actuar conforme exige el apartado a) del precepto, y se ha optado por la solución del apartado c) a efectos de su facilidad de estimación.

En análogo sentido se ha pronunciado el TSJ de Extremadura. Así, la sentencia núm. 437/2009, de 28 de mayo de 2009 (recurso núm. 440/2008), anula la Ordenanza del Ayuntamiento de Montemolín (Badajoz). Como en las salas de Cataluña y Madrid, se rechazan todos los motivos de impugnación generales, pero se anula la Ordenanza por ser contrario a derecho el sistema de determinación de la cuota, conforme al respectivo estudio técnico-económico, en el que no se indicaba particularidad alguna sobre las condiciones de mercado y usuarios en el municipio.

Bibliografía consultada

ACÍN FERRER, A.: “Hacienda local. Tributación de telefonía móvil”, *Administración Práctica*, Noticias Bayer, 2009.

CREMADES GARCÍA, J. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J (dir.): *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*, La Ley, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y QUADRA-SALCEDO, T. DE LA (COORD.): *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones. Ley 32/2003, de 3 de noviembre*, Thomson-Civitas, 2005.

GOTA LOSADA, A.: “Tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público local”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003.

LÓPEZ LEÓN, J.: “El funcionamiento de los mercados de electricidad, gas y telecomunicaciones y sus implicaciones en la liquidación definitiva de la tasa del 1,5%”, *Tributos locales*, núm. 89, 2009.

MARTÍN RAMÍREZ, M. P.: “La tributación municipal de los operadores de telecomunicaciones”, *Actualidad Administrativa*, núm. 21, 2002.

MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L.: “Reflexiones sobre la problemática de la tributación local en un marco de servicios liberalizados, en especial las acciones emprendidas en defensa de la hacienda municipal por el consorcio Localret”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, octubre de 2002.

MUÑOZ MERINO, A.: “Liberalización económica y servicios de suministros. Las tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local”, *Tributos Locales*, núm. 16, 2002.

PAREJO ALFONSO, L.: “Algunas reflexiones sobre la naturaleza y el alcance del derecho a la ocupación del dominio público local por redes públicas de telecomunicaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003.

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. DE LA: “La liberación de las telecomunicaciones: elementos esenciales y nuevo marco regulatorio comunitario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003.

SIBINA TOMÁS, D.: “La ocupación del dominio público municipal por las redes de servicios: reflexiones al hito de la regulación, en tres ordenanzas municipales, de infraestructuras comunes para todas las conducciones técnicamente compatibles”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, febrero de 2003.

TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: “Del monopolio a la libre competencia. La tributación local de los operadores de telecomunicaciones”, Conferencia impartida en Barcelona el día 17 de enero de 2001, en el marco de la Jornada sobre la tributación local de los operadores de telecomunicaciones.

TORRE DE SILVA Y LÓPEZ DE LETONA, J.: *La doctrina del Consejo de Estado en materia de telecomunicaciones y de servicios de la sociedad de la información. Un estudio de Derecho Administrativo económico*, Consejo de Estado-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2005.

TORRE MARTÍNEZ, L. DE LA: *La intervención de los municipios en las telecomunicaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, especialmente Capítulo VII: “Las tasas en

materia de telecomunicaciones. Referencia especial a la tasa por ocupación del dominio público local”.

TORRE MARTÍNEZ, L. DE LA: “Las tasas en materia de telecomunicaciones: especial referencia a la tasa por ocupación del dominio público local”, *Nueva Fiscalidad*, núm. 1-2006, enero de 2006.

TURU SANTIGOSA, I.: “La tributación local de los servicios liberalizados”, IX Jornadas sobre gestión financiera de las corporaciones locales, Fuerteventura, junio de 2002.

VILLAR URÍBARRI, J. M., “La tributación que grava la ocupación del dominio público por las empresas de telecomunicaciones”, en VILLAR URÍBARRI, J. M., (dir.), *La Nueva Regulación de las Telecomunicaciones, la Televisión e Internet*, Aranzadi, 2003, Navarra.

ZORZONA PÉREZ, J.: “Régimen tributario de las telecomunicaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 6/ 2003. ■

El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos

José María Gimeno Felíu

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

1. Supuestos de exclusión
2. Del alcance de los convenios en la LCSP. La dimensión comunitaria de esta técnica
3. Un negocio excluido de gran repercusión práctica. Los denominados servicios *in house providing* o encargos a entes propios
 - 3.1. El origen de los denominados servicios *in house providing*
 - 3.2. Alcance y significado de la STJCE de 19 de abril de 2007 (ASENFO vs. TRAGSA)
 - 3.3. La técnica de los servicios *in house* en la LCSP
4. La tipología de contratos: depuración y nuevas categorías
5. La distinción entre contrato de servicios y contrato de "concesión de servicios"
6. Una nueva modalidad contractual: los contratos de colaboración pública y privada –CPP–
7. La distinción entre contratos administrativos y privados. Tipo y régimen jurídico

La LCSP introduce ciertas novedades en lo relativo al ámbito de aplicación objetiva. En concreción con lo que se acaba de afirmar, el artículo 1 de la LCSP concreta el ámbito objetivo y los principios de aplicación.¹ Dice así: "Objeto y finalidad.

"La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la *realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios* mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

"Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se trata de realizar." (La cursiva es nuestra.)

Es decir, se limita a ciertas prestaciones que, además, deben tener carácter oneroso, tal y como previene el artículo 2 de la LCSP. Estos contratos tienen una identificación objetiva mediante la aplicación del "Vocabulario Común de los Contratos Públicos", denominado CPV (Common Procurement Vocabulary), que designa la nomenclatura de referencia aplicable a los contratos públicos, adoptada por el Reglamento (CE) núm. 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) núm. 2151/2003, de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003 (con fecha de 15 de marzo de 2008, el DOUE ha publicado el Reglamento (CE)

1. Vid. sobre ellos ahora los trabajos de MORENO MOLINA, José Antonio, *Los principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Bomarzo, Albacete, 2006; ESCUIN PALOP, Catalina, "Principios inspiradores del procedimiento de contratación pública", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 46, 2005 y GIMENO FELIU, José María, "Las fuentes normativas en materia de contratación local", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 14, 2007, p. 24 a 56.

núm. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 (LCEur 2008, 430), que modifica el reglamento de 2002). Dichos contratos públicos se someterán a las reglas de la LCSP en tanto el ente contratante tenga la condición de poder adjudicador.²

Desde la vertiente objetiva, las reglas de contratación pública se aplican a todos los contratos que realizan los entes englobados en el ámbito subjetivo. Existen, no obstante, una serie de materias excluidas de las reglas de contratación, algunas con amparo en la Directiva 2004/18, recogidas en el artículo 4 de la LCSP, que encuentran su justificación en la ausencia de onerosidad, o en la especialidad de la relación contractual, o en no ser supuestos regulados por la Directiva 2004/18.

1. Supuestos de exclusión

Una primera advertencia es que se excluyen de la aplicación de la LCSP (artículo 4.1 p) los contratos patrimoniales, remitiendo su regulación a sus normas específicas, adquiriendo carácter supletorio para lo no previsto en la LCSP.³ Esto supone un claro cambio –a mi juicio, positivo, pues la naturaleza de los contratos lo aconseja (de manera que no es posible afirmar ya, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, el ámbito expansivo de la categoría de los contratos administrativos, y menos de contratos como los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles que, conforme al artículo 4.1 p) de la LCSP, tienen siempre el carácter de privados y se rigen por la legislación patrimonial, es decir, están excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP)–. Ello ha de obligar al legislador autonómico a revisar su legislación patrimonial, pues el sistema de prohibiciones de la LCSP no se puede aplicar ahora a estos contratos patrimoniales ni aun cuando pudieran haber sido calificados hasta esta Ley como contratos administrativos especiales.⁴ La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –Informe 25/08, de 29 de enero de 2009– analiza la problemática derivada de la

exclusión de los contratos patrimoniales del ámbito objetivo de la LCSP (teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.1, letra p), de la Ley de contratos del sector público), y, en particular, el régimen de estos contratos en la Administración local. En este Informe, comparando la normativa anterior y la Ley de patrimonio de las administraciones públicas, se sostiene que el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local, como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público, es el que resulta de las normas establecidas por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas y las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de bienes de las entidades locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las comunidades autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la Ley 30/2007, cuando las normas patrimoniales así lo expresen. En todo caso, debe llamarse la atención sobre la afirmación que se realiza referente a la aplicación de las prohibiciones de contratar a este tipo de contratos, rechazando una interpretación rigurosa del artículo 4.1, letra p), de la LCSP, de la que se derivaría que podrían, sin límite, ser adjudicatarios de un contrato patrimonial al no aplicarse tal Ley, situación que no se producía durante la vigencia de la Ley de contratos de las administraciones públicas, al aplicarse la misma a tales supuestos por entender “que tal no ha sido la voluntad del legislador, lo que se deduce de lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley de patrimonio del Estado.”

Esta decisión parece tender a corregir lo que ha decidido el legislador. Resulta evidente que la LCSP ha optado por excluir a los contratos patrimoniales del ámbito de aplicación de esta Ley. La exclusión de la referida aplicación directa de la normativa de contratación pública implica la aplicación de la relativa al patrimonio de las administraciones públicas, cuyo

2. GIMENO FELIU, José María, “El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP: luces y sombras”, *RAP*, núm. 176, 2008.

3. Es oportuno recordar que el párrafo p) del artículo 4.1 de la LCSP es exigencia del Derecho comunitario, en particular de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo (considerando 24), que específicamente considera que “los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuado aplicar a esos contratos normas de adjudicación.”

4. Me remito a mi trabajo “Reversión por incumplimiento en el contrato de donación entre administraciones públicas”, *RAP*, núm. 14, 1999, p. 105-130.

“régimen común” se estableció con la aprobación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (LPAP), que viene a jugar en materia de patrimonio un papel análogo al que supuso, en materia de régimen jurídico y procedimiento común de las administraciones públicas, la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Esto significa que corresponde a la normativa patrimonial (como se ha venido señalando) el determinar el régimen jurídico general de los contratos patrimoniales.

Así las cosas, lo que resulta evidente es que el legislador ha cambiado las reglas de juego (opción adoptada igualmente por la legislación navarra, donde no se aplican las prohibiciones de su Ley de contratos públicos a los contratos patrimoniales): los contratos patrimoniales antes aplicaban la Ley de contratos de las administraciones públicas ex artículo 5.3, pero ahora deben estar solo a la legislación patrimonial, que nada dice de causas de exclusión, resultando de aplicación el conocido aforismo de que “Ley posterior deroga a la anterior.” En este contexto, debe advertirse que el artículo 107 de la LPAP –norma de directa aplicación– señala:

“1. Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.

“2. Las bases del correspondiente concurso o las condiciones de la explotación de los bienes patrimoniales se someterán a previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

“3. Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes se formalizarán en la forma prevenida en el artículo 113 de esta Ley y se regirán por las normas de Derecho privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta Ley.”

Es decir, debe estarse a las normas del derecho privado caracterizadas por la libertad de pactos, no resultando de aplicación directa la LCSP en lo relativo a normas de capacidad ni prohibiciones de contratar. No obstante, es cierto que el artículo 8 de la LPAP –básico– afirma que:

“La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales de las administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

- eficiencia y economía en su gestión;
- eficacia y rentabilidad en la explotación;
- publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes;
- identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.”

Por ello, ante tal situación de aparente inaplicación de las reglas de la LCSP, y en tanto, como sería aconsejable, la legislación patrimonial no resolviera de forma expresa en qué casos y condiciones se aplicarán las prohibiciones de contratar a estos contratos, bien puede argumentarse, sobre la base de los referidos principios del artículo 8 de la LPAP –amén del principio de buena administración– que no existe impedimento jurídico a que, vía pliego de condiciones, en estos contratos patrimoniales se establezcan de forma motivada previsiones equivalentes al cuadro de prohibiciones de la LCSP, siempre que no resulten desproporcionadas ni tengan por efecto una discriminación no justificada atendiendo a la concreta naturaleza del procedimiento contractual en cuestión.

Quedan excluidos, por su específica naturaleza, las relaciones de empleo público y los acuerdos internacionales, igualmente excluidos de la aplicación de la LCSP en razón de su propia naturaleza y de la existencia de normativa específica:

a) Las encomiendas realizadas a un ente instrumental de conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia del TJCE (a las que luego nos referiremos).

b) Los contratos que tengan por objeto servicios de arbitraje y de conciliación, donde será de aplicación su normativa específica.

c) Los negocios relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por las entidades sometidas a la Directiva, así como los servicios prestados por los bancos centrales. La excepción prevista de las operaciones de crédito plantea cierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 10 de la LCSP y su anexo II, que las incluye expresamente, por lo que habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de mercado

de valores en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario.⁵

d) Los convenios en sus distintas modalidades. Cuestión que deberá ser interpretada restrictivamente, a la que haremos referencia en el siguiente epígrafe.

e) Los contratos de servicios y suministros celebrados por los organismos públicos de investigación estatales y los organismos similares de las comunidades autónomas, que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico, y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del organismo mediante procesos de concurrencia competitiva. Tienen la consideración de OPI estatales los siguientes: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Instituto Nacional de Investigación Tecnológica Agraria y Alimentaria (INIA), Instituto Español de Oceanografía, Instituto Geológico Minero de España (IGME), Instituto de Salud Carlos III, Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA), Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX).⁶

f) Obviamente, quedan excluidos del ámbito objetivo de aplicación de esta Directiva los contratos derivados de un acuerdo internacional, celebrados de conformidad con el Tratado de la Unión Europea, relativos a obras o suministros destinados a la realización o explotación en común de una obra, o relativos a servicios destinados a la realización o explotación conjunta de un proyecto, así como los convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.⁷

g) Se excluyen del ámbito de aplicación de la LCSP (artículo 14) todos aquellos contratos públicos –sea,

pues, cual sea su objeto– que: a) sean declarados secretos; b) precisen de especiales medidas de seguridad; o c) cuando así lo demande la protección de los intereses esenciales de las administraciones públicas. En cualquier caso, el supuesto de hecho determinante de esta categoría de contratos parece girar en torno a distintos conceptos jurídicos indeterminados, de aplicación caso por caso y sujetos a control jurisdiccional, en los que confluyen también algunos requerimientos formales. Así, por lo que respecta a los contratos secretos, la norma exige que sean así expresa y formalmente declarados, resolución que, a falta de mejor opción, deberemos entender residenciada en el órgano de contratación, y cuya omisión viciaría las actuaciones; por lo que se refiere a los contratos necesitados de especiales medidas de seguridad –que la norma no delimita–, sí que se exige que ese requerimiento derive de disposición normativa o administrativa vigente, y, debemos entender, que así se explique justificadamente; y, finalmente, en el caso más libérrimo, que así lo demanden los “intereses esenciales.”

Por lo que respecta a su tramitación y régimen jurídico, la adjudicación de estos contratos se efectuará por el procedimiento negociado sin publicidad con una única oferta. Todas estas modalidades de negocios jurídicos excluidos se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios comunitarios descritos para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

2. Del alcance de los convenios en la LCSP. La dimensión comunitaria de esta técnica

Es suficientemente conocido como Derecho europeo de la contratación pública. Tanto las directivas como la jurisprudencia interpretativa han depurado un concepto de contrato que se identifica con el ámbito objetivo de dichas normas, ya sea en el caso de los contratos sujetos a las directivas o en el de aquellos otros

5. La excepción prevista habrá que entenderla exclusivamente para las modalidades de contratos de inversión que recoge el artículo 63 de la Ley de mercado de valores. *Vid.* M. CARBAJALES, “Comentario al artículo 3 k) de la LCAP”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Comares, Granada, tomo I, p. 215-217.

6. Las universidades públicas no son OPI. Así lo entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 4/2008, de 15 de mayo, al entender que las universidades no tienen dicha clasificación jurídica y que su finalidad es también la de impartir docencia. En términos similares, el Informe 7/2008, de 10 de julio, sobre aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público a la Fundación para la Investigación Biomédica del Hospital la Paz afirma que esta Fundación reúne las condiciones que establece el artículo 3.3 b) de la LCSP para ser considerada dentro del sector público como poder adjudicador, pero que la Fundación no es un organismo público de investigación, y, por tanto, no le es de aplicación el artículo 4.1 q) de la LCSP.

7. Por la propia naturaleza del contrato, parece conveniente realizar una interpretación amplia de esta excepción, como sugieren GARCÍA DE ENTERRÍA, *Ámbito...*, *op. cit.*, p. 116 y S. CASAJÚS, “El régimen de contratación en el extranjero”, en el libro colectivo *Lecciones de Derecho operativo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, p. 182.

no cubiertos por las mismas, pero afectados en todo caso por los principios ya referidos recogidos por los tratados. En especial, además del carácter escrito que exige la Directiva, deben destacarse la onerosidad y la bilateralidad, de tal modo que quedan excluidas del concepto de contrato las relaciones jurídicas en las que las prestaciones son gratuitas, y aquellas en las que no puede hablarse en sentido estricto de dos partes diferenciadas por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador encomendante, para el que realiza la parte esencial de sus prestaciones.⁸

Del elenco de exclusiones de la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, se deduce que la técnica del convenio no procede cuando la prestación que es causa del mismo es una de las prestaciones comprendidas en el ámbito objetivo de dicha norma –cuestión “olvidada” en nuestra práctica administrativa en aplicación del anterior marco normativo–.⁹ Y así se recoge ahora en nuestro artículo 4.1 c) y d) de la LCSP.

Al respecto, para poder comprender adecuadamente la regulación actual, debe ser referida la doctrina del TJCE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000, (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que:

“...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los

procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben, de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones.”

Seguidamente afirma el Tribunal que:

“...el mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación).”¹⁰

Pero sin duda, para resolver esta cuestión, es paradigmática la STJCE de 13 de enero de 2005, en la que se condenaba al Reino de España afirmando que la previsión del artículo 3.1 de nuestra derogada LCAP era contraria al Derecho comunitario, pese a que desde el Estado español se argumentaba que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público.¹¹ En la citada sentencia se afirma claramente que:

8. Vid. mi trabajo: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. (La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma)*, Civitas, Madrid, 2006, p. 151-175. Resultan de especial interés las Conclusiones del Abogado General, de 15 de junio de 2006, en el asunto C-220/05 (asunto ASEMFO), que distinguen entre la onerosidad y el ánimo de lucro.

9. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. De especial interés resulta también el estudio de BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004.

10. Esta doctrina es incorporada ya por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña en su Informe 2/2001, de 23 de noviembre, que resuelve en sentido afirmativo la referida cuestión, a la vista, principalmente, de lo dicho por el TJCE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000 (ARGE Gewässerschutz), en la que se declara que “...el principio de igualdad de trato de los licitadores enunciado en la directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, no se viola por el hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a organismos que reciben de ella o de otras entidades adjudicadoras, subvenciones del tipo que sean, que permiten a dichos organismos presentar ofertas a precios más bajos que los de los demás licitadores, que no reciben tales subvenciones.” En línea con el Informe del órgano consultivo autonómico, F. BLANCO sostuvo, con acierto, que la interpretación de la LCAP a la luz del Tratado de la Unión europea y de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, comporta entender que la exclusión que realiza el artículo 3, apartado c) de dicha norma respecto a los convenios interadministrativos de colaboración, no puede hacerse extensiva a los contratos onerosos que celebren entre sí entes públicos, cuando el objeto contractual sea propio de los definidos en el artículo 5, apartado 2, de la LCAP, y esta relación jurídica se establezca entre personas jurídicas sin relación de dependencia entre ellas ni en virtud de la concesión de un derecho exclusivo (F. BLANCO, “La capacidad de los contratistas. Personalidad jurídica y capacidad de obrar. Solvencia económica y técnica. Clasificación empresarial”, en el libro colectivo *Contratación de las administraciones públicas...*, op. cit., p. 52-56).

11. El Estado español alega que estas relaciones están al margen del mercado. Además, dicho Gobierno se pregunta por la fundamentación de la sentencia Teckal, antes citada, y sostiene que el principio que figura en el artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), está implícitamente incluido en las demás directivas sobre contratación pública.

“Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas directivas, y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

“38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

“39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

“40. En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del Texto refundido las relaciones entre las administraciones públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las directivas 93/36 y 93/37.”

En definitiva, la técnica del convenio debe ser interpretada restrictivamente, sin que pueda ser utilizada

cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.¹² En todo caso, y este dato es muy relevante para entender el efectivo alcance de esta sentencia, no es criterio suficiente el que no se cubra totalmente el coste del servicio, pues se confunde así la onerosidad (es decir, la existencia de contraprestaciones), que sí es un requisito para la existencia de un contrato, con el ánimo de lucro, que no lo es, razón por la cual las entidades que carezcan de él pueden ser adjudicatarias de contratos públicos (como las Fundaciones, ONG, y, especialmente, como las propias administraciones públicas).

Así lo corrobora la importante STJCE de 18 de enero de 2007 (Aurooux/Commune de Roanne), en la que se analiza la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio.¹³ El TJCE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra que debe ser objeto de licitación:

“1) Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, en el sentido de lo dispuesto en el artículo 1, letra a), de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser la propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

“2) Para determinar el valor de un contrato a efectos del artículo 6 de la Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe tomarse en consideración el valor global del contrato de obras desde el punto de vista del potencial licitador, que

12. Denunciaba ya como contraria al Derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS, “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles...”, *op. cit.*, p. 393-394.

13. El supuesto de hecho es el siguiente: Mediante acuerdo de 28 de octubre de 2002, el Ayuntamiento del municipio de Roanne autorizó al alcalde a celebrar con la SEDL un convenio para la creación de un centro de ocio (en lo sucesivo, “convenio”). El convenio, celebrado el 25 de noviembre de 2002, preveía la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos. El primer tramo comprende la construcción de un centro multicine y de locales comerciales para su cesión a terceros, así como de instalaciones que habrán de revertir a la entidad adjudicataria (un aparcamiento, vías de acceso y espacios públicos). Los tramos posteriores, que implican la firma de nuevas cláusulas, consisten esencialmente en la construcción de otros locales comerciales o de servicios y de un hotel. Conforme a la introducción del convenio, el municipio de Roanne pretende con esta operación revitalizar un sector urbano poco valorizado y favorecer el desarrollo del ocio y el turismo. En virtud del artículo 2 del convenio, se atribuye a la SEDL, entre otras cosas, la función de proceder a adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura o ingeniería, encargar la realización de estudios, efectuar obras de construcción, elaborar y mantener actualizados determinados documentos contables y de gestión, recabar fondos y prever medios eficaces para posibilitar la comercialización de las obras, así como garantizar de modo general la gestión y la coordinación del proyecto y la información del municipio.

comprende no solo la totalidad de los importes que deba abonar la entidad adjudicadora, sino también todos los ingresos que procedan de terceros.

“3) La entidad adjudicadora no está exenta de aplicar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras previstos por la Directiva, en razón de que, conforme al Derecho nacional, el citado convenio solo puede celebrarse con determinadas personas jurídicas, que tienen también la condición de entidad adjudicadora y que están obligadas, por su parte, a aplicar tales procedimientos para celebrar eventuales contratos subsiguientes.”

En esta línea conviene igualmente dar cuenta de dos sentencias del TJCE, interesantes y de gran valor interpretativo. Por un lado, la STJCE de 18 de diciembre de 2007 (“Comisión/Irlanda”) que resuelve un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión contra Irlanda, desestimándolo por entender que “no puede excluirse que el DCC proporciona tales servicios al público en ejercicio de sus propias competencias, directamente deducidas de la Ley y utilizando sus fondos propios, aunque, a tal fin, perciba una contribución abonada por la Autoridad y que cubre una parte de los gastos correspondientes al coste de estos servicios,” y señalando que la Comisión no ha conseguido probar la existencia de un contrato público, añadiendo que “la mera existencia entre dos entidades públicas de un mecanismo de financiación relativo a tales servicios (los servicios públicos) no implica que las prestaciones de servicios de que se trate constituyan una adjudicación de contratos públicos.” Lo importante de esta doctrina es que se excluyen del concepto de contrato los flujos económicos entre entidades públicas para la financiación de servicios públicos, aunque estén recogidos en un instrumento bilateral, lo que justifica que se puedan excluir del ámbito contractual los convenios de colaboración para la cofinanciación de servicios entre dos entidades con competencias sobre la materia.¹⁴ Con todo, parece conveniente, en aras de la seguridad jurídica, que quien alegue esta excepción a la existencia

de relación contractual, la acredite y justifique razonadamente, tal y como se advierte en la STJCE de 2 de octubre de 2008 (Comisión/República Italiana) en relación a la adquisición de helicópteros ligeros destinados a las necesidades de las Fuerzas de Policía y del Cuerpo Nacional de Bomberos, sin que se dé ninguno de los requisitos que pueden justificar dicha inaplicación.¹⁵

La segunda sentencia, en esta misma línea restrictiva, de forma correcta, es la STJCE de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España (asunto C-220/06, “Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia”), al considerar contrario a derecho los convenios suscritos por el Estado con la Sociedad Estatal Correos por entender que existe un auténtico contrato y que no ha existido licitación pública.¹⁶ En esta sentencia –cuya doctrina se recoge en la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2008– se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española en relación con la impugnación por parte de una asociación representativa de las empresas del sector de los servicios de correspondencia de un convenio de colaboración entre la Administración General del Estado (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte) y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos (en adelante, “Correos”). El citado convenio tenía su amparo en el artículo 58 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en el apartado Dos establece que “las administraciones públicas podrán celebrar convenios de colaboración a los que se refiere el artículo 3 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, con la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima’, para la prestación de las actividades propias de su objeto social.” El objeto del proceso era dilucidar si el Derecho comunitario se opone a una normativa nacional que permite a las administraciones públicas adjudicar cualquier servicio postal directamente a una sociedad

14. El Tribunal entiende que la carga de la prueba de la existencia de un contrato público que deba adjudicarse de acuerdo con las prescripciones del Derecho europeo corresponde a la Comisión, que es quien pretende que se declare el incumplimiento.

15. Se explica así que las Conclusiones de la Abogada General reprochen a Irlanda no haber demostrado que su actuación estaba amparada por alguna excepción a los principios generales del Derecho comunitario (en concreto, los apartados 112, 116 y 118).

16. Un interesante y exhaustivo comentario es realizado por Julio GONZÁLEZ GARCÍA, “Prestación del servicio universal y doctrina de las prestaciones *in house*. A propósito de la sentencia Correos, de 18 de diciembre de 2007, del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, p. 193-209.

mercantil de capital íntegramente público y que es el proveedor del "servicio postal universal", como es el caso de Correos.

En síntesis, del fallo de la sentencia se pueden extraer las siguientes conclusiones: en los servicios postales reservados a una única entidad (cuando sea compatible con las previsiones comunitarias), la adjudicación de dichos servicios no está sujeta a una previa licitación por no ser posible concurrencia alguna al ser actividades monopolizadas, por tratarse de actividades de interés económico general. Por el contrario, en lo que se refiere a la adjudicación del resto de los servicios postales en régimen de competencia, se deduce la incompatibilidad del artículo 58 de la Ley 24/1998 con el Derecho comunitario, independientemente de que se trate o no de contratos sujetos a la Directiva, siendo por tanto precisa, en ambos casos, la aplicación de las normas que rigen la adjudicación de los contratos públicos. Y es que aquí se cumplen todos los requisitos para entender que existe un contrato público típico y oneroso.

Como conclusión a lo expuesto, puede afirmarse que el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros (es decir, es un concepto no oponible en sus características básicas por parte de la legislación nacional). Dicho de otro modo, si un negocio jurídico cumple los requisitos que la legislación y la jurisprudencia europea exigen para apreciar la existencia de un contrato, deberá recibir el tratamiento

jurídico correspondiente a los contratos, sin que quepa oponer una legislación nacional que considere que tal negocio es otra figura legal distinta con otro tratamiento diferente; ni que decir tiene que aún más irrelevante es la denominación que las partes den al negocio jurídico.

Así, podrá entenderse que sí existe un convenio y no una relación contractual cuando se ejerciten competencias propias que tengan por finalidad no el recibir una concreta prestación de mercado, sino la colaboración administrativa para cumplir fines públicos, y cuando la eventual contribución financiera tenga por causa específica la cooperación y no la celebración de un contrato.

Las anteriores características, lógicamente, deben interpretarse restrictivamente, para evitar que se "pervierta" la figura que delimitan, exceptuada del concepto de contrato público y por lo tanto de los principios generales de publicidad y concurrencia, relaciones jurídicas puramente contractuales, especialmente las que se conciertan entre dos poderes adjudicadores bajo forma o apariencia de convenio de colaboración (problema tradicional en la práctica de colaboración administrativa en España).¹⁷ El hecho de que un convenio no cumpla con los requisitos para ser considerado pura financiación de servicios no implica que no pueda acogerse a otras figuras excluidas de la contratación pública, como sucede con la de servicios *in house providing* (a los que nos referiremos a continuación).¹⁸

17. La Comisión Consultiva de Contratación administrativa de Andalucía ha adoptado la Recomendación 8/2008, de 13 de mayo, sobre los convenios de colaboración con las entidades públicas y personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, en especial sobre los convenios de desarrollo e investigación y su distinción de los contratos de servicios. En esta Recomendación se señala que "De todo lo expuesto se desprende que, a la luz de la nueva regulación contenida en la LCSP, todos los supuestos en los que la Administración esté interesada en que por parte de una universidad o de un organismo público-privado de investigación se realice un estudio de I+D concreto, cuyo coste sea sufragado por ella, asumiendo los derechos y el uso del resultado del mismo, nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a la LCSP, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al régimen jurídico de aplicación, tanto en la fase de adjudicación del contrato como en la de ejecución, así como respecto de los efectos, cumplimiento y extinción del mismo." Así, solo pueden hacerse convenios de I+D cuando:

1.- Todas las partes que lo suscriben (se recuerda que no tiene por qué tratarse de dos partes necesariamente) tienen un interés común en llevar a cabo un proyecto conjunto. La existencia de este interés común se aprecia cuando, con los resultados científicos que se deriven de dicho proyecto, se da satisfacción a las necesidades de cada una de las partes, de acuerdo con sus objetivos y fines. No puede considerarse que existe ese interés común cuando el interés de una de las partes consista en la realización del trabajo y que este le sea sufragado –en todo o en parte– por enmarcarse ello en la actividad propia de la entidad.

2.- El objeto del convenio no se traduce en prestaciones y contraprestaciones de las partes, y no consiste en la financiación de un proyecto, sino en la realización del mismo, de tal forma que todas las partes contribuyen al desarrollo del proyecto, poniendo en común los datos, conocimientos y elementos personales y materiales con que cuentan.

3.- El proyecto debe generar un resultado científico del que se beneficien todas las partes colaboradoras y del que hagan o puedan hacer uso todas ellas.

18. *Vid.* la STJCE de 24 de julio de 2003, "Altmark", donde se analiza si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas. Para que así suceda, se exigen cuatro requisitos: 1) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas deben estar

Pudiera pensarse que tal interpretación limita al extremo la técnica de colaboración, al primar la idea de contrato. Pero no es así, pues de esta doctrina queda claro que sí son correctos los convenios de financiación como técnica de colaboración interadministrativa. Así, se ha admitido, por ejemplo, como hemos dicho, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón (Informe de 21 de julio de 2008), en el caso concreto de financiación autonómica a la explotación de servicios sociales municipales, al entender que la prestación que se define no es en sí una relación propia de contrato, ya que básicamente lo que se realiza es una técnica de colaboración vía financiación entre dos administraciones públicas, en el ejercicio de una competencia concurrente como es la de servicios sociales: "Lo que pretende el Gobierno de Aragón con esta práctica es una coordinación efectiva de competencias que permita la mejor eficiencia de los recursos materiales y financieros sin que pueda pensarse que la naturaleza de esta relación es de carácter contractual. Nos encontramos ante la figura de convenios de financiación al no poder ser calificados de contratos, ya que la causa del negocio jurídico no es la de recibir una prestación mediante precio como es la propia de un contrato." En consecuencia, por imperativo normativo, muchas relaciones jurídicas calificadas como convenio hasta la fecha,

no pueden acogerse a esta categoría, al tratarse de auténticos contratos de servicios.¹⁹

3. Un negocio excluido de gran repercusión práctica. Los denominados servicios *in house* providing o encargos a entes propios

Un tema de gran repercusión práctica es el referido a la técnica de los encargos a medios propios y sus límites concretos.²⁰ Cuestión de indudable calado dentro de la tradicional figura de colaboración administrativa entre distintas administraciones o entidades del ámbito local. Situación habitual en el Derecho administrativo que, como bien destaca Sosa Wagner, se fundamenta en la capacidad autoorganizativa de las administraciones públicas, con el fin de obtener una mayor eficiencia en los procedimientos de contratación,²¹ resultando irrelevante el dato de la personificación jurídica, por cuanto es la falta de autonomía decisional de uno de los entes respecto del otro, la razón que impediría la existencia de una auténtica relación contractual entre dichos entes.²² Así, estas prestaciones –inicialmente obras– encajarían en el supuesto de obras por la propia Administración, al resultar "extraño" acudir al mercado cuando una administración goza de los instrumentos para atender por sí misma una concreta prestación.²³

claramente definidas; 2) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que esta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras; 3) La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones; y 4) Cuando la elección de la empresa no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

19. Por todos, *vid.* el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Valencia, 5/2008, de 17 de noviembre de 2008.

20. En la bibliografía más reciente puede consultarse el estudio de PERNAS GARCÍA, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008.

21. F. SOSA WAGNER, "El empleo de recursos propios por las administraciones locales", en el libro homenaje al profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, 2003, p. 1317.

22. Como bien destaca A. HUERGO LORAS, "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones públicas", *RAP*, núm. 154, 2001, p. 130. Técnica que, como bien explica este autor, en modo alguno, dentro de los límites y finalidad, supone contravención al derecho de libertad de empresa que proclama nuestra Constitución (p. 154). Como señala C. AMOEDO SOUTO, la independencia derivada de la personalidad jurídica de los entes instrumentales pasa a un segundo plano, y cobra protagonismo en su configuración jurídica el rasgo funcional de su instrumentalidad administrativa ("El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas", *RAP*, núm. 170, mayo-agosto 2006, p. 264).

23. Como bien ha destacado T. DE LA QUADRA SALCEDO, frente al dogma del contratista interpuesto, nuestro Derecho clásico ha contemplado esta posibilidad de ejecución de obras por la Administración ("La ejecución de obras por la Administración", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 889-941).

La solución a esta cuestión, debe abordarse, necesariamente, desde la óptica del Derecho comunitario –rechazando las interpretaciones legales que llevarían a una solución contraria a la normativa comunitaria–.²⁴ La regulación actual, como comprobaremos, limita esta técnica de colaboración, lo que obliga a repensar situaciones administrativas como la que se describirá.

3.1. El origen de los denominados servicios *in house providing*

Esta técnica y su concreta problemática, desde la perspectiva de los contratos públicos, encuentra su origen tanto en el artículo 1 c) de la Directiva 92/50, de servicios, como en su artículo 6, al declarar, respectivamente, que se considerará “prestador de servicios” a cualquier persona física o jurídica que ofrezca servicios, “incluidos los organismos públicos”, pero que quedan excluidos de su ámbito “los contratos públicos de servicios adjudicados a una entidad que sea, a su vez, una entidad adjudicadora con arreglo a la letra b) del artículo 1, sobre la base de un derecho exclusivo del que goce en virtud de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas publicadas, siempre que dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado. Estas disposiciones han permitido entender que los denominados ‘medios propios’, a los que se realizan encargos de naturaleza contractual, estarían al margen de esta normativa”. La cuestión, amén de resbaladiza –y que no debe confundirse con los contratos de concesión de servicios–,²⁵ no es en modo alguno baladí, y menos si se analiza desde la perspectiva de que, posteriormente, esos medios propios tienden a no aplicar las reglas de contratación pública.

Pues bien, la cuestión ha tenido respuesta en la jurisprudencia del TJCE, quien analiza ya esta posibilidad en la sentencia de 18 de noviembre de 1998 (BFI),²⁶ admitiéndose en la sentencia Teckal, (a la que se alude

en los apartados 38 y 39 de la STJCE de 13 de enero de 2005),²⁷ dictada por la Sala Quinta del TJCE con fecha 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, tramitado como consecuencia de la petición dirigida al TJCE por el Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia-Romagna (Italia), destinada a obtener, en el litigio pendiente en ese órgano entre Teckal Srl, de una parte, y Comune di Viano y Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, una decisión prejudicial acerca de la interpretación del artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. En esta relevante sentencia, el TJCE declaró lo siguiente:

“46. El municipio de Viano, como ente territorial, es una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36. Por consiguiente, corresponde al Juez nacional verificar si la relación entre dicho municipio y la AGAC reúne también los demás requisitos exigidos por la Directiva 93/36 para constituir un contrato público de suministro.

“47. Así será, con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, si se trata de un contrato celebrado por escrito a título oneroso que tiene por objeto, en particular, la compra de productos.

“48. Consta en el caso de autos que la AGAC suministra productos, a saber, combustible, al municipio de Viano mediante pago de un precio.

“49. Por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el Juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas.

“50. A este respecto, conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de este. Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y esta persona

24. Entre la doctrina, recientemente MEILÁN GIL ha advertido, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos (*La estructura de los contratos públicos*, Lustel, Madrid, 2008, p. 116).

25. Vid. GIMENO FELIU, José María, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, op. cit., p. 151-161.

26. En cuanto a su concreto alcance, por todos, pueden verse las observaciones formuladas por M. FUERTES en su trabajo: “Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *REALA*, núm. 279, 1999, p. 31 y ss.

27. Sobre la evolución jurisprudencial en este asunto resulta de interés el trabajo de LECUYER-THIEFFRY, C. y THIEFFRY, P., “Les prestataires effectúes in house sans mise en concurrence: les évolutions en cours”, *AJDA*, núm. 17, 2005, p. 927-933.

realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.

“51. Por consiguiente, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva 93/63 es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.”

Doctrina que se confirma en la sentencia de 7 de diciembre de 2000, “ARGE” (confirmada, asimismo, en las sentencias: Stadt Halle, de 11 de enero de 2005, Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, Coname, de 21 de julio de 2005, Carbotermo, de 11 de mayo de 2006, Asemfo, de 19 de abril de 2007, y Augusta Spa, de 8 de abril de 2008),²⁸ al afirmar que los organismos públicos pueden ser adjudicatarios de contratos públicos regulados por las directivas, sin que ello implique, en principio, infracción del principio de igualdad de todos los licitadores:

“El mero hecho de que la entidad adjudicadora permita participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios a tales organismos no constituye ni una discriminación encubierta ni una restricción contraria al artículo 59 del Tratado CE” (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación).

No obstante, como ya hemos advertido, la sentencia clave en este asunto es, sin duda, como recuerda la sentencia ARGE, la de 18 de noviembre de 1999 (“Teckal”), pues, aunque el supuesto analizado se refiere a un contrato de suministros, su doctrina se puede extender al resto de la contratación pública, admitiendo el concepto *in house providing* en los supuestos en que exista sobre el ente un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios, y que realice su actividad esencial para quien le controla.²⁹ En resumen, esta sentencia (en cuestión prejudicial sobre la base del actual 234 TCE) —en la que se falla la obligación de

aplicar las directivas de contratos públicos cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora—, analiza la relación jurídica que une a un ayuntamiento italiano (Comune di Viano) con una mancomunidad de la que es partícipe, y cuyo objeto es el suministro de combustible de calefacción a los edificios municipales, cuando una empresa privada, con idéntica actividad, pretende que se declare, como así se concluye por el Tribunal, que dicha relación es un contrato de suministros que ha de adjudicarse mediante los procedimientos competitivos previstos en la Directiva. En esta sentencia se opta por un concepto funcional de “contrato” y de “contratista” (análogos al concepto funcional de “poder adjudicador” del que ya se ha dado cuenta en este trabajo), siendo irrelevantes la tipología jurídica del suministrador y, por supuesto, la denominación que las partes o el Derecho nacional den al negocio. De ahí que, por no aplicar las reglas de las directivas de contratación pública, se condene a la República Italiana.

En todo caso, y aquí radica su importancia, si bien es cierto que la sentencia no aplica la cláusula del artículo 6 de la Directiva 92/50, pues aunque el litigio versaba, insisto, sobre un contrato mixto de servicios y suministro, se calificó como de suministro atendiendo al dato de que el valor de los productos era superior al de los servicios a que se refiere el contrato, y en la Directiva 93/36 no hay un precepto similar u homólogo, el fallo (en relación o conexión a su considerando número 50) viene a excluir del ámbito de las directivas los contratos *in house providing* siempre y cuando concurren necesariamente los dos requisitos, acumulativos, que a continuación desarrollamos, y que deberán, caso por caso, ser analizados por el Juez nacional:³⁰

28. Vid. mi trabajo: “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Informe Comunidades Autónomas 2005, Instituto Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 838-858.

29. Comenta esta sentencia en la doctrina italiana C. ALBERTI, “Appalti in house, concessión in house ed esternalizzazione”, *Revista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, núm. 3-4, 2001, p. 495 y ss. Esta jurisprudencia ha sido confirmada por la STJCE de 8 de mayo de 2003 en el caso de TRAGSA, considerando que los encargos a esta empresa estatal que realiza el Estado serían servicios *in house*. Al respecto puede consultarse el libro de C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 102-108.

30. Para dicha labor pueden resultar especialmente útiles las Conclusiones del Abogado General en el citado asunto “ARGE”. Para un análisis de la relación de los contratos *in house providing* con el concepto comunitario de “concesión”, me remito a lo que se dice en este trabajo más adelante.

“Solo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan.” (La cursiva es nuestra.)³¹

La jurisprudencia comunitaria exige, para que se pueda entender que estamos en presencia de un servicio *in house providing*, los siguientes requisitos de carácter acumulativo:³²

El primer requisito que se exige es que el encargo debe formalizarse entre una entidad adjudicadora y

una entidad formalmente distinta de ella, pero sobre la que ejerce un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, de tal modo que el proveedor no tiene, frente al poder adjudicador, auténtica autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que no existiría una voluntad contractual.³³ El criterio del “control análogo al ejercido sobre sus propios servicios” implica –como hemos venido interpretando–³⁴ una dependencia estructural y un control efectivo, de manera que las tareas que se encomiendan al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si las hubiera acometido el propio ente dominante.³⁵ A este respecto, convie-

31. Vid. P. DELVOLLE, “Marches publics: les critères des contrats maison”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, núm. 1, 2002, p. 53 y J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation et de services *in house* au regard des règles communautaires”, *RFDA*, núm. 1, 2001, p. 12-13. Comenta también estos requisitos SERRANO CHAMIZO, J., en la ponencia: “Los contratos entre administraciones públicas: la perspectiva del Derecho comunitario”, presentada en el Seminario celebrado en Vitoria el 23 de mayo de 2002, p. 6 a 12 del texto mecanografiado. Igualmente, C. AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, medios...*, *op. cit.*, p. 103-105.

32. En cuestión prejudicial presentada por la República de Italia, las conclusiones de la Abogado General Christine Stix-Hackl presentadas el 12 de enero de 2006 –asunto C-340/04, Carbotermo Spa y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio, parte coadyuvante AGESP, sobre el alcance de qué requisitos debe cumplir la adjudicación de un contrato público para ser considerada lo que se denomina adjudicación “cuasi interna” y, de este modo, no quedar comprendida en la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. Se trata, pues, de un nuevo procedimiento relativo a la interpretación y aplicación de los criterios desarrollados en la sentencia dictada en el asunto Teckal y precisados con más detalle –cuando menos parcialmente– en la sentencia dictada en el asunto Stadt Halle y RPL Lochau. Estos criterios interpretativos se refieren a que la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la adjudicación directa de un contrato público en un procedimiento como el del litigio principal, únicamente cuando se cumplen los siguientes requisitos:

En primer lugar, el ente territorial deberá ejercer sobre el otro ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A tal respecto, el Juez nacional deberá examinar las siguientes circunstancias:

- los intereses de los titulares de participaciones;
- la transformación de la “azienda municipalizzata” en una sociedad anónima;
- la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada;
- la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero;
- el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión;
- las facultades del consejo de administración de AGESP; y
- la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding.

En segundo lugar, esta entidad deberá, al mismo tiempo, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes territoriales que posea o posean sus participaciones sociales. A tal respecto, el Juez nacional deberá tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los puntos 76 a 115, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80% previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38.

33. Por no concurrir este requisito, se admite como válida la opción de adjudicar en un proceso de licitación a una empresa mercantil pública que no se configura como medio propio. Es el caso analizado en la sentencia Concordia de 17 de septiembre de 2002. Al respecto puede consultarse S. ORTIZ VALMONTE, “Ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y de las directivas comunitarias de contratación públicas”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2005, p. 1511-1514.

34. GIMENO FELIU, José María: *La nueva contratación...*, p. 142.

35. Sorprendentemente, y pese a la importancia práctica –amén de la conflictividad–, la única definición de “control análogo” que hasta la fecha se puede encontrar en el Derecho comunitario positivo, es la afirmación del artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, y por el que se derogan los reglamentos (CEE) núm. 1191/69 y (CEE) núm. 1107/70 del Consejo, donde al hablar de la adjudicación de los contratos de servicio público, se admite la adjudicación directa a entidades sobre las que se ostente un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios. En este sentido: “...para determinar la existencia de ese control por la autoridad local competente, habrán de tenerse en cuenta factores como el nivel de presencia en los órganos de administración, dirección o supervisión, las especificaciones correspondientes en los estatutos, la propiedad, la influencia y control efectivos de las decisiones estratégicas y las decisiones aisladas de gestión. De conformidad con la legislación comunitaria, la propiedad del 100% por parte de la autoridad pública competente, en particular en el caso

ne advertir que la titularidad o propiedad mayoritaria del ente instrumental no es suficiente para justificar la existencia de dicho control, lo que supone que no es correcta la regla de que las empresas públicas son medios propios de la Administración matriz, pues, como destaca P. Delvolve, la influencia dominante debe traducirse en la práctica en absoluta dominación a la hora de la determinación de voluntades, por lo que no existiría un auténtico contrato (sería, en suma, un auto-contrato). Como advierte este autor, el concepto de la influencia dominante no es sinónimo del concepto de control análogo, por lo que, en modo alguno, pueden ser consideradas con carácter general las empresas públicas como supuestos de *in house providing*.³⁶ En todo caso, lo que sí resulta evidente es que no se considerarán servicios *in house* y, por tanto, estarán dentro del ámbito de las directivas los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de otros entes territoriales distintos.

Y así, el propio Tribunal ha afirmado la existencia de tal control cuando la entidad pública tiene la facultad de designar a los miembros de los órganos directivos y condicionar la actividad del medio propio (por ejemplo, fijando los gastos de funcionamiento del medio propio, reservándose la potestad de verificación de determinados acuerdos mediante el nombramiento de un funcionario encargado de orientar y controlar las operaciones del medio propio, y ejerciendo un control sobre la contabilidad del medio propio para asegurar la plena aplicación de las normas contables).³⁷

Una matización de gran relevancia a esta cuestión, para el caso que nos ocupa, es introducida por la STJCE

de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) –y corroborada por la STJCE de 8 de abril de 2008, *Comisión vs. República Italiana*–, al afirmar que:³⁸

“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella, en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.”

Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que esta sea, rompe el criterio exigido en las sentencias Teckal y Arge y, en modo alguno, puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación.³⁹

Así lo ha confirmado la reciente STJCE de 8 de abril de 2008 (Comisión/República de Italia), al afirmar lo siguiente:

“38. En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, *debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad, en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.*” (La cursiva es nuestra.) (Véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49.)

de colaboraciones público-privadas, no constituye un requisito obligatorio para determinar que existe un control en el sentido del presente apartado, siempre que exista una influencia pública dominante y que pueda determinarse el control sobre la base de otros criterios.”

36. P. DELVOLVE, “Marchés publics...”, *op. cit.*, p. 54-55. Por el contrario, entre departamentos distintos pero de la misma Administración, de existir relación vertical y no horizontal, no hay problemas para que, mediante protocolos, se puedan solicitar dichos encargos de prestación sin tener que someterse a la normativa de contratación pública.

37. Cfr. STJCE de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, *Comisión vs. República italiana*, apartados 25 y 26.

38. Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta, sin licitación previa, perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

39. A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrán acudir y participar en la licitación como una empresa privada. Vid. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, exlimitación del margen constitucional de reserva de Derecho administrativo e incongruencia en el empleo de técnicas de auto organización para la gestión de actuaciones administrativas”, *RGDA*, núm. 12, 2006, p. 17.

“39. Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.

“40. De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

“41. En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Agusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación *in house* entre dicha sociedad y el Estado italiano.”

Finalmente, esta cuestión del control análogo ha sido también objeto de estudio en la STJCE de 13 de octubre de 2005 (*Parking Brixen*), en la que se resuelve que no puede entenderse que, en el caso de una autoridad pública concedente, ejerza sobre la empresa concesionaria un control análogo al de sus propios medios.⁴⁰

Es decir, sin control análogo, interpretado restrictivamente, no puede existir una relación *in house*, y, en ese caso, sí se afectaría a la regla de la libre competencia.⁴¹ Control análogo que existirá no en función del

porcentaje de participación en el capital social, sino por el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente encomendante, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio, como ha declarado el TJCE en su sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel* (apartados 50, 52 y 54), afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apartado 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por el ente que lo recibe, y no lo contrario, como bien pone de relieve Bernal Blay (en correcta interpretación de la doctrina Carbotermo).⁴² Control análogo que es de carácter funcional y no formal –no basta con la mera declaración legal–, que obliga a acreditar que, efectivamente, existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la sociedad al que se refería la Sentencia del TJCE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*).

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar –necesariamente– la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (que no debe confundirse con las notas requeridas en el primer criterio explicado).⁴³ O sea, se debe realizar por esta la actividad en provecho de quien le realiza el encargo o encomienda (STJCE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia). El requisito de que el

40. Apartados 67 a 70 de la sentencia. Un comentario de esta sentencia es efectuado por E. ARIMANY LAMOGLIA, “Sombras sobre los encargos directos de gestión a las sociedades mercantiles locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 9, 2005, p. 48-64. En este caso, el TJCE resuelve que los artículos 43 TCE y 49 TCE, así como los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que una autoridad pública adjudique, sin licitación previa, una concesión de servicios públicos a una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de dicha autoridad pública, sociedad anónima cuyo objeto social se ha ampliado a nuevos e importantes ámbitos, cuyo capital debe abrirse obligatoriamente a corto plazo a otros inversores, cuyo ámbito territorial de actividad se ha expandido a todo el país y al extranjero, y cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercer de forma autónoma.

41. En favor de una interpretación restrictiva de este criterio se han posicionado E. ARIMANY LAMOGLIA, “Sombras sobre los encargos directos...”, *op. cit.*, p. 56, y M. A. BERNAL BLAY, “La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos *in house*, con especial referencia al ámbito local”, en el libro colectivo *La Ley de contratos del sector público y su aplicación por las entidades locales*, CEMCI, Granada, 2008, p. 172-175. Por el contrario, una interpretación más flexible es la defendida por F. SOSA WAGNER y M. FUERTES en su estudio: “¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre la contratación *in house*)”, *Diario La Ley*, núm. 6715, de 17 de mayo de 2007, p. 4.

42. Como destaca este autor, el control análogo nada tiene que ver con la facultad de conferir singularmente encomiendas de gestión, puesto que el encargo singular no determina *per se* la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio.

43. *Vid.* sentencia de 11 de mayo de 2006, *Carbotermo*, apartado 70.

ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente, si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato *in house* no es sino una forma de "autoprovisión" por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado.⁴⁴ Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada, por lo que deberían aplicarse las directivas comunitarias.

Y ello se justificaría entendiendo que, en tales casos, nos encontramos ante una fórmula de organización o gestión, al modo de la encomienda de gestión administrativa, en la que las entidades adjudicadoras utilizan medios propios, aunque dotados de personalidad jurídica propia, para satisfacer sus necesidades, en lugar de acudir al mercado.⁴⁵ Nos encontramos, debe insistirse, ante simples opciones de organización a las que, como afirma Sosa Wagner, el ente instrumental no puede negarse, ya que el reconocimiento de personalidad jurídica lo es solo a efectos auxiliares o instrumentales, sin que, en modo alguno, ostente condición de tercero.⁴⁶

En esta misma línea, de marcado carácter restrictivo con la técnica de los *in house providing*, debe reseñarse la reciente STJCE de 11 de mayo de 2006, (Carbotermo), en la que, mediante cuestión prejudicial, se aclara lo siguiente:

"1) La Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, prohíbe la adjudicación directa de un contrato de suministro y de servicios, en el que el valor de los suministros

es preponderante, a una sociedad anónima, cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital, en la situación actual, pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador.

"2) Para apreciar el cumplimiento del requisito de inaplicabilidad de la Directiva 93/36, conforme al cual la empresa a la que se haya adjudicado directamente un contrato de suministro debe realizar lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, no procede aplicar el artículo 13 de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

"3) Para apreciar si *una empresa realiza lo esencial de su actividad con el ente territorial que la controla, a efectos de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la Directiva 93/36, procede tomar en consideración todas las actividades que dicha empresa realiza en virtud de una adjudicación llevada a cabo por el poder adjudicador, y ello con independencia de la cuestión de quién remunera dicha actividad, ya sea el propio poder adjudicador, ya el usuario de los servicios prestados, siendo irrelevante igualmente el territorio en el que se ejerce dicha actividad.*" (La cursiva es nuestra.)

En definitiva, admitiendo como conforme al Derecho comunitario esta técnica de los servicios *in house*, debe reseñarse que estos dos requisitos, los llamados criterios *Teckal*, constituyen una excepción. En consecuencia, ambos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella.⁴⁷

44. En conclusión, esta jurisprudencia nos advierte de que, cuando concurren estas notas, podrá admitirse la hipótesis de que no existe relación contractual entre ambos entes, en la medida en que no existe el elemento esencial del contrato, como es libre confluencia de dos voluntades diferenciadas que persiguen la satisfacción de intereses jurídicos y económicos distintos (en la práctica supone que no hay contrato).

45. En este sentido, al interpretar los conceptos de ejecución de obras por la propia Administración y de fabricación de bienes muebles por parte de la Administración, se posiciona A. HUERGO LORAS, que defiende esta posibilidad de *in house*, al no tener estas empresas instrumentales la consideración de terceros. *Vid.* "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las administraciones públicas", *op. cit.*, p. 163.

46. F. SOSA WAGNER, *El contrato público de suministro*, Civitas, Madrid, 2003, p. 105.

47. Entre otras, las sentencias Stadt Halle, apartado 46, y Parking Brixen, apartados 63 y 65. *Vid.* MORENO MOLINA, José Antonio, "El ámbito de aplicación de la Ley de contratos del sector público", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 76, y M. PILLADO QUINTANS, "TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las administraciones a sus medios instrumentales", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), p. 291.

Igualmente, nos encontramos con una excepción a la existencia de contrato en los supuestos de concesión de servicio público a una sociedad intermunicipal. El Tribunal, en su sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008, Uccle, ha resuelto que es correcta esa forma de gestión directa, sin que sea de aplicación la normativa de contratación pública.⁴⁸ La sentencia declara que no procedía licitación pública, con los siguientes fundamentos jurídicos esenciales:

“42. Por consiguiente, procede responder a las cuestiones primera y segunda como sigue:

– Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y la obligación de transparencia que deriva de ellos, no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal, cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.

–Sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente, en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, en las que las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal, controlada exclusivamente por las autoridades públicas, son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones

permite a estas ejercer sobre aquella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.”

Por ello, finaliza reconociendo que, en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, no existiendo relación contractual. La tradicional gestión directa de servicios públicos no se ve, por ende, afectada directamente por la jurisprudencia del Tribunal en materia de contratos públicos, al encajar en la figura de los encargos a medios propios.

En todo caso, y admitida la posibilidad de que una empresa pueda realizar encargos directos por parte de la Administración matriz, sin que estos se sometan, por tanto, a las reglas de contratación pública (que, entiendo, deberían sustanciarse mediante protocolos y no mediante convenios, pues la naturaleza de estos parece exigir libertad de decisión de ambas partes, lo que no sucede, como hemos visto, en los encargos a medios propios),⁴⁹ debe llamarse la atención sobre el hecho de que el ente encargado deberá aplicar las normas de contratación pública, al concurrir en él las notas que permiten calificarlo como poder adjudicador (artículo 1.9 de la Directiva de contratos públicos de 31 de marzo de 2004). Es decir, la utilización de los servicios *in house providing* no puede servir como mecanismo de escape de las reglas de contratación pública, pues se concibe como una especialidad organizativa pensada exclusivamente para obtener una mayor eficacia.⁵⁰

48. El objeto del litigio es una demanda realizada por una empresa privada que recurre la decisión del municipio belga, denominado Uccle, de asociarse a una sociedad intermunicipal que lleva a cabo la actividad de gestión de explotación de una red municipal de teledistribución, que comprende actividades como ampliación de la oferta televisiva: programas adicionales y el paquete de cadenas de pago; programas “*pay per view*”; acceso a internet; telefonía vocal; videovigilancia; transmisión de datos a alta velocidad. La empresa litigante considera que esta prestación debiera haberse licitado como contrato público y el Consejo de Estado belga, antes de dictar sentencia, pide una decisión del Tribunal europeo. Este, efectuando un análisis pormenorizado del caso concreto, afirma que: “De la resolución de remisión resulta asimismo que Brutélé es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios. No admite socios privados. Su consejo rector se compone de representantes de los municipios (tres como máximo por cada municipio) designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios. El consejo rector dispone de las más amplias facultades.”

49. En esta línea, sobre la doctrina del TJCE comentada, también E. CARBONELL PORRAS denunciaba la incorrección de esta práctica del convenio con entes instrumentales de naturaleza privada. *Vid.* “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en el libro colectivo *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 390-391.

50. Como destaca J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation ...”, *op. cit.*, p. 12, las administraciones son libres de organizarse monolíticamente o en entidades autónomas, si bien ello no supone por sí la inaplicación de las reglas de contratación pública.

Pero debe insistirse en que la técnica del ente o medio propio debe ser interpretada restrictivamente, y respetando la doctrina del TJCE, sin que pueda ser utilizada cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta–, y que el mismo criterio es aplicable al margen del umbral de la prestación.⁵¹

3.2. Alcance y significado de la STJCE de 19 de abril de 2007 (ASENFO vs. TRAGSA)

El 19 de abril de 2007, en cuestión prejudicial (confirmada ya por STS de 30 de enero de 2008), ha visto la luz una interesante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratación pública, al analizar las relaciones de TRAGSA con el Estado y comunidades autónomas.⁵² Sentencia que presenta luces y sombras, y que parece un paso en falso, fundamentalmente en cuanto a la interpretación del primero de los requisitos *Teckal* (el de que el ente ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios), por cuanto la conclusión a la que llega el TJCE –no muy motivada, por cierto– implica aceptar una interpretación mucho más amplia que la que hasta ahora predicaba de esos requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJCE, como bien explica M. A. Bernal Blay.⁵³

El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia versa sobre la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan realizar encargos de ejecución a TRAGSA, sin necesidad de recurrir a un procedimiento de adjudicación. Recordamos que TRAGSA es una sociedad mercantil cuyo capital social pertenece en un 99% al Estado y en un 1% a cuatro comunidades autónomas. No obstante, la normativa reguladora del régimen jurídico de TRAGSA define a esta última como medio propio y servicio técnico instrumental tanto del Estado como de las comunidades autónomas, con independencia de que estas últimas participen o no en el capital social de TRAGSA.⁵⁴

Ahora bien, como hemos explicado en el anterior epígrafe, la inexistencia de contrato queda condicionada, según la jurisprudencia comunitaria, a que “el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan” (sentencia de 18 de noviembre de 1999, *Teckal*, apartado 50).

En resumen, la STJCE de 19 de abril afirma en qué casos puede considerarse que una comunidad autónoma puede realizar encargos a TRAGSA, al existir un control análogo al que ejerce sobre su propia estructura administrativa, declarando que su participación en el accionariado es semejante al control análogo, dado que la Ley “obliga” a TRAGSA a aceptar el encargo.⁵⁵ Como argumentos a favor, hemos de considerar que, de acuerdo con su normativa reguladora, los trabajos

51. ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. Denunciaba ya, como contraria al Derecho comunitario, esta práctica E. CARBONELL PORRAS, “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en el libro colectivo *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, Madrid, 2003, p. 393-394.

52. Dicha sentencia resuelve bajo qué condiciones resulta admisible el encargo de prestaciones a favor de entidades instrumentales sin necesidad de concurrencia (el litigio resuelto por la sentencia trae causa de una denuncia de la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO), al entender que los encargos hechos por diversas administraciones públicas a la sociedad pública Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) vulneran la competencia en el mercado de obras y servicios forestales). Como antecedentes del caso, las sentencias de la Audiencia Nacional de 15 de noviembre de 2000 y del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2003. Una interesante reflexión sobre todo el iter procedimental de este asunto es la realizada por M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA:...”, *op. cit.*, p. 320-346.

53. M. A. BERNAL BLAY, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario de urgencia a la STJCE de 19 de abril de 2007” (asunto C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*), *REDA*, núm. 137, 2008, p. 115-138. También Julio GONZÁLEZ GARCÍA, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *RAP*, núm. 173, 2007, p. 217-237.

54. Sobre el régimen jurídico de TRAGSA, resulta de especial interés la monografía de C. AMOEDO SOUTO: *TRAGSA, medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004.

55. Julio GONZÁLEZ GARCÍA, crítica, con motivos, esta declaración, pues confunde los criterios de control análogo establecidos previamente por el TJCE, “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *op. cit.*, p. 217-237. Igualmente, M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA:...”, *op. cit.*, p. 320-346. Por el contrario, entienden correcta esta decisión F. SOSA WAGNER y M. FUERTES, en su trabajo: “¿Pueden...?..”, *op. cit.*, p. 3 y ss.

que le encomienda la Administración de la Comunidad Autónoma deben ser ejecutados obligatoriamente por TRAGSA, la cual, por su ejecución, solamente tendrá derecho a ser resarcida por el importe de los costes en que realmente hubiera incurrido, de acuerdo con las tarifas aprobadas por las administraciones públicas españolas que pueden ordenarle la ejecución de obras, servicios y suministros. Hasta aquí, se puede afirmar que las relaciones de TRAGSA con la Administración pública se basan en la falta absoluta de autonomía de voluntad de TRAGSA, posicionándose la Comunidad Autónoma en una situación de control total y efectivo sobre aquella.⁵⁶ Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que TRAGSA no puede participar (por prohibición legal expresa) en los procedimientos de adjudicación de contratos convocados por la Administración, y que su contraprestación se determinará aplicando a las unidades ejecutadas las tarifas correspondientes, que deberán ser objeto de aprobación por la Administración autonómica.⁵⁷

En segundo lugar, en cuanto a la titularidad del ente instrumental (aún a sabiendas de que este criterio no es determinante para concluir que existe control análogo), TRAGSA pertenece mayoritariamente a la Administración del Estado y, en un porcentaje mínimo, a seis comunidades autónomas españolas, cuya participación en el capital no les da el control efectivo y determinante de la sociedad. Sin embargo, la STJCE de 19 de abril entiende que con una mínima participación se considera cumplido el requisito de control análogo, dado que existe, como señalábamos, obligación de aceptar el encargo en todo caso.

En todo caso, queda claro que las comunidades autónomas que no participan en el capital, ni, en consecuencia, en la Junta General de Socios, ni en el Consejo de Administración, ni en los órganos de dirección y

control de TRAGSA, no cumplen con dicho requisito de control análogo, por lo que es difícil que se pueda argumentar que la Comunidad Autónoma sin participación dispone de un control efectivo sobre TRAGSA, y que esta tenga una dependencia estructural, como consecuencia de su no participación en el capital social⁵⁸ (por ello, la actual disposición adicional 30 de la LCSP parece claramente contraria a Derecho comunitario, al no recoger el dato de la participación en el accionariado y –lo que es más grave– extender la figura a los entes dependientes de todas las comunidades autónomas, en clara contravención de la propia finalidad de la técnica y de la expresa jurisprudencia del TJCE).⁵⁹

Lo que debe quedar claro es que TRAGSA cumple una función organizativa clara y justificada en el ámbito del Estado, y que, incluso, puede entenderse legítima –en tanto se respeten unos límites claros– en el ámbito de aquellas comunidades autónomas que quieran considerarla como medio propio para poder ejecutar prestaciones en casos excepcionales (emergencia o especialización), para lo que TRAGSA cuenta con los medios oportunos. En la balanza de eficacia administrativa y libre competencia, deberá primar lo primero. Pero lo que no es posible es pervertir la función de un “auténtico” medio propio para convertirlo en un intermediario, ya que entonces sí se afectaría a la regla de la libertad de empresa. Aquí es donde creo radica el quid de la cuestión, dado que la concreta problemática ha derivado de un posible exceso no solo en los encargos recibidos por esta sociedad estatal (por ejemplo, a través de encargos en cadena o cruzados entre empresas del holding), sino por la imitación formal autonómica, con finalidades muchas veces distintas, al crearse medios propios sin medios, con la consecuencia –¿querida?– de alterar el régimen

56. La potestad tarifaria se había configurado en la Ley 66/1997 y, sobre todo, en el RD 371/1999, de 8 de marzo, como una potestad compartida por todas las administraciones públicas españolas, de las que la normativa estatal predica que TRAGSA es medio propio, y, en abstracto, la fórmula demuestra una gran sensibilidad con la autonomía de cada administración, al prever que todas participarán en la elaboración de las tarifas y que cada una de ellas las aprobará por sus órganos de gobierno correspondientes.

57. Dicho lo anterior, por el contrario, debe señalarse que ninguna norma autonómica recoge de forma expresa reglas de control de la Comunidad Autónoma sobre TRAGSA. Por razones obvias de índole histórica, las comunidades autónomas no pudieron concurrir, en el momento de la constitución de TRAGSA, a la creación del medio instrumental, ni en ningún momento posterior ha sido declarado medio propio en instrumentos legales o reglamentarios de naturaleza organizativa, aunque sí se le ha reconocido a la entidad mercantil tal carácter en instrumentos de naturaleza convencional.

58. El régimen de titularidad determina que la Comunidad Autónoma no tenga una influencia determinante sobre las decisiones estratégicas de la compañía, ni sobre las decisiones importantes que adopta, y tampoco es posible que la Comunidad influya en el régimen de funcionamiento de la referida sociedad estatal.

59. Así lo entiende también M. PILLADO QUINTANS, “TRAGSA:...”, *op. cit.*, p. 351-354.

jurídico del contrato (y, por ende, los sistemas internos y externos de fiscalización), así como de las reglas procedimentales de adjudicación en los contratos que no alcanzan los umbrales comunitarios.

Como conclusión, esta sentencia aborda exclusivamente la relación de TRAGSA como medio propio de las comunidades autónomas, al entenderse que los requisitos no podrían ser extendidos a una administración local, máxime cuando no existe previsión legal que lo habilite. Por ello, en tanto la relación jurídica de esta sociedad no “sea con el Estado o con comunidades autónomas ‘propietarias’, teniendo esta relación carácter oneroso y típico, resulta de obligada aplicación la normativa de contratos públicos en lo relativo a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como por la nacional.”⁶⁰

Así, se limita la posibilidad de que las entidades locales puedan utilizar a esta sociedad estatal como medio propio. Lo que, como consecuencia directa, limita algunas de las prácticas habituales en el Derecho local español, sin que la legislación española haya explorado mecanismos alternativos que permitan una eficaz colaboración-cooperación con el fin de un ejer-

cicio competencial eficaz y eficiente. Dato preocupante, ya que, como a continuación se explicará, la solución “ordinaria” del convenio deviene contraria al ordenamiento comunitario (y también nacional).

3.3. La técnica de los servicios *in house* en la LCSP

Estos requisitos se recogen en el artículo 4 de la LCSP, aplicándose para todos los umbrales.⁶¹ En todo caso, la consideración de medio propio, además de cumplir con los requisitos exigidos por el TJCE ya referidos, debe recogerse de manera expresa en las normas reguladoras de estos entes instrumentales, y el capital debe ser íntegramente público (artículo 21.4 de la LCSP).⁶² Al respecto, la opción intenta, a priori, ser conforme con la Directiva y la jurisprudencia del TJCE, pero el objetivo no parece cumplirse. Por otra parte, al hablar de contratos introduce confusión dogmática, de tal manera que su operatividad práctica plantea serias dificultades jurídicas, lo que ha llevado, con acierto, a ser criticado por la doctrina.⁶³ Los requisitos exigidos no coinciden con los exigidos por la jurisprudencia del TJCE (control análogo por el ente matriz y actividad mayoritaria

60. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008, “Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una corporación y una empresa para la ejecución de una obra”, ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una entidad local, al no cumplir los requisitos exigidos por los artículos 4 n) y 24 de la LCSP, ni la DA 30 de la LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA, ha sido objeto del pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber, que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerza, sobre la persona de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan, la condición de medio propio de TRAGSA respecto de las administraciones que son titulares de su capital, al considerar que, respecto de las mismas, se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que, al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA, no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la corporación.

Asimismo, advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una administración pública, sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

61. Como habíamos afirmado en nuestra monografía *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española...*, op. cit., p. 114-121, y habían observado las instrucciones núm. 2 y 3 de la Abogacía del Estado de julio de 2005.

62. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 65/07, de 29 de enero de 2009, vuelve a analizar la cuestión de la técnica de los encargos a medios propios –ha expresado su opinión sobre aspectos relacionados con la cuestión planteada, así el Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007 y el Informe 21/08, de 28 de julio de 2008–, declarando que una sociedad mercantil local puede tener la consideración de medio propio de un organismo autónomo de esa misma entidad local cuando se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 4.1, letra n), y 24.6 de la Ley de contratos del sector público.

63. Vid. C. AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen jurídico de la encomienda de ejecución y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las administraciones públicas”, *RAP*, núm. 170, 2006, p. 290-294.

para este).⁶⁴ Por último, introduce las encomiendas o encargos cruzados entre administraciones, lo que quebranta claramente la referida jurisprudencia del TJCE, al no cumplirse, en los encargos que pretendiera realizar esta, los requisitos afirmados en la jurisprudencia comunitaria.⁶⁵ Es obvio que la posible intención de considerar a este holding empresarial del Estado como propio de las demás administraciones territoriales, solo será posible cuando concurran todos los requisitos que el TJCE exige para considerar correcta esta técnica.⁶⁶ Por ello, los numerosos convenios entre TRAGSA y sus filiales con otras administraciones territoriales carecen de soporte jurídico desde una óptica comunitaria, siendo el claro ejemplo de la hiperinflación de la modalidad del convenio, objeto de reproche en toda regla por la STJCE de 13 de enero de 2005, de condena

al Reino de España.⁶⁷ En consecuencia, esta práctica, contraria al principio de libre concurrencia, debe ser objeto de corrección.

Esta conclusión no se encuentra reflejada en la LCSP, cuya disposición adicional trigésima insiste en la idea de que TRAGSA se pueda considerar medio propio de comunidades autónomas (y no de entidades locales). Esta opción no parece ajustarse a la citada jurisprudencia del TJCE, y puede ser –uno más– motivo de discrepancia para las autoridades comunitarias.

En conclusión, la técnica del ente o medio propio debe ser interpretada restrictivamente, sin que pueda ser utilizada cuando la prestación, como sucede con los convenios del grupo TRAGSA o de sus equivalentes autonómicos, esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva.⁶⁸ Lo que resulta también evidente es que

64. Vid. GIMENO FELIU, José María, "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria", *Informe Comunidades Autónomas 2005*, 2006, p. 838-858. También REBOLLO PUIG, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *RAP*, núm. 161, 2003, p. 359-393 y M. A. BERNAL BLAY, "Las encomiendas de gestión excluidas de la Ley de contratos de las administraciones públicas: una propuesta de interpretación del artículo 3.1 letra I TRLCAP", *REDA*, núm. 129, 2006, p. 77-90.

65. Posición que, por ejemplo, no comparte F. SOSA WAGNER, al considerar que TRAGSA puede ser medio propio de las comunidades autónomas (afirmación que se refleja en legislación autonómica: por ejemplo, la Ley canaria de 6 de julio de 2001). "El empleo de recursos propios por las administraciones locales", en el libro homenaje al profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Estudios de Derecho público económico*, Civitas, 2003, p. 1331-1339.

66. Así lo defiende, de forma tajante y con excelente argumentación, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 1/2006, de 9 de febrero, al entender que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de la Generalitat de Cataluña, al no existir ni control análogo ni actividad mayoritaria a favor de esa Comunidad. Criterio que parece compartir E. MONTÓYA, al entender que difícilmente se puede considerar medio propio de una entidad cuando no se participa en su capital social. "La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales. La contratación de las sociedades públicas locales", *RAAP*, núm. 57, 2005, p. 65 y ss.

67. Vid. GIMENO FELIU, José María, *La nueva contratación pública...*, op. cit., p. 127-137. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2002, p. 216. De especial interés resulta también el estudio de BUSTILLO BOLADO, R., *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, Pamplona, 2004. Un ejemplo claro de lo que supone una quiebra en la aplicación de las directivas es el artículo 49 de la Ley aragonesa 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, que establece:

"1. Sin perjuicio del ejercicio de competencias delegadas por las corporaciones de Derecho público, a que se refiere el artículo 36 del Texto refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, los departamentos del Gobierno de Aragón podrán suscribir convenios con los colegios profesionales y otras corporaciones de Derecho público, con el fin de fomentar su participación en el ejercicio de las actividades propias de la Administración de la Comunidad Autónoma.

"2. Los convenios mencionados en el apartado anterior podrán tener como objeto:

"a) Mejorar los cauces de participación de las corporaciones de Derecho público en los procedimientos administrativos que exijan audiencia a los interesados o información pública en general, creando, a esos efectos, órganos y mecanismos específicos de transmisión rápida y eficaz de documentos y otro tipo de información en relación a dichos procedimientos.

"b) Posibilitar la emisión de informes por las corporaciones de Derecho público y sus miembros que faciliten una más eficaz y rápida adopción de decisiones, en su caso, por los órganos activos de la Administración de la Comunidad Autónoma.

"3. Los convenios suscritos se incorporarán a un Registro de convenios que se llevará en el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, y estarán sometidos al régimen de publicidad regulado en la legislación básica del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

"4. Cualquier acto, resolución administrativa o decisión de las corporaciones de Derecho público afectadas, que se fundamente en el contenido de los convenios suscritos conforme a lo previsto en este artículo, deberá hacer mención expresa al mismo."

68. Denunciaba ya, como contraria al Derecho comunitario, esta práctica E. CARBONELL PORRAS, "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles...", op. cit., 393-394.

el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio –por tener naturaleza jurídica distinta–, y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación, tal y como se ha puesto de relieve en la Introducción de este trabajo. Por ello, en tanto la relación jurídica no sea con el Estado o con comunidades autónomas “propietarias”, teniendo esta relación carácter oneroso y típico (artículo 5 LCSP) resulta de obligada aplicación la LCSP en lo relativo a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario “sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como por la nacional.”⁶⁹

Obviamente, como resultado de su función, los medios propios son poder adjudicador y se someten a la LCSP. Tal decisión aparenta cumplir con el Derecho comunitario, pero tiene efectos importantes. Uno primero, y de gran calado, es que varía el régimen jurídico del contrato, desplazándose al Derecho privado lo que en origen era Derecho público. Uno segundo, que por debajo del umbral de aplicación de la Directiva de contratos públicos pueden acogerse a las previsiones del artículo 175 de la LCSP. Por aquí, privatización de gestión y escape de las normas de la LCSP, es por donde pueden surgir los principales problemas, al permitir, de hecho, una inaplicación de las reglas contenidas en la LCSP. A esto se suma, como advierte Amoedo Souto, la existencia de una cierta oscuridad que complica la viabilidad de la afirmación inicial (muy notoria si se examinan las previsiones del artículo 104 y 174 de la LCSP). Así, puede afirmarse que el sistema propuesto es manifiestamente mejorable.⁷⁰

De *lege ferenda*, con el objetivo de evitar una indeseada privatización del régimen jurídico, debería preverse que la utilización de esta técnica a través de medios propios que, por carecer de la necesaria estructura, deban acudir al mercado para cumplir el encargo recibido, no alterará ni el régimen jurídico que se derivaría del contrato, al provenir de una administración pública (es decir, el régimen del contrato administrativo), ni el procedimiento y normas aplicables para ese contrato, atendiendo a la consideración del ente que realiza el encargo y no del que lo recibe.

4. La tipología de contratos: depuración y nuevas categorías

La LCSP pretende diseñar con nitidez los perfiles de los distintos tipos de contratos públicos, diferenciando lo que es el régimen jurídico –público o privado– de los mismos, y optando por la tipología comunitaria, evitando innecesarias confusiones. La seguridad jurídica aconsejaba que se depurasen los conceptos y se precisaran definiciones mediante su incorporación al texto legal, a fin de evitar confusión e interpretaciones diversas. Este objetivo parece en parte cumplido por la LCSP, que previene la figura del contrato mixto (artículo 12 de la LCSP) para cuando la pretensión del sujeto contratante contiene prestaciones de dos contratos típicos, como sucede con la instalación de ascensores, debiendo aplicar el régimen jurídico de la prestación principal desde un punto de vista económico.

69. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008, “Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una corporación y una empresa para la ejecución de una obra”, ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una entidad local, al no cumplir los requisitos exigidos por los artículos 4 n) y 24 de la LCSP, ni la DA 30 de la LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA, ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber, que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerza, sobre la persona de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan, la condición de medio propio de TRAGSA respecto de las administraciones que son titulares de su capital, al considerar que, respecto de las mismas, se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Riveira, ya que, al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA, no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la corporación.

Asimismo, advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una administración pública, sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio.

70. C. AMOEDO SOUTO, “El nuevo régimen...”, *op. cit.*, p. 293-294. Como destaca este autor, otras cuestiones permanecen abiertas y deberían ser abordadas en la LCSP: límites materiales a los encargos, régimen de publicidad a efectos de control y régimen de responsabilidad propiamente administrativa.

Así, se habla correctamente de un contrato de obras, un contrato de suministro y un contrato de servicios. Sin embargo, el tema de concesiones no parece bien resuelto –quizá, como alternativa, convendría la regulación de los contratos de concesión en sus tres variantes (atendiendo a su función), de construcción y explotación de obras, de explotación de servicios monopolizados (el anterior contrato de gestión de servicios públicos) y de explotación de infraestructuras, a los que se dotaría de un régimen de ejecución común y que permitiría dar adecuada cobertura legal a las prácticas habituales en España–. Contratos que deben ser diferenciados de los contratos patrimoniales, a los que les serán de aplicación sus propias normas y, solo supletoriamente, lo dispuesto en esta Ley.

La tipología de contratos públicos y su definición sería, examinado lo dispuesto por la LCSP, la siguiente:

a) Son contratos públicos de obras (artículos 5 y 6 de la LCSP) los contratos públicos cuyo objeto sea bien la ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencio-

nadas en el anexo I, o bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador. Una “obra” es el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir, por sí mismo, una función económica o técnica.⁷¹ En la calificación de un contrato, debe estarse a la causa del mismo, a fin de evitar la no aplicación correcta de la LCSP. Un ejemplo son las permutas de obra futuras, a cambio de aprovechamiento urbanístico.⁷² Así, en este caso concreto, puede afirmarse que, en este objeto contractual de cambio de un bien de la Administración por una obra futura, la permuta se presenta como un elemento accesorio, dado que, de hecho, es el medio de pago de dicho contrato de obra.⁷³ Es decir, la permuta es una modalidad de “financiación de las obras públicas” que se podrá utilizar cuando así lo aconseje el interés público.⁷⁴ Y es que concurren las tres notas para tal calificación de obra pública: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general, y c) obra de titularidad pública.⁷⁵ Por ello, entiendo que predomina la naturaleza del

71. Obviamente, la definición del contrato de obra es clara y no cabe confusión con otras figuras al margen del contrato de concesión de obra pública. A efectos didácticos, resulta de interés acudir al CPV (Reglamento (CE) núm. 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por los reglamentos (CE) núm. 2151/2003 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, y de 15 de marzo de 2008) para calificar correctamente la prestación.

72. Abordar esta cuestión exige una previa depuración, siendo necesario acudir al Código Civil. Al margen de su regulación en el diverso Derecho positivo, la permuta tiene precedentes en el modo de vida de las sociedades antiguas (trueque) y ha pervivido con mayor o menor importancia hasta la actualidad. Han sido algunas modalidades atípicas del contrato de permuta las que han hecho recobrar el interés hacia esa figura, singularmente la “permuta de solar por piso a construir”, que admite diversas posibilidades, consideradas como permutas “especiales” (por ejemplo, STS 10-6-2005). Jurídicamente, la permuta es un contrato, regulado como tal en el título V, del libro IV del Código Civil español (de manera específica, pero no exclusiva, en los artículos 1538 a 1541 del Código). Como contrato, pertenece a la categoría de los contratos de intercambio, se puede afirmar que la permuta es “un contrato de cambio de cosa por cosa”, que puede definirse (como concepto legal) con el artículo 1538 CC: “La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.” Los sujetos, o elementos personales, que intervienen en el contrato de permuta, dada la naturaleza de las prestaciones que realizan y su homogeneidad, se denominan “permutantes”. Es así como resulta admisible la permuta de cosa futura (cfr. vgr. STS de 4-2-2005). Son características de este contrato: a) Es un contrato “bilateral” o “sinalagmático”, pues de él surgen obligaciones recíprocas para ambas posiciones contractuales; b) Se trata de un contrato “oneroso”, cada parte contratante tiene una prestación a su cargo, lo que permite diferenciarlo de la donación (aunque no se precise identidad de valor entre las prestaciones de las partes, cfr. STS de 10-2-1978, STS de 28-2-1997). También se distingue de la compraventa (pese a su parecido conceptual con este contrato igualmente oneroso). En cuanto a esto último, es el propio Código el que, en el artículo 1446, diferencia compraventa y permuta: “Si el precio de la venta consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intención manifiesta de los contratantes. No constando esta, se tendrá por permuta, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario”; c) La permuta es un contrato “traslativo de dominio”, pues, unido al “modo” (*traditio*, tradición, entrega), permite a cada parte permutante adquirir la propiedad o dominio de lo que recibe, convirtiéndose en consecuencia en dueño. Por todos, en la doctrina civil ver LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho civil II*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 81-83.

73. Vid. GIMENO FELIU, José María, “El contrato público de permuta por obra futura y su problemática jurídica. ¿Contrato de permuta o precio de la obra?”, *Revista Urbanismo y Edificación*, núm. 15, 2007.

74. Vid. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, “La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales”, *op. cit.*, p. 1139. Siempre, claro está, desde una perspectiva de buena administración, como acertadamente destaca PONCE SOLÉ, “Cesión y permuta de bienes y derechos”, en el libro dirigido por CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 684.

75. A modo de conclusión, puede afirmarse que las permutas, en el ordenamiento administrativo, deben ser interpretadas con carácter restrictivo, y en modo alguno pueden servir para eludir las normas de contratación pública, dado que esta legislación debe ser contemplada como cabecera de sistema normativo de ineludible aplicación por todos los poderes públicos (el título

contrato de obra. Es decir, es un contrato de obra pública camuflado de permuta (ni siquiera reconducible a la categoría del contrato mixto). Y por ello, lógicamente, se encuentra sometido a las reglas de contratación pública, que obligan a una licitación conforme a los principios de transparencia, concurrencia y no discriminación. No es posible, en suma, una adjudicación directa utilizando la técnica convencional, o argumentando el carácter privado y autónomo de este negocio jurídico, por cuanto, amén de un uso extensivo de la figura del convenio,⁷⁶ ya carece de apoyo legal tras la regulación que a la figura del convenio da el artículo 4 de la LCSP.⁷⁷

Este tipo de permutas por obra debe ser interpretado con carácter restrictivo, y en modo alguno puede servir para eludir las normas de contratación pública, dado que esta legislación debe ser contemplada como cabecera de sistema normativo de ineludible aplicación por todos los poderes públicos (el título competencial de urbanismo no puede justificar la erosión de la competencia estatal en contratación pública). Y debe existir una justificación a esta modalidad –distinta en Derecho administrativo del Derecho civil–,⁷⁸ además de cumplir las formalidades previstas en la legislación de régimen local, siendo nula en caso contrario (STS 5 de junio de 2002). Es decir, a la hora de optar por esta figura contractual, como bien advierte Ponce Solé, debe tenerse muy en cuenta el principio de buena administración, aplicable a esta decisión de gestión patrimonial.⁷⁹ La permuta debe utilizarse, en definitiva, cuando resulte conveniente para el interés público.⁸⁰

Dicho esto, conviene recordar que la causa es el elemento clave en todo negocio jurídico, como bien ha destacado De Solas Rafecas,⁸¹ de tal manera que si el interés público es causa del negocio, y no mero elemento accesorio, el contrato tiene naturaleza administrativa. Hecha esta observación previa, conviene advertir que esta posibilidad de permutar solares por obra, que se articula sobre la competencia en urbanismo y Administración local de las comunidades autónomas, es una de las posibilidades que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para la construcción de infraestructuras públicas, correspondiendo al órgano de contratación decidir sobre su elección si, obviamente, se cumple una función social (resulta evidente que la pretensión de permutar patrimonio municipal por obras de interés público que mejoran el equipamiento existente, no puede ser clasificada ni de arbitraria ni de irracional o irrazonable), pero que suscita un primer interrogante cual es si se encuentran o no sometidas a las prescripciones de la legislación de la contratación pública.⁸² Es decir, si deben aplicarse las prescripciones de la vigente LCSP. Y la cuestión, además de no ser baladí, no parece clara, y aconseja examinar las notas características del negocio jurídico para poder llegar a una conclusión.

El Tribunal Supremo ha mantenido un criterio dubitativo. Así (STS de 23 de septiembre de 2003), ha llegado a declarar que este negocio tiene carácter de negocio jurídico propio y no puede ser reconducido a la categoría del contrato público de obras:

competencial de urbanismo no puede justificar la erosión de la competencia estatal en contratación pública). Es más, quizá lo más correcto es acudir a la subasta de ese bien público y, con los recursos obtenidos, financiar la obra que se pretende, aunque, siempre suficientemente motivado, podrán existir permutas tradicionales, que tendrán o no régimen jurídico-administrativo, si la causa de la misma es el interés general.

76. Sobre la incorrecta dimensión de la técnica del convenio se pronunció ÁVILA ORIVE, *Los convenios...*, *op. cit.*, p. 216.

77. Y así lo recuerda, por ejemplo, el reciente Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 26 de marzo de 2007 sobre "Régimen jurídico de la actividad contractual de una sociedad mercantil local. Convenios de colaboración y encomiendas de gestión."

78. *Vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, "El régimen administrativo general de la permuta del patrimonio inmobiliario de las entidades locales", en el libro dirigido por MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Municipal*, vol. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 2118-2120.

79. PONCE SOLÉ, "Cesión y permuta de bienes y derechos", en el libro dirigido por CHINCHILLA MARÍN, *Comentarios a la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 684. Con carácter más general, resulta de especial interés su libro *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

80. *Vid.* GOSÁLBEZ PEQUEÑO, "La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales", *op. cit.*, p. 1139.

81. La función de la causa en los contratos es, como indica DE SOLAS RAFECAS: 1) requisito para la existencia y validez del contrato (artículos 1261 y 1275-76 CC); 2) dependiendo de licitud o ilicitud, el contrato será válido o anulable (artículo 1275 CC); 3) la causa del contrato determina su tipicidad o atipicidad. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 26.

82. En Derecho civil podría defenderse el carácter autónomo de la figura (LÓPEZ FRÍAS, *La transmisión de la propiedad en la permuta de solar por pisos*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 14 y ss.), pero las especialidades del Derecho público obligan a descartar tal opción.

“Constituye un contrato de permuta el negocio por el que el Ayuntamiento cede un solar de su propiedad, previamente desafectado, a una constructora, a cambio de la construcción de un frontón cubierto y una plaza pública; el Ayuntamiento otorgaba además a la contratista el derecho a construir, en su beneficio, una planta baja comercial y 199 plazas de garaje, para su venta a terceros. (...) Entiende el TS que nos hallamos, pues, ante un contrato de tracto único, que no tiene la naturaleza jurídica de contrato de obra; por lo que la contratista no puede aducir una elevación del coste del contrato durante la ejecución de la misma. El contrato queda cumplido y consumado cuando ambas partes han entregado lo que deben. Por lo demás, la elevación del coste era fácilmente previsible y en el contrato se fijaba el coste de los garajes; el que este se haya incrementado no afecta al contrato. No puede, pues, hablarse de desequilibrio patrimonial que la empresa no tenga el deber jurídico de soportar. (...) En suma, nos encontramos ante un caso de cambio de solar por obra; y en este sentido, si bien es de hacer notar que la jurisprudencia mayoritaria considera que nos encontramos ante una permuta, también es cierto que la doctrina suele inclinarse por su consideración como contrato atípico, similar a la permuta, pero con rasgos propios. Ello exige, a juicio de la sentencia, examinar detenidamente el supuesto de hecho. Y así, llega a la conclusión de que, en el caso concreto, nos encontramos ante una permuta, dado que por una parte los intervinientes así calificaron al contrato expresamente y dado que, incluso en los actos municipales previos de desafectación, ya se aludía a la finalidad de la ulterior permuta. Se alude, además, a que el Ayuntamiento procedía a la transmisión de la propiedad, junto con el derecho de excavación para ejecutar el garaje. La ejecución del frontón y de la plaza se concebía en realidad, en este caso, como el precio de una enajenación”.⁸³

Sin embargo, a nuestro entender, la calificación del negocio jurídico no puede ser de permuta, ya que aquí el fundamento de la prestación es distinto a una permuta de causa estrictamente patrimonial, puesto que

la causa es diferente, y lo importante no es la prestación de dar por dar, sino que aparece como modalidad de precio (generalmente aplazado), siendo la causa la construcción de una obra pública. Conviene, pues, delimitar la naturaleza de este contrato. Así, en este caso concreto, puede afirmarse que en este objeto contractual de cambio de un bien de la Administración por una obra futura, la permuta se presenta como un elemento accesorio, dado que, de hecho, es el medio de pago de dicho contrato de obra. Es decir, la permuta es una modalidad de “financiación de las obras públicas”. Y es que, como bien justificará el profesor T. R. Fernández, concurren las tres notas para tal calificación de obra pública: a) obra artificialmente creada, b) obra vinculada al aprovechamiento general y c) obra de titularidad pública.⁸⁴

En esta misma línea se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 9 de septiembre de 2000. Dice así la citada Resolución, en la que se confirma la denegación de una inscripción registral por entender que, siendo un contrato de obra pública, no se han cumplido las exigencias de la LCAP:⁸⁵

“(...) el alcalde presidente, del excelentísimo Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe, en representación del citado Ayuntamiento, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: ... sino ante un negocio *sui generis* de ‘arrendamiento de obra a cambio de parte de la edificación resultante’, contrato en parte administrativo, en cuanto tiene por objeto la realización de obras [vid.] artículos 5-2-a) y 120 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, y en parte privado, en cuanto que la contraprestación no es un precio en metálico o el derecho de explotación de la obra pública (*cf.* 100 y 130 de la Ley de contratos de las administraciones públicas), sino la transmisión de un bien inmueble de carácter patrimonial (*cf.* artículo 5-3 de la Ley de contratos de las administraciones públicas); obsérvese que el Ayuntamiento conserva la propiedad del solar donde han de realizarse las obras contratadas hasta la conclusión de las mismas, y será entonces cuando deberá entregar al constructor doce

83. Sentencia que reitera doctrina del TS en sentencias 12 de febrero de 2001, 16 de julio de 2001 y 5 de junio de 2002.

84. T. R. FERNÁNDEZ, “Las obras públicas”, *Revista Administración Pública*, núm. 100-102, vol. III, 1983, p. 2477-2450). Comparten este planteamiento VILLAR EZCURRA, “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, núm. 10, 2001, p. 80) y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2006, p. 125.

85. En términos similares, también la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de febrero de 2004.

de los trece locales resultantes (por cierto, el 13.º tiene una superficie casi igual a todos los demás), de modo que en la obligación de este último no hay ninguna prestación de dar cosa inmueble, como pretende el recurrente invocando la confusa redacción de la cláusula 2.ª del contrato de 17 de diciembre de 1993 (que en algún momento habla de que el Ayuntamiento cede la propiedad de 'solar' y del 'solar permutado'), pues opone que dicho documento no fue tenido a la vista por el registrador al formular su calificación, y que aquellas expresiones literales resultan contradichas por otras de sentido opuesto (la previsión de entrega de los locales al constructor por el Ayuntamiento una vez terminada la obra y la de que el Ayuntamiento hará suyos los restantes locales, etc.); la valoración global de todas sus cláusulas (cfr. artículo 1285 del Código Civil), en conjunción con los antecedentes y con los actos coetáneos y posteriores de las partes (cfr. artículo 1282 del Código Civil), y con la naturaleza y objeto del negocio (cfr. artículo 1286 del Código Civil), evidencian que su verdadera finalidad es la ya señalada de contratar la ejecución de una obra a cambio de la transmisión de parte de lo edificado. (...) 3. Por otra parte, ese carácter mixto administrativo-privado del contrato cuestionado no puede ser argumento para eludir la aplicación, a las respectivas prestaciones, de las normas imperativas o prohibitivas específicamente previstas en la Ley para las de la misma o similar naturaleza, y en este sentido, y por lo que se refiere a la transmisión de bienes inmuebles por parte del Ayuntamiento, no puede obviarse la exigencia legal de pública subasta (cfr. artículos 9-1 de la Ley de contratos de las administraciones públicas, 80-2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, 80 del Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local y 112 del Reglamento de bienes de las entidades locales), al no haberse acreditado la procedencia de algunas de las excepciones específicamente previstas (cfr. artículos 112-2.º del Reglamento de bienes de las entidades locales, 80-2 del Texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, 284 y 286 del Texto refundido de la Ley del suelo aprobado por Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, etc.), *máxime cuando la contraprestación, la realización de las obras, también quedaría sujeta*

a pública licitación (cfr. artículos 76, 140 y 141 de la Ley de contratos de las administraciones públicas). Se produce, pues, una nulidad de derecho de la cesión cuestionada (cfr. artículo 62-e de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), que ha de impedir su acceso al Registro (cfr. artículos 18 Ley hipotecaria y 99 Reglamento hipotecario)." (La cursiva es nuestra.)

Para la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuyo criterio compartimos, resulta evidente que estamos en presencia de un contrato público de obras. En consecuencia, en este tipo de permutas debe haber concurrencia y deben aplicarse las previsiones de la legislación de contratos públicos. Es más, la reciente STS de 20 de mayo de 2006 establece la aplicación de la LCAP a contratos patrimoniales en un asunto relativo a la aprobación de pliegos de condiciones económico-administrativas, que habrían de regir el concurso para la integración de capital privado, ajeno a la corporación, en el capital social de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A., la convocatoria del correspondiente concurso público y su tramitación urgente.

"La sujeción a los principios de publicidad, concurrencia y ausencia de discriminación establecidos en el artículo 11 de la LCAP son requisitos ineludibles en la contratación de las administraciones públicas. Pero, además de respetar tales principios, un elemento esencial para la celebración de contratos administrativos, al igual que en el ámbito de Derecho privado (artículo 1544 del Código Civil) es la existencia de un precio cierto, tal cual estatuyó el artículo 14 de la LCAP (de igual número en el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP)."

Esta línea argumental acaba de ser confirmada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de febrero de 2008, al considerar que este tipo de contratos constituye un auténtico contrato de obras públicas, existiendo desviación de poder, al introducir de forma "arbitraria" la permuta como conveniencia, y no como necesidad.

En conclusión, al estar en presencia de un contrato público oneroso de obra pública, deben aplicarse los procedimientos de licitación de la LCSP.⁸⁶

86. En este mismo sentido se posiciona la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su Informe 2/2004, de 7 de julio, sobre viabilidad de un contrato complejo, cuyo objeto es, por una parte, la enajenación de un bien inmueble y, por otra, la construcción de un edificio.

Afirmación que encuentra suficiente aval tanto desde la perspectiva del principio de buena administración como de la Directiva 2004/18, de 31 de enero, de contratos públicos, interpretada conforme a la finalidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001 (*Scala* de Milán), confirmada por la reciente STJCE de 18 de enero de 2007.⁸⁷

b) Un tipo especial de contrato de obras es el contrato de concesión de obra pública (artículo 7 de la LCSP), de origen comunitario y que busca la financiación privada de las obras públicas, considerado como aquel en que, siendo su objeto el de obras, el adjudicatario o contratista puede explotar la obra realizada y percibir un precio por ello.

El contrato de concesión de obra pública presenta ciertos problemas de delimitación conceptual que requieren unas precisiones previas. A estos efectos, es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en Derecho comunitario, en la que se nos advierte que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE, el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la "Directiva obras" prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son "contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder

adjudicador" [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un "contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio." Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio.

La Comisión considera que el criterio del derecho de explotación permite deducir ciertos indicios para distinguir una concesión de obras de un contrato público. El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación, sino que obtiene de este el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas (el ejemplo más conocido de concesión de obras públicas es el contrato por el cual un Estado asigna a una sociedad el derecho a construir y a explotar una autopista y le permite percibir su remuneración cobrando un peaje al usuario).

El derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo,

87. Pero esta modalidad, concluida su naturaleza de obra pública, plantea además otros serios interrogantes sobre su concreta operatividad, que nos permiten afirmar que dicha figura conlleva una serie de incumplimientos en la práctica de los principios contenidos en la LCSP. Son, sucintamente, los siguientes: a) se incumple con la exigencia de precio cierto que recogen los artículos 1 y 26 de la LCSP (el precio del contrato es, en muchas ocasiones, totalmente incierto, al desconocerse realmente el valor del bien permutado, además de que va a quedar en manos del Ayuntamiento su concreción, según el momento en el que se haga la entrega, que será al final del contrato, con lo que dependerá del valor que tenga en ese momento cada tipo de uso y el reparto de usos que se quiera hacer); b) se incumple la prohibición de pago aplazado que se prevé en la legislación contractual con carácter excepcional y tasado (artículo 75 de la LCSP); c) se trata de un modelo que "limita" la competencia, al obligar a que toda la financiación de la construcción de la infraestructura recaiga en el licitador, lo que, por sí mismo, restringe de forma injustificada la obra a grandes empresas con suficiente solvencia financiera. Además, la incertidumbre de la rentabilidad del inmueble con que se paga puede disuadir a potenciales operadores económicos (principalmente no nacionales, por desconocimiento del mercado inmobiliario). Y la práctica así lo acredita, pues con esta modalidad el número de licitadores es mucho menor que si se optara por una modalidad convencional de obra pública; d) con esta modalidad no se cumple la exigencia relativa al ajuste de la financiación de los pagos al ritmo de los trabajos (certificaciones de obra). Ello afecta, como se ha dicho, a la concurrencia, al limitar, por solvencia económica, a posibles licitadores (especialmente PYMES); e) otro problema es el relativo a la revisión de precios, ya que se elimina de hecho un sistema que no es renunciable, sino que es de orden público, al ser un derecho del particular que contrata con la Administración que tiene por fin el cumplimiento adecuado del fin de la obra pública, y que esta no se retrase por alteraciones de los factores que componen el precio. Por ello la técnica de la revisión de precios es propia de los contratos de obras públicas.

la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no solo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario (habrá que examinar caso por caso, teniendo en cuenta diferentes elementos como el objeto, duración e importe del contrato, la capacidad económica y financiera del concesionario y cualquier otro elemento que permita determinar que el concesionario asume realmente el riesgo).

La Comisión constata que cada vez se dan más casos de contratos públicos de obras que son objeto de entramados jurídicos complejos. Como consecuencia de ello, la frontera entre estos entramados y la concesión de obras públicas puede ser, a veces, difícil de establecer. Para la Comisión, estaremos en presencia de contratos públicos de obras, en la acepción del Derecho comunitario, cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra.

La Directiva 2004/18, en esta línea, define al contrato de concesión de obra pública de la siguiente manera: "es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio (artículo 1.3)." El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aménorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los "precios sociales"). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian

necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre solo una parte del coste de la obra y de su explotación. En efecto, quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio como contrapartida de las obras realizadas, siempre y cuando este no elimine el riesgo inherente a la explotación. Al precisar que el derecho de explotación puede combinarse con un precio, la "Directiva obras" indica que la remuneración del concesionario debe proceder de la explotación.⁸⁸

Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas –cobradas directamente al usuario de la obra– sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio. Cierto es que, aun en el marco de los contratos públicos, puede quedar, en su caso, una parte del riesgo a cargo del contratista. Sin embargo, las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, que podríamos clasificar como "riesgo económico", son inherentes al fenómeno de las concesiones. En efecto, este tipo de riesgo, que depende estrechamente de las rentas que el concesionario pueda percibir de la frecuentación, constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos. En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación; el reparto de los riesgos entre concedente y concesionario se efectúa en cada caso en función de las respectivas aptitudes para gestionar de manera más eficaz los riesgos en cuestión.

La principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. Se trata, en definitiva, de un híbrido entre el contrato clásico de obras y el contrato de gestión de servicios públicos con regulación específica, y que se gestiona a riesgo y ventura del contratista.

El derecho de explotación de la infraestructura supone la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros

88. En esta nota insiste F. SANZ GANDESEQUI, al afirmar que esta modalidad contractual debe ser utilizada cuando el contrato de concesión de obra sea realmente un contrato en el que el concesionario asume el riesgo inherente a la explotación y a la frecuentación de la obra (en el libro colectivo dirigido por A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Civitas, Madrid, 2003, p.83).

y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no solo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. De las consideraciones precedentes se deduce que, en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario.⁸⁹

Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión europea considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión.⁹⁰

c) Son contratos de suministro (artículo 9 de la LCSP) los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles. La entrega de los productos podrá incluir, con carácter accesorio, trabajos de colocación e instalación (con excepción de la adquisición de programas informáticos, en la medida que se considera como contrato de servicios). Se incluyen en todo caso en esta modalidad contractual:

–Aquellos contratos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el capítulo II del título II del libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario. Una matización debería realizarse a la definición del contrato de obras, que no es del todo coincidente con

la de la Directiva, y que podría conducir a interpretaciones que concluyeran que los contratos del contratista con un tercero, para la ejecución del principal, no están sometidos a la Directiva, lo que supondría una infracción de la misma. Convendría, por ello, hacer coincidir las definiciones.

–Los contratos que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

–Los contratos de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares, fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos. No tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

d) Son contratos de servicios (artículo 10 de la LCSP) aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II. Como se constata del articulado de la LCSP, esta modalidad tiene carácter residual –cajón de sastre– frente a otras modalidades contractuales, en cuanto a su definición. No debe confundirse con los contratos de gestión de servicios públicos (titularidad pública de la actividad). A efectos didácticos, resulta de interés acudir al anexo II de la LCSP y al CPV (Reglamento (CE) núm. 2195/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, modificado por el Reglamento (CE) núm. 2151/2003 de la Comisión, de

89. Por todos. *Vid.* GIMENO FELIU, José María, “La normativa reguladora de los contratos de concesión de obra pública (reflexiones críticas tras la reforma de 2003)”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 26, 2005; EMBID IRUJO, Antonio y COLOM PIAZUELO, Eloy, *Comentario a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi, 2003.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “El problema de la financiación de las obras públicas”, en el libro colectivo “Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas”, Civitas, Madrid, 2004; MORENO MOLINA, José Antonio, “Las concesiones de obra pública en el Derecho comunitario europeo”, *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 39, 2005.

90. Téngase en cuenta que, por aplicación de las normas SEC 95, en una concesión de obra pública el concesionario debe asumir el riesgo de construcción y el riesgo de disponibilidad o el riesgo de explotación durante toda la vigencia del contrato, pues de lo contrario, a partir de que deje de asumirse uno de dichos riesgos, la obra computa como déficit a los efectos de lo previsto en la legislación de estabilidad presupuestaria.

16 de diciembre de 2003) para calificar correctamente la prestación.⁹¹ Es decir, el actual artículo 10 amplía esta categoría, que absorbe contratos antes calificados como administrativos especiales o de gestión de servicios públicos, donde ya no se recoge el dato de que la prestación la “interiorice” el propio ente contratante.

e) Un dato curioso es que sobreviven –con carácter residual– los contratos administrativos especiales (artículo 19.2 de la LCSP), pese a que no se definen ni se mencionan en la Memoria explicativa, aunque ahora presentan notas que los hacen excepcionales (recuérdese que esta es una Ley que regula ya no los contratos de las administraciones, sino también los de entes del sector público que no tienen esta calificación). En consecuencia, muchos de los contratos que tenían consideración de administrativos especiales dejan de tener con la LCSP esta consideración. La categoría, que se había comportado como “cajón de sastre”, pasa a ser de carácter residual. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 24.4 de la LCSP al declarar que, cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con estos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración.

Otro ejemplo lo constituyen los contratos de objeto distinto a los contratos típicos, pero que tengan naturaleza administrativa especial, por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, o por satisfacer, de forma directa o inmediata, una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente

atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1 LCSP, o por declararlo así una Ley. Efectivamente, los contratos administrativos especiales, o atípicos, son aquellos que carecen de una tipicidad específica. No se pueden incluir en ninguna de las figuras típicas del contrato administrativo (obras, gestión de servicios públicos, servicios, suministro, consultoría o CPP). Su carácter administrativo es consecuencia directa de la finalidad pública que constituye su objeto y no de la causa del contrato. Finalidad pública que, o bien es consecuencia de una competencia atribuida a la Administración contratante, o bien es declarada como tal por una norma especial.

Estos contratos se regirán, en primer término, por sus normas específicas en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción. Posteriormente se aplicarán las disposiciones de la LCSP y, en su defecto, las normas de Derecho privado. Un ejemplo es lo dispuesto en el artículo 24.2 de la para los contratos de colaboración de particulares en las obras de ejecución por la propia Administración.

También pueden encajar en esta categoría los contratos de obra urbanística, cuando se utiliza la figura del agente urbanizador.⁹² Obviamente, la adjudicación a un particular de una actuación urbanizadora por su participación en un procedimiento de licitación pública, y no por su condición de propietario, es sin lugar a dudas un contrato administrativo. Cuestión distinta es la relativa a la naturaleza que debe atribuirse a este contrato.⁹³ Con todo, aunque creemos que estamos ante un contrato oneroso de obra pública, nada impide, no obstante, que la legislación nacional pueda imponer, respetando los principios comunitarios, un régimen jurídico especial para esta modalidad contractual.⁹⁴ Esto es lo que sucede

91. Quedan fuera de esta modalidad de contratación los contratos que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Así, por ejemplo, no puede ser objeto de este contrato el servicio de recaudación municipal. En cualquier caso esta modalidad contractual no implica relación laboral o funcional, si bien el Tribunal Supremo, en su STS de 3 de marzo de 1997, ha considerado que existe una relación laboral, al margen de la denominación formal que se dé a la relación contractual, en los supuestos en que conste el carácter personalísimo de los servicios empleados, con la omisión de asunción de riesgo por el contratista, la utilización de los medios propios de la Administración, bajo su dependencia, y con una retribución concreta.

92. Vid. Informe 5/2007, de 11 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre *Naturaleza jurídica de la relación contractual entre un ayuntamiento y el adjudicatario de la concesión de la obra urbanizadora que establece el artículo 153 de la Ley urbanística de Aragón*.

93. Vid. GIMENO FELIU, José María, “El urbanismo como actividad económica y mercado público: la aplicación de las normas de contratación pública”, *RAP*, núm. 173, 2007, p. 63-100.

94. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (2001-02, p. 56 y ss.). En este estudio concluye que la relación existente entre la Administración y el agente urbanizador es de carácter contractual y que, por tanto, a dichos contratos les resulta de aplicación la LCAP, actualmente denominada Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, regulador de los contratos para las administraciones públicas en cuanto a sus preceptos básicos, que deben ser respetados por las comunidades autónomas. La interpretación que debe hacerse del artículo 29.13.º de la LRAU es en relación a los artículos de la LCAP que no sean o tengan carácter básico, por cuanto los que sí tienen este carácter son plenamente aplicables, es decir, nunca debieron dejar de aplicarse como legislación básica estatal

con esta figura, por la propia complejidad que comporta el ejercicio de la potestad urbanizadora: la regulación incluye aspectos reguladores que, en esencia, le hacen diferir del contrato de obra pública regulado por la LCAP y de la Ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007. La concesión de obra urbanizadora podrá comprender la redacción de los instrumentos de ordenación y gestión precisos para su adecuada ejecución, los convenios urbanísticos que hayan de suscribirse y la proposición económico-financiera en la que se relacionen detalladamente los gastos asumidos por el urbanizador y la retribución a cargo de la propiedad de los terrenos. Y es que no cabe identificar actividad urbanizadora (como función pública) con obra pública. No obstante, puede afirmarse que el contrato de "concesión de obra urbanizadora" es un contrato administrativo especial con regulación propia que, al descansar sobre el título competencial de urbanismo, corresponde desarrollar a las comunidades autónomas.⁹⁵ En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 22 de noviembre de 2006 (Ar. 8279) o de 28 de septiembre de 2006 (Ar. 405 de 2007), al entender de aplicación las previsiones de la LCAP.⁹⁶

A efectos didácticos, insistiendo en esta idea, resulta de interés referir la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, urbanística valenciana, consciente de las dificultades para tipificar administrativamente el contrato de concesión de obra urbanizadora; atendiendo a la complejidad de la figura del programa de actuación integrada que lleva a término el urbanizador, califica la relación entre la Administración y el urbanizador como un contrato administrativo especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública. El preámbulo de la Ley resulta muy clarificador respecto a la naturaleza contractual:

"El programa de actuación integrada es un instrumento de ordenación y, al tiempo, una figura compleja que toma rasgos de los convenios administrativos, de los

contratos administrativos, de los instrumentos de ordenación y de antiguas figuras de urbanismo concertado de las que es tributario. La ley define la actividad urbanística como una función pública atribuida a la Generalitat y a los municipios, reservando la tramitación y aprobación de los programas de actuación integrada a los municipios. El objeto, pues, de los programas de actuación integrada está vinculado al giro o tráfico específico de la Administración municipal, para satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante, lo que, para el supuesto presente, implica el reconocimiento de que la relación entre la Administración y el urbanizador es un contrato especial, en los términos establecidos por la legislación estatal reguladora de la contratación pública. El régimen jurídico de estos contratos, de acuerdo con el artículo 7.1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, está constituido por sus propias normas preferentemente, quedando como supletoria la legislación estatal en materia de contratos de las administraciones públicas."

Criterio igualmente defendido en el reciente Informe 5/2007, de 11 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (naturaleza jurídica de la relación contractual entre un ayuntamiento y el adjudicatario de la concesión de la obra urbanizadora que establece el artículo 153 de la Ley urbanística de Aragón).

En definitiva, como bien argumenta Menéndez Rexach, estamos ante un auténtico contrato, y debe someterse a las reglas de la LCSP.⁹⁷

f) Finalmente, la LCSP regula el contrato mixto en el artículo 12. Los contratos mixtos son aquellos que contienen prestaciones de dos contratos típicos –sean o no administrativos, evidentemente–, debiendo aplicar el régimen jurídico de la prestación principal desde un punto de vista económico.⁹⁸ Debe tenerse en cuenta la

que es. Profundizando en la naturaleza jurídica del tipo contractual, lo define como contrato administrativo especial al cual, en virtud de lo dispuesto en el propio artículo 5.2 de la LCAP, se aplican preferentemente primero las normas especiales, salvo las básicas estatales no reguladas en el mismo, que establecen la necesidad de que exista un pliego de cláusulas administrativas particulares que establezca los criterios de adjudicación al agente urbanizador.

95. Vid. ASÍS DE ROIG (2001-02, p. 212-222). CRIADO SÁNCHEZ postula la necesidad de regular este contrato de forma específica, pero entiende que la competencia es estatal (2007, p. 419).

96. Indirectamente, al aplicar las prohibiciones de la LCAP, la STS de 27 de marzo de 2007 (Ar. 3149).

97. MENÉNDEZ REXACH, "Contratación y urbanismo. Contratación y sistema de obra urbanizadora. Otras modalidades de ejecución de las obras de urbanización", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, 2008, p. 37-38.

98. Tal y como ha subrayado la JCCA, "el único criterio que debe utilizarse para la determinación del régimen jurídico de los contratos mixtos es el que atiende a la prestación más importante desde el punto de vista económico." Vid. Informe 11/07, de 26 de marzo, por el que, además, se rectifica el criterio de la JCCA mantenido en informes anteriores y basados en las disposiciones del Reglamento general de contratación del Estado.

previsión específica del artículo 25.2 de la LCSP, en la que se advierte que solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional, dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante.⁹⁹ Como principal novedad, que los asemeja a los contratos administrativos especiales, el artículo 99.2 de la LCSP dispone que, para los contratos mixtos, en el pliego de condiciones se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Es decir, el pliego desarrolla *ad hoc* el régimen del contrato.

Del régimen diseñado se constata que se incorpora el concepto de contrato mixto, ya previsto en la Directiva 2004/18, lo que, inicialmente, excluye de tal tipificación a las prestaciones no recogidas en dicha norma –y su concreta transposición en la LCSP–. Así, cuando se trate de prestaciones patrimoniales, habrá que tener en cuenta la causa del negocio jurídico para la tipificación del tipo de contrato, sin que por la existencia de este último pueda hablarse de contrato mixto (como hemos explicado al hablar del contrato de permuta de obra futura).

El criterio exclusivamente cuantitativo elegido por la LCSP para determinar las reglas de adjudicación aplicables atendiendo al valor económico, debe matizarse con la doctrina sentada en la STJCE de 21 de febrero de 2008, asunto C-412/04, en concreto en sus apartados 42 a 52.¹⁰⁰ Según dicha sentencia, tal criterio no puede aplicarse cuando se trate de un contrato mixto, compuesto por prestaciones cuya contratación separada implica umbrales de publicidad distintos (servicios o suministros y obras, p. ej.). El Tribunal es claro al afirmar:

“Asimismo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando un contrato contiene,

a un tiempo, elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria sobre contratación pública debe en principio aplicarse (véase la sentencia de 18 de abril de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 37).

“48. En particular, de este modo, el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37 está vinculado al objeto principal del contrato, el cual debe determinarse en el marco de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato.

“49. Esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que solo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato, pues la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato tan solo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación.

“50. De cuanto antecede se deduce que, tal y como indicó el Abogado General en los puntos 38 y 74 de sus conclusiones, la *cuantía de las obras no puede erigirse siempre, salvo que se ignoren las exigencias de la Directiva 93/37, como el criterio exclusivo que permita la aplicación de la Ley núm. 109/1994 a un contrato mixto, cuando dichas obras sean tan solo accesorias.*” (La cursiva es nuestra.)

A la vista de todo ello, y dado que el criterio puramente cuantitativo es aceptado por el artículo 1.2 de la Directiva para determinar el régimen aplicable a los contratos que contienen suministros y servicios, puede afirmarse que el artículo 12 de la LCSP, que taxativamente expresa que el criterio puramente cuantitativo se aplicará “en todo caso” para determinar las normas de adjudicación aplicables, no es conforme al Derecho comunitario, y los poderes adjudicadores deben aplicar directamente la Directiva 2004/18 en la interpretación dada por el TJCE.¹⁰¹

99. El Consejo de Estado (Dictamen 514/2006, de 25 de mayo de 2006) había propuesto, con buen criterio, que este apartado se reubicara en el propio artículo 12.

100. La sentencia se refiere a la Directiva 92/50, anterior a la actualmente vigente (Directiva 2004/18), pero su doctrina es igualmente aplicable a esta última, incluso con más razón, pues la nueva norma asume el contenido del considerando 16 de dicha Directiva (ver apartados 3 y 46 de la sentencia), en las letras b) y c) de su artículo 1.2, apostando claramente por un criterio funcional para determinar el régimen de la adjudicación de los contratos mixtos. La sentencia que se analiza en este epígrafe, además de la cuestión de los contratos mixtos, trata de otros interesantes asuntos relativos a la contratación pública, como la aplicación de los tratados y los principios generales del Derecho comunitario a los contratos excluidos de la Directiva.

101. Entre otras, sentencia del Tribunal de Justicia CE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05), Auroux, o STJCE de 19 de abril de 1994 (asunto C-331/92), Gestión Hotelera Internacional, S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias.

5. La distinción entre contrato de servicios y contrato de "concesión de servicios"

Finalmente, dentro de la cuestión relativa a la clasificación de los contratos, conviene detenerse en la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de "concesión de servicios" (indirectamente con el contrato de concesión de obras públicas).¹⁰² El artículo 8 de la LCSP define el contrato de gestión de servicios públicos como aquel en cuya virtud una administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio, cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada. Entramos, por tanto, en el vidioso tema de las "concesiones" y su alcance, que obliga a una depuración conceptual que debe realizarse, necesariamente, desde la óptica del Derecho comunitario (y no desde la perspectiva nacional).

Al respecto, es ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000, sobre las concesiones en el Derecho comunitario,¹⁰³ en la que se nos recuerda que, al contrario de lo que sucede con la "Directiva obras", la "Directiva servicios" no contiene ninguna definición del concepto de concesión de servicios, aunque, como recuerda la STJCE de 9 de septiembre de 1999 (R:SAN), desde luego que la definición del concepto de concesión de un servicio público en el sentido de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos, está excluida del campo de aplicación de la Directiva 92/50.¹⁰⁴

La ausencia de referencia al concepto de concesión de servicios en la "Directiva servicios" requiere algún comentario. En los trabajos preparatorios de esta Directiva, la Comisión había propuesto para este tipo de concesión un régimen análogo al de las concesiones de obras, pero el Consejo no aceptó la propuesta. Se planteó, en este caso, la cuestión de

102. A este respecto procede recordar que, ya en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4, en lo sucesivo, "Propuesta de 28 de agosto de 1991"), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las "concesiones de servicios públicos" en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Como dicha inclusión se justificaba por la intención de "asegurar la coherencia de los procedimientos de adjudicación", la Comisión precisó, en el décimo considerando de su Propuesta de 13 de diciembre de 1990, que "las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la misma manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas." Aunque la referencia a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los servicios públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), fue retirada del décimo considerando de la Propuesta de 28 de agosto de 1991, esta última mantuvo expresamente, sin embargo, en dicho considerando, el objetivo relativo a la "coherencia de los procedimientos de adjudicación." No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (véase el Documento núm. 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado "Motivación del Consejo", y adjunto a la Posición Común de la misma fecha). Un destino similar tuvo la postura que la Comisión expresó en su Propuesta modificada de Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (DO C 264, p. 22). En dicho documento, que desembocó en la adopción de la Directiva 90/531, primera Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos en estos sectores, e inmediatamente anterior a la Directiva 93/38, la Comisión había propuesto igualmente para dichos sectores determinadas disposiciones destinadas a regular las concesiones de servicios públicos. No obstante, tal como se indica en el punto 10 del Documento 5250/90 ADD 1, de 22 de marzo de 1990, titulado "Motivación del Consejo", y de acuerdo con la Posición Común de este último, de la misma fecha, referente a la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el Consejo no aceptó la propuesta de la Comisión de incluir en la Directiva 90/531 normas relativas a las concesiones de servicios públicos, basándose en que tales concesiones solo se conocían en uno de los estados miembros, y en que no resultaba oportuno regularlas sin haber llevado a cabo un estudio detallado sobre las diversas formas de concesión de servicios públicos existentes en los estados miembros, en los mencionados sectores. A la vista de estos datos, como reconoce el TJCE en su sentencia de 7 de diciembre de 2000 (Telaustria), se constata que la Comisión no propuso incluir las concesiones de servicios públicos en su Propuesta de Directiva 91/C 337/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1991, por la que se modifica la Directiva 90/531 (DO C 337, p. 1), que desembocó posteriormente en la adopción de la Directiva 93/38.

103. Sobre el contenido de la misma resultan ilustrativas las reflexiones de J. ARNOLD, "Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire", *Revue Française Droit Administratif*, núm. 5, 2000, p. 1015-1021.

104. El asunto versa sobre la adjudicación del servicio público local de recogida de residuos sólidos urbanos a una empresa pública mixta (Ischia Ambiente SPA). Existiría una equivalencia con la posibilidad que recoge el artículo 86.3 de la LBRL.

saber si la adjudicación de concesiones de servicios no está incluida enteramente en el régimen establecido por la "Directiva servicios." En efecto, esta se aplica, como hemos visto, a "contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora", excepto algunas excepciones mencionadas en la Directiva, entre las cuales no figura el contrato de concesión. Una interpretación literal de esta definición, seguida por algunos autores, podría conducir a incluir el contrato de concesión en el campo de aplicación de la "Directiva servicios", puesto que este contrato se celebra a título oneroso y por escrito.¹⁰⁵ Este enfoque supondría que la adjudicación de una concesión de servicios debería respetar las normas de esta Directiva y, por lo tanto, tendría que ajustarse a un procedimiento más complejo que el de las concesiones de obras.

Sin embargo, a falta de jurisprudencia del Tribunal sobre este punto, la Comisión no ha seguido esta interpretación en los casos concretos que ha tratado. Una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal planteaba la cuestión de la definición y del régimen jurídico de aplicación en las concesiones de servicios (asunto C-324/98, *Telaustria Verlags Gesellschaft m.b.H. contra Post & Telekom Austria (Telaustria)*). Cuestión resuelta por sentencia de 7 de diciembre de 2000, que afirma:

"Está contemplado en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones, y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), con vistas a su distribución pública; pese a estar contemplado en la

Directiva 93/38, un contrato de esta naturaleza resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de esta última, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución.

"2) Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado.

"3) Esta obligación de transparencia, que recae sobre la entidad adjudicadora, consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada, que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación."

A los efectos exclusivos de distinguir entre el fenómeno económico de la concesión de servicios y la noción de contrato público de servicios, y de delimitar así el ámbito de aplicación de la citada Comunicación de 12 de abril de 2000, es importante determinar los rasgos esenciales de tal fenómeno.

El objeto de las concesiones de obras es, por definición, distinto del de las concesiones de servicios.¹⁰⁶ Esto puede suscitar diferencias en términos de inversión y de duración entre los dos tipos de concesión. Sin embargo, considerando los criterios antes citados, un contrato de concesión presenta, en general, las mismas características, cualquiera que sea el objeto al que haga referencia. En efecto, tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. Y así lo ha puesto de relieve la sentencia TJCE de 10 de noviembre de 1998 (*BFI HOLDING*), en la que se descarta la calificación de concesión de servicios, visto que la remuneración percibida consistía únicamente

105. Esta solución presentaba no pocos inconvenientes al Derecho francés –y al español–, donde el concepto de servicio público constituye un elemento básico. Así lo advierten, entre otros, M. GUIBAL "La transposition de la réglementation communautaire en France", *Revue Marché Commun*, núm. 373, 1993, p. 863, P. FLAMME y M. A. FLAMME, "Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation", *RMC*, núm. 365, 1993, p. 155-157, y M. MENSI, "L'ouverture à la concurrence des marchés publics des services", *Revue de Marché Unique Européen*, núm. 3, 1993, p. 60.

106. Sentencia del Tribunal de 26 de abril de 1994 (*Lottomatica*).

en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho de explotar el servicio.¹⁰⁷ En virtud de este criterio, como primer requisito, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación.¹⁰⁸

El segundo requisito para que exista concesión de servicios es que la misma incida normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado, y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales.¹⁰⁹ Este requisito se viene a identificar con el concepto de servicio público como actividad de titularidad pública, de la que se excluye a la iniciativa privada (con apoyo en los actuales artículos 45 y 55 TCE), de tal manera que, solo en estos casos, no se aplicarán las directivas de contratación pública.¹¹⁰ Esto significa que no existirá concesión de servicios donde no se haya operado una reserva al sector público sobre la base del artículo 128.2 CE (por no existir auténtica publicación), pues, en este último supuesto, funciona la técnica autorizatoria como instrumento de regulación de la actividad privada, y no la técnica contractual.¹¹¹ Juega aquí, por tanto, la noción estricta de servicio público (la única válida a la luz de la regulación que al efecto contiene

la Directiva comunitaria 92/50/CEE, del Consejo, sobre contratos públicos de servicios, de cuyo ámbito se excluye el contrato de concesión de servicio público, entendido este como los servicios de interés económico general a los que se refiere el actual artículo 86.2 TCE),¹¹² que no cabe confundir con los contratos de servicios ni con la concesión de obra pública o de explotación de infraestructuras.¹¹³ Así, a juicio de la Comunicación Interpretativa, teniendo en cuenta lo anterior, y sin perjuicio de las disposiciones de Derecho comunitario que pudieran ser de aplicación, la presente Comunicación no contemplaría, al no tener consideración de "concesión de servicios": a) los actos por los que un poder público confiere una habilitación o concede una autorización para ejercer una actividad económica, por más que dichos actos puedan considerarse concesiones en algunos estados miembros. Por ejemplo, las licencias de taxi, las autorizaciones para utilizar la vía pública (quioscos de prensa, terrazas de café...), los actos relativos a las farmacias o a las gasolineras; b) los actos cuyo objeto sea actividades de carácter no económico, como la escolarización obligatoria o la seguridad social.¹¹⁴

En este sentido se pronuncia la STJCE de 18 de noviembre de 2004, al recordar que su contrato será de servicios, y se deberán aplicar los procedimientos, si "no se enmarca en el contexto de las actividades de interés general de la ciudad de Munich, sino en el de una actividad económica independiente, claramente distinta y sometida a la competencia, a saber: la explotación de la central técnica de Munich-Norte."

107. Por otra parte, conviene recordar que, en la sentencia *Lottomatica* antes citada, el Tribunal distinguió claramente entre una transferencia de responsabilidad al concesionario, por lo que respecta a las operaciones del juego de la lotería, que pueden calificarse como actividades que entran en la competencia del Estado en el sentido ya indicado, y el simple suministro de sistemas informáticos a la Administración. El Tribunal concluyó, en este caso, que, al no existir tal transferencia, se trataba de un contrato público.

108. La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras, se caracteriza, en definitiva, por una transferencia de la responsabilidad de explotación.

109. Conclusiones del Abogado General en el citado asunto *BFI*; Conclusiones del Abogado General en el citado asunto *RI. SAN Srl*.

110. *Vid.* J. ARNOULD, "Les contrats des concessions, de privatisation et de services *in house* au ...", *op. cit.*, p. 19 a 23.

111. Sobre este punto me remito a mis trabajos y la bibliografía en ellos citada: "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, p. 141-212; "Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5, 1994, p. 127-166; *Estudio sistemático de la Ley de Administración local en Aragón*, con el capítulo dedicado a los servicios públicos locales, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000, p. 321-355.

112. Así lo ha entendido y admitido la jurisprudencia del TJCE: Sentencias *Sacchi*, de 30 de abril de 1974, en el asunto 155/73, y *Elliniki Radiophonia*, de 18 de junio de 1991, en el asunto C-260/89.

113. Sobre la problemática que plantea esta distinción de conceptos de concesión de servicios y contrato de servicios y su reflejo en el articulado de la LCAP, ya llamó la atención M. RAZQUIN, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, *op. cit.*, p. 251-254.

114. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos, sino de servicios, tal y como se advierte en la STJCE de 17 de diciembre de 2007 (Comisión/República Italiana).

Estos dos requisitos tienen carácter acumulativo,¹¹⁵ lo que en la práctica supone que, aun estando en presencia de un contrato de concesión de servicios públicos, solo funcionará la excepción cuando la explotación recaerá bajo entera responsabilidad del contratista, dato que sí se da en lo referente a las modalidades de prestación en la concesión, pero no en la gestión interesada, en la que, como es sabido, la Administración concedente y el contratista participan en los resultados de la explotación (ganancias o pérdidas) según la proporción que se establezca, que podrá consistir, conjunta o separadamente, en una asignación fija o proporcional a los resultados de la explotación. En este supuesto, sería de aplicación, por tanto, el contenido de la Directiva 92/50, de servicios.¹¹⁶ Otro tanto podría predicarse de su concreta articulación a la modalidad de sociedad de economía mixta, en la que, además, podría suponer una discriminación indirecta, tal y como ya pusiera de relieve la STJCE de 5 de diciembre de 1989.¹¹⁷

Es cierto que, según jurisprudencia reiterada del TJCE, nada en el Tratado se opone a que los estados miembros, por consideraciones de interés público de carácter no económico, sustraigan al juego de la competencia algunos servicios de interés general, confirmando derechos exclusivos. El Tribunal añade, sin embargo, que las modalidades de organización y el ejercicio de un monopolio creado de este modo, no deben afectar a lo dispuesto en el Tratado sobre libre circulación de mercancías y servicios ni a las normas de la competen-

cia.¹¹⁸ En cualquier caso, las “concesiones de servicio”, aunque no estaban contempladas en las directivas sobre contratos públicos de los años 90, quedan sujetas a las normas y a los principios del Tratado, en la medida en que se conceden por medio de actos imputables al Estado, y tienen por objeto la prestación de actividades económicas.¹¹⁹ En este punto, la STJCE de 18 de noviembre de 1999 (Unitron Scandinavia) ha afirmado que:

“El artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/36 debe interpretarse del siguiente modo: Dicha disposición impone a un poder adjudicador, que otorga derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad distinta de tales poderes adjudicadores, que exija a esta que respete el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad, al adjudicar contratos públicos de suministro a terceros en el marco de esa actividad.

“En cambio, cuando concurren las referidas circunstancias, dicha disposición no impone al poder adjudicador la obligación de exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36 para la adjudicación de tales contratos públicos de suministro.”

Esto significa que el TCE no limita la libertad de un Estado miembro para hacer uso de las concesiones, siempre y cuando las modalidades de adjudicación sean compatibles con el ordenamiento jurídico comunitario.¹²⁰ En línea con esta jurisprudencia, la reciente Directiva 2004/18, de 31 de marzo, define expresamente

115. Así lo defiende también C. FOUASSIER, “Vers un véritable droit communautaire des concessions?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 4, 2000, p. 680-685.

116. En cambio, es procedente destacar que, cuando una concesión se termina, su renovación es asimilable a una nueva concesión, y quedaría, por lo tanto, cubierta por la Comunicación. Un problema existirá cuando, entre el concesionario y el concedente, existe una forma de delegación interorgánica que no sale de la esfera administrativa del órgano de contratación. Relaciones vinculadas al fenómeno definido a veces como *in house providing* y resueltas en las STJCE de 18 de noviembre de 1999, Teckal, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE. Al respecto, me remito a mi libro: *Contratos públicos...*, *op. cit.*, p. 76-85, y ORDÓÑEZ SOLÍS, *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 100-105.

117. J. ARNOULD, “Les contrats des concessions, de privatisation et de services *in house* au...”, *op. cit.*, p. 16-17. En esta sentencia, se condena a la República de Italia, al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total, la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública.

118. Sentencia *Elliniki Radiophonia* antes citada, punto 12. *Vid.* C. FOUASSIER, “Vers un véritable droit communautaire des concessions?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, *op. cit.*, p. 690-696.

119. J. ARNOULD, “Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *op. cit.*, p. 1019-1020.

120. Tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal, aunque, en virtud del Tratado, los estados miembros conserven la libertad de establecer normas materiales y procesales, deben cumplir todas las disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico comunitario y, en particular, las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado sobre derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, sentencia de 9 de julio de 1987 (*Bellin*). Algunos estados miembros han considerado, a veces, que la adjudicación de una “concesión” no estaba sometida a las normas del Tratado, porque se trata de una delegación de un servicio público que solo puede concederse sobre la base de la confianza recíproca (*intuitu personae*). Como se desprende del Tratado y de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, las únicas razones que permiten que los actos del Estado susceptibles de transgredir los artículos 43 y 49 (antiguos artículos 52 y 59) del Tratado eludan la prohibición dispuesta en estos,

el contrato de concesión de servicios como aquel que “presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un ‘precio’”, estableciendo, en su artículo 17 que dichos contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (pero no, insistimos, de los principios del Tratado).

En la práctica, esto comporta no solo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público, sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto, ni la sociedad de economía mixta, al no cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE. Lo que no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas, sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivadas de las directivas.

En esta línea, la reciente sentencia de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GMBH) ha considerado como contrato de concesión de servicios públicos la explotación de un estacionamiento de titularidad pública, por cuanto “la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino

de una concesión de servicios públicos.” Esta sentencia añade no poca confusión, al optar por un concepto de concesión de servicios públicos que no encaja con la jurisprudencia anterior, al considerar la explotación del parking como una actividad económica, cuando, en mi opinión, se trata de la explotación de una infraestructura, lo que, de por sí, está más ligado a la noción de contrato de servicios. La concesión de servicios procederá en actividades donde la titularidad recaiga en una administración pública, y por ello sea susceptible de explotación directa o indirecta. En este tipo de contratos se presta un servicio y la retribución del licitador no cambia su naturaleza, como se constata en el régimen del contrato de concesión de obra pública, al que ahora se hará referencia (en esta modalidad contractual hay obra y explotación, y se entiende sometida al Derecho comunitario, por lo que bien cabe deducir que la sola explotación de la obra lo estará igualmente, y no merecerá la calificación de concesión de servicios).

En suma, se reduce la categoría de contrato de gestión de servicios públicos, debiendo atenerse para su calificación a lo dispuesto en el vigente Reglamento Comunitario regulador del CPV, en tanto norma de directa aplicación en todos los estados.

6. Una nueva modalidad contractual: los contratos de colaboración pública y privada –CPP–

Se trata de una nueva modalidad regulada en los artículos 11, 118, 289 y 290 de la LCSP, sin amparo en la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos.¹²¹

son las contempladas en los artículos 45 y 55 (antiguos artículos 55 y 66), cuyas condiciones de aplicación, muy restrictivas, han sido indicadas por el Tribunal –la sentencia *Lottomatica* considera que, habida cuenta de los hechos, las tareas del concesionario se limitaban a actividades de carácter técnico y, como tales, quedaban sujetas a las disposiciones del Tratado–. Nada en el Tratado o en la jurisprudencia del Tribunal permite considerar que sea de otro modo en el caso de las concesiones.

121. Para analizar esta cuestión, la Comisión de Derecho Comunitario en materia de Contratación Pública y Concesiones –COM (2004) 327 final, de 30 de abril de 2004 (recientemente, en la importante “Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)”, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 12 de abril de 2008)–, que se inscribe entre las prioridades establecidas por la Comisión en su Estrategia para el mercado, acaba de publicar un Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el Interior 2003-2006, que constituye una contribución a las acciones previstas en el marco de la iniciativa para el crecimiento en Europa. Los partenariados público-privados (CPP) son formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo de las empresas, que procuran asegurar la realización de proyectos de infraestructuras o el suministro de servicios de utilidad pública. Esta forma de partenariado se ha desarrollado en numerosas materias relevantes de la esfera pública, tales como el transporte, la salud pública, la educación, la seguridad pública, la gestión de los residuos o la distribución del agua. El objetivo de este Libro es lanzar un amplio debate que permita determinar si una intervención comunitaria es necesaria para asegurar un mejor acceso de los operadores económicos de los estados miembros a las diferentes formas de partenariado público-privado, en unas condiciones de claridad jurídica y de concurrencia efectiva (en relación a esta Comunicación, puede consultarse a MORENO MOLINA, José Antonio, “Las concesiones de obra pública en el Derecho comunitario europeo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 39, 2005, p. 22-25). *Vid.* la reciente Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (Texto pertinente a efectos del EEE) (2008/C 91/02).

Es un contrato típico que tiene carácter subsidiario (un antecedente directo es el contrato de obra bajo modalidad de abono total del precio, que la doctrina mayoritaria considera una modalidad contractual de CPP, en la medida en que es el socio privado el que asume no solo la ejecución de la obra, sino también su financiación inicial, cuya recuperación puede diferirse hasta diez años desde la fecha de recepción del contrato, cumpliéndose así, también, el requisito de contrato de larga duración, en el que el privado asume la financiación y construcción).¹²² Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en que una administración pública encarga a una entidad de Derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros, necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público, o relacionados con actuaciones de interés general.

Los contornos pocos nítidos de esta modalidad contractual obligan a distinguirla de los contratos de concesión de obra pública y de los contratos de gestión de servicio público. Por otro lado, con la actual regulación del contrato de concesión de obra pública bien pudiera pensarse en lo innecesario de esta nueva modalidad contractual.¹²³ Sin embargo, como destaca Peña Ochoa, el contrato típico de colaboración trata de cubrir un vacío legal; no creemos que consista simplemente en un contrato de obras, de servicios o de concesión al que se puedan añadir aspectos específicos de la financiación de las obras y servicios, pues estas materias ya estaban perfectamente cubiertas en la práctica española desarrollada bajo la vigencia del TRLCAP. Encontramos que el nuevo contrato tiene perfiles propios que hay que destilar e identificar para conseguir que esta figura se aplique, como parece ser la voluntad

del legislador al regularla, cuando se den los requisitos delimitadores que la definen y diferencian del resto de los contratos.¹²⁴

En todo caso, deben respetarse los principios de concurrencia e igualdad de trato en su puesta en práctica, por lo que solo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118 de la LCSP, que otras fórmulas alternativas de contratación no permitan la satisfacción de las finalidades públicas.¹²⁵ Es decir, no es una fórmula alternativa, sino subsidiaria, y parece más bien una alternativa desde la perspectiva de la financiación. Obviamente, conforme a las normas SEC 95, para que la inversión no compute como déficit, deben transferirse el riesgo de la construcción y uno de los siguientes: de la disponibilidad o de la demanda.¹²⁶

Esto significa, además, que debe ser un contrato distinto en su régimen de los otros contratos típicos descritos en la Ley, en los que, por su propia naturaleza, la financiación recae siempre sobre el contratista.

Se trata, además, de un contrato flexible en su configuración, admitiendo los precios provisionales y pago aplazado (artículo 75.5 y 7 de la LCSP), donde se altera la regla del riesgo y ventura prevista en el artículo 199 de la LCSP.

El procedimiento, por este carácter complejo, es rígido, para evitar un uso incorrecto o indebido. Así, el artículo 11.2 exige especial motivación en clave negativa: no viabilidad de otros tipos de contratos. En la evaluación previa (artículo 118.2 de la LCSP) se debe poner de manifiesto que, a la vista de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios necesarios, o de establecer los mecanismos jurídicos o financieros para llevar a cabo el contrato. Pero, además, debe efectuar un análisis comparativo con el resto

122. Como recuerda Mariano PUERTA CELA en su artículo "Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada", en *Presupuesto y gasto público 45/2006*, esta forma de colaboración para el desarrollo de infraestructuras no ha sido precisamente residual.

123. Julio GONZÁLEZ GARCÍA, "El contrato de colaboración público-privado", *RAP*, núm. 170, 2006.

124. PEÑA OCHOA, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Zaragoza, 2009.

125. Critican igualmente esta previsión, por entenderla innecesaria e inadecuada, LÓPEZ-CONTRERAS y MESTRE DELGADO, *Contratos públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*, op. cit., p. 123-127.

126. ROSARIO MARTÍNEZ MANZANEDO desarrolla un exhaustivo estudio de los criterios de Eurostat para el análisis del reparto de riesgos en "La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95)", *Presupuesto y gasto público*, núm. 45/2006.

de formas alternativas, que justifique, en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo o financiero que recomienden esta fórmula de contratación. Esto significa que es esencial o capital, en este contrato, este documento de evaluación previa.

Como indica el artículo 119 de la LCSP, el órgano de contratación, a la vista de los resultados de la evaluación a que se refiere el artículo anterior, elaborará un programa funcional que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo con los contratistas, y que se incluirá en el documento descriptivo del contrato. Particularmente, se identificarán en el programa funcional la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato.

Se exige en todo caso, como regla general, el diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación, lo que, con carácter general, ni es adecuado ni conveniente. Es posible la utilización del procedimiento negociado en el caso del artículo 154.a) de la LCSP. En todo caso, deberá constituirse la Mesa del diálogo competitivo a que se refiere el artículo 296.2 de la LCSP, a la que se incorporarán personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo, designadas por el órgano de contratación. El número de estas personas será igual o superior a un tercio de los componentes de la Mesa, y participarán en las deliberaciones con voz y voto.

En todo caso, el procedimiento de adjudicación es el derivado de los contratos armonizados, independientemente de su cuantía (artículo 13.1 de la LCSP).

El clausulado debe tener el mínimo exigido por el artículo 26 más el específico referido por el artículo 120 de la LCSP (deben identificarse la prestación principal, el sistema de reparto de riesgos y las prerrogativas de modificación):

a) Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato, de conformidad con lo previsto en la letra m) de este artículo y en el artículo 289.

b) Condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las prestaciones, y la imputación de

los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

c) Objetivos de rendimiento asignados al contratista, particularmente en lo que concierne a la calidad de las prestaciones de los servicios, la calidad de las obras y suministros, y las condiciones en que son puestos a disposición de la Administración.

d) Remuneración del contratista, que deberá desglosar las bases y criterios para el cálculo de los costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y, en su caso, de los ingresos que el contratista pueda obtener de la explotación de las obras o equipos, en caso de que sea autorizada y compatible con la cobertura de las necesidades de la Administración.

e) Causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del periodo de ejecución del contrato.

f) Fórmulas de pago y, particularmente, condiciones en las cuales, en cada vencimiento o en determinado plazo, el montante de los pagos pendientes de satisfacer por la Administración y los importes que el contratista debe abonar a esta, como consecuencia de penalidades o sanciones, pueden ser objeto de compensación.

g) Fórmulas de control por la Administración de la ejecución del contrato, especialmente respecto a los objetivos de rendimiento, así como las condiciones en que se puede producir la subcontratación.

h) Sanciones y penalidades aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones del contrato.

i) Condiciones en que puede procederse por acuerdo o, a falta del mismo, por una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, particularmente en supuestos de variación de las necesidades de la Administración, de innovaciones tecnológicas o de modificación de las condiciones de financiación obtenidas por el contratista.

j) Control que se reserva la Administración sobre la cesión total o parcial del contrato.

k) Destino de las obras y equipamientos objeto del contrato a la finalización del mismo.

l) Garantías que el contratista afecta al cumplimiento de sus obligaciones.

m) Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la Ley establece respecto a las prerrogativas de la Administración, y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

El licitador que resulte seleccionado para este contrato puede asumir, en los términos previstos en el mismo, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución, y contratar los servicios precisos.

La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

El contrato, al ser celebrado por una administración pública, tendrá carácter administrativo (artículo 19.1 de la LCSP).

De la lectura literal parece deducirse que estos contratos no podrán ser realizados por quien no tenga la consideración de Administración pública a los efectos de esta Ley (de hecho, el artículo 120 habla de las prerrogativas del contrato), aunque la exposición de motivos sí recoge esta posibilidad.

La duración de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado no podrá exceder de 20 años. No obstante, cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública, se estará a lo dispuesto en el artículo 244 sobre la duración de estos. En todo caso, en contratos patrimoniales de CPP bien pudiera pensarse en un plazo superior (como el de 99 años en la fórmula del contrato de derecho de superficie).¹²⁷

7. La distinción entre contratos administrativos y privados. Tipo y régimen jurídico

Por otra parte, debe advertirse, no obstante, que al hablar de la contratación pública nos referimos a todos los contratos que realizan las administraciones

públicas y el sector público, pero estos pueden tener en España una doble naturaleza, en función del concreto régimen jurídico aplicable.¹²⁸ Esta distinción obliga a reconocer la existencia de contratos administrativos y de contratos privados de la Administración, cuyo régimen jurídico es distinto.¹²⁹ Puede realizarse —así lo hace efectivamente nuestra normativa— una distinción entre contratos administrativos y contratos civiles o de Derecho privado. Tal tipología no supone diferencia de régimen jurídico a efectos de publicidad, concurrencia y transparencia, por lo que, desde esa perspectiva, se cumple con el Derecho comunitario.

En los contratos públicos donde *ex lege* o por acto administrativo se opte por régimen de Derecho privado, la consecuencia del particular estatuto de la Administración así como la necesidad de salvaguardar el capital, principio de la igualdad de los ciudadanos ante la opción a obtener contratos con aquella, se exige (ya desde un principio) que no afectará a que las fases de preparación y adjudicación se regulen por sus normas propias para todo contrato público.

De los artículos 20 y 21 de la LCSP se deduce que existen dos modalidades o causas para que exista un contrato privado:

Son contratos privados, en todo caso, los que se celebran por los entes que no tienen consideración de Administración pública. Y son también contratos privados los celebrados por administraciones públicas cuando tienen por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II, la creación e interpretación artística y literaria, o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior.

Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas

127. Sobre esta cuestión, pueden consultarse los trabajos de Julio GONZÁLEZ GARCÍA, "El contrato de colaboración público-privado", *Revista Administración Pública*, núm. 170, 2006; CHINCHILLA MARÍN, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española Derecho Administrativo*, núm. 132 de 2006, y E. ARIMANY LAMOGLIA, "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 11, 2006.

128. Como es sabido, el Derecho comunitario nada dice sobre la naturaleza civil o administrativa de los contratos públicos, cuestión sobre la que libremente decide cada Estado miembro. En España, tradicionalmente se ha optado por un régimen amplio del contrato administrativo, lo que ha sido objeto de crítica, entre otros, por E. MALARET, "Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas", *op. cit.*, p. 132-135. En Francia, por medio de la Ley de 11 de diciembre de 2001 (Murcef), se han decantado por considerar que todos los contratos tienen naturaleza administrativa. *Vid.* PIGNON, S., "La réforme de la commande publique", *AJDA*, núm. 1, 2002, p. 33-37.

129. Esta distinción, como bien apunta R. PARADA, tuvo en su origen una diferenciación exclusivamente jurisdiccional y no material o sustantiva, ya que las cuestiones litigiosas surgidas en torno a los contratos administrativos correspondían a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, y las de los contratos privados a los tribunales "ordinarios" (civiles). *Los orígenes del contrato administrativo en Derecho español*, IGO, Sevilla, 1963, p. 71 y ss.

específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo o, en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el Derecho privado.

El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados, que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada (21.2 de la LCSP).¹³⁰ ■

130. GIMENO FELIU, José María, "El recurso especial en la LCSP. ¿Adecuación a su finalidad?", *Documentación Administrativa*, núm. 274, 2006 (publicación en 2008).

El procedimiento administrativo y el gobierno electrónico

Javier Barnés Vázquez

Catedrático de Derecho Administrativo

1. **Cuatro percepciones reductoras o estereotipadas sobre el procedimiento administrativo y el gobierno electrónico**
2. **El procedimiento, pieza clave del gobierno electrónico. El desfase histórico de la legislación general de procedimiento y su efecto negativo sobre el diseño del gobierno electrónico**
3. **Las transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo. La disolución de tres fronteras tradicionales y su impacto sobre la institución del procedimiento**
 - 3.1. Tres nuevos territorios que ha de colonizar el Derecho Administrativo
 - 3.2. La emergencia de nuevas estrategias regulatorias
4. **Las tres generaciones de procedimiento. Una respuesta a la evolución del Derecho Administrativo**
 - 4.1. Primera generación: actos y decisiones singulares dictados por una Administración jerárquica
 - 4.2. Segunda generación: normas administrativas aprobadas por Administración jerárquica
 - 4.3. Tercera generación: actos, normas y políticas públicas elaborados por medio de las nuevas formas de gobernanza colaborativa

La premisa de partida se sitúa en la íntima relación que guardan “gobierno electrónico” y “procedimiento administrativo”: el procedimiento constituye la infraestructura legal del gobierno electrónico.¹

Buena parte de las acciones y decisiones que la Administración emprende o adopta en este terreno se resuelven o expresan a través de normas de naturaleza procedimental en sentido amplio, esto es, de criterios que disciplinan las relaciones de las administraciones entre sí y con los ciudadanos: reglas de obtención, tratamiento e intercambio de información, bien entre administraciones y/o con el sector privado; protección de datos personales; identificación y autenticación; mecanismos de individuación de la participación de cada Administración; principios de

actuación; prestación de servicios; adjudicación electrónica de contratos; técnicas de colaboración; participación interadministrativa; etc. La legislación ha ofrecido soluciones sectoriales (protección de datos, firma electrónica, etc.), en función de objetivos específicos (digitalización de determinados procesos; inclusión digital; etc.), y ha proyectado su aplicación sobre fases o períodos de tiempo determinados.² No basta, sin embargo, la mera adición o renovación de normas sobre procedimiento. Es necesario que la regulación se produzca a partir de un nuevo modelo de procedimiento más integrador y cooperativo.³ Resulta obligado elevarse por encima del estado de la cuestión en el Derecho positivo para reflexionar acerca del punto en el que nos hallamos.

1. Sobre el tema, me remito a mi trabajo: “La colaboración interadministrativa a través del procedimiento administrativo nacional”, en el volumen colectivo, coordinado por el autor, *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2008, capítulo V.

2. Tal es el caso, por ejemplo, en el plano nacional, de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, y los plazos que establece para muchas de sus disposiciones; o, en el ámbito europeo, de la Estrategia de Lisboa. Véase OLUF NIELSEN, *i2010 – a European Information Society for Growth and Employment* (2005), disponible en <http://info.worldbank.org/etools/docs/library/145274/i2010.pdf>.

3. JAVIER BARNÉS, “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en *Innovación y reforma del Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla, 2006 (editado por Javier Barnés), p. 267, 333 (disponible también en <http://www.globallawpress.org/libro1.htm>).

1. Cuatro percepciones reductoras o estereotipadas sobre el procedimiento administrativo y el gobierno electrónico

1. El gobierno electrónico se encuentra ya regulado.

La primera verdad a medias consiste en afirmar que la Administración electrónica está ya regulada o proyectada en documentos de la Unión Europea (*v. gr.*, en la Estrategia de Lisboa) o en la legislación nacional (por ejemplo, en la Ley estatal 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos), cuando lo cierto es que esa regulación o proyección no es sino una respuesta inicial, fragmentada o parcial, del gobierno electrónico. Se encuentra en una fase inicial porque se reduce a la prestación de determinados servicios en red o a la tramitación electrónica de ciertas actuaciones de procedimiento. Deja fuera de su consideración otros muchos servicios y procedimientos, relaciones y actuaciones, potenciales fórmulas de participación y de colaboración interadministrativa y público-privada, por solo decir lo más obvio. Es fragmentada o parcial porque el impulso europeo de la sociedad de la información y del conocimiento y el fomento del uso de las nuevas tecnologías en las relaciones con los ciudadanos y empresarios se inscriben dentro del ámbito de las competencias comunitarias, competencias que son de atribución y no universales. De hecho, las acciones comunitarias se mueven esencialmente en derredor del derecho a la libre prestación de servicios, sin que con ello se agote la cuestión. El gobierno electrónico excede en mucho de la acción comunitaria, y su implantación requiere otras actuaciones e iniciativas desde la sociedad y en todas las plantas de gobierno, dentro y fuera de nuestras fronteras.

El “gobierno electrónico” o la “Administración electrónica” hacen referencia, desde luego, a muchas más cosas que a la mera oferta de mejores servicios a los ciudadanos y a las empresas a través de los nuevos canales electrónicos de información y de prestación

de servicios. Se asocian, además, a la instauración de nuevos valores y actitudes. Se habla así de fortalecer la legitimidad democrática de la Administración a través de una mayor transparencia y participación ciudadana en la elaboración y desarrollo de las políticas públicas, y en la toma de decisiones. O de mejorar la eficacia y la calidad de las actividades y servicios que la Administración presta a la sociedad.⁴

2. La tecnología trae por sí misma –bajo el brazo– el cambio, la transformación: una nueva Administración.

El segundo reduccionismo reside en la idea de que la incorporación de la tecnología en el actuar cotidiano de la Administración produce por sí misma un cambio fundamental, como si el cableado de los edificios administrativos cuando se inventara la electricidad hubiera traído consigo, sin más, una nueva Administración. La tecnología –la imprenta, la electricidad, las actuales de la información y del conocimiento– pueden traer facilidades, una mayor accesibilidad, eficacia o celeridad, por ejemplo, pero lo cierto es que todo cambio es cultural y, desde luego, político. La imprenta hizo posible el Renacimiento, pero no lo trajo por sí misma, sino que fue por un conjunto de factores culturales y políticos. Lo mismo cabe decir de la máquina de vapor respecto de la revolución industrial, o ahora de Internet respecto de la era de la información y del conocimiento. La electricidad, primero, el telégrafo, el teléfono, el fax o Internet, después, no mutaron la estructura y naturaleza de las administraciones, ni entrañan un nuevo modelo de Administración, unos nuevos valores o principios en los que sustentarla. El modelo de Administración que deseemos darnos, por el contrario, es algo que precede a la tecnología y constituye una decisión política. Es cierto que las nuevas tecnologías permiten una más intensa colaboración interadministrativa y público-privada,⁵ pero no lo es menos, sin embargo, que el gobierno electrónico no se construye solo sobre la tecnología, aunque sea esta su presupuesto, sino, en primer lugar, sobre valores políticos.⁶

4. Sobre la relevancia que adquiere el ciudadano en el sistema y la eficacia de los resultados, véase, por ejemplo, *US E-Government Act of 2002*, <http://www.archives.gov/about/laws/egov-act-section-207.html>.

5. Por ejemplo, la prestación de servicios, la realización de transacciones electrónicas, la participación en la elaboración de disposiciones y normas administrativas, etc., requiere una intensa colaboración intra e interadministrativa, y ello, a su vez, el recurso a reglas de procedimiento –de comunicación– entre las distintas unidades y administraciones implicadas, con el ciudadano.

6. A título de ejemplo de los desafíos que las nuevas tecnologías presentan –y la necesidad de definir las opciones políticas–, puede verse *Bringing Together and Accelerating eGovernment Research in EU, FP6 Projects Reports (prepared for the eGovernment and CIP Operations Unit DG Information Society and Media European Commission) A-116 (2007)*, en http://ec.europa.eu/information_society/activities/egovernment/studies/trendswatch/docs/20080804-01-d02-egovr-id1-2-4_2_2_2-analysis_of_egov_research_projects-annual_reports.10-online.pdf.

Es más, la técnica puede construirse al servicio de un modelo que habrá de definirse con carácter previo. El hecho, por ejemplo, de que Internet se haya diseñado como una red descentralizada, no es sino por designio de sus creadores, al servicio de determinados objetivos. En suma, ha de debatirse el modelo de Administración y de relaciones con los ciudadanos, teniendo en cuenta, primero, que las nuevas tecnologías han de asumir los valores y criterios que ese debate establezca y, segundo, que la tecnología permite opciones diferentes. La decisión del modelo no corresponde al técnico. En ese sentido, el diálogo entre el técnico y el jurista es hoy más necesario que nunca.

3. El procedimiento administrativo se agota en lo que la Ley 30/1992 o, en su versión electrónica, la Ley 11/2007, hayan establecido.

El procedimiento administrativo no sería otra cosa que lo que la legislación tradicional de procedimiento tenga dispuesto, esto es, una secuencia de actos de autoridad encadenados, al modo procesal, para dictar una resolución final, cuando lo cierto es que esa legislación, ya se trate del procedimiento “en papel” o en su dimensión digital, no representa sino a la primera generación de procedimientos, como luego se abundará. En efecto, poco o nada dice esa legislación, por ejemplo, de los procedimientos de elaboración de las normas infralegales de toda especie y condición, o de los procedimientos –o reglas de procedimiento– que surcan las nuevas formas de regulación y gobernanza (piénsese, así, en la organización de los servicios en la Unión Europea, al amparo de la Directiva de 2006; en el sistema de aprobación de medicamentos y de farmacovigilancia; o en los procedimientos de evaluación estratégica ambiental). La Ley 11/2007 no es más que la versión digital de esa primera generación de procedimientos, dejando, por tanto, fuera otras muchas cosas, y ello sin perjuicio, por otra parte, de que se trate más de una ley de medidas que de una norma con un esfuerzo de adaptación al nuevo medio.⁷

4. El procedimiento cumple una función adjetiva y sigue un modelo procesal.

En la concepción clásica, el procedimiento administrativo, al igual que el proceso, posee un carácter instrumental, al servicio del Derecho material. Representa una herramienta de garantía de acierto de la decisión y de

defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos. Así las cosas, si la solución material alcanzada por la Administración resulta jurídicamente correcta, los vicios de forma o procedimiento en que eventualmente se haya podido incurrir serán tratados con cierta indulgencia, siempre, claro, que su repetición no vaya a cambiar el curso de las cosas (regla de la anulabilidad o nulidad relativa; irregularidades no invalidantes; subsanación; la doctrina de la indefensión material; etc.). El procedimiento, pues, como mecanismo de aplicación y ejecución del Derecho al estilo judicial. Importa el resultado, no el proceso.

Lo cierto es, sin embargo, que otros muchos procedimientos tienen una naturaleza política o de dirección que va mucho más allá de esa función adjetiva, puesto que su objeto consiste en hallar soluciones que no han sido previstas en las leyes, como en el caso del procedimiento de elaboración del planeamiento territorial y urbanístico. En esos casos, no se trata de identificar la solución material predeterminada por la ley, que no existe, sino de encontrar la mejor respuesta posible. Esta tarea ha sido confiada por el legislador a la Administración, a condición de que observe un sofisticado procedimiento deliberativo y de búsqueda del consenso, de colaboración y participación a todos los niveles.

Aquí, los vicios de procedimiento debieran tener un tratamiento más riguroso, puesto que el procedimiento cumple una función sustantiva de primera magnitud: a diferencia de la primera clase de procedimientos (de mera aplicación del Derecho sustantivo), la omisión de cualquier elemento del procedimiento (consultas, ponderación, motivación, etc.) traería necesariamente consecuencias sobre el resultado final, que podría haber sido otro, desde luego, si no se omite el debate sobre la información necesaria para tomar la mejor decisión posible, por ejemplo. En estos casos, no es posible acudir al expediente del “indulto” con base en el argumento de que la decisión, con todo, es correcta, puesto que en tales supuestos no cabe comparar lo que ha deparado un tal procedimiento con lo que la ley haya establecido, habida cuenta de que no existe este último término de comparación. Si la ley no ha predeterminado la respuesta, sino que ha confiado su hallazgo a un procedimiento de alta gama, su observancia resulta esencial. La teoría de los vicios, pues, no puede ser unitaria para toda clase de procedimientos. Importa el proceso en sí.

7. Por ejemplo, la Ley no se plantea siquiera que la información pública de un plan territorial, de un informe medioambiental o de una licencia puede ganar en calidad y eficacia si se presenta en programas de simulación, de modo que el ciudadano no experto pueda entender el debate y las opciones en liza, y participar, en consecuencia, con una sólida base informativa.

2. El procedimiento, pieza clave del gobierno electrónico. El desfase histórico de la legislación general de procedimiento y su efecto negativo sobre el diseño del gobierno electrónico

El procedimiento constituye la columna vertebral del Derecho Administrativo. Es la pieza que contiene mayor información genética sobre el Derecho público en un tiempo y espacio determinados (como si de una piedra de Rosetta se tratara). Nos ayuda, más que ninguna otra institución, a desvelar, entre otras cosas, los siguientes rasgos:

–Las modalidades o clases de Administración actuante (de ordeno y mando o de policía; prestacional o de garantía del resultado prestacional; estructurada jerárquicamente y como unidad autárquica, o en forma de red y urgida a la colaboración; etc.).

–La posición real que ocupa el ciudadano en el sistema: si es tratado como un ciudadano mudo, mero destinatario de la acción administrativa, o como un ciudadano activo, etc.

–La organización interna, y el modo de gestión de los asuntos públicos.

–La línea de separación entre el Estado y la sociedad; entre la Administración y el ciudadano.

–El grado de eficacia que se pretende asegurar en la consecución de los objetivos; si el procedimiento se preocupa de la fase de aplicación (supervisión y revisión).

–La forma de limitación y control de la Administración.

–La noción de Estado y de empleado público.

–Las relaciones de la Administración con los demás poderes.

–Eventualmente, la teoría del acto y de los vicios; la teoría de la organización; etc.

El procedimiento administrativo, en cuanto institución central del Derecho Administrativo, y como si de un sismógrafo se tratara, ha de recoger y sintetizar esas transformaciones que sacuden el sistema.

Sin embargo, la legislación actual de procedimiento no serviría para retratar a la Administración contemporánea. Ni la Ley 30/1992, ni la 11/2007, en su regulación del procedimiento, son representativas de la realidad (véase cuadro 1). La lectura de esas leyes es como la de esas constituciones que seguían recogiendo el voto censitario, pese a haber sido superado en la legislación ordinaria. Poca información

ofrecen sobre la realidad. Y ello por dos razones fundamentales:

1) La legislación actual (Ley 30/1992 a la cabeza) ha quedado obsoleta, deja muchas cosas fuera: otras vidas de la Administración y nuevos modelos de gobierno. En efecto, poco o nada dice sobre:

a) Vidas

–La vida privada de la Administración: ¿cómo ha de decidir y comportarse la Administración cuando se viste de civil y deja su “uniforme”, y actúa como una organización sujeta al Derecho privado?

–La vida pública de entidades privadas que llevan a cabo actividades de interés general: ¿cómo han de decidir y comportarse los sujetos privados cuando realizan tareas o funciones que se consideran de interés general?

–La vida exterior de la Administración (más allá del Estado): ¿cómo ha de decidir y comportarse más allá de las fronteras del Estado, y a quién representa, cuando la Administración cruza la frontera?

–La vida pública de la Administración cuando no actúa con instrumentos formales y vinculantes: adopta decisiones informales; aprueba normas de Derecho indicativo o blando (*soft law*), como guías o recomendaciones; negocia; busca el consenso; informa (estado de la salud pública o de la economía).

b) Modelos de gobierno

Tampoco da cuenta de las nuevas formas de gobierno y de regulación, distintas a las tradicionales, esto es, de los nuevos métodos de dirección, regulación y gobernanza sustentados, en esencia, sobre una intensa colaboración público-privada e interadministrativa. La legislación de procedimiento refleja una sola clase de Administración (la imperativa o de policía) y un único modelo de gobierno, de arriba hacia abajo (véanse cuadros 2 y 3).

2) No es tampoco representativa de la realidad, en segundo término, porque la legislación sobre Administración electrónica no ha repensado ni redefinido el concepto de Administración al que aspira. Se ha limitado a establecer nuevos canales de comunicación. No se ha planteado una nueva forma de trabajo, de colaboración interadministrativa. La “Administración electrónica” es, en la Ley 11/2007, como la “Administración eléctrica” del siglo XIX, la misma Administración que, simplemente, ha incorporado una herramienta de trabajo cuyo uso, en alguna medida, ha de disciplinar.

Para mejor comprender cuanto aquí se ha dicho, conviene insistir, en fin, en que la Ley 11/2007, sobre procedimiento administrativo electrónico, corre paralela a la Ley 30/1992 de procedimiento administrativo "en papel". La tecnología digital y la tecnología de la imprenta representan las dos caras de una misma medalla.

Dejando ahora al margen que una y otra tecnología permiten opciones distintas y que, por tanto, el mimetismo resultaría empobrecedor y falto de perspectiva, ninguna objeción grave depararía tal paralelismo, si no fuera por el hecho de que la Ley que sirve de modelo, la 30/1992, se ha quedado anclada en los procedimientos de primera generación, produciendo así un negativo "efecto docente" sobre el advenimiento del gobierno electrónico, en un doble sentido: no es solo que no estén todos los que son, sino que el concepto en el que se funda el procedimiento resulta reduccionista. En efecto, el problema no se circunscribe a que la legislación tradicional no sea suficientemente representativa de la realidad porque se limite a regular, en esencia, un procedimiento tipo cuyo objeto es el dictado de actos singulares, las más de las veces de gravamen, sino también y sobre todo porque el concepto procesal en el que se basa no resulta útil para otras actuaciones de la Administración, más próximas a un sistema de intercambio de información (por ejemplo, en el caso de la Directiva de Servicios) que a una secuencia de actos de autoridad (para una resolución sancionadora, por ejemplo). La intensa y elaborada colaboración interadministrativa que esa Directiva demanda, por mantener el ejemplo, no se puede fundar en torno a un procedimiento basado en un esquema judicial, sino en un moderno sistema de intercambio de información, de colaboración público-privada, etc., esto es, en una idea de procedimiento y de gobernanza bien distante de la tradicional.

En síntesis, la legislación general de procedimiento (primero, en papel, y, ahora, en su versión electrónica) no ha asumido aún las profundas transformaciones de nuestro tiempo. Pero, ¿cuáles son esos cambios?

3. Las transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo. La disolución de tres fronteras tradicionales y su impacto sobre la institución del procedimiento

3.1. Tres nuevos territorios que ha de colonizar el Derecho Administrativo

Hay tiempos de cambio y cambios de era. Aun cuando la falta de perspectiva histórica nos impida confirmar lo segundo, estamos asistiendo a una profunda transformación del Estado y, sobre todo, de la Administración contemporánea.⁸ De un modo muy simplificado, podríamos ejemplificar esas transformaciones con la imagen de la disolución de tres fronteras celosamente guardadas durante largo tiempo:

a) La primera es la caída del muro que divide el plano nacional y el supranacional. La Administración y el Derecho Administrativo ya no son solo y exclusivamente "estado-céntricos". La acción exterior de las administraciones nacionales ha crecido exponencialmente. A ello se añade la existencia, más allá del Estado, de una variada gama de organismos reguladores, públicos, privados y mixtos, de naturaleza administrativa, con efectos multiplicadores para las políticas públicas nacionales. La Administración es interna o nacional, y externa o supranacional (comunitaria en nuestro caso) e internacional. Del Derecho Administrativo nacional al Derecho Administrativo global, tal es la primera extensión del territorio.

b) La permeabilidad entre las esferas pública y privada constituye un fenómeno de enormes consecuencias. La Administración y la sociedad no son ya dos esferas separadas que nunca se tocan; la Administración no define en solitario, en tantos sectores, lo que al interés general conviene: si un medicamento es apto para el consumo humano; cuál sea la mejor tecnología disponible; o el plan de estudios más adecuado. Hoy día la Administración y la sociedad tienden a actuar de consuno, como socios que se necesitan. La correulación y la autorregulación no son sino dos manifestaciones más de las nuevas estrategias regulatorias en las que se implica activamente al sector privado.⁹

8. Sobre el tema, véanse las obras colectivas *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, y *La transformación del procedimiento administrativo*, de 2006 y 2008, respectivamente, coordinadas por JAVIER BARNÉS, y publicadas en Editorial Derecho Global – Global Law Press, Sevilla (véase en <http://www.globallawpress.org/catalogo.htm>).

9. Véase, por ejemplo, el Acuerdo interinstitucional del Parlamento, Consejo y Comisión: "Legislar mejor" [Diario Oficial C 321 de 31.12.2003], artículos 18-23.

La privatización, en este escenario, no representa sino una forma distinta de regulación; en modo alguno constituye una retirada del Estado. El Derecho Administrativo no es solo Derecho público, sino también privado, en la medida en que ha de extender (inocular, transponer, infectar...) los valores públicos en la acción de los sujetos privados cuando llevan a cabo actividades que el legislador considera de interés general, y porque la Administración, a la postre, ha de garantizar un resultado, a saber: que las prestaciones del sector privado tengan las condiciones que la ley establece (universalidad de la prestación, calidad, precio razonable, por ejemplo). De un Estado prestador a un Estado garante del resultado. De un Derecho Administrativo público a un Derecho Administrativo también privado. Tal es el segundo espacio que se abre con la apertura de esta frontera.

c) Las rígidas fases en que se escalonaba el proceso regulatorio –primero, la creación del Derecho sustantivo a cargo del legislador, y, más tarde, la aplicación del mismo confiado a la Administración– parecen desdibujarse en numerosos sectores, como consecuencia de la incapacidad de la ley para anticiparse a la realidad y dirigir en consecuencia la acción administrativa. La Administración no encuentra en la ley la receta. Si la ley no puede definir cuáles sean las sustancias químicas peligrosas, el crecimiento sostenible en cada caso, los estándares técnicos que han de seguirse para la elaboración de un producto o la prestación de un servicio, o por dónde ha de crecer la ciudad, por ejemplo, habrá de idear, en compensación, mecanismos, foros y reglas para hallar la solución correcta, en términos de eficacia, de legitimidad democrática y de control. Así surgen procedimientos cualitativamente distintos a los tradicionales, en materia de medio ambiente o en el ámbito del planeamiento, por ejemplo. A través de ellos, y en un proceso continuo, se establece el derecho, la regla o el criterio; se aplica y proyecta en la práctica; se vigilan y supervisan las consecuencias o efectos que genera; se modifica o revisa la regla en función del resultado deseado, como si se tratara no de una foto fija, sino de una imagen en movimiento. El proceso regulatorio se concibe como un ciclo constante. En suma, del Derecho Administrativo entendido como un arsenal de instrumentos para la aplicación de la ley, de mera ejecución de políticas públicas, a un Derecho Administrativo destinado a establecer el derecho a dirigir políticas públicas. Un Derecho

Administrativo que ha de adaptarse a nuevas formas de gobierno (gobernanza colaborativa, en esencia), más flexibles, complejas, deliberativas, integradoras. Tal es el tercer espacio que ha de ocupar.

La quiebra de esas fronteras o divisorias abre, en efecto, nuevos territorios que son colonizados por nuevas formas de gobierno y regulación. El modo tradicional de gobierno se había construido sobre la impermeabilidad de esas fronteras (global-nacional; público-privado; creación-aplicación).¹⁰

3.2. La emergencia de nuevas estrategias regulatorias

La caída de esas tres fronteras significa, en otras palabras, la pérdida del monopolio del sistema de producción normativa, heredado del Estado liberal del siglo XIX, y de acuerdo con el cual el derecho principal emana de un único centro, el curso del proceso regulatorio va de arriba hacia abajo, y la Administración destina sus esfuerzos a aplicar o ejecutar lo establecido, haciendo uso de técnicas coercitivas.

Ese sistema se asienta en la creencia de que la ley formal lo puede contemplar todo. A partir de esa premisa, se construye el edificio:

–El Estado es el único “productor” de normas y la regulación tiene, en consecuencia, carácter estado-céntrico.

–La Administración se estructura jerárquicamente y actúa de modo imperativo para llevar a su debido efecto lo establecido en la norma.

–Las leyes se resuelven en órdenes o mandatos positivos y en prohibiciones.

–La regulación se articula en torno a dos fases necesariamente diferenciadas: la creación de la norma y su aplicación. Se fundamenta, por tanto, en el binomio “programación-ejecución”. La primera, reservada al Parlamento, y la segunda, a la Administración. La discrecionalidad –en virtud de la cual el legislador defiere a la Administración la respuesta o la decisión– tiende a concebirse en el plano teórico como algo excepcional, como algo a reducir y “combatir”.

Si, en efecto, el Derecho Administrativo deviene global, interactúa con el sector privado y se ha de ocupar de la dirección de las nuevas políticas públicas

10. Para un estudio más profundo, me remito a la literatura recogida en la nota 9.

a través de procesos regulatorios mucho más complejos, será necesario organizar las cosas de otro modo. Esa necesidad da lugar a nuevos modelos o modos de dirección, regulación y gobernanza (por ejemplo, como la que representa la autorregulación en sus más variadas especies). Y ahí el procedimiento tiene un protagonismo especial. De entrada ha de salir de su molde procesal para desempeñar nuevas y más altas funciones: la elaboración de normas, públicas o privadas con relevancia pública, vinculantes o no; la dirección, guía o asistencia en las nuevas políticas públicas en las que la ley no ha establecido la solución material, sino que defiere su hallazgo al procedimiento.

El Derecho Administrativo representa un formidable instrumento de transformación económica y social (ha contribuido como ninguna otra rama del Derecho a la creación de clase media, el mejor invento del siglo XX, aun cuando esté lejos de ser un bien universal) y sirve de transformador del Derecho Constitucional para hacerlo realidad en cada tiempo y lugar. La regulación de los mercados, la redistribución de la riqueza, la generación de clase media, o la universalización del acceso de todos a los bienes de la cultura y a las actividades de interés general o de servicio público (educación, sanidad, telecomunicaciones, energía, transporte, etc.), son algunas de las misiones que ha tenido encomendadas. Es una rama fundamental del Derecho que sirve para transformar o transponer las grandes opciones y deseos de una sociedad a la realidad.

El procedimiento administrativo constituye el cauce natural a través del cual la Administración adopta sus decisiones, cualquiera que sea la naturaleza o alcance de estas: resoluciones singulares, favorables o de gravamen; contratos y convenios; normas reglamentarias de todo tipo y naturaleza, incluido el planeamiento territorial y urbanístico; instrumentos de Derecho indicativo o no vinculante (recomendaciones, guías, interpretaciones, etc.).

Pero el procedimiento no es solo un proceso decisorio. Constituye, además, un sistema para la obtención de datos, el tratamiento de la información, la adquisición de conocimiento, con independencia de que esas operaciones no desemboquen en decisión alguna (por ejemplo, procedimientos de control de subvenciones; de elaboración de la cartografía medioambiental; de intercambio de información entre administraciones; etc.). A eso se añade que, en la macroeconomía del sistema, el procedimiento cumple una doble misión de alcance estratégico respecto de la Administración como ninguna

otra técnica en el Derecho Administrativo: una función negativa o de control, de un lado, y una función positiva o de dirección, de otro. La primera vertiente pone el acento en el control de la discrecionalidad, y la prevención de abusos. La segunda, en la dirección eficaz de la Administración, para la adopción de medidas efectivas, en la búsqueda de la mejor decisión posible (por ejemplo, con la ayuda de evaluaciones de impacto regulatorio o de evaluación estratégica ambiental).

4. Las tres generaciones de procedimiento. Una respuesta a la evolución del Derecho Administrativo

Si el procedimiento es la "forma de hacer realidad el Derecho Administrativo", parece evidente que habrá de evolucionar y adaptarse a esos cambios y transformaciones. La caída de las tres fronteras antes descritas determina el nacimiento de una tercera generación de procedimientos.

4.1. Primera generación: actos y decisiones singulares dictados por una Administración jerárquica

La primera generación de procedimientos administrativos tiene por objeto el dictado de actos y decisiones singulares de todo tipo (autorizaciones, permisos, subvenciones, sanciones, resolución de recursos, etc.). Constituye un proceso decisorio que se inspira abiertamente en el modelo judicial y, como él, parte de la premisa de que la ley material ha resuelto la cuestión planteada (si procede o no otorgar la subvención, denegar la autorización o imponer la sanción). El procedimiento es, pues, un mecanismo o herramienta que coadyuva a la correcta aplicación de la ley. Es, en otras palabras, el procedimiento tipo de la Administración, que actúa jerárquicamente e investida con técnicas coercitivas.

Esta primera generación de procedimientos resulta particularmente idónea cuando se trata de resolver cuestiones que afectan directamente a los derechos e intereses de los ciudadanos. Por otra parte, cuando se habla de procedimiento administrativo se piensa habitualmente en esta generación, hasta el punto de que parece haberse reservado a su favor el término. La Administración ya utilizaba estos procedimientos en el Estado contemporáneo antes de la invención de la electricidad, y las primeras leyes datan del siglo XIX.

4.2. Segunda generación: normas administrativas aprobadas por Administración jerárquica

La segunda generación de procedimientos surge con fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX, antes de la invención de Internet, y tiene por objeto la aprobación de normas administrativas infralegales (reglamentos ejecutivos o independientes; planes territoriales o urbanísticos; circulares de organismos reguladores o agencias independientes; ordenanzas locales; etc.). Teóricamente, el procedimiento reglamentario se inspira en el proceso legislativo. Ahora bien, como son pocas las reglas que lo disciplinan, en realidad este procedimiento, de nuevo, se basa en buena medida en el proceso judicial (por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno). Se trata, en todo caso, de un proceso decisorio.

Con alguna notable excepción (como en el caso de la Ley de procedimiento administrativo norteamericana, de 1946), la producción normativa que contemplan las leyes de procedimiento se resuelve en un proceso regulatorio que tiene lugar, de arriba hacia abajo, en manos de una Administración jerárquica e imperativa, y con una participación ciudadana que tiene lugar en una fase tardía, cuando la norma está ya por completo prefigurada. Se trata, en la mayor parte de los casos, de procedimientos un tanto rudimentarios (apenas se establecen normas de procedimiento, como sucede actualmente con el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno). Esta segunda generación de procedimientos ha estado particularmente desatendida por la legislación durante largo tiempo, lo cual no deja de ser paradójico si se tiene en cuenta que la actividad reglamentaria es la más trascendente de la que se ha ocupado la Administración contemporánea desde la segunda posguerra, tanto por el número de normas aprobadas en relación con las leyes, como, sobre todo, en términos cualitativos (carácter reglamentario posee una inmensa mayoría de normas que nos afectan a nuestra vida cotidiana). De ordinario, además, la legislación se ha centrado en la aprobación de reglamentos ejecutivos, sin consideración a otras muchas clases de normas administrativas.

Esa parca regulación ha dejado fuera de su consideración, tradicionalmente, la elaboración de normas no vinculantes (Derecho indicativo, blando o *soft law*); la producción normativa que emana de la autorregulación privada; o las normas, vinculantes o no, construidas más allá del Estado.

Esa tendencia comienza a ser corregida a impulsos, entre otros factores, a consecuencia de las múltiples iniciativas tendentes a regular mejor.

4.3. Tercera generación: actos, normas y políticas públicas elaborados por medio de las nuevas formas de gobernanza colaborativa

La desaparición o porosidad de esas fronteras determina inexorablemente un modo de ser distinto del actuar administrativo. Las principales políticas públicas –desde la regulación de los mercados financieros, pasando por la seguridad alimentaria, hasta el medio ambiente– se han de elaborar de un modo bien diferente al tradicional. Ninguna Administración es ya autárquica, sino cada vez más dependiente de otras administraciones y del sector privado. La palabra mágica es “colaboración”. Pero la interdependencia no se da solo entre los actores o sujetos públicos y privados en liza, sino también entre la fase de normación y la de aplicación, que pasan así a formar parte de un proceso continuo, en constante revisión y actualización. La Administración (los bancos centrales, la Agencia Europea del Medicamento, o la Administración medioambientalmente responsable) adquiere, en consecuencia, una mayor responsabilidad, puesto que su papel se aleja aún más de la mera ejecución de una previa ley material que la programe.

Los procedimientos administrativos cualitativamente distintos que se dan aquí cita se hallan al servicio de una Administración que coopera y trabaja en común. Su objetivo prioritario no reside en el control de la discrecionalidad, en sentido defensivo y *ex post*, sino en la guía y dirección en positivo y *ex ante* de la Administración. El procedimiento en sí mismo es, pues, de suma importancia.

La clave o la seña de identidad de estos procedimientos de tercera generación se localiza en un dato, a nuestro juicio, decisivo: su ubicación en el entorno de una Administración “colaborativa”, o que coopera, que no se basta a sí misma ni apela a la decisión unilateral. El modo de gobierno o gobernanza en el que se sustentan, en otras palabras, no se inspira en el modelo judicial.

Las reglas de procedimiento tienen mucho que decir en la elaboración y desarrollo de estas nuevas políticas públicas. Al procedimiento preocupa satisfacer muchas de las necesidades que aquellas demandan: desde la simplificación del procedimiento, pasando por el constante intercambio de infor-

mación entre administraciones a todos los niveles de gobierno, la evaluación de las distintas opciones o alternativas, análisis de impacto regulatorio o de coste-beneficio, hasta la supervisión de las decisiones adoptadas y su modificación o revisión cuando se detecte la desviación de los objetivos propuestos, o la aprobación de programas y planes nunca definitivos.

Los procedimientos de tercera generación comprenden procesos decisorios (decisiones singulares, normas infralegales) y no decisorios (análisis, obtención de información, etc.).

Entre los primeros, se pueden citar los procedimientos simplificados de la Directiva de Servicios, de 2006, en la medida en que esta norma aboga por la mera comunicación de la actividad proyectada, lo que supone, primero, una transferencia al ciudadano de la responsabilidad de procurar la observancia de la legalidad, con los costes que ello implica, y, en segundo lugar, una colaboración interadministrativa en el espacio europeo, sumamente sofisticada (simplificación de procedimiento significa de ordinario un trabajo más elaborado y refinado por parte de la Administración). Entre los procesos decisorios de tercera generación podrían incluirse, esta vez en concepto de norma infralegal, los

que tienen por objeto la elaboración de Derecho indicativo, en forma participada y en colaboración con el sector privado.

Son numerosas, y con frecuencia más relevantes, las reglas, criterios o principios de procedimiento que, sin desembocar directamente en la toma de decisiones, tienen por objeto satisfacer las múltiples necesidades de las nuevas formas de trabajo y elaboración de las políticas públicas: obtención e intercambio de información, consultas sobre las prioridades de una determinada política, colaboración entre organismos reguladores, evaluación periódica de las opciones políticas, análisis de los efectos, etc.

Estas son las cuestiones a las que ha de hacer frente el gobierno electrónico.

La opción política que se ha hecho, señaladamente desde la Unión Europea, en pro de la gobernanza colaborativa para llevar a efecto tantas políticas públicas, desemboca a su vez en procedimientos de tercera generación, capaces de articular las nuevas necesidades que esos modelos demandan.

Las nuevas tecnologías de la información y del conocimiento, hecha ya esa opción, han de responder a sus requerimientos, potenciando el nuevo concepto de Administración cooperativa.

Cuadro 1

Características del procedimiento administrativo tradicional y déficits que presenta*

Notas características del procedimiento tradicional	Déficits de la legislación de procedimiento administrativo tradicional. Algunos ejemplos
El ámbito subjetivo de la legislación se circunscribe a las administraciones públicas y a las entidades de Derecho público "cuando ejerzan potestades administrativas" (artículo 2.2).	La legislación de procedimiento no contempla, por ejemplo, la acción administrativa sujeta al Derecho privado.
El procedimiento administrativo constituye un proceso decisorio: El procedimiento tiene por objeto la adopción de decisiones (que habrán de desembocar en actos, contratos o normas). En otras palabras, el procedimiento clásico nace ligado a supuestos y situaciones específicas a las que pretende dar respuesta.	Por tanto, quedan fuera de su consideración, por ejemplo, aquellos procedimientos que no están diseñados, al menos de modo directo, para concluir en la adopción de una concreta decisión, puesto que su objeto consiste más bien en la obtención y tratamiento de la información (ejemplos: procedimientos de control de subvenciones; procedimientos de elaboración de la cartografía medioambiental; etc.). Tampoco caen dentro de la definición del procedimiento, como proceso decisorio, las actividades y prestaciones materiales que lleva a cabo la Administración (asistencia social, mediación, etc.).
Es un proceso formal: La legislación regula la actividad administrativa que se sujeta a un procedimiento formalizado cuyo objeto final es, igualmente, una decisión formal (acto, contrato, reglamento).	Ello excluye, por ejemplo, la acción administrativa no formalizada (negociaciones previas y tratos preliminares, consultas, asesoramiento, etc.); la elaboración de los instrumentos de carácter no vinculante (mecanismos de Derecho indicativo o <i>soft law</i> : recomendaciones, interpretaciones, guías, etc.).
El producto característico de la legislación de procedimiento es el acto administrativo singular (en particular, de gravamen).	El reglamento, por ejemplo, ocupa un lugar muy secundario (salvo excepciones, como en la LPA norteamericana).

*Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

Notas características del procedimiento tradicional	Déficits de la legislación de procedimiento administrativo tradicional. Algunos ejemplos
<p>El procedimiento constituye un instrumento para la correcta aplicación del Derecho material. El procedimiento administrativo posee una función secundaria respecto del Derecho sustantivo. Si la resolución final es conforme con la legalidad, la infracción de procedimiento carece de relevancia en muchos casos.</p>	<p>No tiene en cuenta, por ejemplo, el procedimiento como foro para la creación o búsqueda de la mejor solución no predeterminada por la ley (plan urbanístico; evaluación estratégica ambiental; etc.).</p>
<p>La única actividad de ejecución o de aplicación del Derecho que se recoge es la ejecución forzosa. Se parte de la premisa de que las fases de creación y de aplicación se hallan rígidamente separadas.</p>	<p>No se hace referencia a la búsqueda del consenso o a la cooperación público-privada, en la ejecución y desarrollo de la norma; no se regula, ni parece formar parte del procedimiento, la supervisión o control de las decisiones adoptadas (por ejemplo, autorizaciones provisionales; los efectos indeseados o no previstos de una evaluación medioambiental, etc.).</p>
<p>La legislación de procedimiento mira "hacia adentro".</p>	<p>Descuida las relaciones interadministrativas en el plano europeo e internacional.</p>
<p>La comunicación entre la Administración y el ciudadano se encuentra definida en términos muy estrechos. La posición de los interesados y de sus derechos e intereses, amparada por la seguridad jurídica, de un lado, y la de la Administración, defensora en exclusiva de los intereses generales, de otro, están definidas de un modo rígido y distante. En consecuencia, la instrucción del procedimiento se realiza de oficio, con un carácter un tanto paternalista.</p>	<p>No se regula la instrucción practicada por el sujeto privado (como sucede, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente).</p>
<p>Comprensión del principio de separación de poderes, como sinónimo de funciones rivales. Desde la estrecha comprensión tradicional del principio de división de poderes, el ejecutivo (un término que en tantos sistemas jurídicos sirve para designar al Gobierno y a la Administración) se limita a "ejecutar" y a "administrar", y, en consecuencia, no formula políticas públicas. Como se trata tan solo de eso, de aplicar, el procedimiento adquiere una estructura a imagen y semejanza del proceso, bien sea con la rúbrica norteamericana del <i>due process</i>, la británica de la <i>natural justice</i>, o la francesa de los "derechos de defensa".</p>	<p>Las tres funciones son complementarias y aliadas: Las nuevas formas de dirección y gobernanza se alejan de ese reduccionismo, y reclaman una comprensión del procedimiento que no responda a una estructura procesal para abarcar el ciclo completo de la política pública.</p>
<p>El procedimiento presenta un carácter negativo o defensivo frente a la arbitrariedad y abuso de poder de la Administración. Por ello, el procedimiento decisorio pretende garantizar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - que las decisiones sean imparciales; - que sean adoptadas por el órgano competente; - que se respeten los derechos de los ciudadanos; - etc. 	<p>El procedimiento administrativo en positivo: como instrumento que garantice un correcto y eficaz ejercicio de la discrecionalidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> - que las decisiones discrecionales sean razonables y eficaces, las mejores posibles; - que se condicionen y enmarquen dentro de una sólida participación y transparencia; - que ponderen todos los bienes, derechos e intereses en presencia; - etc.
<p>El procedimiento opera como un mecanismo de control del poder.</p>	<p>El procedimiento representa un instrumento de dirección del poder.</p>
<p>Los procedimientos son "duros" y rígidos. Se establecen requisitos muy poco flexibles, por ejemplo, sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> - el alcance de la participación y momento en que se produce; - los canales de participación y la forma de intercambio de información; - el modo y la forma en que ha de tomarse la decisión. 	<p>Resultan escasos los requisitos procedimentales de carácter "blando" y flexible. Por ejemplo, para conseguir una:</p> <ul style="list-style-type: none"> - comunicación abierta; - participación fluida; - deliberación basada en la búsqueda del consenso.
<p>El procedimiento, inserto en la clásica división entre la creación del Derecho y su aplicación, se concibe esencialmente como un instrumento al servicio de la segunda.</p>	<p>El procedimiento no acompaña el ciclo completo de las políticas públicas. En la legislación tradicional, no se contempla el procedimiento como un mecanismo que se extiende a todas las fases: preparación de la política pública; establecimiento de prioridades; toma de decisiones; desarrollo; aplicación; revisiones y modificación; control; etc.</p>

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 2

Modelo de Administración que subyace a la legislación de procedimiento administrativo tradicional*

Modelo de Administración de la legislación tradicional de procedimiento	Modelos o formas de Administración no considerados en la legislación tradicional. Algunos ejemplos
<p>La Administración característica de la LPA es la propia de la actividad administrativa de policía (orden y seguridad públicas), o, más ampliamente, la de una Administración que actúa con <i>imperium</i>.</p>	<p>Otras formas y modalidades de Administración son ignoradas: por ejemplo, la Administración que garantiza la prestación en el ámbito de la autorregulación regulada; la Administración que coopera con los sujetos privados; la Administración que trabaja en común con otras administraciones en el espacio europeo e internacional; la Administración prestacional; la Administración mediadora; etc.</p>
<p>Es una Administración jerárquica, cerrada y piramidal. Está diseñada para transmitir órdenes e información de arriba hacia abajo.</p>	<p>No contempla la Administración en red que coopera horizontal y verticalmente con otras administraciones; los organismos reguladores de los sectores regulados; etc.</p>
<p>La legislación de procedimiento concibe a la Administración como una organización que dicta resoluciones unilaterales y obligatorias, acompañadas de técnicas coercitivas.</p>	<p>La Administración que informa, la Administración que elabora instrumentos de Derecho blando (recomendaciones, guías, etc.); la Administración que realiza actividades materiales, etc., no tiene espacio en la legislación general de procedimiento.</p>
<p>El flujo de información dentro de la estructura interna de la Administración carece de interés para la Ley. Las técnicas de colaboración que se siguen en los procedimientos que se utilizan en el marco del método tradicional (por ejemplo, la evacuación de informes de una Administración a otra en los procedimientos de elaboración del planeamiento territorial) resultan pobres e insuficientes en muchos casos.</p>	<p>Por ejemplo, obtención, procesamiento e intercambio de información que requiere la Administración en el marco de la autorregulación regulada, y, más aún, de las administraciones del espacio comunitario no son objeto de atención.</p>
<p>La participación de otros órganos u administraciones en el curso del procedimiento clásico ocupa un lugar secundario. El procedimiento no está concebido como un instrumento de colaboración interadministrativa: se trata de una Administración encerrada en sí misma.</p>	<p>En consecuencia, quedan fuera de la legislación tradicional, por ejemplo, la Administración "compuesta" o conjunto de administraciones que actúan en conjunto dentro del espacio europeo, y más ampliamente, todos los supuestos en los que la colaboración no se basa en un encuentro puntual y en una relación jerárquica; o no se asienta sobre las premisas de una posición fragmentada o sectorial (por ejemplo, en el caso del gobierno electrónico).</p>
<p>Es una Administración "estado-céntrica", que no opera más allá de las fronteras nacionales.</p>	<p>No contempla a la Administración nacional en su condición de Administración comunitaria, menos aún la acción administrativa internacional.</p>
<p>En síntesis, la legislación tradicional de procedimiento deja fuera procedimientos y formas de Administración de enorme trascendencia. Señaladamente:</p>	
<p>La acción administrativa europea e internacional. La acción administrativa sujeta al Derecho privado y los fenómenos de privatización del procedimiento. Las acciones administrativas no formalizadas y los instrumentos no normativos o de carácter no vinculante (<i>soft law</i>).</p>	

Fuente: elaboración propia.

Cuadro 3

De la regulación tradicional a la gobernanza

	Modelo clásico de regulación	Nuevas formas de dirección y gobernanza
Naturaleza del Derecho	<ul style="list-style-type: none"> – Predominio de normas de carácter material o sustantivo. – Derecho emanado desde un único centro. – Derecho imperativo (prohibiciones y mandatos). – Normas abstractas, generales y rígidas. 	<ul style="list-style-type: none"> – Elevado número de normas de procedimiento. – Derecho emanado de forma descentralizada. – Pluralidad de centros de producción normativa. – Normas flexibles y adaptadas al contexto y a las variables. – Coordinación descentralizada y en red. – Autorregulación (Derecho reflexivo).

*Se toma como ejemplo la Ley española de procedimiento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

	Modelo clásico de regulación	Nuevas formas de dirección y gobernanza
Organización institucional	Organización jerárquica, piramidal y formal (estructurada de arriba hacia abajo).	Organización horizontal estructurada en forma de red.
Actores fundamentales	Estado centralizado, como sujeto protagonista.	<ul style="list-style-type: none"> – Cooperación entre los múltiples niveles de gobierno (local, regional, transnacional, internacional). – Participación de múltiples agentes públicos y privados. – Descentralización y principio de subsidiariedad.
Proceso de creación del Derecho	<ul style="list-style-type: none"> – El Derecho es estático y estable, permanece “petrificado” hasta su derogación. – Regulación es dictar órdenes, mandatos y prohibiciones. 	<ul style="list-style-type: none"> – El Derecho es un proceso abierto, dinámico, y en constante adaptación. – Gobernar es un proceso de aprendizaje y de innovación. – Los nuevos modelos están mejor posicionados para aceptar la incertidumbre y la diversidad, para ensayar y avanzar de forma repetitiva la búsqueda de soluciones eficaces. – El Derecho tiene por objeto promover prácticas que permitan la revisión y la mejora constantes.
Modos de acción	Canales formales de actuación. Actividad administrativa de policía.	Pluralidad de canales de actuación.
Función de los agentes privados	<ul style="list-style-type: none"> – El individuo es objeto de la regulación. – El individuo es un sujeto que puede o no cumplir la norma. 	<ul style="list-style-type: none"> – El individuo participa activamente en la producción normativa. – Ciudadano activo.
Coactividad del Derecho	Derecho “duro” o imperativo, acompañado de técnicas coercitivas.	<ul style="list-style-type: none"> – Derecho indicativo o “blando”. – Cooperación voluntaria.
Uso del conocimiento y de la información	La información que ofrece el ciudadano es selectiva por miedo a incurrir en responsabilidad.	La información es compartida y el flujo permanente.
Marco procedimental	El procedimiento tiene carácter defensivo y se centra en el resultado final. El control se produce <i>ex post</i> .	El procedimiento se centra en el proceso mismo. El control se produce <i>ex ante</i> .

Fuente: Orly Lobel, “The renew deal: the fall of regulation and the rise of governance in contemporary legal thought”, 2004 Minnesota Law Review Foundation (89 Minn. L. Rev. 342), y elaboración propia.

Cuadro 4**Características generales de las tres generaciones de procedimientos**

1ª Generación de procedimientos administrativos	2ª Generación de procedimientos administrativos	3ª Generación de procedimientos administrativos
Legislación tradicional de procedimiento administrativo	Legislación tradicional de elaboración de disposiciones reglamentarias	Normativa sectorial (por ejemplo, USA, UE):
		Medio ambiente Política social Autorregulación ... Gobernanza internacional Colaboración público-privada
Modelo Judicial (actos administrativos puramente aplicativos)	Modelo Legislativo (reglamentos ejecutivos tradicionales)	Modelo Administrativo (nuevas formas de regulación y gobernanza)
El procedimiento es una secuencia de actos de autoridad orientada al dictado de una resolución singular.	El procedimiento tiene por objeto elaborar una norma infralegal.	El procedimiento acompaña el ciclo completo de la política pública: el procedimiento se extiende a la formulación de las políticas públicas y sus prioridades, al desarrollo y diseño, y a su aplicación efectiva.
Rígida separación entre la creación del Derecho y la aplicación al caso.		Mayor integración entre las distintas fases del proceso legal: normación, desarrollo, aplicación, ejecución forzosa, resolución de conflictos.
Procedimiento como control de la discrecionalidad administrativa.		Procedimiento como dirección de la discrecionalidad administrativa.
Procedimiento decisorio (actos administrativos).	Procedimiento decisorio (normas reglamentarias).	– Procedimiento decisorio. – Procedimiento no decisorio: cubre actuaciones que no están orientadas a una situación concreta (procedimientos de control; de intercambio de información; etc.).
Aplicación de la Ley material	Desarrollo normativo	Creación y aplicación del Derecho
Instrumento para la correcta aplicación del Derecho material (acto administrativo singular).	Instrumento para dictar una norma de desarrollo (reglamento ejecutivo) o para la aprobación de un plan territorial o urbanístico.	Instrumento para hallar la mejor solución posible no predeterminada por la Ley material.
		(Disolución de las fases "creación del Derecho – aplicación").
El procedimiento no se preocupa de la aplicación, más allá de la ejecución forzosa.	La aplicación de la norma queda fuera del procedimiento, más allá de las situaciones conflictivas.	La aplicación forma parte esencial del procedimiento y acompaña toda la vida de la resolución, incluye el control y la supervisión.
Obtención de la información: principio de instrucción de oficio.	Obtención de la información: información pública.	Obtención de la información: cooperación público-privada; cooperación interadministrativa.

Fuente: elaboración propia. ■

Comunicaciones y notificaciones electrónicas

Eduardo Gamero Casado
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

1. Introducción

- 1.1. La necesidad de un adecuado sistema de notificaciones electrónicas en la Era de la Información
- 1.2. Acervo previo en la materia: el fracaso del Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras

2. Las notificaciones administrativas: requisitos derivados del Derecho común general y contenidos de la Ley 11/2007

3. La determinación del medio de comunicación y notificación

- 3.1. Régimen general de las comunicaciones electrónicas
 - 3.1.1. Comunicación y notificación no son nociones equivalentes.
 - 3.1.2. Requisitos generales de las comunicaciones electrónicas.
 - 3.1.3. Las comunicaciones interadministrativas
- 3.2. La imposición obligatoria del medio electrónico
 - 3.2.1. La multicanalidad y la libre elección del medio por el ciudadano.
 - 3.2.2. La potestad de imponer el uso obligatorio de los medios electrónicos en las comunicaciones.
 - 3.2.3. El derecho a cambiar de canal (intermodalidad de la comunicación), y su necesaria matización
- 3.3. La elección del medio de notificación
 - 3.3.1. El derecho a la elección del medio y la manifestación del consentimiento.
 - 3.3.2. La suscripción de procedimientos.
 - 3.3.3. El derecho a cambiar de medio de notificación: remisión

4. La práctica de las notificaciones electrónicas y sus incidencias

- 4.1. Las formas de notificación
 - 4.1.1. La dirección de correo electrónico habilitada.
 - 4.1.2. Sistemas de correo electrónico con acuse de recibo.
 - 4.1.3. Comparecencia electrónica.
 - 4.1.4. La publicación sustitutoria en tablones de edictos electrónicos.
 - 4.1.5. Otros medios de notificación electrónica. En particular, la mensajería electrónica en redes intranet y en relaciones de sujeción especial.
 - 4.1.6. Un ejemplo sectorial: la Dirección Electrónica Vial
- 4.2. Reglas específicas en cuanto al acceso
 - 4.2.1. Momento en que debe entenderse practicada la notificación.
 - 4.2.2. Rechazo tácito y permanencia de la notificación a disposición del destinatario.
 - 4.2.3. Supresión del segundo intento.
 - 4.2.4. Juicio crítico sobre la asimetría de los regímenes jurídicos en función del medio de notificación.
 - 4.2.5. Imposibilidad técnica o material de acceso al contenido.
 - 4.2.6. Intento documentado de notificación y silencio administrativo

1. Introducción

1.1. La necesidad de un adecuado sistema de notificaciones electrónicas en la Era de la Información

Está fuera de discusión la transformación social que ha supuesto la generalización de las tecnologías de la información y la comunicación. Cada vez es más cierto

que esos cambios también se han experimentado en las relaciones jurídico-administrativas: las administraciones públicas emplean, con intensidad creciente, estas tecnologías para la gestión interna y para su relación con los ciudadanos. Las principales dificultades que se presentaban inicialmente a la generalización de la Administración electrónica (elevado coste de inversión, formación de los empleados, recelos de la ciudadanía, inseguridad jurídica por falta de regulación de la materia...) se van

disipando poco a poco, y en la actualidad no constituyen un obstáculo verosímil a la digitalización de los procedimientos y a la prestación de servicios electrónicos por parte de las administraciones públicas. La ciudadanía está utilizando ya masivamente algunos servicios de Administración electrónica que han sido diseñados con parámetros adecuados de accesibilidad, usabilidad y seguridad. Esto demuestra que una adecuada configuración de los servicios de Administración electrónica se está viendo correspondida con una respuesta positiva por parte de la ciudadanía. Tales servicios de Administración electrónica no solo mejoran la situación de los ciudadanos, que ven facilitado el ejercicio de sus derechos: también permiten una gestión administrativa interna más ágil, redundando en una optimización de los recursos humanos y materiales. Por consiguiente, la implantación de servicios de Administración electrónica, adecuadamente diseñados desde el punto de vista técnico y que permitan salvaguardar las garantías jurídicas, constituye en la actualidad un verdadero imperativo, derivado del artículo 103 CE –principio de eficacia–, y del artículo 3.2 LRJPAC –criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos–, además de constituir las más relevantes finalidades de la propia Ley 11/2007 –artículo 3–. En lo que nos ocupa, estas mismas reflexiones deben proyectarse hacia el régimen jurídico de las notificaciones administrativas, reforzadas con algunos elementos adicionales.

En efecto, la notificación es un trámite esencial para la gestión administrativa: la eficacia de todos los actos administrativos que afecten a derechos e intereses legítimos depende de su adecuada realización. Tras la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, su trascendencia es aún mayor, por cuanto la notificación debe practicarse antes del *dies ad quem* para la producción del silencio administrativo, de tal manera que una notificación defectuosa, o la ausencia total de este trámite, supondría la generación de un acto presunto estimatorio o la desestimación presunta de lo pedido. Todo

ello determina la necesidad de apoderar a la Administración con instrumentos eficaces de notificación administrativa.

Pero además, la sociedad actual ha transformado radicalmente sus hábitos domésticos, dificultándose de manera extraordinaria la entrega de notificaciones postales, al encontrarse los domicilios desocupados la mayor parte del tiempo. La implantación de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información y el conocimiento, y su acceso cada vez más generalizado al común de la población, hacen especialmente deseable la articulación de un régimen jurídico específico que contemple la posibilidad de recibir notificaciones administrativas por medios electrónicos, adaptando las determinaciones comunes, relativas a la notificación, a las particularidades específicas que entraña el empleo de este medio.

Todo ello sitúa a la notificación electrónica en el centro mismo del escenario, invitando a articular un servicio susceptible de conciliar los dos bienes jurídicos que pueden entrar en colisión con ocasión de su práctica: la garantía de los derechos de los ciudadanos, y la eficacia de la actuación administrativa.¹ Aquí me ocupo de exponer la cuestión analizando el régimen básico previsto en la Ley 11/2007, y el desarrollo de que ha sido objeto para la Administración del Estado, sin abordar los sistemas de notificación previstos en otros ámbitos, como en el Derecho autonómico² o en la Administración tributaria.³

1.2. Acervo previo en la materia: el fracaso del Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras

La Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, o Ley de Administración electrónica (como la denominaremos convencionalmente en lo sucesivo, también usando el acrónimo LAE), es una magnífica disposición, repleta de aciertos, que ha situado a España en la vanguardia mundial de la ordenación jurídico-positiva de la materia. Es preciso resaltarlo por hacer justicia a este incuestionable

1. Un binomio especialmente destacado por de DIEGO DIEZ, L. A.: *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 23 y ss.

2. Para cuyo estudio puede acudir a MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones electrónicas en el procedimiento administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 132 y ss.

3. En esta materia, véase especialmente DELGADO GARCÍA, A. M.: "Manifestaciones de la Administración electrónica tributaria", en la obra coordinada por ella misma y por OLIVER CUELLO, R.: *Administración electrónica tributaria*, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 159 y ss.

esfuerzo normativo. Sin embargo, en materia de comunicaciones y notificaciones telemáticas, el texto de la Ley de Administración electrónica no resuelve adecuadamente diferentes aspectos concernidos por la práctica de la notificación. Ya existía en esta cuestión un importante acervo normativo, práctico y académico, que podría haber servido como referente para superar las serias limitaciones de que adolecía el régimen jurídico de la materia. Algunas de estas experiencias sí han sido incorporadas a la nueva Ley, pero otros muchos aspectos finalmente no han sido enmendados y se han incorporado a la nueva Ley sin apenas novedad.

En efecto, las notificaciones telemáticas fueron uno de los primeros aspectos de la Administración electrónica que recibieron atención por parte del legislador estatal básico: mediante la Ley 24/2001, de medidas fiscales, administrativas, y del orden social, que modificó el artículo 59 de la Ley 30/1992 a fin de regular las notificaciones electrónicas.⁴ En desarrollo de sus previsiones, se dictó el Real decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos; si bien su ámbito de aplicación se contrae a la Administración del Estado. Y, mediante un desarrollo normativo de segundo grado, se reguló a su vez la materia en la Orden PRE/1551/2003, de 10 de junio, por la que se desarrolla la disposición final primera del Real decreto 209/2003.

El producto final de todo ello, desde el punto de vista práctico, fue la puesta en marcha de un Servicio de Notificaciones Telemáticas Seguras (SNTS) por parte del Ministerio de Administraciones Públicas, confiándose su prestación material a Correos y Telégrafos, mediante un convenio suscrito por ambas partes el 22 de octubre de 2003. El servicio arrancó de manera efectiva en 2004, y según los indicadores, hechos públicos por el Ministerio en noviembre de 2008, sus principales magnitudes (globales para los cuatro años de funcionamiento) son las siguientes: 50.000 direcciones electrónicas creadas,

14 organismos emisores integrados en el servicio, y 1.000.000 de notificaciones practicadas. Tales estadísticas de uso son francamente decepcionantes, y no resisten la menor comparación con otros servicios de Administración electrónica articulados por la Administración del Estado: por ejemplo, la presentación telemática del IRPF ha sido realizada en 2009 por 6.913.368 contribuyentes, un 22,9% más que en 2008; sobre el total de declaraciones, las presentadas por Internet suponen un 35%. Ya no vale decir, por otra parte, que la Administración tributaria no puede ofrecerse como parámetro de contraste debido a su ya larga tradición en la materia: otros ámbitos sectoriales, como la afiliación de trabajadores a la Seguridad Social, o la solicitud de cita médica por Internet, ofrecen cifras igualmente satisfactorias. El SNTS constituye un rotundo fracaso, lo cual no solo es reprochable por el gasto que ha supuesto su entrada en funcionamiento, sino que además supone una clara frustración de las expectativas de los ciudadanos, pues a la vista queda que, cuando los servicios de Administración electrónica se encuentran debidamente configurados, desde el punto de vista técnico y jurídico, los utilizan masivamente, dado que les facilitan mucho las cosas.

Hemos de preguntarnos necesariamente qué ha podido ocurrir para alcanzar estos pobres resultados, y adoptar las determinaciones oportunas para reconducir la situación, por todas las razones expuestas: por la centralidad que representa el trámite de la notificación en las relaciones jurídico-administrativas, por las exigencias que demanda la ciudadanía en cuanto al deber de buena Administración, y por las indudables ventajas para la gestión interna que se derivan del empleo de las tecnologías de la información y la comunicación en el procedimiento administrativo. Conviene anticipar cuáles son los puntos negros del sistema, para contrastar después de qué manera se aborda la cuestión por la Ley 11/2007. A mi juicio, son fundamentalmente los siguientes motivos los que han conducido a esta decepcionante situación:

4. Sobre el régimen de las notificaciones electrónicas previo a la Ley 11/2007, deben verse especialmente mis trabajos: GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación administrativa en el procedimiento administrativo común*, Bosch, Barcelona, 2005; y "La notificación por correo electrónico tras la Ley 24/2001, de 27 de diciembre", *REDA*, núm. 116, 2002; así como VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2004 (la 2.ª edición de esta obra, que será la citada en lo sucesivo, es de 2007); MARTÍN DELGADO, I.: "Las notificaciones administrativas telemáticas", en PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 171 y ss.; BAUZÁ MARTORELL, F. J.: *Procedimiento administrativo electrónico*, Comares, Granada, 2002, p. 176 y ss.; y DÁVILA MUÑOZ, J.: "La notificación digital hacia los ciudadanos: características y posibles modelos", *Seguridad en Informática y Comunicaciones*, núm. 45, 2001, p. 48 y ss.

–La complejidad que entraña la elección del medio por parte del ciudadano, que exige dos trámites sucesivos para manifestar su consentimiento a la notificación electrónica: la indicación del medio electrónico como preferente, y la suscripción a concretos procedimientos.

–El hecho de que tal elección debe hacerse con cada Administración pública, obligando al ciudadano a realizar el trámite ininidad de veces y con interlocutores diferentes (con cada Administración que se relacione, y en cada concreto procedimiento al que se suscriba). Es muy llamativo que no exista un servicio centralizado de notificaciones electrónicas, compartido por todas las administraciones públicas.

–La deficiente regulación de la posibilidad de remitir directamente notificaciones electrónicas a los ciudadanos, en procedimientos iniciados de oficio.

–Las limitaciones de los propios servicios de notificación, que ofrecen utilidades muy reducidas.

–El escaso período de permanencia de la notificación (10 días) en el buzón electrónico del ciudadano, que le puede llevar a desconfiar del sistema, pues le obliga a estar continuamente alerta, revisando si le han llegado notificaciones a los diferentes sistemas de notificación a los que esté suscrito.

–El hecho de que, cuando el destinatario no descargue la notificación una vez transcurrido ese plazo, se entenderá rechazada (no infructuosa), colocándole en una posición muy desfavorable frente a los ciudadanos que son notificados por el medio postal tradicional.

2. Las notificaciones administrativas: requisitos derivados del Derecho común general y contenidos de la Ley 11/2007

La Ley 11/2007 y la Ley 30/1992 entablan una relación de especialidad-generalidad.⁵ En relación con las notificaciones electrónicas, al igual que en el resto de materias, la Ley 11/2007 no aborda la totalidad de la regulación, sino exclusivamente las especialidades derivadas de la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en ese concreto trámite. Los contenidos de la Ley 11/2007 deben integrarse necesariamente con el régimen general de las notificaciones administrativas previsto por la Ley 30/1992. Aunque no abordemos el estudio detallado de la cuestión, conviene sintetizar aquí alguno de estos aspectos generales de las notificaciones administrativas, para encuadrar adecuadamente las especialidades que plantean las notificaciones electrónicas.

En cuanto al bien jurídico que se atiende con este trámite, según el Tribunal Supremo, “la finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente a conocimiento de su natural destinatario, en toda su integridad sustancial y formal, y en una fecha indubitada susceptible de efectuar sin dificultad el cómputo del plazo previsto para que el interesado pueda actuar válidamente en defensa de su derecho”;⁶ con ello se trata, en definitiva, de evitar que el destinatario de un acto administrativo sufra indefensión, como recuerdan el propio Tribunal Supremo⁷ y la más autorizada doctrina.⁸ Es bajo este

5. Me he ocupado detenidamente de exponer esta cuestión en GAMERO CASADO, E.: “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J.: *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009 (1ª ed. en 2007), p. 97 y ss., trabajo al que me remito para las consideraciones generales derivadas de ello.

6. *Cfr.*, entre otras, SSTS 14/7/99, Ar. 6068; 2/7/96, Ar. 6128; 14/10/92, Ar. 8467; y ATS 29/9/93, Ar. 6521.

7. Como se afirma con toda claridad en la STS 10/11/00, Ar. 10061: “Debe entender el recurrente que las garantías, tanto constitucionales, del artículo 24, como las derivadas de la Ley de procedimiento administrativo de 1958 y de la Ley 30/1992 del régimen jurídico de las administraciones públicas, referidas a las notificaciones, tienen como finalidad, ante todo, el evitar la indefensión material de los administrados ante los actos de las administraciones públicas”; en análogo sentido, STS 25/2/98, Ar. 1408. Por ello, el incumplimiento de tales garantías genera indefensión a los interesados, como sostienen las SSTS 11/2/03, Ar. 2490, y 13/3/00, Ar. 3826, entre otras.

8. Y en estos términos nos lo recuerda T. R. FERNÁNDEZ: “Este extraordinario detalle y rigor formal (que procede en último término de la benemérita Ley Azcárate de Procedimiento de 1889), del que no participan las notificaciones judiciales, se justifica por dos razones: por una parte, porque la intervención en un procedimiento administrativo no requiere asistencia de letrado; por otra, porque en el tráfico administrativo los plazos de impugnación son extraordinariamente fugaces. Todo ello exige un especial cuidado, a fin de evitar que se pierdan derechos materiales por razones puramente adjetivas”; *cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, Civitas, Madrid, 2006, p. 586. En análogos términos se pronuncia el común de la doctrina: *vid.* especialmente GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 2007, p. 1673 y ss.; DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Garantías...*, *op. cit.*, p. 21 y ss.; NUÑEZ RUIZ, M. J.: *La notificación de los actos administrativos en el procedimiento*

concreto prisma que debe, pues, analizarse todo el régimen jurídico de las notificaciones administrativas: como un trámite formal, de carácter instrumental, con el que se presta soporte al derecho material de no padecer indefensión.

En cuanto a los medios de notificación, según el artículo 59.1 LRJPAC, "las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado". Este apartado establece las condiciones que debe satisfacer todo medio de notificación, sea postal, electrónico, o de cualquier otro tipo. Como se observa, la idoneidad de un determinado medio de notificación depende fundamentalmente del recto cumplimiento de formalidades de constancia, pues en el fondo de todo este asunto lo que subyace verdaderamente es un problema de prueba:⁹ la Administración debe emplear un medio de notificación que permita probar posteriormente que esta se practicó y se recibió, la fecha en que esto se hizo, la identidad y contenido del acto notificado, etc. Y esto significa que conviene a la Administración preconstituir documentalmente, a lo largo del procedimiento administrativo, la prueba de que se practicó la notificación, su doble intento infructuoso o su rechazo, de acuerdo con los requisitos de constancia anteriormente citados. En otra perspectiva, pero con idéntico significado, se notará que resulta completamente superfluo demostrar que el destinatario conoce el contenido del acto, pues cuando se reúnen los requisitos formales que rodean al trámite, y puede demostrarse que se hizo llegar la notificación a su destinatario, emerge la ficción –la presunción– de que este conoce su contenido,¹⁰ siendo irrelevante que no haya llegado a hacerlo.

Estos son los aspectos nucleares del régimen de notificaciones administrativas previsto en la Ley

30/1992, si bien existen otras reglas de carácter específico, aplicables al lugar donde practicar las notificaciones, a las notificaciones infructuosas, al rechazo de la notificación, etc., que se comentarán en el momento oportuno.

Sobre tales determinaciones, y con carácter prevalente a ellas como resulta de su condición de norma especial, se aplican los artículos 27 y 28 LAE cuando el medio de notificación es electrónico. El artículo 59.3 LRJPAC, antes de ser derogado por la Ley 11/2007, establecía una remisión al desarrollo reglamentario de este medio de notificación. El nuevo régimen legal es más extenso que el anterior, y no articula *expressis verbis* remisión reglamentaria alguna. Pero sus contenidos materiales no resultan suficientes para despejar una serie de interrogantes que suscita la práctica de la notificación por medios telemáticos. En este sentido, la ordenación estatal básica no agota el título competencial del que dispone el Estado en virtud del artículo 149.1.18ª CE, y hará inevitable que surjan desarrollos reglamentarios y plataformas de notificación claramente disímiles en las diferentes administraciones públicas. En línea de principio, la variedad en los sistemas de notificación es coherente con la flexibilidad que admite el propio artículo 59.1 LRJPAC, por lo que no resulta en sí misma reprochable. Sin embargo, sí es discutible que algunos aspectos nucleares de la práctica de las notificaciones administrativas queden entregados a la discrecionalidad de cada Administración pública. Basta una lectura superficial del RD 209/2003 y de la Orden PRE/1551/2003 –ambos citados–, en los que se regulan las especialidades de las notificaciones electrónicas en la Administración del Estado, para comprender hasta qué punto la ordenación propia de cada Administración puede ser determinante del régimen jurídico de la notificación.

común, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 25 y ss.; LÓPEZ MERINO, F.: *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 1989, p. 77 y ss.; MARTÍN REBOLLO, L.: "Disposiciones administrativas y actos administrativos", en LEGUINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 176; y BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, p. 217 y ss.

9. En ello conviene igualmente MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones electrónicas...*, *op. cit.*, p. 54 y ss.

10. Como sostiene VELASCO CABALLERO, F.: "Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones", *Justicia Administrativa*, núm. 16, 2002, p. 47. En esta misma idea incide GONZÁLEZ ORBANEJA, del siguiente modo: "las notificaciones se rigen por el principio de la recepción, no del conocimiento. Desde esta perspectiva, la eficacia del acto de comunicación queda supeditada a que se haya observado toda la normativa legal que regula su práctica, con independencia de que el destinatario haya podido tener un efectivo conocimiento del mismo, supuesto este que, como máximo, posibilita la subsanación del acto inicialmente viciado, siempre que el destinatario se dé por enterado"; citado por MARES ROGER, F.: "Los actos de comunicación judicial en la nueva Ley de enjuiciamiento civil (perspectivas de práctica forense)", *La Ley*, núm. 5281, 2001, p. 5.

Ya en su día lamenté que esto suponía una centrifugación del régimen jurídico de las notificaciones electrónicas.¹¹ Los primeros posicionamientos doctrinales, tras la Ley de acceso electrónico, no coinciden en sus juicios acerca de si la nueva regulación resuelve o no los problemas que ya entonces yo apuntaba.¹² Es llamativo notar, además, que la situación se ha agravado a raíz de la Ley 11/2007, debido a que no establece una remisión reglamentaria expresa para regular estas materias.¹³ Durante la vigencia del artículo 59.3 LRJPAC, al menos, cada Administración pública debía aprobar una norma reglamentaria que estableciera los rasgos determinantes de la notificación electrónica. Con la Ley 11/2007 esa exigencia ha desaparecido, lo que no supone que se erradique la diversidad de regímenes jurídicos, sino que ahora es posible que tal variedad derive simplemente de la aplicación informática que se implante para dar soporte al servicio de notificaciones electrónicas, puesto que sus características no se establecen con carácter general (o común). Parece, en cualquier caso, que la progresiva cesión de espacio normativo y ejecutivo a las comunidades autónomas y al resto de administraciones públicas, constituye una tónica inherente a todos los productos legislativos de las últimas legislaturas, por lo que no resulta exponente de un descuido puntual, sino expresión de una tendencia generalizada. Por lo demás, debe reconocerse que el propio artículo 59.1 LRJPAC admite una gran flexibilidad en la elección del medio de notificación, por lo que tampoco es un rasgo patológico, contrario a la Ley 30/1992, que cada Administración pública disponga de un servicio propio de notificaciones telemáticas. Pero insisto en que no parece la mejor solución para organizar este asunto con arreglo a un patrón de garantías comunes para todos los ciudadanos (como pretende el artículo 149.1.18ª CE), y sobre todo, con economía de costes (artículo 103 CE).

3. La determinación del medio de comunicación y notificación

3.1. Régimen general de las comunicaciones electrónicas

3.1.1. Comunicación y notificación no son nociones equivalentes

La sección 2ª del capítulo III del título II de la Ley 11/2007 regula conjuntamente las comunicaciones (artículo 27) y las notificaciones electrónicas (artículo 28). La primera precisión a hacer es, pues, de carácter semántico, pues no se trata de una misma cosa. Comunicación y notificación son conceptos vinculados por una relación de género-especie: la primera incluye en su carga semántica a la segunda, que constituye, por tanto, una expresión singular o específica de comunicación. Además de la notificación, una comunicación electrónica puede ser un acceso al expediente administrativo para conocer su estado de tramitación. O también, la presentación por el ciudadano de un documento en un registro. De otro lado, como acertadamente apunta Rego, las comunicaciones administrativas internas, y las interadministrativas, se encuadran igualmente en esta acepción genérica, y puede tratarse de una gama muy variada de relaciones (obligatorias o facultativas, vinculantes o no, formalizadas o no, etc.), pero todas han de tener, como característica común, una relación jurídico-pública subyacente, en la medida que el artículo 2.2 LAE determina que la Ley no será de aplicación a las actividades que presten las administraciones públicas en régimen de Derecho privado.¹⁴ Existen, pues, tres contenidos ínsitos en el término "comunicaciones": las notificaciones, los registros, y las restantes relaciones de comunicación distintas de las anteriores, pero mantenidas, en todo caso, en relaciones de carácter jurídico-público. Estas coordenadas legales son susceptibles de dos interpretaciones: por un lado, cabe pensar que el legislador establece tres grupos distintos

11. En GAMERO CASADO, E.: "La notificación por correo electrónico...", *op. cit.*, p. 519 y ss.; y en *Notificaciones telemáticas...*, *op. cit.*, p. 187 y ss.

12. Así, REGO BLANCO, M. D.: "Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de Administración electrónica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 424, estima que la situación no ha mejorado, sino que ha empeorado. En cambio, VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 138, nota 7, considera que gran parte de las críticas han sido atendidas por el legislador.

13. Sin embargo, el nuevo régimen de las notificaciones telemáticas en la Ley 11/2007 parece suscitar una valoración contraria a PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa desarrollada por medios electrónicos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 158, quien estima que la Ley aborda esta materia con mayor extensión para solventar precisamente los vacíos que dejaba abiertos el régimen anterior.

14. *Vid.* REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", p. 418.

de ordenación, uno para cada materia, articulándose, pues, unas reglas específicas para las notificaciones, otras para los registros y otras para las comunicaciones en general distintas de las anteriores.¹⁵ La segunda interpretación, a la que me adhiero, es que el artículo 27 LAE constituye realmente un régimen general, de aplicación supletoria a los regímenes específicos articulados expresamente para manifestaciones concretas de la comunicación, esto es, para las notificaciones y los registros.¹⁶ El principal argumento para defenderlo es que la imposición de la presentación de documentos en un registro electrónico puede beneficiarse del régimen general de remisión reglamentaria, previsto en el artículo 27.6 LAE, cuyo contenido no encuentra homólogo en los artículos 24 a 26, dedicados a los registros. Y también que, como veremos en su lugar, para que se pueda proceder a las comunicaciones electrónicas se exige que el ciudadano haya manifestado su consentimiento expresamente, en tanto que para las notificaciones electrónicas no se aplica este adverbio.

Una segunda precisión de carácter terminológico deriva de comparar el régimen anterior con el vigente. El ahora derogado artículo 59.3 LRJPAC hacía referencia a “medios telemáticos” de notificación, en tanto que el artículo 28 LAE habla de “notificaciones electrónicas”. En sus acepciones generales de la ciencia Informática, parece más adecuada la primera expresión, por cuanto que electrónico es el soporte en el que se encuentra la información, en tanto que telemático es un término que expresa la conexión e intercambio de información (electrónica) entre dos equipos diferentes.

3.1.2. Requisitos generales de las comunicaciones electrónicas

Los requisitos generales de las comunicaciones electrónicas aparecen determinados en los apartados 3 y 5 del artículo 27 LAE. El primero de ellos dispone que “Las comunicaciones a través de medios electrónicos serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas.” Se trata de

exigencias propias de cualquier intercambio telemático, quizá con la única excepción del adverbio “fidedignamente”: este término introduce un elemento cualificado que, en línea de principio, descarta la admisibilidad de medios o tecnologías de telecomunicación que no permitan la identificación fidedigna de las partes, circunstancia que en el Derecho privado podría tratarse con mayor flexibilidad, pero que en el Derecho público es objeto de mayores restricciones.

Esta restricción determina, por ejemplo, que el servicio de telecomunicación de facsímil o fax, sin garantías o servicios adicionales de valor añadido, no pueda considerarse un mecanismo apto para las notificaciones administrativas, dadas las limitaciones de estos equipos a efectos de constituir una prueba suficientemente robusta de los extremos requeridos de constancia por la Ley 30/1992.¹⁷ Así, a pesar de que el aparato emita un reporte del envío que contiene información relevante a efectos probatorios (la fecha y la de la transmisión, el número emisor, y el receptor), este documento es fácilmente manipulable, tanto en lo relativo al hecho de haberse realizado la telecomunicación, como a la fecha en que tuvo lugar; además, no le es dado acreditar: a) que el texto llegó íntegramente a destino (pudo haber, por ejemplo, una impresión defectuosa que lo hiciera ilegible); y b) quién recibió el envío, pues quizá no fue el destinatario, sino otra persona, quien tuviera acceso al documento, sin que quede constancia de quién lo recogió. La jurisprudencia contencioso-administrativa viene rechazando la aptitud del fax convencional para la práctica de notificaciones administrativas; por ejemplo, la STSJ Extremadura 7/11/02, rec. 297/2000, que dice:

“La utilización del fax como medio de comunicación es idónea para garantizar la celeridad imprescindible en el procedimiento administrativo, en razón de las exigencias del principio de eficacia de la actuación administrativa –artículo 103.1 CE–, lo que hace perfectamente viable que las notificaciones administrativas puedan realizarse mediante el empleo de técnicas y métodos electrónicos, informáticos y telemáticos, pero el principio de eficacia no puede implicar mengua de las garantías del administrado rigurosamente exigidas por

15. Es la posición de REGO BLANCO, M. D.: “Registros...”, *op. cit.*, p. 418.

16. Precisamente por esto último, la ordenación sistemática de la Ley es perfectible: debía haberse estructurado el capítulo III en tres secciones, emplazando como primera el contenido del artículo 27, referente a las comunicaciones en general, que es de aplicación tanto a los registros (artículos 24 a 26), como a las notificaciones (artículo 28).

17. En la misma opinión, BAUZÁ MARTORELL, J. F.: “Notificaciones en soporte magnético”, *RAP*, núm. 161, 2003, p. 194.

una doctrina jurisprudencial reiterada que excusa de cita concreta, mas, si se trata de un supuesto sancionador, teniendo que exigirse el cumplimiento de las formalidades previstas legalmente, en el presente caso, que el medio de notificación usado permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante (artículo 59.1). Y no pudiendo acreditarse suficientemente que el requerimiento fue efectivamente conocido por el empresario en el momento de su transmisión a la terminal telefónica en una fecha en que el centro de trabajo estaba cerrado, no es posible tener por eficaz dicho requerimiento. Así, dado que la Administración pretende sancionar (...) es claro que es ella la que soporta la carga de la prueba de la realidad y efectividad del requerimiento y por tanto es ella también la que ha de sufrir las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, lo que nos conduce a estimar el presente recurso, dejando sin efecto la sanción impuesta.”

Otras sentencias judiciales coinciden en esa misma doctrina.¹⁸ No obstante, el fax opera como medio de comunicación entre organismos públicos;¹⁹ y también constituye un medio frecuentísimo de notificación

entre particulares, cuya validez pondera el juez en el caso de que se discuta su efectiva realización, dándola por practicada cuando existan indicios de que realmente tuvo lugar.²⁰ Quizá por ello, en el ámbito jurídico-administrativo el fax es admitido tácitamente como medio de notificación en algunos ámbitos sectoriales, como el sector deportivo (a modo de ejemplo, es el cauce habitual de notificaciones que emplean los órganos disciplinarios deportivos, inclusive el Comité Español de Disciplina Deportiva, que ejercen funciones públicas delegadas y se encuentran, pues, sometidos a la legislación del procedimiento administrativo común)²¹. Y también lo admite la Ley 17/2001, de marcas, en el caso de que lo solicite el interesado en el procedimiento,²² aunque en este último caso la Administración vendría resguardada por el principio *non venire contra factum proprium* ante eventuales recursos del destinatario que cuestionen el medio de notificación empleado. En estos términos, y recordando que en materia de notificaciones el problema de fondo es la prueba documental de que se produjo la notificación, parece que las notificaciones por fax presentan escasa

18. Asimismo, la STS 27/12/00, rec. 10927/1998, considera ineficaz una notificación judicial remitida por fax, en los siguientes términos: “El envío de la referida diligencia a un número de fax que figura en una relación proporcionada con carácter previo por el Colegio de Abogados sin constancia alguna de lo que se envió mediante dicho medio de comunicación ni de lo que, en su caso, se recibió mediante el mismo es claramente insuficiente para entender notificada dicha diligencia de ordenación en los términos del artículo 271 LOPJ. Las consecuencias fatales para el derecho a la tutela judicial efectiva que se derivan de la falta de presentación de la demanda dentro del plazo preclusivo establecido por la Ley obligan en todo caso a extremar el celo en la notificación de resoluciones a las que se conecta la caducidad o decadencia automática de un derecho.” Por su parte, la STS Madrid 9/5/02, rec. 514/2000, anula un procedimiento de apremio en razón de que el requerimiento de pago en período voluntario fue remitido por fax, cuya recepción niega el sujeto pasivo, sin que la Administración haya aportado prueba de su entrega ni copia del original. Estos antecedentes nos impiden compartir la opinión de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. J. y CASTILLO VÁZQUEZ, I. C.: *Manual de las notificaciones administrativas*, Civitas, Madrid, 2004, p. 429 y ss., quienes sostienen que la jurisprudencia contencioso-administrativa admite de manera generalizada la práctica de notificaciones por fax, por cuanto manipulan el sentido de las sentencias que citan, extrayendo los pasajes que convienen a su posición.

19. Llegándose en algún caso a positivizar esta práctica, como sucede con la Orden del Ministerio de Justicia de 24 de febrero de 1993, que regula la comunicación a través de telefax entre oficinas notariales y registros de la propiedad.

20. Sirvan de ejemplo las SSTS (Sala 1ª) de 1/12/03, rec. 569/1998; 1/4/03, rec. 2009/2001; 29/4/03, rec. 240/2003; 28/4/99, Ar. 3422; y 30/7/96, LaLey-AA C1.

21. El fax tiene reconocimiento generalizado a efectos de notificaciones en las reglamentaciones federativas: a título de ejemplo, el artículo 61 de los Estatutos de la FHE dispone: “Artículo 61. 1. Los acuerdos que adopten los órganos disciplinarios federativos deberán notificarse a los interesados en el plazo más breve posible, con el límite máximo de diez días hábiles, mediante oficio, carta, telegrama, télex, fax, o cualquier otro medio que permita tener constancia de su recepción, dirigiéndose al domicilio personal o social de aquellos o al que, a estos efectos, hubieren señalado.” Ello no obstante, el Comité Español de Disciplina Deportiva revisa cuidadosamente las circunstancias que rodearon cada notificación practicada mediante fax, al objeto de discernir si se puede presumir su efectiva recepción por el destinatario; así, en su Resolución CEDD 36/1995, de 23 de marzo (JD 123), en la que se discute la legalidad de una notificación por fax, este órgano razona que es el medio habitual de comunicación seguido en esa Federación, constando, además, su remisión al número receptor en que se venía haciendo habitualmente, y conservándose el reporte del envío, por todo lo cual entiende satisfechos los requisitos de constancia y admite la validez de la notificación. En análogo sentido, *vid.* Resols. CEDD 55/2001, de 18 de mayo (JD 59); y 72/1995, de 8 de mayo (JD 29). Sobre todo ello, *vid.* GAMERO CASADO, E.: *Las sanciones deportivas. Régimen disciplinario, violencia y espectáculo, dopaje*, Bosch-Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, Barcelona, 2003, p. 329 y ss.

22. El artículo 29.3 de la Ley dispone: “Cuando el interesado así lo solicite, las notificaciones se realizarán mediante publicación en el *Boletín Oficial de la Propiedad Industrial*, mediante telefax, mediante correo electrónico, o por cualquier otro medio técnico del que disponga la Oficina Española de Patentes y Marcas.”

fuerza probatoria, que, no obstante, pueden reforzar mediante elementos adicionales: por ejemplo, que el equipo utilizado para el envío emita el reporte incluyendo una imagen escaneada del documento enviado, que ofrezca también un reporte de entrega, que el destinatario haya señalado el fax como medio de notificación, que ese medio sea práctica frecuente entre las partes y nunca se haya puesto en discusión... Son todos ellos elementos que pueden contribuir a formar en el juzgador la convicción de que el acto administrativo efectivamente se notificó, pero, en cualquier caso, no evitan el riesgo de que considere que no se encuentra probado que la notificación satisfizo todos los requisitos exigidos en el artículo 58 LRJPAC.

Parece, en cualquier caso, que no se puede ser igualmente riguroso cuando el emisor de la comunicación es la Administración que cuando lo es el ciudadano. No solo por aplicación de la ya referida doctrina del acto propio, sino por una simple lógica en el ejercicio de los derechos. Por ejemplo, la Administración tributaria viene admitiendo la confirmación del borrador de la declaración del IRPF mediante el envío de un sms por parte del interesado: aquí la identificación del mismo no es fidedigna, pero cabe un juego de presunciones que, reforzado por la conveniencia de facilitarle la realización del trámite, juega a favor de admitir este tipo de comunicación electrónica. Lo propio cabe decir en otros casos de ejercicios de derechos por la ciudadanía, como la concertación de citas previas en sistemas sanitarios públicos por medio de llamadas telefónicas o conexión convencional a Internet. Ahora bien, el rigor interpretativo debe aplicarse inflexiblemente cuando la comunicación parte de la Administración hacia el ciudadano, pues en este caso puede ser contrario a sus intereses que se considere válida una actuación administrativa, restrictiva de derechos, en la que no quede constancia fidedigna de la identidad del destinatario.

En cuanto al artículo 27.5 LAE, dispone que "Los requisitos de seguridad e integridad de las comunicaciones se establecerán en cada caso de forma apropiada al carácter de los datos objeto de aquellas, de acuerdo con criterios de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente en materia de

protección de datos de carácter personal." Se articula así un reenvío a la legislación de protección de datos, tal y como sucede en otros lugares del texto legal, sin que tal previsión merezca mayor comentario, salvo el recordatorio de la plena aplicación a este ámbito de la Ley orgánica 15/1999 y de su Reglamento de desarrollo (aprobado mediante Real decreto 1720/2007).

3.1.3. Las comunicaciones interadministrativas

Un aspecto poco comentado²³ del régimen de las comunicaciones electrónicas es la regla general que establece el artículo 27.7 LAE, que dispone: "Las administraciones públicas utilizarán preferentemente medios electrónicos en sus comunicaciones con otras administraciones públicas. Las condiciones que regirán estas comunicaciones se determinarán entre las administraciones públicas participantes." El precepto estimula que las comunicaciones entre administraciones públicas se realicen por medios electrónicos, previsión que encuentra estrecha conexión con el deber que establece el artículo 9.1 LAE, de facilitar a las restantes administraciones públicas los datos relativos a los interesados que obren en su poder. Sin embargo, como sostiene Rego,²⁴ la apuesta que efectúa la Ley por fomentar el intercambio electrónico de comunicaciones es muy débil, y se encuentra supeditada a la firma de convenios de colaboración. Este instrumento es, en efecto, imprescindible para determinar las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios. Todo ello, a su vez, evoca problemas de interoperabilidad que deben resolverse mediante instrumentos de cooperación administrativa y desarrollos normativos específicos.²⁵

3.2. La imposición obligatoria del medio electrónico

3.2.1. La multicanalidad y la libre elección del medio por el ciudadano

El artículo 27.1 LAE establece en primer término un derecho del ciudadano a la elección del canal de comunicación con las administraciones públicas, permitiéndole elegir la manera de comunicarse, sea o no

23. Con la excepción de REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 422 y ss.

24. *Op. loc. ult. cit.*

25. Sobre este importantísimo problema puede verse mi trabajo: GAMERO CASADO, E.: "Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor", *RAP*, núm. 179, 2009, p. 291 y ss.; así como las aportaciones de CERRILLO MARTÍNEZ, A.: "Cooperación entre administraciones públicas para el impulso de la Administración electrónica", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J.: *La Ley...*, *op. cit.*, p. 540 y ss.

por medios electrónicos. Resulta imposible negar la conexión que presenta esta previsión con el artículo 8.1 LAE, que impone a las administraciones públicas el deber de habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando el acceso a los mismos de todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, y en la forma que estimen adecuada. Pero también es preciso vincular el artículo 27.1 LAE con el artículo 6.2 a) LAE, que reconoce al ciudadano el derecho a elegir, entre los que se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las administraciones públicas.

El derecho a elegir el canal no es omnímodo, se encuentra condicionado a los canales que se encuentren disponibles en cada momento²⁶ (la exposición de las posibles alternativas se realiza más tarde, en el epígrafe 4 dedicado a los sistemas de notificación admisibles). Sobre esta afirmación han de hacerse dos puntualizaciones. La primera es que la Administración del Estado, a partir del 31 de diciembre de 2009, tiene el deber legal de articular al menos un canal electrónico para todas las relaciones y comunicaciones que entable con la ciudadanía, en tanto que el resto de las administraciones públicas solo se encuentran vinculadas por tal deber en la medida que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias (disposición final 3ª LAE); por consiguiente, el ciudadano tendrá el derecho a elegir entre el canal presencial y, al menos, uno electrónico en la Administración del Estado, y, en el resto de las administraciones públicas, su derecho se verá condicionado por el grado de implantación de la Administración electrónica que haya mostrado la Administración con quien se relacione.²⁷ La segunda puntualización es que, cuando se hayan articulado no uno, sino varios canales electrónicos, los ciudadanos también tienen derecho a elegir el concreto canal con el que desean comunicarse, dentro de los disponibles: sms, TDT, Internet, etc.

El artículo 27.4 LAE establece un instrumento imprescindible para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a la elección del canal: la publicación de los medios disponibles en el correspondiente diario oficial y en la sede

electrónica de la Administración actuante. La primera de estas previsiones es bastante ingenua, sobre todo cuando recordamos el escaso grado de cumplimiento que tiene el deber que hace recaer sobre las administraciones públicas el artículo 42.4 LRJPAC, de mantener publicada una relación de los procedimientos administrativos, con su plazo de resolución y el efecto del silencio. En cambio, el hecho de que las sedes electrónicas informen sobre estos extremos resulta bastante sencillo, siendo suficiente con proceder a una práctica cada vez más extendida: la de incorporar a la sede electrónica un enlace a una oficina virtual, donde figura una relación de procedimientos administrativos, y, al lado de cada uno de ellos, aparece un icono según los canales que estén habilitados para realizar el trámite.

Por otra parte, la libre elección del canal plantea un problema de gestión en procedimientos triangulares, o en aquellos en los que exista una pluralidad de los interesados, cada uno de los cuales elija un canal distinto de comunicación. Esto puede obligar a mantener la documentación del expediente administrativo simultáneamente en dos o más soportes, al menos mientras dure su tramitación. En efecto, si unos interesados eligen el canal electrónico y otros el soporte papel, siempre deberá procederse a emitir una copia en papel de todas las actuaciones, para articular el derecho de consulta de los documentos obrantes en el expediente, o para conservar los resguardos en papel que acrediten las comunicaciones. Una nueva complicación en la gestión administrativa ordinaria. Ahora bien, una vez concluida la tramitación del procedimiento, podrá procederse a la digitalización de los documentos que existan en soporte papel (artículo 30 LAE), y a la destrucción de los mismos, unificando toda la documentación en un único soporte (el electrónico).

3.2.2. La potestad de imponer el uso obligatorio de los medios electrónicos en las comunicaciones

La libre elección del medio de comunicación encuentra su excepción en aquellos procedimientos que hayan establecido, como obligatorio, el canal electrónico. Ello

26. Esta afirmación es unánime en la doctrina; *vid.* REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 421; MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 76.

27. Dada la extensión que ocuparía su análisis, no es este el lugar para exponer esa disposición final y las consecuencias que deriva sobre el régimen de las comunicaciones y notificaciones. Para ampliar en este asunto, puede verse la excelente exposición de COTINO HUESO, L.: "Derechos del ciudadano", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica*, *op. cit.*, p. 152 y ss.; y, además, las de VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 20 y ss., y MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 62 y ss.

puede suceder de dos maneras: mediante normas con rango de ley (artículo 27.1 LAE) o por disposiciones reglamentarias (artículo 27.6 LAE). El primer caso no supone innovación alguna, y es completamente armónico con nuestro sistema constitucional, en el que se reserva a la ley cualquier restricción sustantiva de la libertad "respecto de todos los actos del poder público que incidan de modo limitativo en la esfera jurídica o personal de los ciudadanos."²⁸ En materia de Administración electrónica se había postulado la aplicación de esta misma regla, antes incluso de la Ley 11/2007.²⁹ Un notable ejemplo de aplicación de la regla viene representado por la reciente Ley por la que se modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora, una disposición que comentaré más adelante, y que impone a las personas físicas, titulares de vehículos a motor, la disposición de una Dirección Electrónica Vial donde les serán comunicados todos los actos referentes a procedimientos sancionadores en materia de tráfico.

En cuanto al artículo 27.6 LAE, su texto es el siguiente: "Reglamentariamente, las administraciones públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los

medios tecnológicos precisos."³⁰ Este precepto articula una remisión normativa en toda regla, habilitando a la potestad reglamentaria a intervenir en materias reservadas a la ley, suscitando una gran cantidad de interesantes cuestiones.

En primer lugar, la relativa al ámbito material de aplicación del precepto: como ya indiqué más arriba, debe postularse el empleo del término "comunicaciones" en su acepción general, inclusiva también de las notificaciones y los registros. Lo que establece el precepto es, pues, la posibilidad de que las administraciones públicas (cada una de ellas) imponga el medio electrónico como el único subsistente en sus relaciones con la ciudadanía, haciendo desaparecer el papel en todas las fases del procedimiento o, cuando menos, en todas las que supongan relación con los ciudadanos. Pero solo en el caso de que paralelamente se suprima la tramitación en papel, pues, cuando se mantenga esta última, no es precisa la aprobación de norma alguna para implantar un canal electrónico.

En segundo lugar, merece algún comentario el presupuesto material de carácter determinante que establece este precepto: las disposiciones reglamentarias podrán imponer, como obligatorio, el canal electrónico cuando los sujetos pasivos de la decisión tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos. ¿Cómo puede valorarse esta exigencia? Creo que los datos estadísticos disponibles en cada momento pueden ser un útil referente.³¹ De ellos se deduce, por ejemplo, que todas las empresas españolas se encuentran informatizadas a día de hoy,

28. Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1988, p. 781. La aportación del autor sintetiza brillantemente la situación existente en España acerca del principio de reserva de ley, materia en la que pueden consultarse igualmente BAÑO LEÓN, J. M.: *Límites constitucionales a la potestad reglamentaria*, Civitas, 1991, p. 199 y ss.; REBOLLO PUIG, M.: "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1993, p. 97 y ss.; y BELADÍEZ ROJO, M.: "La vinculación de la Administración al Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 2000, p. 333 y ss.

29. Véanse VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 66 y ss.; GÓMEZ PUENTE, M.: "La Administración electrónica", en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 123 y ss.; y COTINO HUESO, L.: "Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica", *RVAP*, núm. 68, 2004, p. 141 y ss.

30. Esta proposición normativa proviene de la disposición adicional 18ª de la Ley 30/1992, en la que fue incorporada mediante la Ley 4/1999, pero que circunscribía su ámbito de aplicación a la Administración del Estado, por lo que las comunidades autónomas y las entidades locales no podían beneficiarse de esta habilitación a la potestad reglamentaria. La Ley 11/2007 ha derogado la disposición adicional indicada, que se ve ahora sucedida por el régimen general dispuesto en el artículo 27.6 LAE que comentamos.

31. Como los que publica el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, accesibles en <http://www.onsi.red.es>; los que facilita el Observatorio de la Administración Electrónica, accesibles en <http://www.obsae.map.es>; o los que ofrecen empresas privadas, como la Fundación Telefónica, que elabora un informe anual sobre la sociedad de la información en España (accesible en http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie08/aplicacion_sie.html); y la Fundación Orange, que asimismo lleva a cabo un estudio anual sobre esta misma materia, cuya última edición, correspondiente a 2009, se encuentra accesible en http://www.fundacionorange.es/areas/25_publicaciones/e2009.pdf.

por lo que puede parecer natural que se imponga a las empresas ese canal de comunicación. Más dudoso es que pueda hacerse lo propio con las personas físicas. Parece que, en este ámbito, debe descenderse al caso concreto para enjuiciar la concurrencia del presupuesto de hecho, operación que debe articularse necesariamente mediante un juicio de proporcionalidad, como anticipara oportunamente Cotino.³² Con arreglo a las SSTC 207/1996 y concordantes, el "juicio de proporcionalidad" ha de superar tres condiciones: 1) juicio de idoneidad: analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto; 2) juicio de necesidad: si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; y 3) juicio de proporcionalidad en sentido estricto: si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.³³ Este último componente lleva, además, a la necesidad de ponderar la proporcionalidad de la medida con otros principios en escena, como es el de eficacia de la Administración (artículo 103 CE), en la medida en que la imposición del canal electrónico viene respaldada, en la mayoría de los casos, por la implantación de herramientas más eficaces de gestión administrativa.³⁴ Todo ello hace difuso el escenario e impide aventurar soluciones apriorísticas, si bien, como advierte el propio Cotino,³⁵ cabe intuir que la imposición obligatoria del canal electrónico será más fácilmente defendible en colectivos reducidos de ciudadanos, cuyo manejo de las TICs sea obvio (por ejemplo, incentivos a la investigación, becas de estudios universitarios...), en tanto que se encontrará menos justificada la imposición del canal electrónico a medida que ampliamos el universo de sujetos pasivos, y sobre todo, si pretendemos aplicarlo a relaciones de sujeción general.

En tercer lugar, cada Administración pública puede hacer una interpretación diferente del presupuesto de hecho, o incluso decidir discrecionalmente si lo aplica o no. Por ejemplo, puede ocurrir que una comunidad autónoma, o un municipio, impongan obligatoriamente el canal electrónico en relaciones que otras comunidades autónomas u otros municipios no someten a esta restricción. Esto no debe reprocharse en sí mismo como una infracción del derecho de igualdad, pues responde a la propia discrecionalidad que se concede a cada Administración pública para enjuiciar la oportunidad de imponer el cauce electrónico en función de las circunstancias que concurren en cada caso, y siendo diferentes las circunstancias (no solo de los ciudadanos, sujetos pasivos de la decisión, sino también de la propia Administración), también pueden diferir las soluciones que se implanten. Pero puede dar lugar, obviamente, a grandes diferencias de ordenación, según cuál sea la Administración pública actuante.

Por último, merece también algún comentario el instrumento normativo requerido para articular la obligación: ¿habrán de ser reglamentos de primer grado, dictados por los máximos órganos de Gobierno de cada Administración pública? En tal caso, solo podría imponerse el medio electrónico mediante Real decreto (del Consejo de Ministros), decretos del Consejo de Gobierno de las comunidades autónomas, y ordenanzas o reglamentos de los plenos de las entidades locales. Esta interpretación restrictiva no casaría bien con la generalidad del redactado del artículo 27.6 LAE, que parece admitir sin violencia desarrollos reglamentarios subordinados de segundo o tercer grado, como órdenes ministeriales o de las consejerías autonómicas, resoluciones de secretarios de Estado, etc. En cualquier caso, el Real decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos

32. Aunque sus reflexiones son anteriores a la Ley 11/2007, resultan plenamente oportunas en relación con el precepto en comentario; *vid.* COTINO HUESO, L.: "Derechos...", *op. cit.*, p. 143 y ss. En la misma órbita se sitúan las reflexiones de BERNARDÍ GIL, X.: "Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica", *Nuevas Políticas Públicas*, núm. 1, 2005, p. 230.

33. Sobre el principio de proporcionalidad y sus cláusulas, deben verse LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en el Derecho Administrativo*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1988; el número monográfico sobre este principio, editado por la revista *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998 [en particular, las aportaciones del propio LÓPEZ GONZÁLEZ (p. 143 y ss.) y BARNÉS VAZQUEZ (p. 15 y ss.)]; y ÁLVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en el Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, p. 458 y ss.

34. Por esta razón, no es ajena al asunto en examen la técnica de la ponderación de intereses, sobre la que son esenciales las contribuciones contenidas en ORTEGA ÁLVAREZ, L. y DE LA SIERRA, S. (coords.): *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009; así como la excelente monografía de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

35. *Id.* COTINO HUESO, L.: "Derechos...", *op. loc. ult. cit.*

a los servicios públicos (en lo sucesivo, RDLAE), habilita este desarrollo subordinado únicamente mediante Orden ministerial (artículo 32), sin referirse a otras disposiciones inferiores en rango, y condiciona su contenido,³⁶ así como regula el proceder que debe seguirse en el caso de que el ciudadano desatienda su deber.³⁷ Lo que sí debe descartarse contundentemente es que, sin una habilitación normativa expresa, sea legal o reglamentaria, se proceda a la imposición obligatoria del canal electrónico mediante simples actos administrativos generales, como son calificadas de manera unánime las convocatorias de todo tipo: de subvenciones o incentivos, de contratos administrativos, de ofertas de empleo público, etc.; estos actos administrativos generales, precisamente porque son actos y no reglamentos, carecen de fuerza normativa para imponer que los interesados en acudir a los procedimientos que dichos actos inician tengan la obligación de participar en ellos únicamente por medios electrónicos.

Debe notarse que, como contrapunto al deber de comunicarse por medios electrónicos, el artículo 22 LAE establece la posibilidad de que los ciudadanos que no dispongan de los medios necesarios realicen los trámites mediante la intervención, en su nombre, de un funcionario público.

3.2.3. El derecho a cambiar de canal (intermodalidad de la comunicación), y su necesaria matización

El artículo 27.1 LAE proclama el derecho del ciudadano a elegir el canal mediante el que comunicarse con la Administración (dentro de los que se encuentren disponibles, como ya hemos visto), y a no ser cautivo de su decisión, pudiendo optar, en cualquier momento, por un medio distinto del inicialmente elegido. Se presenta así un derecho omnímodo del ciudadano.

Una manifestación específica de la intermodalidad de la comunicación aparece proclamada en el artículo 28.4 LAE, en materia de notificaciones: "Durante la tramitación del procedimiento el interesado podrá requerir al órgano correspondiente que las notificaciones sucesivas no se practiquen por medios electrónicos,

utilizándose los demás medios admitidos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico [de las administraciones públicas] y del procedimiento administrativo común." En aplicación de este régimen, un ciudadano que ostente la condición de interesado en un procedimiento ya iniciado, en el que el medio de notificación predispuesto fuera electrónico, puede solicitar a la Administración la modificación del canal para que, en adelante, le sean notificados los actos sucesivos del procedimiento por otros medios distintos: hemos de suponer, por entrega domiciliaria en soporte papel.

Según expresa el propio artículo 27.1 LAE, el derecho a cambiar de canal no es aplicable a los supuestos en que se haya impuesto el deber de comunicarse con la Administración por medios electrónicos, mediante norma de rango legal. Surge la duda de si esa misma excepción es aplicable a los supuestos en que la imposición del canal electrónico haya tenido lugar por medio de normas reglamentarias, en aplicación del artículo 27.6 LAE. Dos argumentos abonan la respuesta afirmativa. El primero, de carácter puramente formal, pues el artículo 27.6 LAE es una norma con rango legal que habilita la imposición del canal obligatorio en ciertos casos, y presta cobertura a la reserva de ley aplicable en la materia, como ya he razonado anteriormente. El segundo argumento es de carácter sistemático, y deriva del artículo 28.4 LAE, que, como ya hemos visto, constituye una manifestación específica de la intermodalidad: este último precepto excepciona el derecho a cambiar de canal de notificación "en los casos previstos en el artículo 27.6 de la presente Ley." Se da así la circunstancia de que el artículo 27.1 LAE no menciona al 27.6 como excepción a la intermodalidad, pero tampoco el artículo 28.4 LAE cita al 27.1 como excepción en el caso de las notificaciones. Parece claro que en ambos casos se ha incurrido en una omisión inconsciente, y que en realidad la voluntad del legislador era negar el derecho a cambiar el canal, tanto en las comunicaciones en general, como en las notificaciones administrativas, cuando por imposición de una norma tanto legal como reglamentaria, sea obligatorio el uso del medio electrónico.

36. El artículo 32.2 RDLAE: "En la norma que establezca dicha obligación se especificarán las comunicaciones a las que se aplique, el medio electrónico de que se trate y los sujetos obligados. Dicha orden deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado y en la sede electrónica del órgano u organismo público de que se trate."

37. El artículo 32.3 RDLAE dispone en este sentido que: "Si existe la obligación de comunicación a través de medios electrónicos y no se utilizan dichos medios, el órgano administrativo competente requerirá la correspondiente subsanación, advirtiendo que, de no ser atendido el requerimiento, la presentación carecerá de validez o eficacia."

La generosidad del legislador en este punto resulta sorprendente, y no parece encontrar justificación bastante.³⁸ Parece ser una cláusula de prudencia, que promueve la confianza de los ciudadanos para que se animen a señalar como preferente el medio electrónico, sabiéndose salvaguardados con la posibilidad de renunciar a él, si su empleo se revela insatisfactorio. Hasta aquí la explicación puede ser razonable. Pero no lo es que se proclame el derecho con la generosidad que se hace, sin reparar en las consecuencias que puede derivar sobre la gestión administrativa ordinaria. En efecto, la norma parece proclamar el derecho con carácter absoluto, aun cuando pueda llegar a convertirse en un importante instrumento dilatorio en poder del ciudadano. Creo que la ponderación de intereses no ha sido adecuadamente aplicada por el legislador en este caso, y debía poderse condicionar por la Administración el cambio de canal cuando se deduzca un abuso del derecho. Pero, dado que la Ley no establece límites ni modulaciones a este derecho del ciudadano, no parece que la Administración pueda negarle el cambio de canal, incluso cuando sea patente el uso instrumental del derecho como táctica dilatoria.³⁹

Como requisito para la elección del canal, el ejercicio de este derecho se encuentra sometido a petición expresa del interesado. El régimen previsto contiene una sola restricción: el cambio de canal es aplicable a actos sucesivos, no a los trámites ya celebrados; en materia de notificaciones lo establece expresamente la Ley, y en las comunicaciones en general debe postularse esa misma conclusión por simple lógica de la mecánica procedimental.⁴⁰

Otra complicación que resulta de este orden de cosas es la eventual convivencia de dos soportes en el expediente administrativo, uno para cada fase de la tramitación, anterior y posterior al ejercicio del derecho a cambiar de medio. Un poco más arriba comenté la

posibilidad de que existan asimismo dos soportes diferentes si concurren en el procedimiento diferentes interesados, cada uno de los cuales haya optado por un soporte diferente. Cabe ahora hacer el mismo comentario de entonces: una vez terminado el procedimiento, se podría suprimir uno de los soportes (normalmente, el papel), digitalizando los documentos, con arreglo al artículo 30 LAE.

3.3. La elección del medio de notificación

Vistas las reglas generales en cuanto a la elección del medio, pasamos a analizar las que rigen específicamente en materia de notificaciones electrónicas.

3.3.1. El derecho a la elección del medio y la manifestación del consentimiento

En materia de notificaciones electrónicas, el artículo 28.1 LAE dispone: "Para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.6." La primera evidencia que nos transmite este precepto es que, cuando sea obligatorio el uso de medios electrónicos, ya sea por establecerlo una disposición reglamentaria (artículo 27.6 LAE) o una norma con rango de Ley (artículo 27.1 LAE), las notificaciones se practicarán por tal medio, pudiendo elegir el ciudadano tan solo el concreto sistema electrónico de notificación dentro de los que se hayan habilitado. Conforme reza el propio artículo 28.1 LAE, "Tanto la indicación de la preferencia en el uso de medios electrónicos como el consentimiento citados anteriormente podrán emitirse y recabarse, en todo caso, por medios electrónicos", previsión un

38. Habiendo recibido severas críticas: *vid.* REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 400; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *La Administración...*, *op. cit.*, p. 542.

39. De hecho, alguna de las versiones del Proyecto de Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007 establecía que "El órgano u organismo actuante podrá limitar sucesivos cambios en el medio elegido en la tramitación de un mismo procedimiento, en el caso de que se aprecie un uso abusivo del derecho", previsión que había sido acertadamente declarada "de legalidad cuestionable" por REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 420, y que ha desaparecido de la versión finalmente aprobada.

40. Para mayor claridad, el Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007 lo establece expresamente así en relación con la Administración del Estado, disponiendo su artículo 33 que: "Salvo las excepciones previstas en el artículo anterior, los ciudadanos podrán modificar la manera de comunicarse con los órganos u organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, optando por un medio distinto del inicialmente elegido, que comenzará a producir efectos respecto de las comunicaciones que se produzcan a partir del día siguiente a su recepción en el registro del órgano competente." Será oportuno que las restantes administraciones públicas establezcan esta misma aclaración en sus propios desarrollos reglamentarios de la materia.

tanto superflua, pero que probablemente el legislador ha querido consignar expresamente para disipar toda duda al respecto.

El segundo aspecto sobre el que detenerse, es la clara diferenciación que establece el artículo entre la elección del medio preferente, y la prestación del consentimiento por parte del ciudadano. A mi modo de ver, la indicación del medio preferente juega en procedimientos iniciados a instancia de parte, como las solicitudes de autorizaciones o licencias; y, asimismo, en procedimientos a los que, a la iniciación de oficio, le sigue un escrito de solicitud del ciudadano (por ejemplo, un acto de convocatoria de incentivos, o de contratos, seguido de una solicitud o de una presentación de ofertas). En tales procedimientos, el ciudadano podrá consignar su medio preferente de notificación, dentro de los disponibles,⁴¹ y que sean válidos para la práctica de las notificaciones,⁴² de tal manera que la Administración debe avenirse a ese medio en las notificaciones que practique en lo sucesivo.

Puede suceder que el escrito de iniciación o de incorporación a un procedimiento carezca de un impreso o formulario-tipo, en papel o electrónico. En tal caso, el propio interesado deberá incluir claramente cuál es su medio preferente de notificación, y caso de no indicar alguno, se supondrá que será el domicilio postal que obre en poder de la Administración actuante. Por el contrario, si la Administración configura un formulario-tipo, en papel o electrónico (mediante el relleno en línea de diferentes campos, por ejemplo), dicho formulario, que puede permitir al interesado incorporar una gran cantidad de datos de contacto, debe precisar con suficiente claridad cuál es el medio preferente de notificación (y advertir que es el único dato obligatorio, en cumplimiento de la legislación de protección de datos), y qué otros datos se solicitan al ciudadano con carácter adicional, para ser utilizados llegado el caso.⁴³

En cuanto a la prestación del consentimiento, el artículo 28.1 LAE establece que cabe proceder a la notificación electrónica cuando el ciudadano haya consentido la utilización del medio electrónico. No estimo necesario que el consentimiento deba recabarse de manera individualizada, sustanciando un trámite específico de confirmación del consentimiento previo a la práctica de las notificaciones electrónicas.⁴⁴ Conviene reparar en que, como ya advertí anteriormente, en esta fórmula legal no aparece el adverbio expresamente, lo que hace ver la posibilidad de consentimientos tácitos o implícitos,⁴⁵ en los términos que veremos a continuación. Como premisa del análisis, cabe recordar una práctica cada vez más extendida en las diferentes administraciones públicas, de prestar un servicio de Administración electrónica calificado como “carpeta ciudadana” o similar. Además de otras utilidades (como la de conocer las cesiones de datos que la Administración en cuestión haya realizado a otras administraciones públicas), estas carpetas pueden contener una relación de datos personales de la ciudadanía, puestos a disposición de la Administración para el ejercicio de sus competencias. Entre ellos, puede figurar un medio electrónico apto para la práctica de notificaciones administrativas. A mi juicio, la fórmula del consentimiento, sin previa elección preferente del medio, puede operar en los siguientes casos:

1. En los procedimientos iniciados de oficio, en los que la Administración conozca la disponibilidad por parte del destinatario de un medio electrónico apto para practicar la notificación (porque le conste de un procedimiento anterior, o porque figure en su “carpeta ciudadana”), y decida enviarla por ese medio. Este es el supuesto más significativo de todos. La notificación sería infructuosa si el ciudadano no llega a admitir su práctica, bien porque no procede a realizar comunicación electrónica alguna para acceder a la notificación, bien porque, iniciando la

41. El artículo 36.4 RDLAE puntualiza a este respecto que “Cuando la notificación deba admitirse obligatoriamente por medios electrónicos, el interesado podrá elegir entre las distintas formas disponibles salvo que la normativa que establece la notificación electrónica obligatoria señale una forma específica.”

42. En este sentido, el artículo 36.2 RDLAE dispone: “La solicitud deberá manifestar la voluntad de recibir las notificaciones por alguna de las formas electrónicas reconocidas, e indicar un medio de notificación electrónica válido conforme a lo establecido en el presente Real decreto.”

43. La exigencia de distinguir claramente en los formularios entre el carácter de unos y otros medios (el preferente y otros adicionales) es especialmente puesta de relieve por REGO BLANCO, M. D.: “Registros...”, *op. cit.*

44. En sentido contrario, MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 77. El autor considera que, una vez iniciado el procedimiento, la Administración debe requerir al ciudadano para que consienta el empleo de medios electrónicos de notificación.

45. En contra de esta posibilidad, REGO BLANCO, M. D.: “Registros...”, *op. cit.*, p. 427, quien considera que el consentimiento debe ser expreso en todo caso. En la misma posición, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Civitas, Madrid, 2009, p. 543.

comunicación, no accede finalmente al contenido de la notificación o rechaza su práctica. Importa notar que, en este caso, el rechazo de la notificación, y la notificación infructuosa, no tendrían los efectos previstos en el artículo 28.3 LAE (y que después se verán), sino que debería procederse a practicar la notificación postal, puesto que no se habrá prestado consentimiento al uso del medio electrónico (artículo 28.1 LAE). Pero si el ciudadano accede al contenido de la notificación, debe reconocerse la perfecta validez de su práctica, toda vez que ha sido "consentida" por el mismo.

2. En el supuesto contemplado por el artículo 59.2 LRJPAC: procedimientos iniciados a solicitud del interesado en los que no haya resultado posible la notificación en el lugar que este haya señalado, toda vez que el artículo citado permite que, en este caso, se practique la notificación "en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio." De darse estas circunstancias, la Administración puede intentar la notificación electrónica si conoce la disponibilidad de un medio electrónico por parte del destinatario, según he apuntado en el punto anterior.⁴⁶ Si el interesado acepta la notificación, puede entenderse que consiente su práctica. Caso de resultar infructuoso el intento, sería de aplicación el artículo 59.5 LRJPAC, debiendo procederse a la publicación sustitutoria de la notificación. No debe reprocharse que la Administración intente a toda costa notificar el acto por un medio no expresamente elegido por el ciudadano, porque este queda mejor resguardado si, en efecto, es notificado personalmente (y conoce el contenido del acto, sus vías de impugnación, etc.), que si se procede directamente a la publicación sustitutoria, pues difícilmente llegará a conocer de manera efectiva la notificación por esta vía.

A mi modo de ver, si nos detenemos en la literalidad de los textos nos desviamos del problema principal en todo este asunto. La pregunta clave es: una vez notificado por correo electrónico, ¿puede el ciudadano alegar que eligió otro medio preferente de notificación, y lograr con ello su calificación como defectuosa, bloqueando la eficacia del acto administrativo? O por el contrario, tomando en consideración el carácter instrumental del

trámite formal en examen, ¿no debemos entender que el acto ha llegado efectivamente a conocimiento del interesado, con todos los requisitos sustanciales y formales, y, por tanto, que nada hay que reprochar al empleo de este medio? En otras palabras: la elección de un medio preferente de notificación no supone un requisito de validez de la notificación, sino que presupone un mayor grado de efectividad del medio, por ser, teóricamente, el que el ciudadano considera más operativo. Ahora bien, esta preferencia suya no puede concebirse como un derecho o un privilegio del destinatario –tanto más, cuanto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo le exige una actitud diligente para recibir las notificaciones administrativas–,⁴⁷ pues lo que está en juego es la eficacia del acto, que solo decae cuando se produce indefensión. Antes bien, esta opción o preferencia ha de interpretarse como una manera de facilitar la realización del trámite, que beneficia tanto a él mismo como a la Administración notificadora. Una vez notificado el interesado fehacientemente, lo de menos es el medio que se empleó: lo verdaderamente importante es que conoce el contenido íntegro del acto, en una fecha cierta e indubitada, susceptible de efectuar sin problemas el cómputo del plazo de recurso. En ambos supuestos (iniciación de oficio, e iniciación a instancia de parte con otro medio preferente de notificación), de no suscribirse esta hipótesis, quedaría a criterio del interesado elegir un medio de notificación que dificulte su práctica y le favorezca de hecho, en perjuicio del interés general, pudiendo provocar la caducidad del expediente o la producción de un acto presunto estimatorio –según haya sido la forma de iniciación del procedimiento–, o retardando la eficacia del acto administrativo.

El mismo argumento puede aducirse en el caso contrario: si el ciudadano señala el medio electrónico como preferente, y la Administración opta por enviarle la notificación por otro medio. No creo que esta hipótesis vaya a darse en la práctica, salvo en el caso de que, intentada la notificación electrónica, resulte inviable su práctica por algún motivo técnico. En tal caso, es perfectamente lógico que se intente la notificación por otros medios.⁴⁸

46. Es opinión mayoritaria en la doctrina: *vid.* MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 72; BAUZÁ MARTORELL, J. F.: *El procedimiento...*, *op. cit.*, p. 194. En la posición contraria, VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 142 y ss.

47. STS 12/12/97, Ar. 2264/98.

48. El principal argumento que se ofrece para rechazar este planteamiento es que la elección del medio como preferente hace que el interesado pueda esperar razonablemente que la notificación se practicará utilizando precisamente el medio electrónico y no otro, en cuyo caso, si la Administración altera esta prelación, podría generar indefensión al interesado: *vid.* MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 73.

Ahora bien, cuando el ciudadano no ha designado como preferente este medio de notificación, y la Administración acude a él, el trámite debe desarrollarse conforme al régimen general, y en particular: 1) El mero depósito de la notificación en el buzón electrónico del destinatario no interrumpirá el plazo de resolución y notificación; y 2) No podrá entenderse rechazada la notificación si permanece diez días en el buzón electrónico del destinatario sin que este acceda a su contenido.

De otro lado, no creo que en ninguno de los casos anteriores sea requisito determinante para la validez de la notificación que se advierta al ciudadano que el trámite que se está practicando sea precisamente una notificación, como defienden algunos autores, dado que ninguna disposición obliga a que las notificaciones adviertan expresamente al destinatario de su naturaleza de tales, bastando con que incluyan los contenidos que relaciona el artículo 58.2 LRJPAC.

A mi juicio, basta que la notificación se practique en los términos anteriormente expuestos para que pueda reputarse válida, sin necesidad de ningún requisito adicional. Ni siquiera que, como dispone el artículo 36.6 RDLAE: "Se entenderá consentida la práctica de la notificación por medios electrónicos respecto de una determinada actuación administrativa cuando, tras haber sido realizada por una de las formas válidamente reconocidas para ello, el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación. La notificación surtirá efecto a partir de la fecha en que el interesado realice dichas actuaciones." Esta previsión reglamentaria parte de la idea (desde mi punto de vista equivocada) de que, en el caso de que el ciudadano no haya señalado como preferente el medio electrónico, las notificaciones practicadas por ese medio son inválidas, y se subsanan cuando el ciudadano hace ver que ha sido notificado, por analogía con lo dispuesto en el artículo 58.3 LRJPAC. Pero a mi modo de ver, se incurre de este modo en un grave error de apreciación: la notificación no incurre en ningún vicio y, por consiguiente, no puede considerarse inválida. Si se puede demostrar (por medios meramente elec-

trónicos) que el interesado recibió la notificación, la fecha en que lo hizo, y con todos sus requisitos de contenido (acto íntegro, pie de recursos), en modo alguno puede decirse que la notificación sea defectuosa, y queda, además, constancia de que ha llegado felizmente a su destinatario. No hay, por tanto, nada que subsanar. Sencillamente, se ha practicado la notificación por un medio válido, debido a que no existe constancia del preferente o que, intentado este último, no se pudo culminar el trámite. Afir-mar lo contrario supone erigir un obstáculo completamente infundado a la eficacia del acto administrativo, y digo infundado recordando el sentido que adquiere la notificación en nuestro Derecho: como se advirtió desde un comienzo, constituye un trámite meramente formal que presta soporte a un derecho material, el de no padecer indefensión. Si llega a manos del destinatario un documento, sea con el soporte que sea, que permite entender satisfecho ese derecho material, no existe fundamento alguno para trabar la actuación administrativa reputándola ineficaz. Ahora bien, si el medio de notificación electrónica empleado no permite a la Administración conocer si el interesado llegó a acceder a la notificación,⁴⁹ entonces sí adquiere pleno sentido la previsión del artículo 36 RDLAE, pues, en tal caso, la notificación devendrá eficaz cuando el destinatario realice actuaciones de las que se deduzca que conoce el contenido.

3.3.2. La suscripción de procedimientos

En la ordenación legal de esta materia, contenida en el artículo 59.3 LRJPAC, solo se exigía que los ciudadanos señalaran el medio electrónico como preferente, lo que no exigía necesariamente que lo hicieran en cada procedimiento en el que ostentasen la condición de interesados, y tampoco en clases o categorías de procedimientos en los que declarasen su preferencia por el medio electrónico. Sin embargo, el desarrollo de que fue objeto esta cuestión por la Administración del Estado, emulada después por otras administraciones públicas, supuso la irrupción en escena de un nuevo e inesperado trámite: la "suscripción de

49. Es oportuno articular en este punto la diferenciación que propone VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 148: si el servicio de notificaciones es de titularidad de la Administración (como sucede con el que presta Correos y Telégrafos), será extremadamente fácil probar si el interesado accedió al contenido de la notificación. Por el contrario, esto será más complicado cuando la notificación es entregada mediante servidores de titularidad privada.

procedimientos". En resumen, los sistemas de notificaciones telemáticas articulados por las administraciones públicas exigían (y exigen todavía) al ciudadano superar dos etapas sucesivas: primera, el alta en el servicio, procedimiento mediante el que se procedía a la creación de una "dirección electrónica" en la que recibirá las notificaciones que se le practiquen; segunda, la suscripción de procedimientos, es decir, la indicación de los concretos procedimientos administrativos en que desean ser notificados por medios electrónicos. Esto último se articula mediante la publicación de un panel o relación de procedimientos en los que la Administración actuante ofrece la posibilidad de ser notificado por medios telemáticos, de forma que el ciudadano elige (normalmente, activando una casilla contigua a cada procedimiento), en qué concretos casos se "suscribe" al servicio y desea que se le practiquen las notificaciones telemáticas.

A mi juicio, este sistema de suscripción es uno de los motivos del fracaso del sistema de notificaciones electrónicas seguras. Exige que cada ciudadano revise continuamente el panel de procedimientos disponibles, para seleccionar aquellos en los que activa el servicio de notificaciones telemáticas. Salvo que se trate de profesionales que se relacionen frecuentemente con la Administración, y estén interesados vivamente en darse de alta en nuevos procedimientos, es bastante remota la posibilidad de que los ciudadanos accedan pacientemente, una y otra vez, al portal del servicio de notificaciones, para activar el servicio en los nuevos procedimientos que la Administración haya ido añadiendo a la lista. A esto se le debe añadir la multiplicidad de focos de relación, pues esta misma y repetitiva operación de suscripción de procedimientos debía llevarse a cabo, por cada ciudadano, en cada una de las administraciones públicas con que se relacione.

Como solución a este orden de cosas, cabe que las administraciones públicas articulen servicios de Administración electrónica que permitan a los ciudadanos predefinir, con carácter general, su preferencia por el medio electrónico. Un buen ejemplo son las carpetas ciudadanas antes aludidas. Como sostuve en el epígrafe anterior, creo que esta operación constituye una expresión general de consentimiento, que permite la posterior práctica de notificaciones telemáticas en procedimientos iniciados de oficio.

3.3.3. El derecho a cambiar de medio de notificación: remisión

El artículo 28.4 LAE dispone: "Durante la tramitación del procedimiento el interesado podrá requerir al órgano correspondiente que las notificaciones sucesivas no se practiquen por medios electrónicos, utilizándose los demás medios admitidos en el artículo 59 de la Ley 30/1992." Esta previsión fue comentada en el epígrafe 3.2.3, al que remito.

4. La práctica de las notificaciones electrónicas y sus incidencias

4.1. Las formas de notificación

Resulta posible articular diferentes sistemas de notificación administrativa, lo que el Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007 califica como "formas" de notificación (artículo 35.2). Regula una serie heterogénea de herramientas, plataformas y aplicaciones con las que proceder a la práctica de la notificación. Todas ellas deben reunir los requisitos generales que establece el artículo 28.2 LAE, a saber: "El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido." Huelga decir que el sistema de notificación debe reunir asimismo los requisitos generales de las comunicaciones electrónicas establecidos en el artículo 27.2 LAE: "que exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas, del contenido íntegro de las comunicaciones y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de las mismas." Parece claro que estas cláusulas generales permiten articular sistemas diferentes de notificación administrativa, encontrando un amplio juego los conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, se exige que quede constancia de la transmisión, pero no que sea fehaciente, por lo que la prestación de servicios de notificación no queda reservada al sector público ni a operadores cualificados. Por lo demás, ya hemos comentado anteriormente otros aspectos, como la identificación fidedigna de las partes. Aquí parece oportuno centrarse en los sistemas directamente previstos por el Real decreto de desarrollo de la Ley 11/2007.

En otro orden de consideraciones, hemos de recordar el escaso favor que se hace al ciudadano cuando se articulan diferentes formas de notificación y, además,

cuando cada Administración pública puede regular y establecer las propias, sin que exista un punto único de acceso en el que acceder a todas las notificaciones que se le practiquen.⁵⁰ Dada la diligencia que debe mostrar el interesado para ser notificado, debido a la fugacidad del plazo en que tiene la notificación disponible antes de que se suponga que la ha rechazado (cuestión en la que insiste especialmente Martín Delgado),⁵¹ la existencia de múltiples fuentes notificantes, que le obligan a revisar periódicamente servidores, servicios o plataformas diferentes de notificación, no parece que constituya una situación muy tranquilizadora. Estas carencias solo podrían solventarse si tales formas de notificación tuviesen asociada una utilidad adicional de aviso de notificación por sms o por correo electrónico convencional, como ya sucede en muchos casos.⁵² La inexistencia de esta utilidad ha podido ser una causa determinante del escaso éxito de los servicios de notificaciones electrónicas implantados hasta hoy.

4.1.1. La dirección de correo electrónico habilitada

Esta noción viene a reemplazar a la dirección electrónica única que regulaba el RD 209/2003. El artículo 38 RDLAE la configura del siguiente modo:

“Artículo 38. Notificación mediante la puesta a disposición del documento electrónico a través de dirección electrónica habilitada.

“1. Serán válidos los sistemas de notificación electrónica a través de dirección electrónica habilitada siempre que cumplan, al menos, los siguientes requisitos:

“a) Acreditar la fecha y hora en que se produce la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación.

“b) Posibilitar el acceso permanente de los interesados a la dirección electrónica correspondiente, a través de una sede electrónica o de cualquier otro modo.

“c) Acreditar la fecha y hora de acceso a su contenido.

“d) Poseer mecanismos de autenticación para garantizar la exclusividad de su uso y la identidad del usuario.

“2. Bajo responsabilidad del Ministerio de la Presidencia existirá un sistema de dirección electrónica habilitada para la práctica de estas notificaciones que quedará a disposición de todos los órganos y organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado que no establezcan sistemas de notificación propios. Los ciudadanos podrán solicitar la apertura de esta dirección electrónica, que tendrá vigencia indefinida, excepto en los supuestos en que se solicite su revocación por el titular, por fallecimiento de la persona física o extinción de la personalidad jurídica, que una resolución administrativa o judicial así lo ordene o por el transcurso de tres años sin que se utilice para la práctica de notificaciones, supuesto en el cual se inhabilitará ésta dirección electrónica, comunicándose así al interesado.

“3. Cuando se establezca la práctica de notificaciones electrónicas con carácter obligatorio, la dirección electrónica habilitada a que se refiere el apartado anterior será asignada de oficio y podrá tener vigencia indefinida, conforme al régimen que se establezca por la Orden del Ministro de la Presidencia a la que se refiere la disposición final primera.”

La primera consideración que merece el texto es que renuncia al carácter unitario del sistema de notificación,⁵³ reconociendo la posibilidad de que cada órgano u organismo público configure y mantenga su propio servicio de notificaciones electrónicas. El nuevo régimen suscita un comentario positivo en la medida en que acaba con el monopolio de facto que, meras normas reglamentarias y un convenio administrativo, habían constituido en beneficio de Correos y Telégrafos para prestar un servicio que, en ningún momento, había sido objeto de reserva al sector público mediante una norma con rango de ley.⁵⁴ Pero obliga a realizar un reproche, en la medida en que no solo consagra, sino que potencia, la situación actual, en la que existe una

50. Aspecto en el que ya insistí en GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas*, op. cit., p. 196 y ss.; y en el que también insisten VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 157 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., p. 549 y ss.

51. Así, en MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 113.

52. Es una propuesta de MARTÍN DELGADO, I.: “Las notificaciones...”, op. cit., p. 206, que también comparte MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., p. 555.

53. Me refiero a la dirección electrónica única, regulada por el RD 209/2003 y por la Orden PRE/1551/2003, en la que el ciudadano venía recibiendo todas las notificaciones emitidas por la Administración del Estado.

54. Sobre todo ello, vid. GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas...*, op. cit., p. 195 y ss.

gran cantidad y diversidad de servicios de notificación mantenidos por diferentes administraciones públicas, que, por lo común, obligan a los ciudadanos a darse de alta individualizadamente en cada uno de ellos, y a suscribir los concretos procedimientos en que deseen ser notificados por medios telemáticos. En este sentido, resulta paradójico que Correos y Telégrafos ostente un derecho exclusivo a la realización de notificaciones administrativas con constancia fehaciente de su entrega (en este caso, constituido mediante la norma de suficiente rango legal), al que, necesariamente, deben acudir todas las administraciones públicas que deseen enviar notificaciones postales; y que, en cambio, para las notificaciones telemáticas no exista una estafeta única, o un servicio centralizado de notificaciones telemáticas. Creo que esta situación también es determinante para explicar la baja implantación que tiene entre la ciudadanía la notificación electrónica.

En cuanto a los requisitos que establece el apartado 1 del artículo, no se comprende bien su sentido. Por una parte, suponen una reiteración de los que directamente derivan de los artículos 27.3 y 28.2 LAE; pero, por otra parte, se omiten algunos de ellos, como la necesidad de que quede constancia del contenido íntegro de las comunicaciones. A mi juicio, ello no puede suponer una renuncia a la exigencia de este requisito.

La dirección electrónica habilitada se configura como un servicio, prestado por el Ministerio de la Presidencia,⁵⁵ que ostenta carácter subsidiario frente a los sistemas de notificación electrónica que desarrollen otros órganos u organismos. Esta dirección electrónica será la que opere en supuestos de imposición obligatoria del medio electrónico, procediéndose de oficio a su creación y asignación. A salvo, naturalmente, de que el instrumento, mediante el que se imponga el canal obligatorio, establezca otra dirección diferente. Cabe pensar, por lo demás, que, en su aplicación práctica, este servicio de notificación electrónica será precisamente el que viene prestando Correos y Telégrafos, al amparo del antiguo artículo 59.3 LRJPAC y sus disposiciones de desarrollo.⁵⁶ Personalmente pienso que la articulación

de otros sistemas de notificación idénticos a este sería un auténtico despilfarro. Podría entenderse la puesta en marcha de otros sistemas diferentes de notificación como los que se indican más abajo, pero no de uno análogo a este mantenido por otros órganos u organismos.⁵⁷

4.1.2. Sistemas de correo electrónico con acuse de recibo

El artículo 39 RDLAE regula esta cuestión bajo la rúbrica “notificación mediante recepción en dirección de correo electrónico” –distinta del calificativo que esta forma de notificación recibe en el artículo 38.1 b) RDLAE–, disponiendo que: “Se podrá acordar la práctica de notificaciones en las direcciones de correo electrónico que los ciudadanos elijan siempre que se genere automáticamente y con independencia de la voluntad del destinatario un acuse de recibo que deje constancia de su recepción y que se origine en el momento del acceso al contenido de la notificación.”

Esta previsión contempla la posibilidad de que la ciudadanía designe como forma de notificación un servicio de mensajería electrónica prestado por operadores privados, rompiendo el monopolio que venía representando hasta ahora la dirección electrónica única de Correos y Telégrafos, coherentemente con la libre prestación de tales servicios, que en ningún momento han sido reservados al sector público mediante disposiciones legales.

El precepto exige que el servicio de mensajería electrónica disponga de una concreta utilidad: un acuse de recibo, generado por el sistema de manera automática (con independencia de la voluntad del destinatario), en el momento del acceso al contenido de la notificación. Se trata, ciertamente, de una utilidad escasamente extendida en los servicios actuales de mensajería electrónica, pero que puede articularse perfectamente con las debidas adaptaciones informáticas. Por ejemplo, programas de correo electrónico, como Outlook®, permiten activar dos avisos diferentes: de entrega, y de lectu-

55. Debido a que, tras el último ajuste ministerial, la competencia en materia de Administración electrónica se ha transferido del tradicional Ministerio de Administraciones Públicas (ahora de Política Territorial) al Ministerio de la Presidencia.

56. Para conocer sus pormenores, *vid.* GAMERO CASADO, E.: *Notificaciones telemáticas...*, *op. cit.*, p. 227 y ss.; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, *op. cit.*, p. 544 y ss.

57. Por ejemplo, la reciente modificación de la Ley de tráfico crea la llamada “Dirección Electrónica Vial”. Todavía es poco lo que se sabe acerca de su configuración, pero parece responder a los mismos rasgos que la dirección electrónica habilitada de la que habla el artículo 38 RDLAE. Sería absurdo que se tratase de dos sistemas de notificación idénticos, desarrollados y mantenidos por organismos públicos diferentes.

ra; el primero se genera automáticamente, el segundo depende normalmente de la voluntad del destinatario. El prestador del servicio de mensajería electrónica en examen, debería prestar la utilidad de que ese aviso de lectura se genere automáticamente, sin quedar al criterio del receptor. La previsión, con ser muy positiva, suscita una serie de comentarios.

En primer lugar, de índole jurídica. Se notará, en este sentido, que el artículo 39 RDLAE no reconoce un derecho subjetivo de la ciudadanía a recibir notificaciones en este tipo de direcciones electrónicas. Dado que "se podrá acordar la práctica", esto significa que queda a criterio del órgano o entidad actuante habilitar esta forma de notificación.

Siguiendo aún con consideraciones de tipo jurídico, el artículo 39 RDLAE establece que el acuse de recibo debe generarse al acceder al contenido de la notificación. Llama poderosamente la atención que no se prevea un acuse de recibo de la entrega en el buzón, pues ese momento es determinante del inicio del plazo de depósito de la notificación, y como veremos más tarde, el transcurso de diez días desde ese momento da lugar a una presunción *iuris et de iure* de rechazo tácito de la notificación; debemos entender que la Administración deberá remitir el mensaje, en todo caso, con acuse de recibo de entrega, utilidad añadida que actualmente prestan sin problemas los servicios de mensajería electrónica.⁵⁸

La exigencia del acuse de recibo de acceso al contenido de la notificación, tiene necesariamente que ver con lo previsto en el artículo 28.2 LAE, que declara que en ese momento se entenderá practicada la notificación a todos los efectos legales.⁵⁹ Es muy frecuente que la notificación se articule en la práctica mediante un fichero adjunto al mensaje de correo, que contiene el documento a notificar, normalmente en formato pdf. Es relativamente sencillo que los servidores de mensajería electrónica puedan ser programados para generar el acuse de recibo cuando el ciudadano acceda al contenido del mensaje mediante el que se le adjunta el fichero, pero no parece fácil que se pueda articular un acuse de recibo para cuando el ciudadano acceda al contenido del fichero adjunto. Si nos atenemos a la

literalidad de la Ley, no podrían enviarse notificaciones electrónicas a direcciones electrónicas convencionales. Cuando el órgano notificador tenga como práctica esta fórmula de envío, no podrá acordar este medio de notificación con el interesado.

Por otra parte, si la notificación se realiza incorporando el contenido del acto directamente al mensaje de correo electrónico, tendremos el problema de probar la recepción íntegra del contenido. Esto solo puede hacerse (al menos, por ahora) con firmas electrónicas asociadas al envío y recepción del mensaje. Pero, por una parte, el precepto en examen no las exige, y por otra, los servicios de mensajería electrónica convencional no suelen soportar sistemas de firma electrónica. Tendremos, por consiguiente, un problema de constancia del contenido del mensaje. Cabe formular aquí las mismas reflexiones que hice más arriba acerca de las notificaciones por fax: si el ciudadano declara su voluntad de ser notificado por ese medio, la Administración vendrá resguardada por el principio *non venire contra factum proprium* ante eventuales recursos del destinatario que cuestionen el medio de notificación empleado.

Otra cuestión, que no debemos pasar por alto, es que la configuración de la utilidad de generación automática del acuse de lectura del mensaje debería articularse, por el prestador del servicio de mensajería, asociada únicamente a los mensajes que se entreguen con solicitud de generación automática de dicho aviso, pues muchos usuarios no desean que se genere el aviso automático de lectura de todos los mensajes que se descarguen, aunque pueden hacer excepción puntual con los mensajes que contengan notificaciones administrativas; el problema será articular técnicamente esta diferenciación.

Por último, se plantea el problema práctico de cómo recabar la indicación del ciudadano de que se practiquen notificaciones por este medio. Estimo que, de plantearse en un formulario la opción de indicar esta forma como medio preferente de notificación, se le debe advertir expresamente que el servicio de mensajería electrónica ha de generar un acuse de recibo del acceso al contenido del mensaje, para evitar complica-

58. También MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 103, ha destacado la omisión del legislador en este punto, poniendo asimismo de relieve la necesidad de que la Administración pueda acreditar el momento del envío del mensaje. Por mi parte, como indico en el texto, creo que debe poder documentar el momento de su entrega en el servidor del destinatario.

59. Dejamos para después los comentarios sobre el artículo 28.2 LAE y nos centramos ahora en las consecuencias que entraña sobre la forma de notificación.

ciones sobre todo a la propia Administración, que remitiría mensajes sin llegar a recibir después los acuses de recibo, y no tanto al ciudadano, que normalmente recibirá el mensaje sin problema.

4.1.3. Comparecencia electrónica

En este punto, existe un régimen básico contenido directamente en el artículo 28.5 LAE, que dispone: "Producirá los efectos propios de la notificación por comparecencia el acceso electrónico por los interesados al contenido de las actuaciones administrativas correspondientes, siempre que quede constancia de dicho acceso." Supone la puesta a disposición de la información en un punto de acceso electrónico (a mi modo de ver, dicho punto debería reunir los requisitos de la sede electrónica establecidos en el artículo 10 LAE), a fin de que el destinatario acceda al contenido de la actuación mediante conexión telemática.

El artículo 40 RDLAE añade tres requisitos a esta forma de notificación: que el interesado quede debidamente identificado (lo cual puede hacerse mediante los diferentes sistemas previstos en los artículos 14 a 16 LAE), y además (artículo 40.2 RDLAE):

"a) Con carácter previo al acceso a su contenido, el interesado deberá visualizar un aviso del carácter de notificación de la actuación administrativa que tendrá dicho acceso.

"b) El sistema de información correspondiente dejará constancia de dicho acceso con indicación de fecha y hora."

No se acaba de ver la necesidad del primero de los requisitos establecidos en el artículo 40.2 RDLAE, que considero un elemento superfluo. A mi juicio, lo que debería haberse salvado expresamente es que el acceso electrónico permita satisfacer todos los requisitos del contenido de la notificación que establece el artículo 58.2 RDLAE, y en particular, la indicación de si el acto es o no definitivo, los recursos que procedan contra el mismo, su plazo de interposición y el órgano ante el cual presentarlos.

Esta forma de notificación puede resultar especialmente útil cuando los ficheros electrónicos que contienen actos a notificar sean de gran tamaño, y ello complique su envío telemático a direcciones electrónicas habilitadas o a servicios de mensajería electrónica, susceptibles de dar fallos en tales circunstancias.

4.1.4. La publicación sustitutoria en tablones de edictos electrónicos

No se puede olvidar que el artículo 12 LAE establece que "La publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria, deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente." Los casos en que opera la publicación sustitutoria de la notificación, aparecen contemplados en los apartados 5 (párrafo 2º) y 6 del artículo 58 LRJPAC. No presentan ninguna particularidad en la materia que nos corresponde tratar, más allá del recordatorio de que la publicación en tablón de anuncios electrónico también puede ser una forma de notificación.

4.1.5. Otros medios de notificación electrónica. En particular, la mensajería electrónica en redes intranet y en relaciones de sujeción especial

El artículo 35.2 d) RDLAE admite que se puedan articular "Otros medios de notificación electrónica (...), siempre que quede constancia de la recepción por el interesado en el plazo y en las condiciones que se establezcan en su regulación específica." Poco comentario cabe hacer de esta previsión, más allá de recordar que, si bien se corresponde con la generalidad de los medios de notificación que establece el artículo 59.1 LRJPAC, admite unos desarrollos muy diversos en las diferentes administraciones públicas (en este caso, en los diferentes órganos y entidades del sector público estatal), lo que no siempre será deseable.

Por otra parte, cabe plantearse algunas formas de notificación que, en la práctica, pueden articular las administraciones públicas, especialmente en el caso de que dispongan de redes intranet, y en las relaciones de sujeción especial.

En efecto, existe una gran cantidad de redes intranet dependientes de las administraciones públicas, por las que los mensajes electrónicos circulan de manera fiable, y bajo la supervisión de un administrador del sistema generalmente dotado de la condición de funcionario público, quien puede certificar los intercambios electrónicos habidos en el dominio gracias a los mecanismos de traza de que se encuentran provistos los servidores de mensajería electrónica, que permiten incluso señalar desde

qué localización IP se ha enviado o descargado un mensaje en un equipo terminal. A mi modo de ver, en estas circunstancias se cumplen todos los requisitos para que el documento que certifica esas transacciones (ya sea electrónico, o posteriormente impreso en soporte papel) adquiera la condición de documento público administrativo, dando fe de que ese intercambio electrónico tuvo lugar. Esta certificación puede completarse con el archivo en el expediente de la copia electrónica o impresa del mensaje enviado. El envío debería configurarse con un acuse de recibo automático de acceso al contenido del mensaje.

A estas garantías de seguridad se les asocia el poder de sujeción especial que la Administración ejerce sobre su personal,⁶⁰ que le permite implantar un sistema de mensajería electrónica para todo tipo de comunicaciones, facilitando a cada efectivo un buzón personal dotado de clave secreta de acceso, y responsabilizándole de su custodia,⁶¹ estableciendo expresamente mediante una norma reglamentaria (reglamento organizativo) el citado servicio de mensajería electrónica como medio de notificación interno.

Dándose todas estas circunstancias,⁶² nada impide conceder pleno valor a la notificación realizada mediante un sistema de mensajería electrónica convencional. Quizá convenga puntualizar que, en el caso de acontecer alguna incidencia, el interesado siempre podrá ofrecer prueba *a contrario* de que no recibió el mensaje, destruyendo la presunción que beneficia a la Administración.

4.1.6. Un ejemplo sectorial: la Dirección Electrónica Vial

Por último, conviene destacar una novedad que se produce justamente cuando este trabajo se envía a imprenta: la articulación de un sistema específico de notificaciones administrativas en materia de tráfico, mediante la Ley que modifica el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en materia sancionadora. No es posible detenerse con detalle en el análisis de esta regulación, que merece, en cualquier caso, una síntesis de sus contenidos. El más relevante es, sin duda, el siguiente artículo, de nueva redacción, que se incorpora al texto de la Ley de tráfico:

“Artículo 59 bis. Domicilio y Dirección Electrónica Vial (DEV) de los titulares de una autorización administrativa.

“1. El titular o titulares de las autorizaciones administrativas de circulación o de circulación de vehículo comunicará a los Registros de la Dirección General de Tráfico su domicilio. Este domicilio se utilizará para efectuar las notificaciones respecto de todas las autorizaciones de que disponga.

“2. En el historial de cada vehículo podrá hacerse constar, además, un domicilio a los únicos efectos de gestión de los diferentes tributos relacionados con el vehículo.

“3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero, la Dirección General de Tráfico asignará además a todo titular de una autorización administrativa de conducción o de circulación de vehículo, y con carácter

60. Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M.: *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Universidad de Córdoba-Civitas, Madrid, 1994, p. 358 y ss., y p. 383 y ss.; LASAGABASTER HERRARTE, I.: *Las relaciones de sujeción especial*, IVAP-Civitas, Madrid, 1994, p. 233 y ss.; GARCÍA MACHO, R.: *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 169; GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley...*, op. cit., tomo 2, Civitas, Madrid, 1999, p. 2510 y ss.; MARINA JALVO, B.: *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 71 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C.: “Relación especial de sujeción”, en *Enciclopedia jurídica básica*, tomo 4, Civitas, Madrid, 1995, p. 5756 y ss.; CASTILLO BLANCO, F. A.: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, p. 87 y ss.; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, p. 867 y ss.

61. Para BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, op. cit., p. 51, las claves personales garantizan la identidad en la operación telemática, de modo que su cesión por su titular a un tercero le hace personalmente responsable de las consecuencias que de ello pudieran derivarse, por negligencia en su custodia y secreto; el autor considera que la cesión de estas claves equivale a la cesión de la identidad, y que cuando no es posible garantizar su secreto el sistema no es válido.

62. En mi monografía: *Los medios de notificación...*, op. cit., p. 112, resumí en cuatro los requisitos que debe reunir un sistema de mensajería electrónica como el descrito: 1º) La dotación de direcciones electrónicas a todos los sujetos a que se aplique la medida, con asignación de clave personal y secreta de acceso, y del hardware necesario para acceder al servidor; 2º) La responsabilización a los usuarios del uso y custodia de su clave; 3º) La configuración automática de todos los envíos con acuse de recibo, archivando este en el expediente (recordemos en este sentido que el propio expediente puede ser electrónico en su integridad, no siendo preciso su archivo en soporte papel); y 4º) La designación del administrador del sistema que pueda certificar, en su caso, la circulación del mensaje por la red intranet mediante la documentación de las trazas correspondientes.

previo a su obtención, una Dirección Electrónica Vial (DEV). Esta dirección se asignará automáticamente a todas las autorizaciones de que disponga su titular en los Registros de Vehículos y de Conductores.

“4. La asignación de la Dirección Electrónica Vial se realizará también al arrendatario a largo plazo que conste en el Registro de Vehículos, con carácter previo a su inclusión.

“5. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, si el titular de la autorización es una persona física solo se le asignará una Dirección Electrónica Vial cuando lo solicite voluntariamente. En este caso, todas las notificaciones se practicarán en esa Dirección Electrónica Vial conforme se establece en el artículo 77, sin perjuicio del derecho que al interesado le reconoce el artículo 28.4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

“6. En la Dirección Electrónica Vial además se practicarán los avisos e incidencias relacionados con las autorizaciones administrativas recogidas en esta Ley.”

Como se observa, la Dirección Electrónica Vial (DEV) es obligatoria para las personas jurídicas, y voluntaria para las físicas. En el caso de las primeras, se procederá a su creación de oficio con carácter previo a la expedición de la autorización de conducción (personas físicas) o de circulación de vehículos (personas físicas o jurídicas). Cada persona dispondrá de una sola DEV para recibir todas las notificaciones que se le dirijan, caso de que sea titular de diferentes vehículos.

El artículo 74.3 f) de la Ley de tráfico recibe también una nueva redacción, en cuya virtud, el domicilio (postal) que se indique del interesado en las denuncias de tráfico, no será tenido en consideración si tuviese asignada una DEV, previsión que hemos de entender restringida a las asignaciones obligatorias de la DEV, o a las voluntarias expresamente admitidas. El artículo 77.1 de la Ley, con arreglo a su nueva redacción, dispone que las notificaciones integradas en los procedimientos sancionadores de tráfico se practicarán en la DEV; y el apartado 2 del mismo artículo establece las reglas operantes en la práctica de la notificación, que se corresponden con las establecidas en el artículo 28 LAE. Ahora bien, el apartado 3 de dicho artículo, y el artículo 78, establecen previsiones novedosas que también conviene consignar, a saber:

“Artículo 77. (...)

“3. Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el

momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

“Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se anotará esta circunstancia en el expediente sancionador, junto con el día y la hora en que se intentó, y se practicará de nuevo dentro de los tres días siguientes. Si tampoco fuera posible la entrega, se dará por cumplido el trámite, procediéndose a la publicación en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

“Si estando el interesado en el domicilio rechaza la notificación, se hará constar en el expediente sancionador, especificándose las circunstancias del intento de notificación, teniéndose por efectuado el trámite y continuándose el procedimiento.

“Si el resultado de la notificación es que el interesado es desconocido en el domicilio al cual se dirigió la misma, la Administración procederá a la publicación en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

“Artículo 78. Notificaciones en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA).

“1. Las notificaciones que no puedan efectuarse en la Dirección Electrónica Vial o en el domicilio indicado, se practicarán en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA). Transcurrido el periodo de veinte días naturales desde que la notificación se hubiese publicado en el TESTRA se entenderá que ésta ha sido practicada, dándose por cumplido dicho trámite y continuándose con el procedimiento.

“2. El Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico será gestionado por la Dirección General de Tráfico. La práctica de la notificación en el mismo se efectuará en los términos que se determinen por Orden del Ministro del Interior.”

Otras disposiciones hacen puntual mención a la DEV, como el artículo 85.3, que establece que la retirada de vehículos se notificará en la Dirección Electrónica Vial cuando el titular disponga de ella (hemos de añadir: y deba usarla obligatoriamente, o haya aceptado su utilización); o la disposición adicional 5ª, que permite a las comunidades autónomas, con competencias ejecutivas en materia de tráfico, sustituir las notificaciones en la Dirección Electrónica Vial por notificaciones a través de sus propias plataformas informáticas, para aquellos ciudadanos que opten por las mismas.

Todo este nuevo orden de cosas resultará indudablemente polémico. Los datos estadísticos formales apuntan a la informatización de todas las empresas españolas, pero no está tan claro que se encuentren

informatizadas todas las personas jurídicas, concepto que abraza un ámbito subjetivo mucho mayor. Por otra parte, no todas las empresas están informatizadas con el mismo nivel: es patente que las pequeñas explotaciones agrícolas, o sociedades limitadas de pequeñas dimensiones, apenas disponen, en muchos casos, de un simple ordenador personal. Cabe suponer, no obstante, que si la persona jurídica en cuestión dispone de medios para adquirir un vehículo, también debe tenerlos para disponer de equipos informáticos, conexión a Internet, y un servicio de mensajería electrónica. Por más que la decisión de obligar a recibir las notificaciones por este medio suscite dudas de justicia material, no puede olvidarse que se impone mediante una norma con rango de Ley que, además, ha recibido un amplio respaldo parlamentario. La cláusula de cierre que podemos apuntar en este régimen es que, cuando una persona jurídica adquiera un vehículo y no disponga de los medios para acceder a las notificaciones en la Dirección Electrónica Vial, habrá de designar un representante (por ejemplo, contratando los servicios de un asesor o gestor) que reciba las notificaciones en su nombre.

4.2. Reglas específicas en cuanto al acceso

Los apartados 2 y 3 del artículo 28 LAE construyen una serie de reglas específicas en relación con las incidencias que pueden presentarse en la práctica de las notificaciones electrónicas. Se trata, por tanto, de determinaciones relativas a la eficacia del acto administrativo notificado. Las estudiamos seguidamente. Como presupuesto del análisis, es preciso recordar que en la mayoría de formas de notificación se articulan momentos sucesivos claramente diferenciados, cuya secuencia conviene recordar antes de analizar el régimen jurídico de esta materia. Son los siguientes:

1. La entrega al destinatario de un mensaje electrónico, depositado en un servidor (o buzón), que puede consistir en una dirección electrónica habilitada, o en una dirección electrónica con acuse de recibo de lectura. Es una práctica muy extendida que el mensaje remitido a ese buzón no contenga directamente el acto notificado, sino que este se remita en un fichero ligado al mensaje de correo electrónico, generalmente en formato pdf.

2. La conexión del destinatario al servicio de mensajería electrónica o plataforma de notificación. En este

momento puede visualizar una lista de mensajes pendientes de leer, pero todavía no ha accedido al contenido de ninguno de ellos.

3. La recepción por el destinatario de la notificación, mediante la descarga del mensaje en su equipo terminal, junto con el fichero ligado en el que se contiene verdaderamente el acto notificado.

4. La lectura por parte del destinatario del fichero adjunto, ejecutando el archivo con su programa informático correspondiente.

4.2.1. Momento en que debe entenderse practicada la notificación

El artículo 28.2 LAE dispone: “El sistema de notificación permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales.” Este párrafo determina el *dies a quo* de la notificación, que se entenderá practicada en el momento en que se produzca el acceso del interesado a su contenido. No es sencillo determinar el sentido de este precepto.

Si interpretamos la expresión en sentido literal, la notificación solo sería válida cuando quede probado que el interesado ha llegado a acceder materialmente al contenido de la notificación misma. Si atendemos a la secuencia anteriormente descrita, cuando la notificación se contiene en un fichero adjunto a un mensaje electrónico, esto supone que debemos disponer de algún medio probatorio del momento en el que el destinatario abrió ese fichero adjunto al mensaje electrónico. Esta consecuencia resulta sencillamente absurda, y supondría una inexplicable diferencia respecto del régimen de las notificaciones postales, en las que basta la entrega al destinatario o persona habilitada para que se entienda practicado el trámite, sin necesidad de que el cartero deje constancia de que el destinatario abrió el sobre para conocer el contenido de la notificación.

Por esta razón entiendo que, cuando la notificación se articula en los términos expuestos, debe entenderse practicada cuando el destinatario se descargue en un equipo terminal el mensaje electrónico con el que se procede a la notificación (es decir, el “tercer momento” de la relación anterior), ya sea incorporándose directamente a dicho mensaje los

contenidos propios de las notificaciones administrativas, ya sirviendo tan solo para adjuntar un fichero en el que se contiene realmente la notificación.⁶³ Esta no es la opinión doctrinal mayoritaria: en general, se entiende que es preciso que el destinatario acceda verdaderamente al contenido de la notificación, aunque existen diferentes variantes de esta postura.⁶⁴

4.2.2. Rechazo tácito y permanencia de la notificación a disposición del destinatario

Como prudentemente advierte Valero, el orden de cosas dispuesto por el artículo 28.2 LAE dejaría en manos del interesado el momento en que se perfecciona la notificación, de tal manera que le bastaría con no consultar el contenido de los mensajes para evitar que se produzca la notificación; por ello, resulta preciso definir una regla supletoria temporal, cuya aplicación venga determinada por circunstancias objetivas, al margen de la actitud del interesado.⁶⁵ Es lo que busca el artículo 28.3 LAE, con arreglo al cual, el rechazo –tácito– de la notificación electrónica se produce cuando el mensaje se encuentra disponible por espacio de diez días en el buzón del destinatario, sin que este acceda a su contenido. Este régimen constituye una destacable especialidad de este medio de notificación, que excepciona el protocolo aplicable al resto de medios admitidos por la legislación del procedimiento administrativo común, y que he criticado duramente con anterioridad en términos que reitero ahora.⁶⁶ Este cambio entraña una verdadera presunción *iuris et de iure*, que además supone una tergiversación de la realidad material, pues, evidentemente, no es lo mismo un rechazo (término que presupone la actitud deliberada de no ser notificado), que una

simple omisión de acceso (que puede ser involuntaria y deberse a una mera omisión, descuido o imposibilidad); por consiguiente, habría sido preferible que, en este caso, la Ley afirmara, sencillamente, que la notificación se entendería practicada a todos los efectos, produciéndose una notificación tácita mejor que un rechazo tácito de la notificación. Las críticas a este régimen legal son unánimes.⁶⁷

En relación con el plazo de permanencia de la notificación en el buzón del destinatario, se plantea Valero la hipótesis de que la Administración pretenda retirarla una vez vencido dicho plazo perentorio, arguyendo razones técnicas, como por ejemplo la limitación del espacio disponible; en su opinión, que suscribo plenamente, el mensaje debería permanecer en el servidor un período prudencial, toda vez que la falta de consulta puede deberse a un mero descuido del usuario y no a su intención deliberada, por lo que sugiere la permanencia del mensaje en tanto se encuentren abiertos los plazos de recurso contra el acto notificado.⁶⁸

4.2.3. Supresión del segundo intento

En conexión con lo anterior, el propio precepto suprime el segundo intento de notificación, que, de acuerdo con las reglas generales, debería tener lugar en el espacio de tres días y a distinta hora. Ambas particularidades de la notificación por correo electrónico no dejan de tener su lógica: el segundo intento encuentra su razón de ser en los medios de notificación de carácter inmediato, que no permiten el depósito del mensaje en algún lugar de donde el destinatario o su representante puedan retirarlo con mayor disponibilidad horaria, dejando constancia del hecho.

63. En la misma posición, ÁLAMO GONZÁLEZ, N.: "La utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos (en particular, registros telemáticos y notificaciones telemáticas)", *REDA*, núm. 133, 2007, p. 128; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, *op. cit.*, p. 553.

64. Por ejemplo, VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...* *op. cit.*, p. 171 y ss., parece dar a entender que comparte la misma opinión que definiendo en el texto, aunque prefiere que una reforma legal declare que se entenderá practicada la notificación en el momento en que el destinatario acceda al buzón o dirección electrónica (el momento 2 de la secuencia indicada), aunque no llegue siquiera a descargarse el mensaje. Por su parte, MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, p. 98 y ss., es categórico al sostener la exigencia de que se demuestre que el destinatario accede materialmente al contenido de la notificación, extendiéndose en pormenorizar sus razones. También REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 403, parece compartir esta última posición.

65. *Vid.* VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 173.

66. *Vid.* GAMERO CASADO, E.: "La notificación...", *op. cit.*, p. 521 y ss.; y *Notificaciones telemáticas*, *op. cit.*, p. 221 y ss.

67. Que son especialmente proliferas en MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 109 y ss.; *vid.* igualmente REGO BLANCO, M. D.: "Registros...", *op. cit.*, p. 433; BAUZÁ MARTORELL, F. J.: *Procedimiento...*, *op. cit.*, p. 190 y ss.; y VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 153.

68. *Vid.* VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 134 y ss.

4.2.4. Juicio crítico sobre la asimetría de los regímenes jurídicos en función del medio de notificación

Debo manifestar mi oposición respecto al agravio comparativo que todo ello representa sobre el destinatario cuando elige un medio electrónico de notificación y, sobre todo, cuando el mismo le resulte obligatorio por imposición legal o reglamentaria.⁶⁹ Así, en el régimen jurídico de la notificación postal derivado de la Ley del servicio postal y de su Reglamento ejecutivo, el ciudadano dispone de dos intentos sucesivos de notificación, ambos con depósito de aviso en su casillero domiciliario, y del pase a lista del envío en el caso de no encontrarse presente en el domicilio; cuando después de todo esto no se logra el objetivo, se procede a la publicación sustitutiva del acto, y no a proseguir los trámites del procedimiento, por entenderse tácitamente rechazada la notificación. Por el contrario, en la notificación por correo electrónico, basta con que se encuentre disponible en el buzón del destinatario durante diez días para que se entienda rechazada tácitamente, en lugar de procederse a su publicación sustitutiva.

En otros lugares he sostenido que la transición a la Administración electrónica no puede condicionarse a un principio de igualdad en sentido estricto (que el régimen jurídico sea el mismo cuando se utiliza soporte papel o electrónico), sino a un principio de integridad de garantías: se trata de que, analizado un procedimiento en su globalidad, el interesado disponga de garantías equivalentes (no necesariamente idénticas) cualquiera que sea el soporte o el medio empleado.⁷⁰ En materia de notificaciones electrónicas es acorde con ese principio que se suprima el segundo intento de notificación, porque resulta superfluo; en cambio, sí se debe garantizar la permanencia de la notificación en el punto de acceso electrónico durante un espacio suficiente de tiempo

(pues no parece que diez días naturales sean mucho tiempo), o bien, alternativamente, mantener la notificación a disposición del destinatario, incluso vencido el plazo legal máximo para entender realizado el trámite, y al menos por el tiempo en que sea susceptible de recurso, así como evitar el juicio peyorativo de que el no acceso al contenido de la notificación constituye un supuesto de rechazo (esto último debería ser así en todos los medios de notificación, o no serlo en ninguno).

4.2.5. Imposibilidad técnica o material de acceso al contenido

Otro aspecto nada pacífico del régimen de las notificaciones electrónicas es el inciso final del artículo 28.3, según el cual "Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido (...) salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso."

Ante todo, es preciso acotar el alcance de la imposibilidad, que debe ser exclusivamente la que resulte imputable al proveedor del servicio de mensajería electrónica, y nunca a otro tipo de causas (enfermedad del destinatario, avería de su equipo terminal, o cualquier otra) que permitan al destinatario condicionar por sí mismo la validez de la notificación con gran facilidad: siendo requisito *sine qua non* para el empleo de este medio de notificación el previo consentimiento del destinatario, parece justo que recaiga sobre él toda incidencia relativa a su esfera personal y no al mal funcionamiento del servidor, porque de otro modo la eficacia del acto queda excesivamente condicionada por avatares que no son imputables a la Administración en modo alguno.⁷¹ Entiendo, por tanto, que la expresión

69. La diferencia de regímenes que presenta la notificación electrónica respecto de la postal ha llegado a calificarse como una posible infracción del principio de no discriminación proclamado en el artículo 4 b) LAE; *vid.* MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, *op. cit.*, p. 104 y ss. Compartiendo los reproches del autor, debemos puntualizar que los principios de proclamación legal son aptos para interpretar las normas, pero no para determinar la invalidez de preceptos de rango legal.

70. *Vid.* GAMERO CASADO, E.: "Objeto, ámbito...", *op. cit.*, p. 104 y ss.

71. Por el contrario, para VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, *op. cit.*, p. 177 y ss., cuando la causa que impide el acceso se sitúa en el ámbito del destinatario, sería preciso distinguir entre impedimentos objetivos y subjetivos. A juicio del autor, los primeros, relativos a circunstancias técnicas, no podrían bloquear la eficacia del acto cuando resulten imputables a un tercero (por ejemplo, fallos en el servidor, que impiden acceder al buzón); y, por el contrario, sí podrían determinar el carácter infructuoso de la notificación (sin conducir a su rechazo tácito) cuando la imposibilidad en el acceso viniera referida a los medios que permanecen bajo el control del interesado y este hubiera demostrado la diligencia debida; en este caso podría considerarse la existencia de una justificación suficiente. Y en cuanto a las circunstancias subjetivas, esto es, atinentes a circunstancias personales del destinatario, opina el autor que podría considerarse la existencia de una justificación suficiente cuando la entidad del problema sea tal que, aun empleando toda la diligencia debida, no pudiera conectarse a su dirección electrónica para recibir la notificación.

“imposibilidad técnica o material” no comprende toda situación en que haya sido materialmente imposible el acceso al buzón, sino que se contrae a las circunstancias en las que el acceso no ha podido tener lugar por razones materiales, esto es, imputables a circunstancias estrictamente objetivas y específicamente relacionadas con el servidor de correo electrónico, o con el prestador de servicios de certificación que interviene en el proceso de notificación.

Por otra parte, el precepto no establece las consecuencias que derivarían de esta comprobación, de modo que no sabemos lo que debe ocurrir cuando se demuestre la imposibilidad técnica o material del acceso: está claro que no puede entenderse el supuesto como rechazo de la notificación, pero no se determina si la Administración deberá proceder a un segundo intento por el mismo medio o por otro diferente, o bien puede interpretarse esta incidencia como una notificación infructuosa y procederse a la notificación sustitutiva mediante edictos y publicación en el diario oficial que corresponda, en aplicación del artículo 59.5 LRJPAC. En el caso de que se opte por repetir el intento de notificación, queda también sin respuesta legal el modo de efectuar el cómputo del plazo de depósito, pues la Ley no define si se reanuda el plazo en el punto en que se interrumpió la disponibilidad del mensaje –culminando lo que reste hasta el total de diez días–, o bien se concederá de nuevo el plazo íntegro –diez días completos– a efectos de cómputo de un eventual rechazo tácito posterior. Por añadidura, cuando la Administración no reciba acuse de recibo de la notificación en el plazo de diez días, podrá desconocer si ello se debe a la desidia del destinatario (que simplemente no descargó su correo), o a la existencia de problemas en el servidor, por lo que no sabrá a ciencia cierta si debe entender presuntamente rechazada la notificación o no.⁷²

En mi opinión, esta construcción es excesivamente voluntarista y no casa bien con la práctica seguida en el resto de medios de notificación. Por ejemplo, en el caso de las notificaciones postales, de ser infructuoso el segundo intento se procede sin mayor escrúpulo a la publicación sustitutiva del acto, siendo indiferente que la ausencia del domicilio viniera motivada por el disfrute de vacaciones o por un ingreso hospitalario.

No obstante, la posición de VALERO aparece secundada por MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 111; y por MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, op. cit., p. 556 y ss.

72. No obstante, en el concreto caso de la Administración del Estado, la Orden PRE/1551/2003 impone al prestador del servicio de dirección electrónica única que certifique puntualmente cualquier fallo técnico que haya impedido el acceso al servidor, lo que elimina este problema. Distinto puede ser el régimen instaurado por otras administraciones públicas en virtud de su capacidad reglamentaria en la materia.

73. Vid. MARTÍN DELGADO, I.: *Las notificaciones...*, op. cit., p. 114.

74. *Op. loc. ult. cit.*, p. 112.

75. *Op. loc. ult. cit.*, p. 114.

76. Es también la opinión de VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen...*, op. cit., p. 154.

Se ha defendido por Martín Delgado que la principal consecuencia de la imposibilidad de acceso se encuentra en el ámbito del sistema de recursos.⁷³ En efecto, como sostiene el autor, “la imposibilidad de acceso convierte la presunta notificación rechazada en algo intermedio entre la notificación practicada y la notificación infructuosa.”⁷⁴ Normalmente, el destinatario averiguará tardíamente que ha sido objeto de una notificación a la que no ha podido acceder por imposibilidad técnica o material. En ese momento, lo advertirá a la Administración actuante para que se subsane el vicio, o bien interpondrá el recurso procedente contra el acto notificado: este recurso no podrá inadmitirse por extemporáneo si en el momento de su presentación el interesado demuestra la imposibilidad técnica o material del acceso. Por último, como señala el propio autor, si el acto administrativo era favorable, la imposibilidad técnica del acceso resultó imputable exclusivamente a la Administración, y el destinatario demostró la diligencia debida en intentar ser notificado, caso de soportar daños patrimoniales como consecuencia de todo ello, podrá presentar una reclamación de responsabilidad extracontractual.⁷⁵

4.2.6. Intento documentado de notificación y silencio administrativo

Una última y relevante cuestión a dilucidar en este asunto es el momento en que puede considerarse intentada la notificación, a fin de impedir que se produzca el silencio administrativo. En mi opinión, conforme al artículo 58.4 LRJPAC podría entenderse que, con la puesta a disposición del mensaje en el buzón del destinatario, se daría por satisfecho el requisito del intento de notificación en plazo, a efectos de impedir la producción de un acto presunto estimatorio, cuando fuera el caso.⁷⁶ De lo que se trata es de

probar que el interesado está en disposición de recibir la notificación, o dicho de otro modo, que el momento exacto de recepción de la notificación ya no depende de una actividad de la Administración (su puesta a disposición), sino de una actividad del destinatario: proceder a la conexión telemática y conocer el contenido de la notificación. Esto concuerda con la doctrina contenida en la STS de 17/11/03, rec. 128/2002, en cuya virtud, para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del correspondiente plazo máximo, basta con realizar un intento documentado de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 LRJPAC, aunque finalmente dicho intento se revele infructuoso.⁷⁷

Podría estorbar a esta interpretación la puntualización que efectúa Martín Delgado,⁷⁸ para quien el inciso "así como el acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales" del artículo 28.2 LAE, supondría negar la aptitud de un intento, que no llega a culminar en un acceso efectivo del interesado al contenido de la notificación "a todos los efectos legales" (artículo 28.2 LAE). Por su parte, en opinión de Palomar, la circunstancia que debe entenderse apta para considerar realizado un intento de notificación, e impedir que se produzca el silencio administrativo, es cuando el interesado ha señalado el electrónico como medio preferente de notificación, y esta permanece por diez días a su disposición sin que acceda al contenido.⁷⁹

En mi opinión, por el contrario, cabe perfectamente distinguir entre el intento de notificación y la práctica efectiva de la notificación: a mi juicio, el artículo 28.2 LAE estaría haciendo referencia a esta última, sin pronunciarse en ningún momento acerca de cuándo puede entenderse producido un intento de notificación. La mención "a todos los efectos legales" debe encon-

trarse referida a todos los efectos ligados a la eficacia del acto: el inicio de su ejecutividad, el del plazo de impugnación, etc.

En esta misma línea de pensamiento debemos situar el intento infructuoso de notificación cuando el ciudadano indica una dirección de correo convencional con arreglo al artículo 39 RDLAE, y esta no emite acuses de recibo (pero sí de puesta a disposición); o cuando tal acuse se emite tan solo en el momento de recibir el mensaje en el buzón o servidor, pero no en el de acceso del destinatario al mismo. A mi modo de ver, en todos estos casos se debe entender intentada la notificación a los efectos referentes al silencio administrativo, pues no se trata aquí de primar un derecho del interesado a que se produzca un acto presunto, sino a estimular la actividad administrativa, penalizando la pasividad de la Administración. Si la Administración empleó la diligencia debida, poniendo el acto administrativo a disposición del destinatario, se ha satisfecho materialmente el deber que recae sobre ella conforme al artículo 42 LRJPAC, pues no puede realizar ninguna actividad adicional para garantizar la notificación administrativa: es ahora el destinatario quien debe actuar. A mi modo de ver, esta interpretación es la que mejor resuelve los intereses en conflicto, sin perjudicar a ninguno, pues la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales cuando se acceda a su contenido (no cuando se ponga a disposición), por lo que no se ocasiona perjuicio alguno al destinatario. ■

77. La doctrina legal fijada por la sentencia, que se dicta en resolución de un recurso de casación en interés de Ley, es la siguiente: "Que el inciso intento de notificación debidamente acreditado que emplea el artículo 58.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se refiere al intento de notificación personal por cualquier procedimiento que cumpla con las exigencias legales contempladas en el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, pero que resulte infructuoso por cualquier circunstancia y que quede debidamente acreditado. De esta manera, bastará para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente.

"En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío, por no haberse logrado practicar la notificación, siempre que quede constancia de ello en el expediente."

78. Vid. MARTÍN DELGADO, I.: *La notificación...*, op. cit., p. 105 y ss.

79. Vid. PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad...*, op. cit., p. 161 y ss.

El nudo gordiano del EBEP con relación a la jubilación parcial de los funcionarios públicos

Jorge Fondevila Antolín

Jefe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Presidencia y Justicia del Gobierno de Cantabria.

Secretario de Administración local

1. Introducción

2. La controversia de la jubilación parcial de los funcionarios públicos en la doctrina y la más reciente jurisprudencia

- 2.1. Posiciones doctrinales
- 2.2. Pronunciamientos jurisdiccionales

3. Consideraciones en torno al origen del conflicto y una propuesta interpretativa

- 3.1. Génesis del precepto
- 3.2. Adecuación de los criterios aplicados por los juzgados y tribunales a las consecuencias deducidas de la génesis parlamentaria del precepto
- 3.3. La función de las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º y de la disposición adicional sexta de la Ley 7/2007 EBEP, y de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social
- 3.4. La cuestión de la exigencia de un “contrato de relevo” conforme determina el artículo 166 de la LGSS, en el caso de la jubilación parcial de los funcionarios

4. Conclusiones finales

1. Introducción

Nos encontramos ante una cuestión sobre la que, inicialmente, sus consecuencias parecían suponer que estábamos ante lo que el refranero popular califica como “mucho ruido y pocas nueces”, y así lo manifestamos en otro trabajo elaborado de forma inmediata a la publicación del EBEP.¹ Pero en estos momentos debemos manifestar que nuestra primera

apreciación se ha visto superada por la realidad social y, en especial, de los juzgados y tribunales de este país, que, a nuestro juicio, de una forma valiente, dejan al descubierto una mala técnica legislativa generalizada en el texto del EBEP, cuestión que ya hemos destacado en otros trabajos con relación a otros temas.² Todo ello ha situado en estos momentos la cuestión en lo que podemos denominar “nudo gordiano”³ de la jubilación parcial, aunque el

1. FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008), *La selección y pérdida de la condición de empleado público –especial referencia a su aplicación a la Administración local*, Atelier– Barcelona, p. 183 y ss.

2. FONDEVILA ANTOLÍN, J. (2008), y también en la obra colectiva (AA.VV.) *Estatuto básico del empleado público (2007)*, La ley – El consultor, p. 569 y ss.

3. A los efectos de clarificar y justificar nuestra remisión a la leyenda del “nudo gordiano”, realizamos un breve resumen de la misma: Gordio era un campesino pobre de Frigia, antigua comarca de Anatolia que ahora es Turquía, siendo su único patrimonio un par de yuntas de bueyes, una que usaba para trabajar la tierra y la otra para transportar los productos que producía para su venta. Un día, mientras conducía la yunta de bueyes con la que araba la tierra de labor, un águila se posó sobre el yugo y permaneció allí hasta el atardecer. Impresionado por este hecho extraordinario, Gordio fue a consultar al oráculo sobre su significado, pero antes de llegar, una joven que sacaba agua de un pozo del camino le dijo que aquel hecho era augurio de que algún día él sería rey de Frigia. Esta se enamoró de Gordio y se casó con él, al poco tiempo tuvieron un hijo, al que llamaron Midas, y fueron a presentarlo en el templo de Zeus. Al entrar a la ciudad un cuervo se posó en el hombro de Gordio. La gente

Tribunal Supremo,⁴ recientemente, ha dictado una sentencia con referencia al personal estatutario que pretende cerrar el debate, considerando que no es posible reclamar la aplicación incondicionada del derecho a la jubilación parcial del personal estatutario, si bien, a nuestro juicio, esta presenta una manifiesta endeblez en sus argumentos, resultando muy discutible su aplicación al resto del personal sometido a las previsiones del EBEP.

Debe tenerse en consideración que la figura de la jubilación parcial no aparecía regulada en el Proyecto de ley inicial del EBEP, siendo incorporada la misma a lo largo del debate parlamentario. No obstante, y a pesar de los esfuerzos de ciertas organizaciones sindicales al respecto,⁵ el texto finalmente aprobado en el artículo 67 de la Ley 7/2007 del Estatuto básico del empleado público, en adelante, EBEP,⁶ quedó redactado en unos términos que, en principio, podían interpretarse como una cuestión a desarrollar en el futuro.

Pues bien, tras el transcurso de casi dos años desde la aprobación de la norma, nos encontramos ante una regulación que, tras un examen más reposado, nos obliga a considerar que nuestra primera apreciación fue incorrecta, lo que no significa que estemos en presencia de una cuestión pacífica, al contrario, como veremos a lo largo de este trabajo, la decisión del le-

gislador ha generado un panorama realmente discriminatorio entre los diferentes colectivos funcionariales (debe recordarse que el régimen de clases pasivas no tiene regulada la posibilidad de la jubilación parcial), y, a su vez, de estos con el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, dado que las consecuencias de la regulación prevista en el artículo 67.4 del EBEP, no tienen el carácter homogeneizador y común, para el conjunto de los empleados públicos, que hubiera sido deseable, sino que, al contrario, han generado una situación de conflicto permanente tanto en vía administrativa como especialmente en la jurisdiccional, salvo que se adopten de una vez las medidas legislativas que resultan urgentes y que permitan cortar de forma audaz el "nudo gordiano" que ha generado la vigente regulación del EBEP.

Por otro lado, debe llamarse la atención sobre el hecho de que esta regulación realmente no es una verdadera novedad, ya que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, introdujo esta modalidad de jubilación para esta clase de personal en su artículo 26.4, con la siguiente redacción:

"Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social.

se maravilló porque el oráculo había dicho que aquel en quien un ave negra se posara en su hombro de manera espontánea, al entrar por la puerta oriental, reinaría en Frigia; por ello, los frigios coronaron a Gordio como su rey.

A continuación, quisieron quitar el yugo de la carreta, que estaba sujeto con una correa de fibra de cornejo, sólidamente anudada, pero no pudieron soltarlo, por lo cual, consultaron al oráculo y este les dijo que solo podría desatarlo aquel que fuera a conquistar el Asia. Y así, el yugo fue guardado en la ciudad. Cuatro siglos después Alejandro Magno decidió conquistar Asia y, conociendo la leyenda del nudo de Gordio, se fue a Frigia e intentó desatar el nudo, pero no pudo lograrlo. Entonces blandió su espada y rompió el nudo de un solo y poderoso tajo. De esa manera la leyenda del nudo gordiano quedó para la posteridad como significado de una grave dificultad que pareciera no tener solución, o que únicamente se puede resolver mediante una acción drástica y audaz como la de Alejandro Magno.

4. STS, Sala de lo Social (Sala General), de fecha 22 de julio de 2009.

5. En concreto, la Organización CSI-CSIF constituyó su última campaña electoral sindical en torno al reconocimiento de la posibilidad de la jubilación parcial, y así lo manifestó como exigencia de negociación en la elaboración del Proyecto de ley del EBEP.

6. "Artículo 67. Jubilación.

"1. La jubilación de los funcionarios podrá ser: (...)

"d) Parcial. De acuerdo con lo establecido en los apartados 2 y 4.

"2. Procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.

"Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial. (...)

"4.- Procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable."

Sobre lo anterior, cabe también tomar en consideración las previsiones de la disposición adicional sexta del EBEP, que señala:

"Jubilación de los funcionarios.

"El Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos."

“Los órganos competentes de las comunidades autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.”

Así, esta previsión legislativa ha sido objeto de un conflicto, en su interpretación y aplicación, que resulta interesante examinar, dado que muchos de los criterios utilizados por los tribunales podrían ser de aplicación también al personal funcionario (artículo 67. 2 y 4 EBEP), y de esta forma nos encontramos con dos posiciones jurisdiccionales manifiestamente encontradas, en concreto:

A) Posiciones contrarias a la aplicación inmediata de la jubilación parcial.

A este respecto destacan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la emitida en Sevilla por la Sala de lo Social, de fecha 17 de julio de 2008 (AS/2008/2594), y la generada en Granada por la Sala de lo Social de fecha 23 de julio de 2008 (AS/2008/3063), que fundamentan la desestimación de la solicitud de jubilación parcial del personal estatutario, básicamente en dos argumentos:

a) La legislación aplicable a la figura y reconocimiento de la jubilación parcial, no resulta de aplicación a esta clase de personal, dado que no ostenta la condición de “trabajadores por cuenta ajena”, de forma que el reconocimiento solo corresponde “...a ellos y no a otro tipo de personal.”⁷

b) A lo anterior se añade, como justificación según los tribunales, que el reconocimiento general del derecho de jubilación parcial realizado por la Ley 55/2003 (Estatuto marco del personal estatutario), está condicionado al necesario desarrollo normativo del mismo para su ejercicio.

B) Posiciones favorables a la aplicación inmediata de la jubilación parcial.

Con relación a esta posición, debe destacarse la existencia de un amplio número de sentencias en primera instancia,⁸ que han comenzado a reconocer este derecho de jubilación parcial de forma inmediata y de directa aplicación al personal estatutario, decisiones que han sido ratificadas en varios de nuestros tribunales superiores de justicia; en concreto, podemos destacar la sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid), de fecha 2 de enero de 2008 (JUR/2008/64520), y además la del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo), de fecha 18 de julio de 2008 (JUR/2008/307687), las cuales fundamentan su decisión en los siguientes criterios:

a) Consideran que la disposición legislativa ha reconocido y, por ello, otorgado un derecho inmediato y no condicionado a un desarrollo normativo posterior, a acceder a la jubilación parcial.

b) También señalan que no es posible condicionar el derecho a la jubilación a la existencia de un plan de ordenación de recursos humanos; en todo caso, este plan podrá propiciar la aparición de un interés del personal estatutario de acogerse a las ofertas de jubilación parcial.

Añadiendo que, si en todo caso fuese necesario un plan, la ausencia del mismo, de cuya elaboración la única responsable es la propia Administración, no puede servir para cercenar un derecho *ex lege*.

c) Reconocen que no es posible una traslación mimética de la figura del “contrato de relevo” (artículo 12.6 Estatuto trabajadores – ET)⁹ al ámbito del personal estatutario, pero añade a continuación que “... sin embargo ello no puede suponer la negación de la posibilidad de acoger esta institución jurídica de la jubilación parcial...”¹⁰

7. Véase fundamento de derecho tercero de la STS Andalucía, en Sevilla, de 17 de julio de 2008.

8. Entre otras muchas, destacamos la sentencia de 13 de diciembre de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Huelva, sentencia de 14 de diciembre de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 9 de Málaga, sentencia de 20 de diciembre de 2007 del Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla.

9. El artículo 12.6 del Texto refundido del Estatuto de los trabajadores establece que:

“Asimismo, se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 % y un máximo de un 85 % de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido ya dicha edad. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total.

“Para poder realizar este contrato en el caso de trabajadores que no hayan alcanzado aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.”

10. Véase fundamento de derecho tercero de la STSJ de Castilla y León –Valladolid– de fecha 2 de enero de 2009 (JUR/2008/64520).

d) Finalmente concluyen considerando que la jubilación parcial resulta de directa e inmediata aplicación a esta clase de personal, y ello, con independencia de las necesarias adaptaciones a las figuras contractuales reguladas por la legislación laboral.

Por último, debemos destacar un grupo de sentencias¹¹ que confirmaron el derecho del personal estatutario a su acceso a la jubilación parcial, aunque para ello tuvieran que cambiar de relación jurídica con la correspondiente Administración, es decir, procedieron a solicitar la correspondiente excedencia voluntaria como personal estatutario para integrarse como personal laboral en el mismo servicio de salud, a los únicos efectos de poder jubilarse parcialmente; esta actuación fue calificada como *fraude legis* por parte de la Administración de la Seguridad Social, si bien los tribunales determinaron que, con independencia de la actuación realizada por los citados empleados públicos, les correspondía directamente el reconocimiento de su derecho.

Esta actuación, y otros comportamientos en el ámbito de la empresa privada, originaron un cambio le-

gislativo que endureció las condiciones de acceso a la jubilación parcial, de forma que se modificó el artículo 166 del Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio (TRLSS),¹² exigiendo el mismo, entre otros requisitos, la permanencia en la misma empresa durante un periodo de seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación, si bien, a nuestro juicio, este requisito no resultaría de aplicación a esta clase de personal, dado que la empresa sería la misma, es decir, el correspondiente servicio de salud autonómico, resultando otra cuestión diferente el cambio de relación jurídica de dependencia, que entendemos que con la vigente redacción del precepto no podría utilizarse como motivo que justificara el rechazo a las pretensiones del empleado público, y más, si tenemos en cuenta que el mismo precepto reconoce a estos efectos la "sucesión de empresas".

C) La posición del Tribunal Supremo favorable al no reconocimiento del derecho incondicionado a la jubilación parcial del personal estatutario.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 22 de julio de 2009, dictada por la Sala de

11. Entre otras muchas, destacamos SSTSJ de Islas Baleares (Sala de lo Social), de fecha 2, 5 y 6 de noviembre de 2007 (JUR/2008/67927 – AS/2008/297 – AS/2008/304).

12. "Artículo 166. Jubilación parcial.

"1. Los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo de un 75 %, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

"2. Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los trabajadores, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos:

"a. Haber cumplido la edad de 61 años, o de 60 si se trata de los trabajadores a que se refiere la norma 2 del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

"b. Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley del estatuto de los trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

"c. Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 % y un máximo del 75 %, o del 85 % para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y se acrediten, en el momento del hecho causante, seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, computados ambos en los términos previstos en las letras b y d. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

"d. Acreditar un período previo de cotización de 30 años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

"e. Que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de este no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 % de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

"f. Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años.

"3. El disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.

"4. El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca."

lo Social –Sala General– en recurso de unificación de doctrina, se pronuncia a favor de las tesis que sostienen que estamos ante un derecho de carácter condicionado a su posterior desarrollo reglamentario, si bien, es de destacar que este pronunciamiento contó con un voto particular (4 magistrados) contrario a la decisión de la Sala, aportando estos una sólida argumentación en contra de la decisión mayoritaria.

Por la importancia que esta sentencia puede tener en la evolución del problema al que nos enfrentamos, intentaremos realizar un examen detallado de su contenido; así, procedemos a resumir los principales argumentos que fundamentan la misma:

1. El argumento básico y esencial en la posición del Tribunal Supremo, surge de una interpretación literal y estricta de las previsiones normativas en materia de Seguridad Social: en concreto, se remite directamente al contenido del artículo 166 de la Ley general de la Seguridad Social y del Real decreto 1131/2002, los cuales se refieren, respectivamente a “trabajadores” y “trabajadores por cuenta ajena”, considerando que esta expresión solo puede ser interpretada en el sentido previsto por el artículo 1.3 del Estatuto de los trabajadores, no siendo posible admitir, a su juicio, una interpretación amplia de estos términos.

Por ello, considera que las previsiones del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, no reconoce un derecho “incondicionado”, sino que hace una referencia a los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social, que limita su aplicación exclusivamente a los “trabajadores”.

2. A lo anterior, añade que el artículo 166 de la Ley general de la Seguridad Social establece que el régimen jurídico de la jubilación parcial será “el que reglamentariamente se establezca.” Por esta razón, se procedió a su desarrollo reglamentario posterior, siendo este un requisito esencial para el ejercicio de este derecho, y vuelve a reiterar la tesis de que, en este desarrollo, únicamente se hace referencia a los “trabajadores”.

3. Para apoyar su interpretación estricta y literal, el Tribunal recuerda que los trabajadores por cuenta propia tienen reconocido su derecho a la jubilación parcial, pero únicamente “en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”, según establece la disposición adicional octava de la Ley general de la Seguridad Social (términos y condiciones que tampoco han sido desarrollados en la actualidad).

4. También, como justificación de su fallo, el Tribunal argumenta sobre la necesidad de que exista un desarrollo reglamentario. El propio EBEP establece, en su disposición adicional sexta, que el Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados un estudio que contenga recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares, y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos; a lo que se debe añadir las previsiones de la Ley 40/2007, que, en su disposición adicional séptima, insiste en la necesidad de que, en el plazo de un año, el Gobierno presente un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, de forma que considera que estos informes contienen en sí mismos un mandato de desarrollo reglamentario (sic).

Frente a la posición mayoritaria, se formuló un voto particular del que podemos destacar los siguientes argumentos:

1. Este considera que la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, se aprueba en un marco creado por el legislador para incrementar la implantación de la jubilación parcial en nuestro país y aproximarla a la conseguida en otros sistemas de protección social.

2. Con una argumentación, a nuestro juicio, más acorde con los criterios hermenéuticos de la interpretación jurídica, y respetuosa plenamente con las previsiones del artículo 3º.1 del Código Civil, como examinaremos posteriormente con más detalle, llaman la atención sobre las previsiones de las directivas 93/104/CE y 2000/34/CE, a las que se remite expresamente la propia exposición de motivos de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, que “equiparan nominalmente, en estos términos, el personal estatutario a los trabajadores”, por lo cual decae el argumento central en el que se fundamenta el fallo de la sentencia.

3. Consideran también que el derecho establecido en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003, es de aplicación inmediata, ya que no hace ninguna referencia expresa a la necesidad de un desarrollo reglamentario, y, si se llegara a considerar a este necesario, el mismo se ha realizado por una “norma de rango legal”, como es la propia Ley 55/2003.

Añadiendo que la redacción del precepto no ofrece duda alguna en sus términos por lo “tajante y claro

del precepto legal en orden a que se podrá optar a la jubilación voluntaria parcial.”

4. Además, afirman que no es necesaria la creación de una figura específica que cumpla los requisitos del Real decreto 1131/2002, ya que la propia Ley 55/2003, en su artículo 60.1, prevé la realización de jornadas a tiempo parcial.

5. Asimismo, rechazan las alusiones de la sentencia a las normas de aprobación posterior, que no deben ser tenidas en cuenta para interpretar el artículo 26.4, en concreto, la Ley 7/2007 EBEP y la Ley 40/2007.

6. Por último, consideran que podríamos estar en presencia de una violación del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE), ya que el personal estatutario “se encuentra incluido al igual que el resto de los trabajadores en el régimen general de la Seguridad Social, sin distinciones ni matizaciones por la diferente naturaleza jurídica de su relación de servicio.” A lo que debe añadirse la realidad de “una coincidencia en los servicios públicos de personal laboral y estatutario, siendo difícil encontrar datos objetivos y razonables que justifiquen una posible diferencia de trato en orden a la concesión de las prestaciones contributivas de jubilación parcial.”

D) Examen crítico a la decisión de no reconocer la jubilación parcial, por parte del Tribunal Supremo.

Tras el análisis de los argumentos fundamentales que sostienen el fallo formulado por la sentencia del Tribunal Supremo, debemos formular una serie de consideraciones al respecto, ya que, a nuestro juicio, tal como indicábamos al inicio de este trabajo, los argumentos utilizados por el citado Tribunal resultan cuando menos muy discutibles, y ello, con independencia de la oposición formalizada mediante voto particular de una parte del Tribunal, así:

1. Como el lector habrá podido apreciar, el argumento básico y casi exclusivo que sirve de fundamento al fallo contenido en la sentencia que examinamos, pivota sobre el alcance y sentido de la expresión “trabajador”, recogida en la normativa reguladora de la figura de la jubilación parcial.

Ahora bien, a este respecto debemos señalar que, a nuestro juicio, la Sala no ha tenido en cuenta todas las circunstancias que afectan al problema; en concreto, nos referimos, en primer lugar, al hecho de que nos encontramos ante una legislación *specialis*, dado que la misma regula el régimen jurídico aplicable a una determinada clase de empleados públicos al servicio de las administraciones sanitarias, y dentro del conjunto

de sus previsiones, incorpora el derecho a la jubilación parcial, lógicamente con la finalidad de que esta previsión se integre dentro del régimen general de Seguridad Social, ya que la misma se dicta con posterioridad a la entrada en vigor de esta.

Por ello, consideramos que el Tribunal debería haber reflexionado sobre algunas cuestiones y dar una contestación a las mismas; así, podemos destacar la cuestión de la posibilidad de que nos encontremos ante una posible modificación tácita (recordemos que la técnica legislativa de nuestro legislador últimamente no brilla por su calidad, como hemos destacado en anteriores trabajos, por ejemplo los referidos al EBEP) de las previsiones generales del artículo 166 de la Ley general de la Seguridad Social, en cuanto a la limitación de su alcance subjetivo en exclusiva a los denominados “trabajadores”; y ello, por cuanto, como se puede apreciar de la simple lectura de las previsiones del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, y en palabras de los miembros del propio Tribunal firmantes del voto particular, la redacción del mismo deja claro que este es: “tajante y claro del precepto legal en orden a que se podrá optar a la jubilación voluntaria parcial”, lo que supone, en adecuada técnica legislativa, que esta *lex specialis* ha previsto el reconocimiento de este derecho a un concreto grupo de empleados públicos, ampliando el marco subjetivo de la *lex generalis*.

De todas formas, entendemos que este primer argumento pueda resultar insuficiente, pero volveremos al respecto posteriormente, ya que, a nuestro juicio, la clave de la “hermenéutica” de las normas jurídicas consiste en la exigencia al operador jurídico de un esfuerzo para encontrar una solución al problema planteado, que pueda permitir una aplicación compatible entre preceptos aparentemente contradictorios o inaplicables, ya que, si el Tribunal ha considerado adecuado formular una interpretación literal del término “trabajador”, debería haberse planteado también aplicar el mismo criterio a la hora de interpretar la declaración contenida en el artículo 26.2 de la Ley 55/2003. Es por ello que, necesariamente, examinaremos la cuestión desde los criterios de la interpretación jurídica previstos por nuestro Código Civil, y que consideramos aportarán luz al respecto.

2. Dicho lo anterior, es preciso añadir que la Sala, en su posición mayoritaria, utiliza como argumento de apoyo a su única tesis de fondo, la necesidad de un futuro desarrollo reglamentario de las previsiones de la Ley 55/2003, y apoya básicamente esta consideración

en las previsiones de las disposiciones adicionales sexta del EBEP y séptima de la Ley 40/2007, disposiciones que se limitan a encomendar al Gobierno del Estado la elaboración de unos “informes”, si bien de estos textos no puede concluirse que estamos en presencia de una “habilitación o mandato legal” de desarrollo reglamentario. A este respecto debemos indicar, como posteriormente expondremos al examinar la génesis parlamentaria de ambos preceptos, que la interpretación de la Sala al respecto entra en directa contradicción con la *ratio legis*, manifestada en los trabajos parlamentarios. Por ello, entendemos que este argumento complementario decae, lo que supone que quede al descubierto la endeblez del fundamento central del fallo.

Es más, la propia Sala manifiesta sus dudas al respecto, cuando procede de forma expresa, en el fundamento jurídico tercero, a criticar la técnica legislativa utilizada, al señalar:

“Por supuesto, nada hubiera impedido que, en una mejor y más depurada técnica legislativa, el art. 166 de la LGSS hubiera excluido de manera aún más clara la posibilidad automática, o no condicionada a la aprobación de un posterior reglamento, de la jubilación parcial anticipada del personal estatutario. Sobre todo si se tiene en cuenta que el sistema de previsión social (régimen general de la Seguridad Social: art. 17.1. i del Estatuto marco) de dicho personal, a diferencia de lo que sucede con la relación funcional común, es el mismo que el de los trabajadores por cuenta ajena y que, en teoría y en una primera aproximación a esta cuestión, quizá cupiera la posibilidad de que la vacante (parcial) que el estatutario dejara como consecuencia de su jubilación anticipada y parcial, desde luego siempre que se respete el mandato constitucional de provisión reglada mediante los criterios de mérito y capacidad (STC 99/1987), pudiera ser cubierta por la entidad pública responsable de la asistencia sanitaria, incluso en condiciones análogas a las previstas por el art. 12.6 del ET, mediante alguna de las técnicas extraordinarias de contratación temporal permitidas por la normativa estatutaria (art. 9 del Estatuto marco) y que, como es notorio, vienen siendo tan profusamente utilizadas por todas las administraciones en los últimos tiempos. Ese sería, en todo caso, y si es que ello pudiera resultar compatible con el mecanismo

novatorio implícito en un contrato de relevo, uno de los contenidos del futuro reglamento.

“Probablemente tampoco resultarían insalvables las enormes dificultades que se intuyen en la plasmación, dentro de la secuencia jurídica triangular (Administración sanitaria/jubilado parcial/relevista) o cuadrangular (entidad gestora/Administración sanitaria/jubilado parcial/relevista), de los derechos y obligaciones del personal estatutario que aspire a alcanzar, anticipadamente o no, la jubilación parcial, y a mantener la correlativa prestación de servicios en la pertinente proporción. Esta también sería, en su caso y entre otras cuestiones a resolver, la misión de la pertinente regulación reglamentaria que perfeccione en su día el derecho cuestionado.”

De este fundamento, debemos destacar un manifiesto error por parte del Tribunal, al afirmar que, en el caso de los funcionarios públicos, su régimen de “previsión social”, es diferente al del personal estatutario, cuando resulta que, como señalaremos con mayor detalle posteriormente, la integridad de los funcionarios públicos dependientes de las administraciones locales y el mayoritario de las comunidades autónomas, también dependen del mismo régimen de “previsión social”, es decir, el régimen general de la Seguridad Social, lo que debe hacernos reflexionar sobre cuáles son los datos que se han facilitado a la Sala para que pudiera estudiar y dictar su fallo, ya que su afirmación para nada responde a la realidad.

3. Todo lo anterior, nos lleva a la obligación de realizar un examen de la teoría de la “hermenéutica”, a los efectos de justificar nuestra crítica a la interpretación estricta que realiza el Tribunal Supremo, con relación a la expresión “trabajadores”, que constituye la piedra angular de su fallo.

Así, siguiendo la doctrina más clásica, en concreto Enneccerus,¹³ señala: “interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido, y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica, y por tanto, también para la resolución judicial”; en esta línea nuestro Código Civil, en su artículo 3.1, regula los criterios a utilizar en la interpretación, todos ellos son herederos de la doctrina establecida por Savigny, como señala Castán Tobeñas,¹⁴ y esta es precisamente reconocida de forma expresa por nuestro Código Civil, que en su artículo 3.1 señala:

13. ENNECCERUS-KIPP-WOLF (1951), *Tratado de Derecho Civil*, tomo I –vol. 1º, Edit. Bosch - Barcelona, p. 202.

14. CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978), *Derecho Civil español, común y foral*, vol. I, Edit. Reus, S.A., Madrid, p. 530 y ss., y así, podemos resumir las conclusiones de Savigny, que reconocía la existencia de cuatro elementos en la interpretación, a saber:

a) Literal o filológico: que constituye el primer estadio interpretativo, de forma que el intérprete ha de obtener el significado verbal que resulte.

“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

Como puede observarse, los criterios interpretativos reconocidos legalmente por nuestro ordenamiento jurídico, responden directamente al esquema formulado por Savigny; por ello, consideramos que la cuestión objeto del fallo del Tribunal Supremo, debería haber sido examinada, no solo mediante la utilización del elemento “gramatical”, tal como se deduce del contenido de la sentencia, al considerar que la expresión “trabajador” cierra cualquier posibilidad de aplicación de la Ley general de Seguridad Social a otra clase de empleados públicos, en este caso el personal estatutario, sino mediante la utilización del resto de los elementos. Por ello, vamos a proceder a un examen de la cuestión, en el que se utilizará el resto de los elementos, y especialmente, como señala el propio artículo 3.1 del Código Civil, “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.”

4. De acuerdo con lo anteriormente expuesto tenemos que destacar, en primer lugar, lo acertado del voto particular a la sentencia, cuando el mismo afirma que las previsiones de las directivas 93/104/CE y 2000/34/CE, a las que se remite expresamente la propia exposición de motivos (*ratio legis*) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, reguladora del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, “equiparan nominalmente, en estos términos, el personal estatutario a los trabajadores”, por lo cual tenemos un primer elemento que justificaría la falta de fundamento del fallo de la sentencia.

En segundo lugar, y de conformidad con los criterios legales de interpretación de las normas, debemos recordar que, en los últimos años, se ha producido un fenómeno en el ámbito conocido tradicionalmente como de la “función pública”, y es la sustitución del

mismo por otro más amplio como es el del “empleo público”,¹⁵ que ha tenido un pleno reconocimiento legal, tras la aprobación de la Ley 7/2007 EBEP; y esta figura, recordemos, agrupa tanto al personal con relación jurídico-laboral como a los funcionarios de carrera con relación estatutaria. Por ello, utilizar una interpretación restrictiva semánticamente, como la utilizada por el Tribunal Supremo, no parece responder precisamente a los criterios teleológico ni sistemático, que han servido de soporte para la nueva regulación del empleo público en nuestro Estado.

Pero es más, recordemos como el propio Tribunal incurre en un manifiesto error, cuando afirma que el régimen de “previsión social” de los funcionarios públicos es diferente al del personal estatutario, resultando que la integridad de los funcionarios públicos dependientes de las administraciones locales y el mayoritario de las comunidades autónomas también dependen del mismo régimen de “previsión social”, es decir, el régimen general de la Seguridad Social, y ello debería haber obligado al Tribunal a realizar una interpretación sistemática y coherente con el régimen legal existente, pues parece inexplicable que se admitan las cotizaciones de los funcionarios y estatutarios, y a la hora de exigir prestaciones estas les discriminen con relación al resto de los “trabajadores”.

En tercer lugar, la anterior conclusión nos lleva directamente a uno de los fundamentos del voto particular, cuando el mismo afirma que podríamos estar en presencia de una violación del principio constitucional de igualdad (artículo 14 CE), ya que el personal estatutario “se encuentra incluido al igual que el resto de los trabajadores en el régimen general de la Seguridad Social, sin distinciones ni matizaciones por la diferente naturaleza jurídica de su relación de servicio.” A lo que debe añadirse la realidad de “una coincidencia en los servicios públicos de personal laboral y estatutario, siendo difícil encontrar datos objetivos y razonables que justifiquen una posible diferencia de trato en orden

b) Lógico, racional o teleológico: como afirma el citado autor, la indagación del sentido literal no debe agotar nunca la actividad hermenéutica, para completar y controlar los resultados de la interpretación gramatical hay que penetrar en el pensamiento y espíritu de la ley, es decir, el motivo o razón de la norma, también conocida como *ratio legis*.

c) Sistemático: este elemento está en íntima conexión con el anterior o es una aplicación de él, de forma que se debe proceder a relacionar la norma con aquellas otras que integran una institución jurídica, y cada institución con las demás, hasta llegar a los principios fundamentales del sistema jurídico.

d) Histórico: las disposiciones legales, aun aquellas que ofrezcan mayores apariencias de novedad, son siempre reproducción, modificación o desarrollo de un Derecho preexistente.

15. FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), *Constitución y Empleo Público*, Edit. Comares, Granada, en el cual ya se manifestaba la realidad de que nos encontrábamos ante una convergencia de ciertos elementos de régimen jurídico entre el personal laboral y los funcionarios públicos, y que daban origen a una nueva figura, la de empleado público.

a la concesión de las prestaciones contributivas de jubilación parcial.”

Por último, debemos rechazar igualmente la argumentación que utiliza la Sala, fundamentada en las previsiones de las disposiciones adicionales sexta del EBEP y séptima de la Ley 40/2007, disposiciones que se limitan a encomendar al Gobierno del Estado la elaboración de unos “informes”, ya que si se examinan los trabajos parlamentarios que dieron origen a su aprobación, se comprobará que la *ratio legis*, que recordemos constituye uno de los elementos interpretativos esenciales, no se corresponde para nada con las consideraciones del Tribunal Supremo, y especialmente, nunca fueron concebidas como una “habilitación o mandato legal” de desarrollo reglamentario.

A la vista de todo lo expuesto, a nuestro juicio, la sentencia objeto de examen carece de una fundamentación suficiente, y especialmente de una adecuada aplicación de los criterios de interpretación de las normas previstos en el artículo 3.1 del Código Civil, por lo cual esperamos que esta decisión, con relación al personal estatutario, sea pronto objeto de revisión, al igual que ha ocurrido en otras ocasiones, por ejemplo, el caso de la evolución jurisprudencial con relación a las contrataciones laborales irregulares en las administraciones públicas, que terminó con la creación de la figura del “indefinido no fijo de plantilla”.

Ahora bien, con relación al ámbito de los funcionarios de carrera, entendemos que esta sentencia no puede ni debe condicionar posteriores pronunciamientos referidos a este colectivo, y es más, quizá sea ese el momento donde el Tribunal pueda tener el motivo y circunstancia adecuada para rectificar una doctrina, a nuestro juicio, manifiestamente errónea, y esta opinión se confirma por el contenido del propio voto particular formulado en contra de la misma. Por ello, consideramos adecuado y necesario continuar con este trabajo, ya que consideramos que el examen que vamos a realizar a continuación permitirá aclarar muchas cuestiones, y más si tenemos en cuenta que nos encontramos ante una nueva legislación surgida en el año 2007, es decir, cinco años después de la aprobación de las normas objeto de controversia, y que, como se comprobará al examinar su tramitación parlamentaria entre

otras cuestiones, existen sólidas razones para reclamar el reconocimiento incondicionado del derecho a la jubilación parcial, en contra del criterio sostenido por el Tribunal Supremo para el personal estatutario.

2. La controversia de la jubilación parcial de los funcionarios públicos en la doctrina y la más reciente jurisprudencia

2.1. Posiciones doctrinales

A) Debemos comenzar con lo manifestado por Sánchez Morón¹⁶ (presidente de la Comisión redactora del Informe para la elaboración del EBEP), que considera que la jubilación parcial debe reconocerse a solicitud del funcionario, es decir, estamos en presencia de un derecho de aplicación directa que no necesita desarrollo legal alguno; asimismo, considera que las previsiones del apartado segundo del artículo 67, suponen el reconocimiento de que las administraciones públicas podrán regular de forma facultativa “condiciones especiales” para la jubilación parcial de los funcionarios públicos.

B) Por otro lado, nos encontramos ante la posición de Sempere Navarro y Hierro Hierro,¹⁷ los cuales, en contraposición a Sánchez Morón, inicialmente condicionan la puesta en marcha de este derecho a la aprobación de los planes previstos en el apartado segundo del artículo 67 del EBEP, entendiendo que esta figura se encuentra vinculada a situaciones de excepcionalidad.

Ahora bien, esta posición no es definitiva por su parte, dado que los mismos autores consideran que también es posible otra interpretación, en concreto, si se toma en consideración la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Socialista¹⁸ por la cual se proponía que se considerara oportuno incorporar la posibilidad de que, por Ley de las Cortes Generales, y con carácter excepcional y dentro de la planificación de recursos humanos, se pudieran establecer condiciones especiales para la jubilación voluntaria y parcial, lo que supone, a *sensu contrario*, que el legislador partía de la consideración de que las previsiones del apartado primero del citado artículo suponían el reconocimiento de un derecho incondicionado y de inmediata aplicación.

16. SÁNCHEZ MORÓN, M. (2007), *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova – Valladolid, p. 425.

17. SEMPERE NAVARRO, A. V. y HIERRO HIERRO, F. J. (2008), *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, Aranzadi – Thomson, Pamplona, p. 592.

18. Nos referimos a la enmienda núm. 535 (BOCG – Congreso de los Diputados – núm. 94-9), de 24 de noviembre de 2006.

Finalmente, los mismos autores, con el único argumento de que consideran que la jubilación parcial es una “excepcionalidad” por sí misma, reiteran su argumento inicial.

C) También debemos tener en cuenta lo manifestado por Moreno de Vega,¹⁹ el cual realiza un examen meramente descriptivo de la figura de la jubilación, tanto en el ámbito de la Seguridad Social como desde la perspectiva del régimen de clases pasivas, proponiendo posteriormente un proceso de integración de la jubilación de los funcionarios en el régimen general, considerando difícil una simple transposición de la figura de la jubilación parcial, si bien, desde un criterio económico, no encuentra especiales problemas para la aplicación de la misma de forma inmediata.

Considera, asimismo, que la jubilación parcial está constituida por una relación tripartita (empresario, trabajador jubilado y trabajador sustituto), y que, a su juicio, ese marco jurídico laboral regulador de sus relaciones no presenta especiales dificultades para su traslado al ámbito de la Administración pública, si bien, como conclusión final, estima necesario un desarrollo normativo específico para la aplicación inmediata de la jubilación parcial, especialmente por las previsiones de la disposición adicional sexta del EBEP, que hacen referencia al estudio que deberá ser presentado al Congreso de los Diputados.

D) Por último, resulta adecuado examinar la propuesta formulada por de Sande,²⁰ al analizar una concreta sentencia judicial²¹ favorable al reconocimiento del ejercicio inmediato del derecho a la jubilación parcial por parte de un funcionario de carrera.

La citada autora formula una serie de críticas al contenido de esta sentencia, ya que la misma se manifiesta contraria al reconocimiento inmediato y directo de este derecho a los funcionarios; así, señala:

a) El primero de sus argumentos de justificación de su rechazo es el recogido por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla -Sala de lo Social-, de fecha 17 de julio de 2008 (AS/2008/2594), a la que ya nos hemos referido anteriormente. En concreto, la autora considera imprescindible el desarrollo normativo de las previsiones del EBEP para el ejercicio del derecho a la jubilación parcial, y ratifica esta conclusión

apoyándose en las previsiones de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, que establece la obligación del Gobierno, en el plazo de un año, de presentar un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación parcial y anticipada de los empleados públicos, con la finalidad de homogenizar regímenes y evitar problemas de sostenibilidad del sistema de protección social.

b) También estima que el principal problema, y que resulta de muy difícil solución, es el cumplimiento de la exigencia legal de la formalización de un contrato de relevo, ya que se desconoce cuál es el instrumento que debe utilizarse en el ámbito de las administraciones públicas (contrato de trabajo o quizás nombramiento interino), añadiendo que además no debe olvidarse que estamos en presencia de un contrato laboral y que, asimismo, estamos en presencia de dos regímenes jurídicos diferentes (laboral y funcional), que no son intercambiables, lo que impide que un puesto de trabajo reservado en su desempeño a funcionarios sea desempeñado por personal laboral.

c) Por último, justifica su rechazo en la existencia de una potestad de autoorganización que resultaría atacada en el caso de que se procediera a una aplicación de la jubilación parcial como derecho del funcionario, ya que esta potestad se encuentra sometida en su ejercicio a un marco normativo concreto, y la formación de su voluntad tiene carácter reglado. Por ello, considera imprescindible la aprobación previa de un Plan de ordenación de recursos humanos como manifestación directa de la potestad de autoorganización de la Administración pública, considerando que no es posible que el ejercicio de un derecho individual a la jubilación condicione la organización administrativa. Por ello, concluye que estamos en presencia “de un derecho condicionado al desarrollo de una normativa específica y de la elaboración de un plan.”

Además, estima la autora que la jubilación parcial, desde la perspectiva del Derecho Laboral, tiene su fundamento en la consecución de un “relevo generacional”, y también en obtener un incremento de la contratación entre desempleados que ayude a mejorar los costes de la Seguridad Social, y añade que en la

19. MORENO DE VEGA Y LOMO, F. (2009), “Jubilación parcial y empleo público en la Administración General del Estado: reflexiones de *lege ferenda*”, en la obra colectiva (AA.VV.) “Estatuto básico del empleado público – XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, (vol. I), Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid.

20. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE (2009), *La jubilación parcial de los funcionarios*, Aranzadi Social 1/2009.

21. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos, de fecha 6 de junio de 2008 (AS/2009/13).

Administración pública es exigible el “interés público”, y por ello, resulta preciso un desarrollo normativo e instrumental específico para los funcionarios. Por todo lo cual, considera que el instrumento adecuado para dar cumplimiento a las exigencias para la aplicación de la jubilación parcial, son las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º EBEP, de forma que estima necesario aprobar por las Cortes Generales una ley, de carácter excepcional y en el marco de un Plan de ordenación de recursos humanos, para que se pueda ejercer el derecho individual de jubilación, es decir, es un derecho condicionado y limitado en su ejercicio.

2.2. Pronunciamientos jurisdiccionales

Para conseguir una visión lo más amplia y detallada posible del tema que nos ocupa, resulta necesario examinar algunos de los pronunciamientos jurisdiccionales más recientes, favorables a la aplicación inmediata del derecho individual a la jubilación parcial. Así, tenemos una serie de sentencias²² que reclaman la aplicación directa de este derecho, debiendo indicar asimismo que, si bien las mismas son susceptibles de recurso, entendemos aportan criterios y fundamentos que pueden ilustrar adecuadamente el debate que estamos intentando estudiar. Así, por su claridad y detalle, procedemos a transcribir algunos de los fundamentos jurídicos de las citadas sentencias, que entendemos ilustrarán al lector adecuadamente al respecto.

A) Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo núm. 5 (11-3-2009), fundamentos de derecho tercero y quinto:

“TERCERO.- Pues bien, de la anterior regulación resulta que las normas estatales básicas han querido conferir al personal funcionario un derecho a la jubilación parcial y en términos muy similares al régimen establecido para los trabajadores en régimen laboral.

“Hemos de considerar que el artículo 67 del Estatuto básico presta amparo jurídico de rango suficiente y eficacia directa e inmediata para solicitar y obtener la jubilación anticipada parcial (cumpliendo los requisitos generales) por las siguientes razones:

“En primer lugar, porque el título IV del Estatuto básico del empleado público (‘Adquisición y pérdida de

la relación de servicio’) constituye una parte de la Ley básica que no está sometida a aplazamiento expreso en su vigencia por la disposición final 4ª.

“En segundo lugar, porque el artículo 33 de la Ley de medidas de la función pública de 1984 (invocado por la Administración para sostener la única modalidad de jubilación a tiempo completo) ha sido expresamente derogado por el citado Estatuto básico según el apartado b) de la disposición derogatoria única.

“En tercer lugar, porque los ‘requisitos y condiciones establecidos en el régimen de la Seguridad Social’ son los relativos a la generación del derecho y alcance de la prestación, ámbito sustantivo material que el Estatuto básico deja en manos de la regulación sectorial de la Seguridad Social (cotizaciones y prestaciones).

“En cuarto lugar, porque existiendo un derecho reconocido por norma de rango legal, no puede objetarse que la legislación de Seguridad Social ha impuesto la existencia de un contrato de relevo hasta la edad de la jubilación. Y no puede objetarse puesto que: primero, esta previsión del contrato de relevo se refiere a los términos y supuestos precisos legales a que se vincula: a la jubilación parcial del trabajador cuya relación se regula por el Estatuto de los trabajadores; y si la legislación general de la Seguridad Social no ha implantado la obligación de un contrato de relevo o similar para el caso de la jubilación parcial de ‘funcionarios’ no puede aplicarse la analogía *in peius*, para excepcionar de un derecho legalmente reconocido.

“En quinto lugar, toda interpretación de un instituto propio de la relación de servicios con la Administración, si es común a la relación laboral y funcionarial, ha de interpretarse bajo consideraciones de igualdad, salvo que se trate de aspectos vinculados a su singular naturaleza. En otras palabras, la fuente de la desigualdad ha de asentarse sobre criterios objetivos y razonables. Pues bien, el Estatuto básico del empleado público se asienta tanto en su preámbulo como en sus determinaciones bajo el confesado ánimo de unificar en lo posible el régimen de laborales y funcionarios, hasta el punto de que el Código de Conducta y el régimen disciplinario de forma pionera en nuestro ordenamiento jurídico queda unificado en gran medida. De ahí, derivamos que el instituto de la ‘jubilación parcial’

22. Entre otras varias, tenemos la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Córdoba de 24 de marzo de 2008 (JUR/2009/24053), sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Burgos de 6 de junio de 2008 (AS/2009/13), y sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo, de 11 de marzo de 2009.

expresamente asentado y reconocido para el personal laboral ha de ser aplicado al personal funcionario, no por mimética y caprichosa extensión, sino porque el legislador básico en el artículo 67.4 del Estatuto así lo ha querido expresamente, y además la voluntad de eliminar en este punto toda discriminación se evidencia en la disposición adicional sexta del propio Estatuto cuando encomienda al Gobierno presentar a las Cortes estudios de los distintos regímenes de jubilación 'para asegurar la no discriminación entre colectivos de características similares.'

"En sexto lugar, la condición de un contrato de relevo fijada para los empleados públicos en régimen laboral 'que tendrá como mínimo una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años' ha de interpretarse con arreglo a su finalidad, que no es otra que la de asegurar la prestación continua y completa del servicio o trabajo en beneficio del patrono. Pues bien, en el caso de la jubilación parcial anticipada del funcionario, lo decisivo no es asegurar que la Administración concierte formalmente un contrato de relevo, sino que la Administración garantice o pueda garantizar con una figura legalmente admisible el complemento de la labor del jubilado anticipado parcial.

"A este respecto, dos datos son relevantes. Un primer dato fáctico relevante en el caso concreto planteado, que viene dado porque el empleado funcionario que solicita la jubilación parcial en el caso de autos es peón del servicio de limpieza (o sea, actividad no reservada a personal funcionario y plenamente susceptible de suplirse parcialmente con contratos laborales a tiempo parcial); y un segundo dato jurídico, que el artículo 47 del referido Estatuto básico incorpora la novedad de la posibilidad de personal funcionario 'a tiempo parcial', con lo que nada obsta a incorporar un funcionario interino a tiempo parcial hasta la edad de la jubilación ordinaria del funcionario jubilado también parcialmente."

"QUINTO.- En consecuencia, y por lo expuesto es evidente que no puede alzarse por la Administración la invocación de una Instrucción de la Secretaría General para la Administración Pública de 5 de Junio de 2007 cuando aplaza (o lo pretende) la aplicación del artículo 67.4 del Estatuto. Y es que: a) Una Instrucción sirve para interpretar la Ley pero ello no vincula al juez sino únicamente a los funcionarios de su ámbito llamados a aplicarla en los términos del artículo 21 de la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo común;

b) Una Instrucción no puede derogar o vaciar la efectividad de la Ley que interpreta; c) Y por último, tal Instrucción tiene por destinatario a los órganos de la propia Administración que la dicta, sin que la Administración local aquí concernida pueda sentirse vinculada por tal pauta. En definitiva, las razones de eficacia o las dificultades de aplicación son válidas desde enfoques sociológicos o de Ciencia de la Administración pero no constituyen principio prevalente sobre las reglas sustantivas que reconocen derechos a ciudadanos, como es el caso, a funcionarios en el marco de su relación especial de sujeción."

B) Sentencia del Juzgado de lo Social de Burgos núm. 1 (6-6-2008):

De esta sentencia nos interesa destacar un argumento que complementa lo anteriormente examinado, que aporta una visión del problema realmente interesante, y que quizás pueda servir de fundamento para la búsqueda de una solución adecuada al problema generado por la deficitaria redacción del EBEP con relación a este tema. Así, el fundamento jurídico quinto señala:

"El art. 166 LGSS es el que establece el derecho a la jubilación parcial y en este caso sí que hay una remisión expresa a un desarrollo reglamentario de la misma. Se dice expresamente que 'el régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca', partiendo de la base de lo dispuesto en el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores que regula el denominado contrato a tiempo parcial para el jubilado parcial y para el relevista. Este precepto no reconoce el derecho incondicionado del trabajador a la jubilación parcial sino que lo supedita a que el empresario lo acepte salvo que por norma paccionada se reconozca tal derecho.

"Así las cosas, resulta lo siguiente:

"1.- El trabajador por cuenta ajena no tiene derecho incondicionado a la jubilación parcial ni el empresario está obligado a soportarla mediante la celebración de contratos a tiempo parcial salvo que haya una norma paccionada de sector o de empresa que así lo diga. En el caso que nos ocupa el funcionario público si que tiene el derecho incondicionado a la jubilación parcial, pues el art. 67.4 de la Ley 7/2007, dice que 'procederá' la jubilación parcial de cumplirse los requisitos y condiciones en lo que atañe a la situación del empleado con la Seguridad Social. Esto supone que si el empleado reúne los requisitos y condiciones para acceder al percibo de la pensión de jubilación procede-

rá la jubilación parcial. No ha negado ninguno de los demandados que no los reúna, luego tiene derecho a la jubilación parcial.

“2.- El régimen jurídico que reglamentariamente debía establecerse, a tenor del art. 166 LGSS, es el contenido en el RD 1131/2002 cuyo art. primero establece como ámbito de aplicación el de los trabajadores incluidos en el régimen general de la Seguridad Social y otros. Parecen entender los demandados que en el ámbito de aplicación de este Reglamento no se incluyen los funcionarios salvo que haya otro Reglamento que así lo diga y ese Reglamento aún no existe. Entiende este Tribunal que el RD 1131/2002 se refiere a los trabajadores incluidos en el régimen general, porque en la fecha en que se dictó aún no se había regulado el derecho de los funcionarios a la jubilación parcial y no podía decir otra cosa salvo que pretendiese excederse en el mandato legislativo del art. 166 LGSS. Igualmente entiende este Tribunal que esta norma utiliza dos conceptos distintos: el de trabajador por cuenta ajena y el del afiliado al régimen general de la Seguridad Social, lo cual no quiere decir que no pueda haber funcionarios afiliados al régimen general. Los hay y un ejemplo es el del demandante. Si la Ley 7/2007 dice que procederá a la jubilación parcial cuando el funcionario cumpla los requisitos y condiciones de la Seguridad Social, puede estar queriendo decir dos cosas distintas: que el funcionario debe ser, de conformidad con el RD 1131/2002, trabajador por cuenta ajena y pertenecer al régimen general cumpliendo con arreglo a este todas las condiciones y requisitos para acceder a la jubilación parcial o bien que debe cumplir todos los requisitos de dicho RD en lo referente a su condición de integrado en el régimen general aunque no sea trabajador. Entiende este Tribunal que es lo segundo y no lo primero, pues esto supone una flagrante vulneración de un principio lógico fundamental que es el de no contradicción, pues no puede pretenderse que una persona que es funcionario sea al propio tiempo y por la misma relación trabajador por cuenta ajena, cuando o se es una cosa o se es otra, pero se puede ser las dos cosas a la vez.”

23. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 8 de septiembre de 2006 - Núm. 94-1.

“2. Procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.” Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de jubilación voluntaria.”

3. Consideraciones en torno al origen del conflicto y una propuesta interpretativa

Como indicábamos al principio de este trabajo, la problemática de la nueva regulación introducida por el EBEP sobre la jubilación parcial de los funcionarios públicos y su aplicación inmediata e incondicionada, resulta a la vista de todo lo expuesto anteriormente un problema de difícil resolución, y a nuestro juicio, solo las resoluciones audaces de ciertos juzgados y tribunales superiores han aportado algunos de los criterios claves para cortar el “nudo gordiano”, originado por la falta de un adecuado y reposado trabajo parlamentario con respecto a este tema, y por otro lado, la existencia de una interpretación excesivamente literal y estricta realizada por el Tribunal Supremo tampoco ha ayudado a resolver el tema, que auguramos surgirá con mayor virulencia en los casos del personal funcionario de carrera.

Por ello, consideramos esencial para poder formular unas conclusiones lo más certeras posibles sobre esta cuestión, proceder al examen detallado de diversas cuestiones en torno al proceso de elaboración del precepto y también del contenido de las resoluciones judiciales anteriormente expuestas.

3.1. Génesis del precepto

Efectivamente, resulta esencial proceder al estudio de la *ratio legis* de los preceptos origen del conflicto, es decir, los trabajos parlamentarios que dieron origen a su aprobación, que, entendemos, nos van a aportar mucha luz al respecto.

Así, debemos comenzar con la génesis del artículo 67. 2 y 4 del EBEP, ya que, en el Proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, no recogía esta regulación, sino que se limitaba a regular la jubilación voluntaria.²³ Es precisamente en vía parlamentaria cuando se incorpora la misma, y en concreto, nos referimos a las enmiendas presentadas por el Grupo Mixto (J. A. Labordeta), Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, Grupo de Esquerra Republicana

(ERC), Grupo Popular y Grupo Convergència i Unió. Ahora bien, sus propuestas eran muy diferentes; así:

a) Tenemos inicialmente un grupo de enmiendas que, con diferencias entre las mismas, tienen un elemento coincidente, que no es otro que el simple reconocimiento del derecho a la jubilación parcial de los funcionarios públicos, pero quedando su aplicación concreta diferida a un posterior desarrollo legal. Nos referimos a las propuestas de los grupos de Esquerra Republicana (ERC) y el Grupo Popular,²⁴ las cuales fueron rechazadas íntegramente durante la tramitación parlamentaria, aspecto

sobre el que queremos llamar la atención a los efectos de las conclusiones finales de este trabajo.

b) Por otro lado, nos encontramos con otro grupo de enmiendas cuya finalidad era incorporar la figura de la jubilación parcial, pero procediendo de forma paralela a la regulación de un específico régimen de aplicación de la misma. Nos estamos refiriendo a las formuladas por el Grupo Mixto (J. A. Labordeta) y el Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds,²⁵ las cuales también fueron rechazadas íntegramente durante la tramitación parlamentaria, si bien queremos destacar como elemento

24. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

– Enmienda núm. 301 - Firmante: Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC).

“De adición de un nuevo apartado al artículo 67.

“Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 67, con la siguiente redacción:

“Por Ley de las Cortes Generales se establecerán los mecanismos básicos para regular la jubilación parcial de los funcionarios públicos, de acuerdo con los requisitos que se fijen en el régimen de Seguridad Social que les sea aplicable.”

“Justificación

“Esta enmienda viene a cubrir un claro déficit regulatorio en la normativa actual que impide la aplicación de la figura de la jubilación parcial de los funcionarios públicos y, a su vez, la correlativa aplicación de fórmulas análogas al contrato de relevo en el ámbito laboral, adaptadas a las peculiaridades de los funcionarios públicos.

“La introducción del precepto supondría, además, la solución a supuestos que con el marco normativo actual tienen soluciones de difícil encaje, tanto en la normativa como en las necesidades de los servicios -es el caso de la interpretación forzada de los supuestos de segunda actividad, por ejemplo.”

– Enmienda núm. 392 - Firmante: Grupo Parlamentario Popular en el Congreso.

“De modificación del artículo 67.

“Artículo 67. Jubilación.

“1. La jubilación de los funcionarios podrá ser:

“a) Voluntaria, a solicitud del funcionario.

“b) Forzosa, al cumplir la edad legalmente establecida.

“c) Por la declaración de incapacidad permanente o total para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por la declaración de una incapacidad absoluta.

“2. Procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones que se desarrollen reglamentariamente.

“Las administraciones públicas podrán establecer incentivos económicos a la jubilación voluntaria siempre que se cumplan los requisitos establecidos para la misma.

“3. La jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad.

“No obstante, los funcionarios, en los términos de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, podrán prolongar voluntariamente su permanencia en el servicio activo como máximo hasta que cumplan setenta años de edad, siguiendo el procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

“De lo dispuesto en los dos párrafos anteriores quedarán excluidos los funcionarios que tengan normas específicas de jubilación.

“4. Los funcionarios podrán acogerse a la jubilación parcial en los términos que se establezcan en las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto.

“Justificación

“Se mejora sustancialmente el texto remitido por el Gobierno, al incorporar mediante esta enmienda la posibilidad de establecer incentivos económicos a la jubilación voluntaria, posibilitando la renovación de los efectivos y la edad media del personal al servicio de las administraciones públicas, incorporando un mayor número de efectivos en las ofertas de empleo público.

“A través del contenido del apartado cuarto se incorpora como aspecto novedoso la posibilidad de acogerse a la jubilación parcial de los funcionarios.”

25. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

– Enmienda núm. 36 - Firmante: Don José Antonio Labordeta Subías (Grupo Parlamentario Mixto).

“De adición al artículo 67.1.d).

“Añadir un nuevo apartado: ‘d) Jubilación parcial, evitando no obstante con su aplicación el fomento del empleo temporal en la Administración optando por la acumulación de tareas en los puestos de trabajo de los empleados que opten por la jubilación parcial para ofrecer las plazas resultantes de la acumulación en la oportuna oferta pública de empleo.’

importante que nos puede ayudar a determinar el sentido final de la voluntad del legislador, que en la enmienda del Grupo Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, se realiza una propuesta de la que se puede deducir que se considera que la modificación propuesta se configura como una simple equiparación entre el régimen general de la jubilación parcial, hasta ese momento existente para los trabajadores, y su traslación a los funcionarios, pero en las mismas condiciones, de forma que se propone regular la sustitución de la figura del “contrato de relevo” por la del “funcionario interino a tiempo parcial”.

Pues bien, esta propuesta fue también rechazada por nuestro Parlamento, lo que nos lleva a formular una primera consideración. Así, tras examinar estas primeras actuaciones parlamentarias, nos encontramos con el hecho de que fueron rechazadas de forma expresa y, por ello, de su contenido pueden deducirse las siguientes aseveraciones:

- No se ha admitido por el Parlamento una regulación legal de la jubilación parcial condicionada a un futuro desarrollo normativo.

- También se ha rechazado una regulación de aplicación inmediata, pero que pretendía equiparar directamente la jubilación parcial de los funcionarios públicos con la de los trabajadores de cualquier empresa privada, promoviendo la sustitución de los requisitos que debían cumplimentar estas empresas por otros de carácter equivalente para las administraciones públicas, en concreto, los funcionarios interinos a tiempo parcial.

c) Por último, nos encontramos con las enmiendas del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió,²⁶ las cuales debemos examinar con atención, dado que las mismas fueron aprobadas y pasaron a formar parte del texto definitivo del EBEP, sin modificación alguna, durante el resto de la tramitación parlamentaria, es decir, el legislador asumió que la jubilación parcial se configurara como un derecho incondicionado, dependiendo su ejercicio únicamente de la voluntad del funcionario y con el único requisito de que este, a título personal, “reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable”, y

“Justificación

“Extender la posibilidad de la jubilación parcial mediante el contrato por acumulación de tareas también al empleo público, creando además nuevo empleo público.”

– Enmienda núm. 180 - Firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

“De adición.

“Artículo 67.d). Se propone añadir una nueva letra d) con el siguiente texto:

“‘d) Jubilación parcial.’”

– Enmienda núm. 181 - Firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds

“De adición.

“Artículo 67.4. Se propone añadir un nuevo apartado 4 con el siguiente texto:

“‘4. La jubilación parcial, que podrá concertar el funcionario con la Administración, consistirá en una reducción de la jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 75 por 100 de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión correspondiente con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida. La ejecución de la jubilación parcial y su retribución, serán compatibles con la pensión correspondiente, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total. La Administración podrá contratar simultáneamente a un funcionario interino a tiempo parcial, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.’”

26. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

– Enmienda núm. 480 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

“De adición de una nueva letra d) en el apartado 1 del artículo 67 del referido texto.

“Redacción que se propone:

“Artículo 67. Jubilación.

“(nueva letra) ‘d) Parcial.’

“Justificación

“Incorporar la posibilidad de que los funcionarios puedan acceder a la jubilación parcial.”

– Enmienda núm. 481 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

“De adición de un nuevo apartado 4 en el artículo 67 del referido texto.

“Redacción que se propone:

“Artículo 67. Jubilación.

“(nuevo apartado) ‘4. Procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de Seguridad Social que le sea aplicable.’

“Justificación

“Incorporar la posibilidad de que los funcionarios puedan acceder a la jubilación parcial.”

esta conclusión la formulamos a la vista del rechazo que tuvieron las otras enmiendas presentadas por diferentes grupos parlamentarios, en especial, aquellas que expresamente pretendían diferir la aplicación de la jubilación parcial a un posterior desarrollo normativo. Por ello, tanto por la literalidad del precepto como por su proceso de aprobación, las consecuencias solo pueden ser las señaladas anteriormente, cuestión diferente es que los parlamentarios no calcularan adecuadamente las consecuencias de lo que aprobaban.

3.2. Adecuación de los criterios aplicados por los juzgados y tribunales a las consecuencias deducidas de la génesis parlamentaria del precepto

A la vista de las conclusiones que hemos extraído de los trabajos parlamentarios desarrollados para la aprobación del artículo 67. 2 y 4 del EBEP, debemos manifestar nuestra conformidad con algunos de los fundamentos utilizados por los juzgados y tribunales para justificar la inmediata aplicación de la jubilación parcial a los funcionarios. Así, debemos recordar:

a) Debe tenerse en cuenta que el título IV del Estatuto básico del empleado público ("Adquisición y pérdida de la relación de servicio") no está sometido a aplazamiento expreso en su vigencia por la disposición final 4ª, y las previsiones del artículo 33 de la Ley 30/1984 LMRFP, regulador del derecho a la jubilación de los funcionarios públicos, se encuentra derogado expresamente.

b) El régimen jurídico de Seguridad Social aplicable en los casos examinados por los tribunales estaba configurado por las previsiones del artículo 166 LGSS, precepto desarrollado por el RD 1131/2002, cuyo artículo 1º determina como ámbito de aplicación el de los trabajadores incluidos en el régimen general de la Seguridad Social y otros. A la vista del mismo, los tribunales han considerado que el RD 1131/2002 se refiere a los trabajadores incluidos en el régimen general, porque en la fecha en que se dictó aún no se había regulado el derecho de los funcionarios a la jubilación parcial y no podía decir otra cosa, salvo que pretendiese excederse en el mandato legislativo del artículo 166 LGSS, si bien no debemos olvidar en este punto la interpretación literalista realizada por el Tribunal Supremo, en la sentencia de 22 de julio de 2009, que ha sido objeto de estudio anteriormente, y de nuestra manifiesta críti-

ca. Ahora bien, debemos destacar cómo las sentencias de los juzgados ya citadas, añaden el argumento que nos parece de especial interés, que permite, a nuestro juicio, de una forma audaz y coherente, cortar el nudo originado por la regulación del EBEP; y este argumento consiste en considerar que esta norma utiliza dos conceptos distintos, a saber, en primer lugar, el de trabajador por cuenta ajena, y, en segundo lugar, el del afiliado al régimen general de la Seguridad Social, lo cual supone que puede haber funcionarios afiliados al régimen general.

Así, no hay que olvidar cómo fue la propia legislación estatal (en especial el RDL 670/1987, Ley de clases pasivas del Estado, y el RDL 4/2000 de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado) la que excluyó a los funcionarios de las comunidades autónomas de este régimen, los cuales se encuentran actualmente, en su totalidad, integrados en el régimen general de la Seguridad Social, salvo los que fueron objeto de transferencia; y por otro lado, tenemos el otro colectivo más importante, el de los funcionarios de la Administración local, que, recordemos, fueron integrados de forma obligatoria en el régimen general de la Seguridad Social, de conformidad con las previsiones del RD 480/1993. Por lo tanto, la afirmación de los tribunales es totalmente correcta y sin discusión posible, ante la realidad de unos hechos que no puede negar la Seguridad Social, la cual, por cierto, ha recibido sin problema alguno todas sus cotizaciones durante todos estos años.

Continúan los tribunales señalando que si el EBEP indica que procederá a la jubilación parcial cuando el funcionario cumpla los requisitos y condiciones de Seguridad Social, puede estar queriendo decir dos cosas distintas: que el funcionario debe ser, de conformidad con el RD 1131/2002, trabajador por cuenta ajena, y pertenecer al régimen general, cumpliendo, con arreglo a este, todas las condiciones y requisitos para acceder a la jubilación parcial; o bien que debe cumplir todos los requisitos de dicho Real decreto en lo referente a su condición de integrado en el régimen general, aunque no sea trabajador.

La solución a esta alternativa que adopta el Tribunal, a nuestro juicio la más razonable, y respetuosa con los criterios hermenéuticos analizados anteriormente, es la segunda, pues lo contrario supondría una flagrante vulneración de un principio lógico fundamental que es el de no contradicción, pues no puede pretenderse que una persona que es funcionario sea al propio

tiempo y por la misma relación trabajador por cuenta ajena, cuando o se es una cosa o se es otra, pero se puede ser las dos cosas a la vez.

A la vista de estos fundamentos, debemos considerar lo ajustado a la *ratio legis* de sus conclusiones, dado que, como hemos visto anteriormente, durante la tramitación parlamentaria se rechazaron todas aquellas enmiendas que pretendían diferir la jubilación parcial a un futuro desarrollo normativo, o bien, las otras que proponían introducir una regulación específica para los funcionarios de carrera, resultando aprobada únicamente la que reconocía como derecho la jubilación parcial, exigiendo para su ejercicio solo una decisión voluntaria del funcionario y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el régimen de Seguridad Social que les resultara aplicable, lógicamente en su condición de funcionarios, pero nunca como trabajadores.

3.3. La función de las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º y de la disposición adicional sexta de la Ley 7/2007 EBEP, y de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social

Alcanzado este punto de nuestro trabajo, resulta preciso examinar el contenido del artículo y las citadas disposiciones, por cuanto las mismas han sido utilizadas, como ya hemos visto, por la doctrina²⁷ como argumento para considerar inaplicable, hasta un posterior desarrollo normativo, la figura de la jubilación parcial.

1º) Artículo 67.2 párrafo 2º de la Ley 7/2007 EBEP.

“Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial.”

Al igual que en el caso del articulado del EBEP, estimamos necesario examinar la génesis parlamentaria del precepto, ya que un sector de la doctrina asigna un

papel básico al mismo en el desarrollo de la jubilación parcial, de forma que consideran que la misma solo resultaría de aplicación en las condiciones y requisitos establecidos por la previa aprobación de la correspondiente Ley, al amparo de las previsiones del artículo 67.2 párrafo 2º del EBEP. Pues bien, esta tesis debe ser rechazada tras examinar su origen parlamentario; así, la misma es fruto de una enmienda al articulado formulada por el Grupo Parlamentario Socialista,²⁸ que utiliza como motivación para justificar la misma la siguiente:

“Se considera oportuno prever la posibilidad, por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de recursos humanos, de establecer condiciones especiales para la jubilación.”

Es decir, en ningún caso se formula la enmienda con la finalidad de condicionar la aplicación inmediata y directa de la jubilación parcial, sino que se pretende otorgar a las administraciones públicas la posibilidad “excepcional” de regular condiciones para favorecer las jubilaciones de los funcionarios, es decir, estamos hablando de la línea manifestada en declaraciones públicas, por el entonces ministro de administraciones públicas (Sr. Sevilla), de la necesidad de rejuvenecer la Administración e iniciar planes de jubilación anticipada de los mismos, propuesta que el Ministerio de Economía y Hacienda se encargó de desactivar y dejarla en una mera reflexión, y, fruto de ello, resulta esta enmienda del Grupo Parlamentario Socialista.

Por lo tanto, debe ser rechazado como argumento de contrario el contenido de este precepto, dado que su finalidad es meramente complementaria y excepcional, y por ello, no significa el reconocimiento incondicionado del derecho a la jubilación parcial.

2º) Disposición adicional sexta de la Ley 7/2007 EBEP.

“Jubilación de los funcionarios.

“El Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de

27. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE (2009), SEMPERE NAVARRO, A. V., e HIERRO HIERRO, F. J. (2008), y MORENO DE VEGA Y LOMO, F. (2009).

28. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

Enmienda núm. 535 - Firmante: Grupo Parlamentario Socialista del Congreso.

“De modificación del artículo 67, apartado 2, segundo párrafo.

“Se propone la modificación del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 67, que tendrá la siguiente redacción:

“2. /.../

“Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial.”

acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos.”

Por las mismas razones que las alegadas anteriormente, procede examinar la tramitación parlamentaria de la misma. Así, esta resulta consecuencia de la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió),²⁹ que resultó aprobada con una simple modificación, en concreto, la ampliación del plazo previsto para la elaboración del informe de seis meses a un año, debiendo recordarse que es una enmienda de este mismo grupo la que introduce la jubilación parcial en su actual redacción, por lo cual, el contenido de esta debe ser interpretado sistemáticamente con la otra, y por ello resulta necesario examinar su motivación:

“Prever la realización de un estudio sobre la situación de acceso a la jubilación entre los distintos colectivos de funcionarios que permita asegurar la no discriminación entre colectivos similares.”

Como se puede observar, el sentido de la misma en ningún caso está condicionando la entrada en vigor de la jubilación parcial, sino que pretende constatar y poner los medios para resolver un problema que cualquier lector avezado habrá previsto, y que entre otros, destaca la convivencia, en las comunidades autónomas y Administración local básicamente, de funcionarios con dos regímenes de Seguridad Social diferentes (régimen general de la Seguridad Social y régimen de clases pasivas), con la particularidad de que, como indicamos anteriormente, la segunda no tiene en estos momentos regulación alguna sobre la jubilación parcial.

Lo anteriormente expuesto también supone que quede vacío de contenido uno de los fundamentos uti-

lizados por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 2009.

3º) Disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social.

“Disposición adicional séptima. Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos.

“En el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes.

“En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior.”

Esta disposición también ha sido utilizada por la doctrina para justificar la imposibilidad de reclamar la aplicación inmediata de la jubilación parcial de los funcionarios públicos, y, por ello, procederemos de la misma forma que en los supuestos anteriores.

Así, debe destacarse que el Proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales³⁰ no incluía previsión alguna a este respecto, y así, con referencia a la materia que nos ocupa, se produjeron algunas enmiendas del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Un primer grupo de

29. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 24 de noviembre de 2006 - Núm. 94-9.

Enmienda núm. 496 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

“De adición de una nueva disposición adicional al referido texto.

“Redacción que se propone:

“(nueva) Disposición adicional. Jubilación de los funcionarios.

“El Gobierno, en el plazo de seis meses, presentará en el Congreso de los Diputados un estudio sobre los distintos regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios que contenga, entre otros aspectos, recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos.”

30. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 23 de febrero de 2007 - Núm. 126-1.

ellas,³¹ reclama fundamentalmente la eliminación de la regulación normativa que provoca, a su juicio, la posibilidad de que se declare una incompatibilidad entre el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y la percepción de la correspondiente pensión contributiva por jubilación parcial, lo que interpretamos como el reconocimiento tácito de la realidad generada por el artículo 67.4 del EBEP, es decir, la aprobación del derecho incondicionado a la jubilación parcial. De todas formas, este mismo Grupo formuló otra enmienda realmente interesante, que confirma una de nuestras consideraciones iniciales, es decir, la regulación del EBEP ha introducido una manifiesta discriminación entre funcionarios, en función de su afiliación al régimen de clases pasivas o al general de la Seguridad Social, ya que el primero no tiene regulada la jubilación parcial, y en esta línea la enmienda núm. 78³² propone la modificación del RDL 670/1987, Ley de clases pasivas, para que se reconozca esta clase de jubilación, siendo la motivación utilizada por los parlamentarios clarificadora: "...se añade (en el artículo 28), como hecho causante que da lugar a la pensión de jubilación para todo el personal de clases pasivas, el nuevo modelo de jubilación que se introduce en el artículo 67 del recientemente aprobado Estatuto básico del empleado público (la jubilación parcial)."

Desgraciadamente, este intento razonable de solucionar la regulación incompleta y poco reflexionada, además de discriminatoria, establecida en el EBEP, fue rechazado

durante la tramitación parlamentaria, si bien entendemos que resulta indicativo de la aceptación de la entrada en vigor y aplicación inmediata de la jubilación parcial.

Por último, en la enmienda núm. 79, este Grupo reitera la propuesta que formuló durante la elaboración parlamentaria del EBEP, en concreto, el reconocimiento de los "funcionarios interinos relevistas", para establecer una homogenización del régimen funcional con el de los trabajadores.

Por otro lado, destaca la enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió),³³ en la cual se propone simplemente que se declare de forma expresa que las medidas contenidas en el Proyecto de ley resultan también de aplicación a los funcionarios. A este respecto, cabe indicar que, a pesar de la motivación incorporada a la enmienda, no se logra alcanzar su sentido, salvo que la misma esté reconociendo que la regulación del EBEP lo que establece es el reconocimiento de la jubilación como afiliado y no como trabajador, y por lo tanto, tal como anticipaban las resoluciones judiciales que hemos examinado, no resulta de aplicación a la jubilación de los funcionarios, en especial, la exigencia del contrato de relevo incorporada por el artículo 166 de la LGSS. De todas formas, esta propuesta también fue rechazada en ponencia.

Es precisamente en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales,³⁴ donde se rechazan todas estas enmiendas y se incorpora una nueva "disposición adicional séptima", en el sentido

31. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 5 de junio de 2007 - Núm. 126-12.

En concreto nos referimos a las enmiendas núm. 56 y 59.

32. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 5 de junio de 2007 - Núm. 126-12.

Enmienda núm. 78 - Firmante: Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

"De adición.

"Se añade una nueva disposición adicional con el siguiente redactado:

"Disposición adicional (nueva). Modificación del Real decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de clases pasivas del Estado.

"Uno. Se añade una nueva letra en el apartado 2 del artículo 28 del Real decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, con el siguiente tenor:

"'c' (nueva). Jubilación parcial en los términos establecidos en el artículo 4 de la Ley (XXX), de medidas en materia de Seguridad Social.'"

33. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 5 de junio de 2007 - Núm. 126-12.

Enmienda núm. 78 - Firmante: Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió).

"De adición de una nueva disposición final.

"Redacción que se propone:

"Disposición final (nueva). Empleados públicos.

"Las medidas contenidas en esta Ley serán también de aplicación a los empleados públicos.'

"Justificación

"Clarificar que las medidas contenidas en el Proyecto de ley también serán de aplicación a los empleados públicos."

34. Boletín Oficial de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados - VIII Legislatura - Serie A: Proyectos de ley - 26 de junio de 2007 - Núm. 126-14 - Informe de la Ponencia - 121/000126 Medidas en materia de Seguridad Social.

que ya conocemos. Este informe fue aprobado como Dictamen de la Comisión posteriormente, sin sufrir alteración alguna.

Lógicamente, lo primero que se aprecia es que, tras el rechazo de todas las enmiendas tendentes a resolver la situación de discriminación entre colectivos funcionariales, generada por la regulación incompleta del EBEP, aparece, tras negociación en el seno de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, la controvertida disposición adicional séptima, que vuelve a insistir en la línea de lo previsto en la disposición adicional sexta del EBEP, es decir, demorar lo más posible la solución al problema planteado con la regulación del artículo 67.4 EBEP, con referencia a los funcionarios al servicio de la Administración General del Estado, ya que a los de las comunidades autónomas y Administración local, les resulta de directa aplicación la jubilación parcial, sin condicionamiento alguno. No obstante, la mala técnica legislativa empleada existe, y va a generar graves trastornos a estos empleados públicos, pues muchos de ellos se van a ver condenados a acudir a los tribunales para que se les reconozca su derecho, y dada la situación de saturación de nuestros ordenes jurisdiccionales nos tememos que, cuando se conozca la resolución judicial, el recurso carezca de sentido, pues ya no será posible cumplir la finalidad por la que se interpuso; o incluso puede darse el riesgo de que se pretenda aplicar miméticamente la doctrina fijada por el Tribunal Supremo para el personal estatutario, cuando, como se ha acreditado, la misma resulta muy endeble en toda su argumentación, y además, recordemos que su ámbito subjetivo se refiere solo al personal estatutario, y el marco jurídico de los funcionarios de carrera es el determinado por la Ley 7/2007 EBEP. A lo anterior, hay que añadir simplemente un hecho, que no es otro que, casi dos años después de su aprobación, no hay noticias, ni se esperan, del famoso informe que debía haber elaborado el Gobierno.

Con independencia de lo anterior, debemos añadir alguna reflexión complementaria que puede ayudarnos a comprender el sentido de esta disposición adicional. Así:

a) La literalidad del precepto señala expresamente que el Gobierno presentará un estudio "...sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos"; llamamos la atención sobre que el legislador utiliza el término "reguladora", y no otro del tipo "que regulará" o alguna referencia a la existencia de una aplicación diferida o la necesidad de una legislación de desarrollo, es decir, se está

reconociendo que ya existe una regulación vigente y aplicable directamente sobre la materia.

b) En cuanto al alcance del Informe, debemos examinar los tres aspectos básicos sobre los que se centra el mismo:

1. Iniciamos el examen con el estudio de la expresión: "la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación", es decir, la literalidad de la misma nos lleva a considerar que se está refiriendo a los resultados que, pasado un año, se hayan producido en la aplicación del artículo 67. 2 y 4 del EBEP.

2. El siguiente contenido del informe deberá ser: "las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social". Lo primero a destacar es que la disposición se refiere a la "aplicación", que no a la "futura o posible aplicación" del nuevo sistema de jubilaciones; por otro lado, es fácil comprender que el reconocimiento a un amplio colectivo de funcionarios de este derecho, puede generar disfunciones en la situación general del régimen de pensiones, y en especial, en la económica del mismo para poder atender esta demanda, ya que recordemos que en los principios de los años ochenta se produjo una masiva incorporación de personal al servicio de todas las administraciones públicas, y en buena lógica, en un periodo de aproximadamente 15 años un amplísimo número de funcionarios van a estar en condiciones de optar por el ejercicio de esta posibilidad de jubilación. Por lo tanto, la decisión del legislador de reconocer la jubilación parcial obliga a plantearse los mecanismos adecuados para dotar suficientemente los fondos de los correspondientes regímenes de Seguridad Social, para poder atender un posible aluvión de jubilaciones.

3. Por último, el precepto se refiere a la "homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes." Como hemos visto anteriormente, existe un problema básico, y es el que el régimen de clases pasivas no tiene reconocida en su normativa la posibilidad de la jubilación parcial, a diferencia del régimen general de la Seguridad Social, y a lo anterior deben añadirse otros problemas, como la diferencia que existe entre los mismos, en cuanto a los requisitos que deben reunir los funcionarios para el acceso a la jubilación anticipada, y también la determinación de la base reguladora para la determinación de la cuantía de la pensión a percibir; todos ellos son problemas que el legislador no ha resuelto adecuadamente en el momento en que procedió en el EBEP a reconocer

los derechos de jubilación anticipada y parcial, y que, cuando se aprobó la Ley 40/2007, también desaprovechó la ocasión, a pesar de que ciertos grupos parlamentarios intentaron, por medio de sus enmiendas, todas ellas rechazadas, aportar algunas soluciones al problema generado.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que las previsiones de la disposición adicional séptima de la Ley 40/2007, en ningún caso pueden ser utilizadas como argumento para sostener que existe un reconocimiento de un derecho condicionado a un futuro desarrollo normativo; al contrario, su contenido ratifica la consideración de que debe reconocerse, sin duda alguna, que el derecho a la jubilación parcial de los funcionarios es un derecho incondicionado, y de aplicación inmediata para todos aquellos que se encuentren afiliados al régimen general de la Seguridad Social. Cuestión diferente es la de los otros colectivos funcionariales, sometidos a otras clases de regímenes sociales.

3.4. La cuestión de la exigencia de un “contrato de relevo” conforme determina el artículo 166 de la LGSS, en el caso de la jubilación parcial de los funcionarios

En este punto debemos manifestar que, a nuestro juicio, el debate no puede centrarse en la búsqueda de mecanismos o instrumentos que permitan, en el ámbito de la función pública, sustituir la figura del “contrato de relevo” por otra que cumpla las finalidades de la misma, si bien entendemos que no existiría ningún problema con el actual marco normativo, en concreto las previsiones de los artículos 10 (funcionarios interinos) y 47 (jornada a tiempo parcial) del EBEP, para dar cumplida cuenta de estas exigencias, pero incluso una modificación legislativa más precisa, siempre deseable, resolvería definitivamente cualquier duda al respecto.

Pero, a nuestro juicio, la cuestión clave es que debe considerarse que esta exigencia no resulta de aplicación en el ámbito de la función pública, y ello por cuanto, como se ha apreciado al examinar la génesis parlamentaria de los preceptos origen del conflicto, las diferentes enmiendas planteadas por los grupos parlamentarios sostuvieron la incorporación de mecanismos que sustituirían la figura del “contrato de relevo”, pero todas ellas fueron rechazadas en vía parlamentaria; es decir, esa posibilidad fue objeto de examen y consideración durante la tramitación de los textos legislati-

vos, y se consideró improcedente su incorporación. Por ello, entendemos que el legislador optó expresamente por la consideración de distinguir entre “trabajador” y “afiliado a la Seguridad Social”, en la línea ya reconocida por algunos tribunales, de forma que decidió incorporar un régimen específico para esta clase de personal, donde el requisito de exigencia de esta clase de contrato desaparece.

4. Conclusiones finales

Primera.- A la vista de todo lo expuesto, podemos formular una serie de consideraciones sobre el panorama que presenta en el momento actual la cuestión de la regulación de la jubilación parcial de los funcionarios públicos. Así:

A) En cuanto al personal laboral al servicio de las administraciones públicas, recordemos que ostentan la condición de “trabajadores”, tal y como determina el artículo 7º del EBEP, y que se regirán, en sus relaciones jurídicas, por la legislación laboral y demás normas convencionales, salvo los preceptos del EBEP que dispongan lo contrario; y en este punto nada dice el Estatuto.

Por ello, debe considerarse que a esta clase de empleados públicos les resultan de aplicación las previsiones del artículo 166 LGSS y 12.6 del Estatuto de los trabajadores, sin modulación alguna.

B) Con referencia a los funcionarios de carrera, resulta necesario establecer una distinción:

1.- Funcionarios de carrera sometidos al régimen de Seguridad Social regulado por el RDL 670/1987, de 30 de abril, Texto refundido de la Ley de clases pasivas, y el RDL 4/2000, de 23 de junio, Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado. Las citadas normas no reconocen de ninguna manera la posibilidad de la jubilación parcial, de lo que han sido conscientes los legisladores, ya que, como hemos estudiado anteriormente, se plantearon varias enmiendas al respecto, con la finalidad de que esa posibilidad se incorporara a ese marco normativo, si bien las mismas fueron rechazadas. Por ello, debemos concluir que, conforme determina el propio artículo 67.4 EBEP, al no estar reconocida en su régimen de Seguridad Social esta posibilidad, este derecho carece de posibilidad de exigencia inmediata y directa por estos funcionarios, lo que lógicamente genera una manifiesta discriminación injustificable.

2.- Por otro lado, tenemos el colectivo de funcionarios sometidos al régimen general de la Seguridad Social, que, como señalamos anteriormente, está conformado fundamentalmente por los pertenecientes a las comunidades autónomas y la Administración local. En este caso, por los argumentos anteriormente señalados, consideramos que ostentan un derecho incondicionado a la jubilación parcial, que no puede ser limitado ni por la exigencia de un desarrollo normativo posterior, ni tampoco por la exigencia de que los mismos deban ser sustituidos por un "contrato de relevo", que resultaría un requisito inaplicable en este ámbito subjetivo, tal como se encuentra en estos momentos regulado este derecho.

Segunda.- Por otro lado, de Sande³⁵ ha planteado la cuestión de la determinación del orden jurisdiccional competente para la resolución de los conflictos que puedan surgir, en torno al reconocimiento del derecho a la jubilación parcial de los funcionarios. A este respecto, debemos indicar que, a nuestro juicio, y coherente con lo expuesto hasta este momento, el objeto procesal a debatir será siempre la decisión del Instituto de la Seguridad Social, por cuanto la discusión debe centrarse únicamente en si el funcionario cumple o no los requisitos que, como afiliado, le son exigibles para acceder a la jubilación parcial; en ningún caso corresponde al funcionario justificar o iniciar procedimiento alguno para exigir a la Administración pública, con la que mantiene su relación de servicio, que proceda a formalizar algún tipo de nombramiento de "sustitución", en primer lugar porque, como ya hemos indicado, entendemos que este no es un requisito exigible para la jubilación parcial de esta clase de personal, y en todo caso porque, como señala en su fundamentación jurídica el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo (11-3-2009):

"...porque existiendo un derecho reconocido por norma de rango legal, no puede objetarse que la legislación de Seguridad Social ha impuesto la existencia de un contrato de relevo hasta la edad de la jubilación. Y no puede objetarse puesto que: primero, esta previsión del contrato de relevo se refiere a los términos y supuestos precisos legales a que se vincula: a la jubilación parcial del trabajador cuya relación se regula por el Estatuto de los trabajadores; y si la legislación general de la Seguridad Social no ha implantado la obligación de un contrato de relevo o similar para el caso de la jubilación

parcial de 'funcionarios' no puede aplicarse la analogía *in peius*, para excepcionar de un derecho legalmente reconocido."

Por lo tanto, a nuestro juicio, la competencia jurisdiccional para resolver esta clase de conflictos debe residir necesariamente en la jurisdicción social, dado que el objeto procesal es una decisión del INSS, sobre el cumplimiento por parte del funcionario de los requisitos legales para acceder a la jubilación parcial, y por ello, se encuentra incluido en las previsiones del artículo 2º del Real decreto legislativo 2/1995, Texto refundido de la Ley de procedimiento laboral.

Tercera.- También resulta preciso señalar que la doctrina dictada por el Tribunal Supremo (STS 22-7-2009) para el personal estatutario de los servicios sanitarios, que declara el carácter condicionado de este derecho a la jubilación parcial, resulta muy endeble en toda su argumentación, tal como hemos acreditado a lo largo de este estudio, no debiendo olvidarse tampoco el destacado voto particular formulado a la misma. Además, recordemos que su ámbito subjetivo se refiere solo al personal estatutario, por lo cual no resulta razonable ni adecuado pretender realizar una traslación mimética al ámbito de los funcionarios públicos, que además tienen un marco jurídico propio, en concreto, la Ley 7/2007 EBEP, lo que determina que la *ratio legis* de sus previsiones es claramente opuesta a las tesis defendidas por el Tribunal Supremo.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, estimamos que la resolución definitiva de este "nudo gordiano" pasa finalmente por la asunción por parte del legislador del problema generado, y por ello, sin necesidad de esperar a unos informes que, por cierto, ya llevan un año de retraso, es necesario que se promueva una modificación legislativa que resuelva definitivamente el problema, y se proceda a regular de forma homogénea y sin discriminaciones las figuras de la jubilación anticipada y parcial de los funcionarios públicos. ■

35. SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. DE (2009).

El derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales. Nuevas realidades

Manuel Carrasco Durán

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla

- 1. El marco político y social**
- 2. La situación del derecho de sufragio de los extranjeros en España hasta el año 2008**
- 3. La regulación del derecho de sufragio de los extranjeros en España**
 - 3.1. El artículo 13.2 de la Constitución
 - 3.1.1. La limitación del sufragio a las elecciones municipales.
 - 3.1.2. Los “criterios de reciprocidad”.
 - 3.1.3. Posibilidad de establecimiento del derecho por tratado o ley.
 - 3.1.4. Posibilidad de reconocer el derecho de sufragio activo y, también, pasivo
 - 3.2. La regulación legal
- 4. El reconocimiento del derecho de voto de los extranjeros a partir del año 2009**
- 5. Conclusiones y repercusión de los acuerdos firmados en 2009**

1. El marco político y social

El desarrollo del artículo 13.2 de la Constitución, en lo relativo a la posibilidad de extender el derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales, ha topado tradicionalmente con una gran resistencia en el ámbito político.

Ciertamente, no puede olvidarse que se trata del artículo en el cual halla su anclaje constitucional la extensión del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, a los nacionales de los estados de la Unión Europea. Sin embargo, no podemos omitir tampoco que esta extensión del derecho de sufragio ha tenido para el Estado español un carácter “forzado”, dado que venía impuesta por las previsiones del Tratado de la Unión Europea. Incluso, como veremos más adelante, este reconocimiento del derecho de sufragio a los ciudadanos de la Unión Europea debió superar varios escollos legales y de orden práctico, y no llegó a convertirse en realidad plenamente hasta las elecciones municipales de 1999.

Por cierto, las previsiones del Tratado de la Unión Europea mostraron también las limitaciones del artículo 13.2 de la Constitución. Resulta llamativo que en la única ocasión en que se ha registrado un desarrollo significativo del artículo 13.2 de la Constitución en el pasado, hubiera que acudir a la reforma de la Constitución, que había quedado superada al no contemplar la posibilidad de extender a los extranjeros el derecho de sufragio pasivo, como imponía el artículo 8.B.1 de aquel.¹

La resistencia general a extender el derecho de sufragio a los extranjeros queda ejemplificada por la suerte que han corrido en el pasado las iniciativas parlamentarias, tendentes a desarrollar o a instar al desarrollo de la previsión en tal sentido del artículo 13.2 de la Constitución. Así, en la VIII legislatura, se presentaron en el Congreso de los Diputados tres proposiciones de ley orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España. La primera de ellas, presentada el 5 de abril

1. Como es conocido, la reforma constitucional obedeció a lo establecido en la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1992, que descartó la interpretación según la cual las previsiones del Tratado de la Unión Europea tendrían prevalencia sobre la Constitución en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.2 de aquella, e indicó que la contradicción del Tratado de la Unión Europea con el artículo 13.2 de la Constitución solamente podía superarse mediante la reforma de la Constitución.

de 2004, fue inadmitida, mientras que la segunda, que fue presentada el 27 de septiembre de 2005, caducó sin llegar a ser debatida.²

En la misma legislatura, se presentaron en el Congreso de los Diputados varias proposiciones no de ley con el mismo motivo. La primera, de 20 de mayo de 2004, fue rechazada. La segunda, presentada el 11 de febrero de 2005 ante la Comisión Constitucional, caducó. Sin embargo, una tercera proposición no de ley, presentada el 26 de enero de 2006, fue aprobada por unanimidad, con modificaciones sobre el texto inicial.³ En esta última iniciativa, se instaba al Gobierno a avanzar, atendiendo a criterios de reciprocidad, en el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en España en los términos que establece el artículo 13.2 de la Constitución.⁴ Sin embargo, la legislatura terminó sin que se diera cumplimiento a lo previsto en dicha proposición no de ley, la cual, además, suscitó reticencias en algunos señalados miembros de partidos políticos. Cabe destacar también la proposición no de ley sobre la extensión del derecho a voto, en las elecciones municipales, a los extranjeros residentes legales, presentada por el Grupo Socialista y el de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds el día 17 de agosto de 2006, que caducó sin ser discutida.

El tema, sin embargo, volvió al debate público en 2008. El 8 de abril de dicho año fue presentada en el Congreso de los Diputados, nuevamente, una proposición de ley orgánica para el reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos extranjeros en España.⁵ Sin embargo, el hecho decisivo para que cambiara el estado de cosas descrito fue la aprobación, con ocasión del 37.º Congreso Federal del PSOE, celebrado en julio de 2008, de una propuesta dirigida a reconocer el derecho de voto a los extranjeros, en el marco de la reciprocidad exigida por la Constitución. Siguiendo este camino, la vicepresidenta primera del Gobierno y ministra de la Presidencia, en comparecencia ante la Comisión Constitucional, anunció el 30 de julio de 2008, la "posi-

ción favorable del Gobierno y del PSOE al reconocimiento del derecho de voto en las elecciones municipales a todos los inmigrantes con residencia estable."

Desde entonces, el Gobierno puso en marcha las actuaciones necesarias para llevar a cabo tal propósito, que, como veremos más adelante, han culminado en la firma de catorce acuerdos, instrumentados mediante canje de notas, con el fin de reconocer a los nacionales de los estados firmantes el derecho de voto en las elecciones municipales. En un futuro próximo, debería sumarse a los anteriores el Acuerdo con Venezuela.

De igual forma, esta iniciativa se ve apoyada hoy en día por dos factores añadidos. En primer lugar, el ambiente doctrinal es favorable al reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros. En efecto, la doctrina especializada ha puesto de relieve la diferencia entre el fenómeno de la extranjería característico del siglo XIX, época en la que normalmente el extranjero no tenía como intención establecerse de manera permanente en el país de acogida, y en la que las instituciones nacionales lo contemplaban desde la óptica del extraño, cuando no del potencial enemigo, y las circunstancias de la extranjería en la época actual, protagonizada por la figura del inmigrante que se establece por motivos laborales y económicos en otro país y que, en muchos casos, tiende a establecerse con carácter permanente en el país de acogida. De esta manera, el extranjero queda integrado en el marco jurídico del país de residencia como individuo sujeto a sus normas y que paga sus tributos, y se convierte también en sujeto de la vida social del país en el que pasa a residir, de la misma manera que los nacionales.

Mientras las características de la extranjería del siglo XIX, y de las primeras décadas del siglo XX, daban lugar a legislaciones que abrían las posibilidades de nacionalización de los extranjeros, pero buscaban diferenciar el régimen jurídico de aquellos, en especial contemplando al extranjero como objeto de control,⁶

2. Ambas proposiciones de ley orgánica se debieron al Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.

3. Estas proposiciones no de ley fueron presentadas por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. El texto final de la proposición no de ley, de 26 de enero de 2006, se debe a la incorporación de una enmienda de sustitución del Grupo Socialista.

4. *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, 2 de marzo de 2006, Serie D, núm. 345, p. 14.

5. La iniciativa, en realidad, fue presentada el 3 de abril de 2008, pero fue inadmitida a trámite el 7 de abril, lo que motivó que volviera a ser presentada el día siguiente.

6. En España, la Ley orgánica 5/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, es todavía heredera de la perspectiva tradicional de tratamiento de la extranjería. La Ley no recogía los derechos fundamentales que los extranjeros podían ejercer en condiciones de igualdad con los españoles, que se daban por supuestos, y solamente regulaba

en un contexto en el que la ciudadanía iba de la mano de la nacionalidad, en la actualidad se tiende a limitar las posibilidades de nacionalización de los extranjeros, pero se impulsa su integración en la sociedad en la que viven, asimilando en lo posible sus derechos a los que se reconocen a los nacionales.⁷

Consideraciones de lógica o de justicia imponen que personas que viven sujetas a las mismas normas y obligaciones que los ciudadanos, vean asimilados sus derechos a los de aquellos, con independencia de cuál sea su nacionalidad, salvo cuando exista alguna circunstancia que justifique suficientemente una diferencia de tratamiento.⁸ Se encuentra en juego también la representatividad de las instituciones políticas, que queda en entredicho si no se incluye en el ámbito de los llamados a participar en las elecciones, al menos,

a los extranjeros que muestren un grado suficiente de integración en la vida social y manifiesten el propósito de residir permanentemente en el Estado. Por la misma razón, el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad sufre matizaciones, y se reafirma la lógica de admitir la participación en la vida política de los extranjeros que establecen su residencia en otro país, con vocación de permanencia, debido a que las decisiones de las instituciones públicas del país de acogida les afectan en igual grado que a los nacionales.⁹ Ello es más evidente en el marco del municipio, en el cual se adoptan decisiones que afectan directamente a quienes residen en él en los aspectos más cotidianos de sus vidas, especialmente en lo relativo a la prestación de servicios sociales.¹⁰ Finalmente, no cabe duda de que el ejercicio del derecho de voto constituye un importante instrumento

los derechos en los cuales se establecía un régimen distinto del que se aplicaba a los españoles (libertad de circulación, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho de educación, derecho de sindicación, derecho al trabajo). No se contemplaba la integración social de los extranjeros. Como señala Eliseo Aja, "en la ley prevalecía el control policial y la política sancionadora casi siempre acababa en expulsión." *Vid.* AJA, E., "La evolución de la normativa sobre inmigración", en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.), *Veinte años de inmigración en España*, Fundació CIDOB, Barcelona, 2006, p. 20 y 22.

7. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 11.^a ed., Madrid, 2007, p. 69.

8. El Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación de la Ley orgánica del régimen electoral general, de 24 de febrero de 2009, p. 40 y ss., cita, como razones político-jurídicas para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, la contribución que esta medida tendría para el perfeccionamiento de la democracia y la integración social de los extranjeros, la tendencia a extender el reconocimiento de los derechos fundamentales a los extranjeros y el hecho de que progresivamente se venga registrando una disociación entre nacionalidad y ciudadanía. Junto a ello, el Consejo de Estado se refiere al Derecho europeo, a los instrumentos internacionales y a las tendencias en Derecho comparado como ámbitos en los cuales se encuadraría la iniciativa de extender a los extranjeros el derecho de sufragio. *Vid.* Informe sobre las propuestas de modificación de la Ley orgánica del régimen electoral general, de 24 de febrero de 2009, p. 30 y ss. Puede consultarse el Informe en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>

Sobre las razones que apoyan la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros, *vid.* LUCAS MARTÍN, J. DE y otros, *Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, p. 46 y ss. De "ciudadanía local" habla el mismo autor en LUCAS MARTÍN, J. DE, "Ciudadanía, extranjería y derechos", en AA.VV., *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, CEPC, Madrid, 2004, p. 402.

9. Para un examen de casos, presentes y pasados, en los que se rompe el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad, *vid.* ALBERTI, E., "El derecho de voto de los extranjeros: una condición imprescindible para la integración", en *Informe anual 2007. Sobre el racismo en el Estado español*, Icaria editorial, Barcelona, 2007, p. 73. Sobre la vinculación tradicional de ciudadanía y nacionalidad, y las formulaciones actuales que tratan de reformular el concepto de ciudadanía y de romper dicho vínculo, *vid.* IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 125 y ss., y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997, p. 115 y ss. En el mismo sentido, REVENGA SÁNCHEZ, M., "El reto de la normalización del inmigrante", en SANTOLAYA, P. y REVENGA SÁNCHEZ, M., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Foro Inmigración y Ciudadanía, 13, CEPC, Madrid, 2006, p. 97.

Es muy clara la formulación de Presno Linera, que propone una formulación de la ciudadanía basada en la residencia; *vid.* PRESNO LINERA, M. Á., *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 93 y ss., y "La participación política como forma de integración", en PRESNO LINERA, M. Á., *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 41. *Vid.*, también, la formulación de Aláez Corral sobre los distintos grados de la ciudadanía; ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia*, CEPC, Madrid, 2006, p. 195 y ss.

Por el contrario, Santolaya discute la conveniencia de romper el vínculo entre nacionalidad y ciudadanía, o de admitir distintos tipos de ciudadanía gradual, y considera más apropiado plantear la cuestión en términos de reconocimiento de determinados derechos a los extranjeros que se sometan de forma prolongada en el tiempo a un determinado ordenamiento, sean o no nacionales del Estado, si bien, curiosamente, cita en apoyo de su tesis a Presno Linera. *Vid.* SANTOLAYA, P., "Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio", en *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, ob. cit., p. 32.

10. Consideramos, con Revenga Sánchez, que la distinción entre las elecciones municipales y las de ámbito superior no se encuentra tanto en que las segundas supongan un ejercicio y una transferencia de poder soberano, según se deriva de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, sino en el diferente carácter de los intereses que se encuentran en juego en cada una. *Vid.* REVENGA SÁNCHEZ, M., ob. cit., p. 96.

para facilitar la integración social de los extranjeros, al convertirlos en sujetos activos de la elección de los representantes políticos y, por lo tanto, en partícipes de la más importante de las decisiones comunitarias.¹¹

En segundo lugar, parece existir también un clima social que, mayoritariamente, resulta favorable a esta iniciativa. Por su parte, tampoco en los medios políticos ha habido en esta ocasión muestras significativas de rechazo a la iniciativa puesta en marcha a partir de 2008.

2. La situación del derecho de sufragio de los extranjeros en España hasta el año 2008

Cuando se puso en práctica la última iniciativa para extender el derecho de sufragio a los extranjeros, la situación respecto a esta materia hacía posible distinguir varios grupos de extranjeros:

a) Nacionales de los estados de la Unión Europea: tienen reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo, en las elecciones municipales, en virtud de la aplicación a España de lo dispuesto a tal efecto en el artículo 8.B.1 del Tratado de la Unión Europea, después de haber reformado la Constitución, de conformidad con lo establecido en la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992,¹² para introducir en su artículo 13.2 la posibilidad de reconocer a los extranjeros, junto al sufragio activo, también el pasivo.

El derecho de sufragio de los extranjeros comunitarios, en las elecciones de los países que forman parte de la Unión Europea, ha sido desarrollado por la Directiva 1994/80 CE del Consejo, de 19 de diciembre

de 1994, por la que se fijan las modalidades para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo.¹³

Realmente, y dado que España no aprobó la normativa correspondiente a tiempo para que los ciudadanos de la Unión Europea pudieran participar en las elecciones municipales de 1995, aquellos no pudieron ejercer este derecho en dichas elecciones, salvo los nacionales de Holanda, Suecia y Dinamarca, que pudieron ejercer limitadamente el sufragio activo en las citadas elecciones, al haber firmado previamente dichos estados acuerdos bilaterales con España, por los que nuestro Estado reconocía el derecho de voto a los nacionales de dichos estados con, al menos, tres años de residencia ininterrumpida en España.¹⁴

La transposición de la Directiva 94/80/CE se produjo mediante la Ley orgánica 1/1997, de 30 de mayo, si bien previamente se habían aprobado el Real decreto 2118/1993, de 3 de diciembre, por el que se dispone la ampliación del censo electoral a los extranjeros nacionales de estados miembros de la Unión Europea residentes en España, encaminado a hacer posible la participación de los ciudadanos comunitarios en las elecciones al Parlamento Europeo de 1994, y el Real decreto 157/1996, de 2 de febrero, por el que se dispone la actualización mensual del censo electoral y regula los datos necesarios para la inscripción en el mismo,¹⁵ modificado, a su vez, por el Real decreto 147/1999, de 29 de enero.

En virtud de la normativa citada, los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea han podido ejercer el derecho de sufragio, tanto en su modalidad activa como en la pasiva, en todas las elecciones municipales celebradas a partir de 1999. Este reconocimiento

11. DÍAZ BUESO, L., "Los derechos de los inmigrantes y sus garantías", en *Veinte años de...*, ob. cit., p. 207. *Vid.*, también, PRESNO LINERA, M. Á., "La participación política...", ob. cit., p. 41.

12. Reforma constitucional de 27 de agosto de 1992 (BOE de 28 de agosto).

13. Esta Directiva fue modificada por la Directiva 1996/30/CE, de 13 mayo, para adecuar su texto a la incorporación a la Unión Europea de Austria, Finlandia y Suecia.

14. Sobre las peculiaridades que rodearon el derecho de voto de los nacionales de estados de la Unión Europea en las elecciones municipales de 1995, *vid.* ARNALDO ALCUBILLA, E. y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., "Una revisión crítica del derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones locales ante la primera aplicación en España", en *Revista de las Cortes Generales*, 45 (1998), p. 205 y ss. Resulta interesante que la justicia, a pesar de todo, reconociera a dos ciudadanas francesas su derecho a votar en las elecciones municipales de 1995, al interpretar que el artículo 8.B.1 del Tratado de la Unión Europea tenía eficacia directa. *Vid.* la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictada el 28 de enero de 1995, y el auto del Tribunal Constitucional de 10 de julio de 1995, que inadmite el recurso de amparo presentado contra dicha sentencia. Sobre este caso, *vid.* ARNALDO ALCUBILLA, E. y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., art. cit., p. 206 y ss., y SORIANO HERNÁNDEZ, E., "El derecho al sufragio de los nacionales en las elecciones municipales de 1995. La sentencia de 28 de junio de 1995, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana", en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, de las Corts Valencianes, 2 Extraordinario (1996), p. 291 y ss.

15. El artículo 14 de la Directiva 1994/80 CE dio a los estados un plazo hasta el 1 de enero de 1996 para adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir lo dispuesto en ella.

del derecho de sufragio, además, ha cobrado una importancia creciente al ritmo de los sucesivos procesos de ampliación de la Unión Europea. En este sentido, hay que destacar la incorporación al censo de los ciudadanos de Rumanía, tras la integración de este Estado en la Unión Europea en 2007, dado que suponen la comunidad de extranjeros más numerosa en España.

b) Nacionales de Noruega: en virtud del Canje de notas firmado el 6 de febrero de 1990, los ciudadanos de Noruega encuentran reconocido el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales cuando acrediten un período de residencia continuado de tres años. Al mismo tiempo, Noruega reconoce a los españoles el derecho de voto en sus elecciones municipales en los mismos términos.

Las diferencias con los ciudadanos de la Unión Europea se hallan en que el Canje de notas con Noruega limita su eficacia al derecho de sufragio activo y, por tanto, no se extiende al pasivo, y en que exige a los ciudadanos de dicho país un período de residencia para el ejercicio de su derecho, lo cual no se requiere a los ciudadanos de los estados de la Unión Europea.

El Acuerdo con Noruega no ha sido el único firmado por España con el fin de reconocer el derecho de voto a extranjeros. Son anteriores el Acuerdo con Holanda de 23 de febrero de 1989, el Acuerdo con Dinamarca de 13 de julio de 1990 y el Acuerdo con Suecia de 6 de febrero de 1990.¹⁶ Sin embargo, estos acuerdos han quedado superados, a raíz de la aplicación de las previsiones sobre derecho de sufragio del Tratado de la Unión Europea y la integración de Suecia en la Unión Europea en 1995.

También la efectividad del derecho de voto de los nacionales de estos estados sufrió, en el pasado, un retraso. Así, la disposición transitoria tercera de la Ley orgánica 8/1991, de 13 de marzo, aplazó la aplicación del artículo 176.1 de la LOREG, en relación con el re-

conocimiento del derecho de voto de los extranjeros, a las primeras elecciones municipales convocadas con posterioridad a 1992, lo cual impidió votar a los nacionales de dichos estados en las elecciones municipales de 1991.¹⁷ Posteriormente se aprobaron el Real decreto 202/1995, de 10 de febrero, por el que se dispone la formación del censo electoral de extranjeros residentes en España para las elecciones municipales, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de febrero de 1995, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas a dicho efecto, con el fin de hacer posible el ejercicio del derecho de voto por los nacionales de dichos estados en las elecciones municipales de 1995. Estas normas constituyen el soporte jurídico que hace posible, desde entonces, el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos de Noruega en las elecciones municipales, con la salvedad de que la Orden citada ha sido sustituida por otra de 23 de diciembre de 1998.

c) Los demás extranjeros, que, tradicionalmente, no han tenido reconocido el derecho de sufragio, ni activo, ni pasivo. Entre ellos, sin embargo, hay que singularizar, aunque solamente sea a efectos de poner de relieve una peculiaridad de alcance meramente jurídico, a los nacionales de Argentina, Colombia, Uruguay, Venezuela y Chile, puesto que España ha firmado con estos países tratados de cooperación y amistad¹⁸ que prevén en su articulado la concesión recíproca a los nacionales de los estados firmantes del derecho de voto, en las elecciones municipales del Estado en que residen, y del que no sean nacionales.

No obstante, como regla general, en dichos tratados el reconocimiento del derecho de voto a los nacionales de los estados firmantes se condicionaba a su regulación mediante un acuerdo complementario (tratados firmados con Argentina, Colombia y Uruguay) o a las normas que se establezcan mediante un acuerdo especial (Acuerdo firmado con Venezuela), y, dado que estos

16. SAGARRA TRIAS, E.; "El derecho de voto de los extranjeros en España en las elecciones municipales", en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII (1995), p. 335.

17. Considerada inconstitucional por Sagarra Trías; *vid.* SAGARRA TRIAS, E., "El vot dels estrangers en les eleccions municipals", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 3 (1991), p. 298. Rodríguez-Drincourt opina que la Ley orgánica 8/1991 vulneró lo dispuesto en los tratados; *vid.* RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *ob. cit.*, p. 334. Para una explicación de las causas que motivaron dicho retraso, *vid.* ARNALDO ALCUBILLA, E., "Notas sobre el derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales", en AA. VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1.212.

18. Artículo 9 del Tratado general de cooperación y amistad con la República Argentina de 9 de junio de 1989 (BOE de 28 de agosto de 1989), artículo 11 del Acuerdo general de cooperación y amistad con Venezuela de 7 de junio de 1990 (BOE de 16 de julio de 1992), artículo 17 del Tratado general de cooperación y amistad con Chile de 19 de octubre de 1990 (BOE de 22 de agosto de 1991), artículo 15 del Tratado general de cooperación y amistad firmado con la República Oriental de Uruguay de 23 de julio de 1992 (BOE de 2 de junio de 1994), y artículo 13 del Tratado general de cooperación y amistad con la República de Colombia, de 29 de octubre de 1992 (BOE de 1 de agosto de 1995).

acuerdos complementarios no se realizaron, las previsiones de los tratados quedaron privadas de eficacia.

Caso particular es el de Chile, cuyo Tratado no recoge expresamente la condición anterior y se remite solamente a lo que se establezca “de conformidad con sus respectivas legislaciones.” Ello ha servido a algunos autores para afirmar que los nacionales de Chile tenían reconocido su derecho al sufragio activo como consecuencia directa de la vigencia de dicho Tratado.¹⁹ En este sentido, se resalta también que Chile es un país donde los extranjeros tienen reconocido el derecho de sufragio, tanto activo como pasivo, no solamente en las elecciones municipales, sino también en las parlamentarias y presidenciales. La realidad, sin embargo, es que los nacionales de Chile no han podido votar hasta ahora en nuestras elecciones municipales.

3. La regulación del derecho de sufragio de los extranjeros en España

Además del artículo 13.2 de la Constitución, se refieren a este derecho los artículos 6 de la Ley orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOExtr), y 176 y 177 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de julio, de régimen electoral general (LOREG).

3.1. El artículo 13.2 de la Constitución

El artículo 13.2 de la Constitución parte de una regla que niega a los extranjeros la titularidad de los derechos reconocidos en su artículo 23, pero admite la

posibilidad de extender a aquellos el derecho de sufragio activo y pasivo, en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, y conforme a lo que pueda establecerse por tratado o ley.

Por lo tanto, para el artículo 13.2 de la Constitución el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros es una posibilidad, cuya realización se somete a tres condiciones, como son que dicho reconocimiento se limite a las elecciones municipales, que se respeten criterios de reciprocidad, y que se lleve a cabo en los términos previstos mediante tratado o ley.

3.1.1. La limitación del sufragio a las elecciones municipales

La Constitución ha singularizado el cuerpo electoral de las elecciones municipales, respecto del que ejerce el derecho de sufragio en las elecciones al Congreso de los Diputados, al Senado y a los parlamentos y asambleas de las comunidades autónomas.

No se trata solo de lo previsto en el artículo 13.2 de la Constitución (la posibilidad de reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros en las elecciones municipales),²⁰ sino que, además, el artículo 140 de la Constitución establece que los concejales serán elegidos por los vecinos del municipio, mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley.

Cuestión distinta es que la regulación de la condición de elector, en las elecciones municipales, haya seguido miméticamente la establecida para las demás elecciones, y no haya tenido en cuenta esta singularidad. Así, han existido determinados vecinos (los extranjeros) que no han visto reconocido su derecho al

19. ALÁEZ CORRAL, B., ob. cit., p. 247; PRESNO LINERA, M. Á., ob. cit., p. 168 y ss.; MASSÓ GARROTE, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, p. 148 y ss. En opinión de Santolaya, la falta de regulación en la legislación española de las condiciones en las que los chilenos podrían ejercer su derecho de voto, no significaba que quedaran privados de él, sino la aceptación por España de las condiciones para el ejercicio del derecho de voto establecidas en la legislación chilena, especialmente el período de residencia de cinco años, lo que obligaría al Gobierno a comunicar a la Oficina del Censo Electoral que Chile es un Estado cuyos nacionales deben estar inscritos en el censo, conforme al artículo 176.2 de la LOREG. El mismo efecto podría conseguirse individualmente, para cada ciudadano chileno, instando su inscripción en cualquiera de las actualizaciones mensuales del censo, de acuerdo con el artículo 37 de la LOREG. Vid. SANTOLAYA, P., ob. cit., p. 57.

20. Una problemática singular plantean las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. El Dictamen del Consejo de Estado de 22 de abril de 1999 resolvió en sentido favorable al reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros nacionales de la Unión Europea en las elecciones a los cargos representativos de Ceuta y Melilla, para lo cual tomó como base el artículo 8 de los estatutos de autonomía de ambas ciudades, que atribuye el derecho de sufragio activo y pasivo en los mismos términos establecidos en la legislación estatal reguladora del régimen electoral general para la celebración de elecciones locales. En el mismo sentido se pronunció la Junta Electoral Central mediante Acuerdo de 27 de abril de 1999. Vid. sobre esta problemática FRAILE ORTIZ, M., “Alcance del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros residentes en las ciudades de Ceuta y Melilla en las elecciones municipales”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 8 (1999), p. 139 y ss.

sufragio en su municipio, salvo en el caso de los ciudadanos de estados de la Unión Europea y de Noruega, y existen, además, electores que tienen reconocido su derecho de sufragio en un municipio, aun cuando no sean vecinos del mismo. En concreto, el artículo 17.5 de la Ley orgánica 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, prevé la atribución a los residentes en el exterior, inscritos en el padrón de españoles residentes en el exterior, de la condición de “vecinos del municipio español que figura en los datos de su inscripción únicamente a efectos electorales”, y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de abril de 1996 establece unos criterios para la inscripción en el censo electoral de residentes ausentes que, en algunos casos, son considerablemente artificiales, y ello solamente con el fin de hacer posible la participación en las elecciones de estos electores. Sin embargo, tratar este último tema, que conlleva un problema susceptible, incluso, de poner en duda la constitucionalidad del artículo 17.5 de la LBRL, queda fuera del alcance del presente artículo.²¹

En este punto, nuestra Constitución está en línea con el Convenio del Consejo de Europa sobre la parti-

cipación de los extranjeros en la vida pública en el nivel local, firmado el 5 de febrero de 1992, cuyo artículo 6.1 prevé que “cada Estado parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1, a conceder el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que este cumpla las mismas condiciones que se aplican a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones”, y con otras resoluciones del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo.²²

3.1.2. Los “criterios de reciprocidad”

El Tribunal Constitucional no ha interpretado el significado del término reciprocidad incluido en el artículo 13.2 de la Constitución. Ha interpretado este término en el marco del reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, al señalar que es un principio “consistente en que un poder público condiciona su actuación a que otro poder público... actúe de la misma manera que él” (STC 132/1998). No obstante, la diversidad de la materia en la que se hace esta

21. El Tribunal Constitucional ha desautorizado la creación de ficciones sin base real, elaboradas solamente a efectos electorales, y para eludir la regulación constitucional de determinados elementos del sistema electoral, como expresó en su Declaración de 1 de julio de 1992, en relación con la atribución a los nacionales de la Unión Europea de una nacionalidad española ficticia, solamente a efectos de hacer posible su ejercicio del derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo.

22. *Vid.*, sin ánimo de ser exhaustivos, en el marco del Consejo de Europa, el artículo G de la Opinión número 164 (1992), de 7 de octubre de 1992, sobre los textos adoptados en la 27.ª Sesión de la Conferencia de Autoridades Legales y Regionales de Europa (CALRE) (17-19 de marzo de 1992), los artículos 1.i y 1.iv de la Recomendación 1500 (2001), sobre la participación de inmigrantes y residentes extranjeros en la vida política en los estados miembros del Consejo de Europa, de 26 de enero de 2001, el último de los cuales fijaba en tres años el período de residencia que debía exigirse a aquellos para el ejercicio del derecho de voto, el artículo 7.18 de la Recomendación 1478 (2006), de 24 de enero de 2006, sobre la integración de las mujeres inmigrantes en Europa, el artículo 9.2.25 de la Resolución 1618 (2008), de 25 de junio de 2008, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre “El estado de la democracia en Europa. Medidas para mejorar la participación democrática de los inmigrantes”, el artículo 9.ix de la Recomendación 1261 (1995), adoptada por el Comité de Ministros, el 15 de marzo de 1995, sobre la situación de las mujeres inmigrantes en Europa, el artículo 9.vi de la Resolución 1437 (1995), de 27 de abril de 2005, sobre “Inmigración e integración: Un reto y una oportunidad para Europa”, que insta a los estados miembros a firmar y ratificar el Convenio, el punto 11 y los artículos 13.6.c) y 13.iv de la Recomendación 1704 (2005), de 29 de abril de 2005, sobre referendos, el artículo 1.i.a) de la Recomendación 1714 (2005), de 24 de junio de 2005, sobre abolición de las restricciones al derecho de voto, el artículo 11.d) de la Recomendación 1759 (2005), de 24 de junio de 2005, y los artículos 3.4, 8 y 17.2 de la Resolución 1839 (2008), de 25 de junio de 2008, sobre el “Estado de la democracia en Europa: Retos específicos de las democracias europeas: El caso de la diversidad y la inmigración”. Muchos de estos textos instan a los estados miembros del Consejo de Europa a ratificar el Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el nivel local.

De forma destacada, debe citarse el Protocolo adicional a la Carta Europea de la Autonomía Local sobre el derecho a participar en los asuntos de una autoridad local, aprobada en Utrecht el 16 de noviembre de 2009.

Asimismo, *vid.* el principio 1.bb.ii) de las Líneas directrices en materia electoral adoptadas por la Comisión de Venecia, Avis núm. 190/2002, de 5-6 de julio de 2002.

En el ámbito de la Unión Europea, cabe destacar el punto 5.5 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo núm. 593/2003, sobre el tema: “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”, de 14 de mayo de 2003, el principio común núm. 9 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones: Agenda común de integración – marco de integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, COM (2005) 389, de 1 de septiembre de 2005, y la Resolución del Parlamento Europeo sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la Unión Europea, INI/2006/2056, de 6 de julio de 2006.

afirmación (reparto de competencias en carreteras) y la imprecisión respecto a lo que significa actuar “de la misma manera”, hacen imposible extraer una guía de actuación precisa.

Existen, por el contrario, pronunciamientos sobre temas conexos de los que puede deducirse una opción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por un entendimiento más amplio de lo que implica la reciprocidad. La STC 102/2000, FJ 8, en relación con la extradición, llega a considerar que “la existencia de tratado constituye un indicio de la presencia de una mínima homogeneidad constitucional y jurídico-penal que ha de estimarse necesaria a efectos de despejar posibles recelos ante la hipotética desigualdad que pudiera producirse a un nacional.”²³

No son muchos los autores que han tratado sobre este tema. En síntesis, pueden distinguirse tres posibles interpretaciones sobre el alcance de la reciprocidad exigida por la Constitución.²⁴

a) Un alcance estricto: desde esta óptica, la reciprocidad exige que el Estado contraparte reconozca a los nacionales españoles, residentes en su territorio, el derecho de sufragio en las elecciones municipales en las mismas condiciones que España lo reconoce a los extranjeros.²⁵

La doctrina, en la práctica, ha abandonado esta interpretación estricta. Por una parte, esta interpretación haría muy difícil reconocer a los extranjeros el derecho de sufragio, dado que resulta extremadamente complicado encontrar un paralelismo absoluto en las legislaciones electorales de dos países en cuanto a los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho de sufragio.²⁶ Por otra parte, de seguir esta interpretación, el Estado español perdería su autonomía para establecer una política propia de reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, ya que se vería obligado a exigir a aquellos siempre los mismos requisitos que cada uno de los estados hubiera establecido para el ejercicio del derecho de voto de los extranjeros en su territorio.

b) Un alcance intermedio, defendido por Santolaya, según el cual la reciprocidad se exige en el ámbito de las condiciones subjetivas de ejercicio del derecho, pero no en cuanto a las reglas del procedimiento electoral.

De acuerdo con esta interpretación, la reciprocidad exigiría que, efectivamente, se celebraran elecciones periódicas por sufragio universal directo en el Estado contraparte, y que las condiciones impuestas a los españoles para participar en ellas sean equivalentes a las que nosotros exigimos a los nacionales de ese Estado. No se aplicaría la reciprocidad a los demás elementos del sistema electoral ni del procedimiento electoral, de manera que se partiría de un principio según el que “cualquier sistema electoral que pueda ser considerado democrático y permita el ejercicio del derecho de sufragio a los residentes españoles, satisface el requisito de la reciprocidad.”²⁷ No se daría la reciprocidad, por el contrario, si el Estado contraparte exigiera a los españoles un período de residencia sustancialmente diferente al requerido por España.

c) Un alcance amplio, de acuerdo con el cual existiría la reciprocidad siempre que el Estado contraparte reconociera el derecho de sufragio en sus elecciones a los ciudadanos españoles residentes en su territorio, con independencia de cuáles fueran las condiciones exigidas para el ejercicio de tal derecho.

El argumento que con más fuerza apoya esta interpretación, y que ha sido utilizado por el Consejo de Estado en su Informe sobre las propuestas de modificación de la Ley orgánica del régimen electoral general, consiste en que el artículo 13.2 de la Constitución no impone expresamente una reciprocidad completa en las condiciones establecidas para el ejercicio del derecho, sino solo que el reconocimiento de tal derecho atienda a “criterios” de reciprocidad. En definitiva, el artículo 13.2 de la Constitución admitiría diferencias en las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio de los españoles en un Estado extranjero, siempre que se dé una reciprocidad sustancial o global en el reconocimiento del derecho.

23. El Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación de la Ley orgánica del régimen electoral general, cita también, en el mismo sentido, la STC 177/2006. No obstante, la argumentación de esta sentencia se refiere a la interpretación específica del requisito de reciprocidad para la extradición que establece el artículo 17.3 de la Constitución, en unos términos que no son útiles para la interpretación del mismo concepto en relación con el apartado segundo de dicho artículo (*vid.* fundamentos jurídicos 5 y 6).

24. Sobre el sentido de la reciprocidad, *vid.* el Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación de la Ley orgánica del régimen electoral general, *cit.*, p. 63 y ss.

25. Massó Garrote ha considerado que se aplica una reciprocidad diplomática, frente a una posible, y más abierta, reciprocidad legislativa. *Vid.* MASSÓ GARROTE, M. F.; *ob. cit.*, p. 139 y ss.

26. ARNALDO ALCUBILLA, E. y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *art. cit.*, p. 190, y RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *ob. cit.*, p. 337.

27. SANTOLAYA, P., *ob. cit.*, p. 43.

Por nuestra parte, entendemos que el concepto de reciprocidad es lo suficientemente abierto como para admitir todas las interpretaciones anteriores. Corresponde a las instituciones competentes del Estado escoger la interpretación que deba guiar el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, pero esto es una cuestión de opción política.

En particular, el Consejo de Estado ha recomendado en su informe "evitar un régimen de reciprocidad completa, de forma que, en todo caso, quede reconocido el derecho de sufragio de los extranjeros residentes en España que sean nacionales de estados que reconozcan a los españoles el derecho de voto en sus elecciones locales",²⁸ con independencia de que la normativa aplicable en los otros estados pudiera exigir requisitos distintos a los extranjeros para el ejercicio de tal derecho, respecto a los exigidos por España.

Podría intentarse aún una interpretación más amplia, según la cual la reciprocidad debería entenderse como igualdad dentro del territorio del Estado en el reconocimiento del derecho de sufragio a los nacionales y a los españoles. Esta interpretación permitiría extender el derecho de sufragio en España a los extranjeros nacionales de estados que no organicen en su territorio elecciones que obedezcan a las pautas características de los sistemas democráticos occidentales, ya que la negación del ejercicio del derecho de sufragio, conforme a un sistema electoral equiparable al nuestro, se produciría en dichos países por igual tanto para los nacionales como para los extranjeros.

Sin embargo, aun comprendiendo la problemática que trata de resolver esta interpretación, resulta difícil identificar la reciprocidad en la titularidad del derecho de sufragio, si se parte de una situación previa de negación de este derecho a los españoles.

3.1.3. Posibilidad de establecimiento del derecho por tratado o ley

La Constitución recoge la opción de reconocer el derecho de sufragio a los extranjeros en España mediante tratado o mediante ley. Cualquiera de estas opciones es conforme con la Constitución, y, en particular, sería posible prescindir del tratado bilateral, y, en su lugar, recoger en un artículo de la LOExtr, y con el carácter de

aplicación general propio de esta norma, las condiciones que se exigirían para que los extranjeros pudieran ejercer su derecho de sufragio en las elecciones municipales españolas, si bien, la efectividad de esta fórmula habría de subordinarse a que los estados, de los que fueran nacionales los beneficiarios de este derecho, reconocieran el mismo derecho a los españoles en sus elecciones municipales,²⁹ y, asimismo, sería necesario hacer la salvedad de que, mediante tratado bilateral o multilateral, pudieran fijarse condiciones distintas para el ejercicio de tales derechos por parte de los nacionales de uno o varios estados, para mantener la eficacia de los regímenes especiales de ejercicio de este derecho que se aplican a los nacionales de los estados de la Unión Europea y de Noruega.

Cada opción tiene sus ventajas y sus inconvenientes. La ley permite llevar a cabo una regulación común de ámbito general, y evita el coste de trabajo y tiempo inherente al trámite que debe seguir un tratado, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, hasta culminar en su ratificación. De hecho, instrumentar mediante tratado el reconocimiento del derecho de sufragio es algo contradictorio con la propia lógica inherente a los tratados, ya que los acuerdos que ha negociado España a tal fin han tenido por interlocutores a estados que, previamente, reconocían el derecho de sufragio a los extranjeros en virtud de lo dispuesto en su respectiva legislación interna. Por lo tanto, el tratado, en este caso, ha servido solamente como instrumento para llevar a la práctica una decisión unilateral por parte de España, tendente a reconocer a los nacionales de determinados países, residentes en nuestro país, el derecho de voto en las elecciones municipales.

El tratado, por su parte, permite concretar con mayor seguridad los estados en los que se reconoce la reciprocidad necesaria para extender a sus nacionales el derecho de sufragio y, además, brinda una oportunidad para estrechar las relaciones diplomáticas con los estados firmantes. Corresponde nuevamente a las instituciones del Estado elegir la vía más indicada, conforme a sus opciones políticas.

En todo caso, por el término "tratado" debe entenderse cualquier documento de Derecho internacional, con capacidad para comprometer en su cumplimiento, recíprocamente, a los estados que lo ratifiquen, con

28. Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación de la Ley orgánica del régimen electoral general, cit., p. 78.

29. PRESNO LINERA, M. Á., ob. cit., p. 166.

independencia de la forma concreta que dicho documento adopte. Ello hace admisible acudir a la fórmula de los acuerdos instrumentados mediante canje de notas, que ha sido, en la realidad, la preferida para extender el derecho de sufragio a los nacionales de varios estados, en el marco de la iniciativa que viene desarrollándose actualmente.

Lógicamente, las vías anteriores no son excluyentes. Así, Santolaya propone definir en la LOREG las condiciones para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros y, posteriormente, ratificar cuantos tratados internacionales hagan posible el ejercicio de tal derecho.³⁰

3.1.4. Posibilidad de reconocer el derecho de sufragio activo y, también, pasivo

Como es conocido, la reforma del artículo 13.2 de la Constitución, aprobada el 27 de agosto de 1992, para acomodar el texto de dicho artículo a lo previsto en el Tratado de la Unión Europea respecto al reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la Unión Europea, en las elecciones municipales, supuso incluir en la Constitución la posibilidad de reconocer el derecho de sufragio pasivo a los extranjeros en las elecciones municipales, además del derecho de sufragio activo, al cual se ceñía el texto original del artículo.

El derecho de sufragio activo y pasivo, en las elecciones municipales, se ha reconocido a los nacionales de los estados de la Unión Europea, y nada impide que también ambas facetas del derecho de sufragio se reconozcan a los nacionales de otros estados. Queda a la opción política de las instituciones estatales apurar las posibilidades del artículo 13.2 de la Constitución en este punto, o bien limitar el reconocimiento al derecho de voto, si bien un eventual reconocimiento del derecho de sufragio pasivo habría de ser, por fuerza, muy limitado, debido a la necesidad de respetar criterios de reciprocidad y a que son escasos los estados que reconocen en su territorio el derecho de sufragio pasivo a los extranjeros.

3.2. La regulación legal

La nota característica del desarrollo legal del artículo 13.2 de la Constitución, es que el legislador no ha sido consciente de las diferentes consecuencias que puede tener optar por una u otra interpretación de los conceptos utilizados por dicho artículo, y que el resultado de ello es una interpretación restrictiva de las posibilidades abiertas por la Constitución.

La redacción que dio al artículo 6.1 de la LOExtr la Ley orgánica 8/2000, pareció optar por una interpretación estricta del concepto de reciprocidad, ya que exigía que el reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros se hiciera en “los términos que por la ley o tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos.”

Como hemos visto, este concepto admite interpretaciones más amplias sin salir del marco constitucional,³¹ y, de hecho, la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha suprimido la interpretación estricta del concepto de reciprocidad del texto anterior. Tras la citada reforma, el apartado primero del artículo 6 de la LOExtr establece solamente que “los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley.”

El artículo 176 de la LOREG opta, sin embargo, por una interpretación amplia del concepto de reciprocidad, ya que permite extender el derecho de sufragio activo, en las elecciones municipales, a los residentes extranjeros cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, sin más consideración. Sin embargo, el artículo añade que dicho reconocimiento se hará “en los términos de un tratado”. En similares términos se pronuncia el artículo 177 respecto al derecho de sufragio pasivo.

Lo cierto es que esta exigencia de que el reconocimiento del derecho de sufragio se lleve a cabo mediante tratado, que incluso ha sido considerada inconstitucional en un sector de la doctrina,³² puede entenderse superada por lo previsto en el artículo 6.1 LOExtr, que, en su versión actual, se remite principalmente a lo dispuesto

30. SANTOLAYA, P., ob. cit., p. 75 y ss.

31. *Vid.* la crítica a dicho artículo en REVENGA SÁNCHEZ, M., ob. cit., p. 88 y ss.

32. SAGARRA TRÍAS, E., “Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la LO 8/2000, de 22 de diciembre”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, p. 39 y ss.; y AJA, E. y DIEZ BUESO, L., “La participación política de los inmigrantes”, en *La Factoría*, 10 (octubre 1999-enero 2000), disponible en <http://www.lafactoriaweb.com>. Por el contrario, Santolaya cree necesaria la existencia de un tratado internacional; *vid.* SANTOLAYA, P., ob. cit., p. 44.

en la Ley, y prevé el tratado como norma accesoria, y no necesaria, que debe ajustarse a lo previsto en la primera. Debe recordarse la condición de norma posterior que tiene la LOExtr en relación con la LOREG.

Ahora bien, más allá de planteamientos teóricos, el texto del artículo 6.1 de la LOREG que ha surgido de la Ley orgánica 2/2009, apunta a que la norma internacional seguirá siendo necesaria para prever las condiciones de ejercicio del derecho de voto de los extranjeros en las elecciones municipales, en especial el período de residencia que se les exigirá.

Por otra parte, mientras se utilice el tratado como vía para reconocer a los extranjeros el derecho de sufragio, las posibles interpretaciones legales del concepto de reciprocidad tienen poca eficacia, ya que cualquier tratado que se ratificara, tanto por su condición de norma posterior como, especialmente, por la de norma prevalente sobre la Ley (artículo 93.1 CE), resultaría suficiente para exceptuar la aplicación del concepto general de reciprocidad previsto por aquella.

4. El reconocimiento del derecho de voto de los extranjeros a partir del año 2009

Los elementos anteriores conforman la base política y jurídica en la que se enmarca la iniciativa de extender el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, que viene desarrollándose en la actualidad. Esta iniciativa se define en los siguientes puntos: a) se ha limitado el reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros al sufragio activo o derecho de voto, y, consiguientemente, se ha descartado explorar la posibilidad de reconocer a algunos grupos de extranjeros también el derecho de sufragio pasivo, cuando fuera posible conforme al principio de reciprocidad; b) se ha articulado el reconocimiento del derecho de voto a través de la firma y posterior ratificación de acuerdos internacionales bilaterales, instrumentados normalmente³³ mediante canjes de notas; c) para negociar la firma de dichos acuerdos se constituyó un grupo de trabajo con representación de varios ministerios,³⁴ y el

Consejo de Ministros nombró el 14 de agosto de 2008 un embajador en misión especial, para la negociación de acuerdos de participación electoral de nacionales extranjeros, no comunitarios, en elecciones locales; d) dentro del marco definido por las notas anteriores, se ha aprovechado al máximo las posibilidades que brinda el artículo 13.2 de la Constitución, conforme a una interpretación de la reciprocidad que sigue el modelo que hemos definido anteriormente como de alcance amplio; e) finalmente, el reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros se ha llevado a cabo con cuidado de no traspasar el marco definido por la Constitución, como no podía ser de otra forma.

Conforme a las líneas guía anteriores, se delimitó un grupo de quince países cuya legislación electoral hacía posible reconocer el derecho de voto a sus nacionales en las elecciones municipales organizadas en España, respetando el principio de reciprocidad.³⁵ Los países así identificados fueron Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela, Cabo Verde, Burkina Faso, Corea, Islandia y Nueva Zelanda.³⁶

A lo largo de 2009, han sido catorce los canjes de notas cuya suscripción ha autorizado el Consejo de Ministros, y solo queda pendiente de concluir el relativo a Venezuela.

Además, conforme se recoge en la referencia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 2009, el Gobierno ha ofrecido a los demás países, a través de sus embajadas, la firma de acuerdos para el reconocimiento del derecho de voto de sus nacionales en las elecciones municipales, en condiciones de reciprocidad, si cambian su legislación para permitir el ejercicio del mismo derecho por parte de los nacionales españoles en sus respectivas elecciones municipales. Este ofrecimiento se ha hecho, de manera más pormenorizada, a algunos de los estados que cuentan con un grupo de residentes numeroso en España, tales como Marruecos y Argelia, así como a países de la comunidad iberoamericana, tales como Brasil, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua y Panamá, y a Andorra.

33. Solamente los acuerdos con Argentina, Nueva Zelanda y Burkina Faso no tienen la forma de canje de notas.

34. Según los acuerdos firmados, han participado en dicho grupo los ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Presidencia, Interior, y Trabajo e Inmigración. Se ha consultado también a la Oficina del Censo Electoral.

35. Puede verse la información sobre los acuerdos del Consejo de Ministros en www.la-moncloa.es.

36. Un estudio sobre las posibilidades de firmar acuerdos conforme a criterios de reciprocidad en distintos países, en SANTOLAYA, P. y DÍAZ CREGO, M., "El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado", en *Cuadernos y Debates*, 183, CEPC, Madrid, 2008.

Los acuerdos suscritos reflejan, por la parte española, unas condiciones uniformes para el ejercicio del derecho de voto por parte de los nacionales de los estados incluidos en su ámbito. Todos ellos exigen a los extranjeros estar en posesión de la correspondiente autorización de residencia en España, y haber residido en España, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral. Se prevé que los extranjeros ejercerán el derecho de voto en el municipio de su residencia habitual, en cuyo padrón deberán figurar inscritos, y que la inscripción en el censo electoral se hará a instancia de parte, mediante instancia que se debe presentar en el Ayuntamiento en cuyo padrón municipal figure inscrito el extranjero en cada caso.

Por otra parte, la concreción del período de residencia en cinco años se debe al intento de identificar el reconocimiento del derecho de voto con la adquisición del derecho a residencia de larga duración, conforme a lo dispuesto en el artículo 32.2 de la LOExtr, tras su modificación mediante la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. No obstante, debe aclararse que lo que se exige en los acuerdos es cinco años de residencia legal, actual e ininterrumpida, con independencia de que el extranjero haya solicitado o se le haya reconocido la residencia de larga duración.

Por los estados firmantes, los acuerdos suelen reflejar las condiciones para el ejercicio del derecho de voto de los españoles en sus elecciones municipales, guardando paralelismo con el modelo del texto español, si bien en algunas ocasiones se limitan al reconocimiento recíproco del derecho de voto y a hacer constar algunos requisitos accesorios, remitiendo a la legislación nacional las condiciones para el ejercicio del derecho. Los canjes de notas con Islandia, Argentina y Paraguay expresan esta última tendencia.

El entendimiento amplio de la reciprocidad se refleja en el hecho de que algunos estados exijan a los nacionales españoles determinados requisitos para el ejercicio del derecho de voto, o les impongan determinadas limitaciones, que no se exigen para el ejercicio del derecho de voto en las elecciones municipa-

les españolas, lo cual no ha impedido la firma de los correspondientes acuerdos, sobre la base del efectivo reconocimiento del derecho de voto de los españoles en tales estados. De esta forma, se dan:

a) La exigencia de residencia legal por un determinado plazo en el municipio o distrito donde se vaya a votar (en Islandia, tres semanas; en Trinidad y Tobago, dos meses, haber residido dentro de diez millas de la ciudad o municipio, y haber ocupado una propiedad, como arrendatario o propietario, en dicha ciudad o municipio). Si bien, España exige residencia habitual en el municipio donde se deba votar.

b) Excepciones al reconocimiento del derecho de voto: en el caso del Canje de notas con Perú, establece que los ciudadanos españoles podrán ejercer su derecho de voto "excepto en el caso que corresponde a municipalidades de frontera"; en el caso de Argentina, donde la regulación de las elecciones municipales corresponde a las provincias, existen dos de ellas, La Rioja y Formosa, que no reconocen el derecho al voto a los extranjeros en las elecciones municipales que se celebren en su territorio.

c) Estados en los que se exige un período de residencia superior al de cinco años para reconocer a los extranjeros su derecho de voto: es el caso de Venezuela y Burkina Faso, donde se requieren diez años, y de Uruguay, donde se exigen quince años, que deben probarse mediante instrumento público o privado.³⁷ Las provincias argentinas exigen períodos de residencia variables, que en algunos casos alcanzan los diez años.

d) Otros requisitos: tener profesión o función legalmente reconocida y estar al día de las obligaciones fiscales (Burkina Faso); tener 19 años (Corea); ser ciudadano de buena conducta, con familia constituida en la República y poseer algún capital en giro o propiedad en el país o profesar alguna ciencia, arte o industria (Uruguay). También las provincias argentinas establecen requisitos variables, que, por ejemplo, pueden suponer la exigencia de haber cumplido 21 años para el ejercicio de este derecho.

De los catorce acuerdos, hay nueve, los firmados con Colombia, Perú, Trinidad y Tobago, Chile, Ecuador, Cabo Verde, Paraguay, Nueva Zelanda e Islandia, cuya ratificación ha sido autorizada por las Cortes.³⁸ Otros dos, los

37. Artículo 64 de la Constitución de Venezuela, artículo 78 de la Constitución de Uruguay y artículo 20 de la Ley núm. 004/93/ADP, reguladora de la organización municipal de Burkina Faso, de 12 de mayo de 1993.

38. El Canje de notas con Colombia lleva fecha de 5 de febrero de 2009; el de Perú, de 6 de febrero de 2009; el de Trinidad y Tobago, de 17 de febrero de 2009; el de Chile, de 12 de mayo de 2009; el de Ecuador, de 25 de febrero de 2009; el de Cabo Verde, de 8 de abril de 2009; el de Paraguay, de 13 de mayo de 2009; el de Islandia, de 31 de marzo de 2009; el Acuerdo con Nueva Zelanda, de 23 de junio de 2009. Cerramos la redacción del presente trabajo a 13 de diciembre de 2009, fecha en que dichos acuerdos se encuentran aún pendientes de publicación en el BOE.

firmados con Argentina y Bolivia, están siendo objeto de tramitación en el Congreso de los Diputados.

Sin embargo, la tramitación del Acuerdo con Argentina ha hecho aflorar diferencias entre los grupos parlamentarios integrantes del Congreso de los Diputados acerca de la amplitud con la que debe interpretarse el concepto de reciprocidad. De hecho, a día de hoy, estas diferencias mantienen bloqueado el Acuerdo con Argentina. Como puede fácilmente deducirse, el punto de discusión reside en si puede reconocerse la reciprocidad cuando existen dos provincias argentinas que no reconocen el derecho de voto a los extranjeros en sus elecciones municipales, aun cuando las demás les reconozcan este derecho.³⁹ Más aún, se anuncian dificultades para cuando llegue al Congreso el Canje de notas celebrado con Uruguay,⁴⁰ y las reticencias podrían extenderse a otros acuerdos, especialmente al que se refiere a Burkina Faso y al que se celebre en el futuro con Venezuela, por causa del período de residencia que la normativa de estos estados prevé para reconocer a los extranjeros el derecho de voto.

Por nuestra parte, reiteramos que la expresión del artículo 13.2 de la Constitución, que alude a "criterios de reciprocidad", tiene suficiente flexibilidad como para admitir diversas interpretaciones, y que es solamente una cuestión de opción política escoger una interpretación más amplia o más estricta de la reciprocidad.⁴¹

El hecho de que sean solamente dos provincias argentinas las que no reconozcan el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales, mientras las veintiuna restantes más la Ciudad de Buenos Aires lo admiten,⁴² y el escaso número de residentes españoles en dicha Provincia, unido a la dificultad que supone la organización federal de Argentina, donde la competencia para regular las elecciones municipales pertenece a las provincias, lo cual aboca a una diferencia de regímenes jurídicos en cuanto a reconocimiento y condiciones de ejercicio del derecho de voto que no puede ser reconducida por las autoridades federales, son elementos que podrían tenerse en cuenta para adoptar una interpretación flexible de la reciprocidad, que hiciera posible la ratificación del Acuerdo con dicho Estado. Hay, además, un dato llamativo, como es que el número de españoles residentes en Argentina, y, por tanto, potenciales beneficiarios del reconocimiento del derecho de voto en las elecciones municipales de dicho Estado, sea mayor que el número de argentinos que residen en España, lo cual, sin duda, debe tenerse en cuenta a la hora de evaluar la reciprocidad.⁴³

Tiene interés también detenerse en los estados que exigen para el ejercicio del derecho de voto de los extranjeros en su territorio un período de residencia distinto al de cinco años. Aunque habría sido posible establecer períodos de residencia diferenciados para

39. El punto sobre la votación del dictamen acerca del Acuerdo entre España y Argentina, de 9 de febrero de 2009, que iba ser tratado en la sesión de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados de 21 de octubre de 2009, fue retirado, ante las discrepancias surgidas en torno a si dicho Acuerdo respetaba el requisito constitucional de reciprocidad, sin que hasta el momento se haya alcanzado consenso sobre este tema en la Cámara. Mientras el diputado Benegas Haddad, del Grupo Socialista, defendió el Acuerdo, haciendo una llamada a superar las dificultades que se derivan del hecho de que en Argentina sea de la competencia de las provincias la regulación de las elecciones municipales, el diputado Bermúdez de Castro Fernández, del Grupo Popular, se opuso a dicho Acuerdo, debido a la falta de reconocimiento del derecho de voto a los españoles en las elecciones municipales de algunas provincias argentinas. También el diputado Xuclá i Costa, del Grupo Catalán (CiU), mostró sus reticencias a este Acuerdo en la Comisión de Asuntos Exteriores. El diputado Bermúdez de Castro Fernández, además, anunció la oposición de su Grupo al Acuerdo con Uruguay. *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 21 de octubre de 2009, p. 29 y ss.

40. Un examen de las peculiaridades que presenta el artículo 78 de la Constitución de Uruguay, el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros, puede contemplarse en SANTOLAYA, P. y DÍAZ CREGO, M., ob. cit., p. 76. Estos autores entienden que los requisitos exigidos por Uruguay no pueden condicionar la reciprocidad, si bien consideran significativa la duración del período de residencia al que dicho artículo vincula el reconocimiento de tal derecho.

41. Flexibilidad de la que han hecho uso las Cortes al autorizar la ratificación del Canje de notas con Perú, a pesar de que este Estado excluya del derecho de voto a los extranjeros que residen en las municipalidades de frontera. Esta excepción se ha admitido porque afecta por igual a todos los extranjeros residentes en dicho país y porque está motivada por motivos de seguridad nacional. *Vid.* la intervención del diputado Bermúdez de Castro Fernández, explicando la razón de su postura favorable a la ratificación del Canje de notas con Perú, al contrario de lo que defendió en relación con el Acuerdo con Argentina, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 21 de octubre de 2009, p. 31.

42. Sin duda, el caso de Argentina es, por ejemplo, distinto al de Suiza, donde los extranjeros solamente pueden votar en las elecciones municipales de cinco de los veintitrés cantones (Jura, Neuchâtel, Friburgo, Vaud y Ginebra).

43. La Secretaría de Estado de Emigración e Inmigración cifró el 24 de septiembre de 2008 en 268.752 el número de españoles residentes en Argentina, lo que supone el 21,9% del total de españoles que residen en el exterior. *Vid.* http://www.la-moncloa.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MTAS/_2008/ntpr20080924_Argentina.htm

los nacionales de cada Estado, en correspondencia con los exigidos por aquellos para el ejercicio del derecho de voto por los españoles en su territorio, se ha optado por exigir un período común de cinco años de residencia legal, actual e ininterrumpida, a todos los extranjeros. Ello resulta coherente con la lógica de los derechos fundamentales, que llevan en sí un principio de reconocimiento igual a todos los sujetos titulares de ellos, y evita la complicación, de cara a la organización de las elecciones, que podría haber supuesto la proliferación de regímenes diferenciados según la nacionalidad de los extranjeros.

Ahora bien, como se ha indicado, ello ha dado lugar a algunos casos de discordancia entre el período de residencia exigido a los españoles en determinados estados para ser titulares del derecho de voto y el exigido a los nacionales de tales estados en España para tener reconocido este derecho en nuestras elecciones municipales. Hay estados que exigen un período de residencia inferior, como Nueva Zelanda, donde se exige un año, Corea, donde se exigen dos años, y Cabo Verde, donde se exigen tres años, si bien estos supuestos no plantean dificultad. Igualmente, se ha firmado un acuerdo con Paraguay, que exige para votar en las elecciones municipales que el extranjero tenga "radicación definitiva", lo que no se identifica en dicho país con el tiempo de residencia, sino con las condiciones de acceso al país, ya que la normativa paraguaya reconoce el derecho a residencia permanente o radicación definitiva al extranjero que ingresa en el país con ánimo de radicarse definitivamente en él, y con el fin de desarrollar cualquier clase de actividad que las autoridades consideren útil para el desarrollo del país.

Lógicamente, el mayor problema se encuentra en los estados que exigen a los extranjeros un período de residencia, para obtener el reconocimiento del derecho de voto, mayor al de cinco años que se establece en los acuerdos que vienen siendo ofrecidos por España. En cuanto a estos, si bien el entendimiento amplio del concepto de reciprocidad permitiría la firma de los correspondientes acuerdos, sin desvirtuar lo previsto en el artículo 13.2 de la Constitución, pueden aducirse en algunos casos, además, otros elementos para identificar con mayor fuerza la reciprocidad en el reconocimiento del derecho de voto. Así, el artículo 64 de la Constitución de Venezuela extiende voto a los extranjeros o extranjeras para las "elecciones parroquiales, municipales y estatales", y el artículo 78 de la Constitución de Uruguay reconoce a "los hombres y

las mujeres extranjeros", y que cumplan los requisitos que prevé, el "derecho al sufragio", lo que hace que los extranjeros que reúnan tales requisitos puedan votar en todas las elecciones.

Como la Constitución solamente exige que el reconocimiento del derecho atienda a "criterios de reciprocidad", los aspectos anteriores podrían ser tenidos en cuenta de manera conjunta para estimar que existe una reciprocidad "global", ya que, aunque sea cierto que estos estados exigen un período superior de residencia para el reconocimiento del derecho de voto a los extranjeros, también lo es que extienden tal derecho a elecciones de mayor ámbito que la Constitución española, que, más rigurosa en este aspecto, lo circunscribe a las elecciones municipales. Por otra parte, entendemos que los demás requisitos planteados en la legislación de algunos países no plantean problema en cuanto a la posibilidad de reconocer la existencia de reciprocidad.

5. Conclusiones y repercusión de los acuerdos firmados en 2009

La iniciativa para reconocer el derecho de voto a los extranjeros en las elecciones municipales debe valorarse positivamente, desde una perspectiva social, porque ofrece una vía importante para favorecer la integración de aquellos en nuestra sociedad como parte activa de la misma, desde la perspectiva jurídica, porque supone el desarrollo de un artículo de la Constitución, desde una perspectiva política, porque ofrece una vía para incrementar el carácter representativo de los ayuntamientos, y, finalmente, pero no menos importante, por estrictas razones de justicia.

Al mismo tiempo, es necesario reconocer que la iniciativa tendrá una repercusión limitada. De entrada, se limita al derecho de voto, y deja fuera el derecho de sufragio pasivo. Pero, además, la exigencia de que el reconocimiento del derecho de sufragio respete criterios de reciprocidad, hace imposible reconocer tal derecho a los nacionales de países que cuentan con algunas de las comunidades de extranjeros más numerosas en España, como es el caso de los provenientes de Marruecos, China, Brasil, República Dominicana o Ucrania. Destaca, especialmente, el caso de Marruecos, cuyos nacionales conforman la segunda comunidad de extranjeros residentes en España, tras los que proceden de Rumanía.

En números aproximados, puede calcularse que, aun si se lograra ratificar la totalidad de los quince acuerdos actualmente firmados o pendientes de concluir, quedaría todavía excluida del derecho de voto en las elecciones municipales algo más del 30% de la población extranjera residente en nuestro país.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que nueve de los quince estados con los que se ha firmado o se pretende firmar acuerdos para el reconocimiento del derecho de voto, son iberoamericanos, y que el artículo 22 del Código Civil permite obtener la nacionalidad española, en el supuesto general, con dos años de residencia, y en otros supuestos concretos, con solo un año de residencia. De esta manera, el reconocimiento del derecho de voto en las elecciones municipales, efectuado mediante los acuerdos anteriormente citados, solo afectará a los nacionales de dichos estados que, llevando cinco años continuados de residencia en territorio español, no hayan solicitado la nacionalidad española, o bien se encuentren esperando la resolución del expediente conducente a la obtención de la nacionalidad. Ello reduce los potenciales beneficiarios de los acuerdos a un número menor del que una primera aproximación pudiera hacer pensar.

Además, hay que recordar que, en el caso de los extranjeros, la inscripción al censo electoral requiere la solicitud de la propia persona interesada, lo cual, sin duda, es un factor que disminuye el número real de votantes extranjeros. Hoy en día, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de diciembre de 1998, sobre normas e instrucciones técnicas para formación del censo electoral de extranjeros residentes en España, para las elecciones municipales, prevé que el plazo para la presentación de las solicitudes será desde el 15 de enero hasta el 15 de febrero, ambos inclusive, de cada año en que se celebren las elecciones municipales.

En definitiva, dejando a un lado la posibilidad de extender el derecho al sufragio pasivo, la iniciativa puesta

en marcha aplicada por el Gobierno ha intentado recorrer al máximo el camino para el reconocimiento del derecho de voto de los extranjeros que abre el artículo 13.2 de la Constitución, pero el alcance de esta iniciativa resulta limitado a causa del obstáculo que supone la exigencia constitucional de observar criterios de reciprocidad.⁴⁴ La única posibilidad de evitar el anterior inconveniente sería modificar el artículo 13.2 de la Constitución, lo cual, en verdad, no ofrece gran dificultad, ya que la correspondiente reforma debería encaminarse por el procedimiento previsto en el artículo 167 de la Constitución. De hecho, sería posible tomar como modelo el procedimiento que condujo a la reforma de dicho artículo en el año 1992, como paso previo a la ratificación del Tratado de la Unión Europea. Así, el Gobierno podría tomar la iniciativa de comenzar los trámites para firmar y ratificar el Convenio del Consejo de Europa sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el nivel local de 5 de febrero de 1992,⁴⁵ cuyo artículo 6.1 prevé que "cada Estado parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1, a conceder el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que este cumpla las mismas condiciones que se aplican a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones", y, considerando que este Convenio no permite condicionar el reconocimiento del derecho de sufragio a criterios de reciprocidad, presentar el correspondiente proyecto de reforma del artículo 13.2 de la Constitución.⁴⁶ Ciertamente, sería posible salvar este obstáculo, formulando una reserva al Tratado,⁴⁷ pero si la ratificación de aquel va dirigida, fundamentalmente, a plasmar el compromiso del Estado con la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros, no tiene sentido hacer una reserva que contradice dicho propósito.

En realidad, el artículo 13.2 de la Constitución ha quedado desfasado en su redacción actual, que obedece al

44. La reforma de este artículo es defendida por AJA, E. y DÍAZ BUESO, L., art. cit.

45. La proposición no de ley aprobada en 2006 instaba al Gobierno a firmar y ratificar este Convenio. *Vid.* nota 4 del presente trabajo.

46. No obstante, Santolaya considera posible aplicar el Tratado solamente a los extranjeros que cumplieran con el requisito de que el Estado del que son nacionales reconociera a los españoles el derecho de sufragio en condiciones de reciprocidad; *vid.* SANTOLAYA, P., ob. cit., p. 78. Por el contrario, entendemos que el artículo 13.2 de la Constitución impone una restricción en el reconocimiento del derecho de voto incompatible con los términos del Convenio citado. *Vid.* también, en general, sobre dicho Convenio, MASSÓ GARROTE, M. F., ob. cit., p. 216 y ss.

47. Hasta el momento, solamente Dinamarca, Noruega, Islandia, Finlandia, Albania, Italia, Holanda y Suecia han ratificado este Convenio. Lo han firmado, pero no ratificado, Chipre, República Checa, Lituania, Eslovenia y Reino Unido. Ahora bien, por ejemplo, Italia ha formulado una declaración por la que solo aplicará los capítulos A y B del Convenio, con lo cual excluye la aplicación del artículo 6, que establece el derecho de voto de los extranjeros.

intento de abrir una vía a la ampliación de los derechos de los españoles residentes en otros países, en un contexto, el que preside la aprobación de la Constitución en 1978, en el que España se distinguía como país de emigrantes.⁴⁸ Como es notorio, las circunstancias son en la actualidad justamente las contrarias. El requisito de respetar criterios de reciprocidad, además de ser una rareza en Derecho comparado,⁴⁹ impide al Estado aplicar una política propia en lo relativo al reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros, que queda pendiente de lo que permita la legislación electoral de otros países, y aboca a una diversidad de estatus de los residentes extranjeros en cuanto al reconocimiento del derecho de voto, ya que el resultado final, como se ha visto también, es la creación de diversas categorías de residentes, de manera que al concreto residente extranjero se aplicarán unos requisitos u otros, dependiendo de su nacionalidad. De hecho, la iniciativa que viene desarrollándose en la actualidad no hará sino añadir una tercera categoría, distinta en cuanto a requisitos y términos para el ejercicio del derecho de sufragio respecto a las dos preexistentes, conformadas por los ciudadanos de los países de la Unión Europea, por una parte, y por los ciudadanos de Noruega, por otra. Esta diversidad en la regulación de un derecho es intrínsecamente contradictoria con el principio de igualdad que preside el reconocimiento de los derechos fundamentales. Si bien se admite tradicionalmente en el reconocimiento de los derechos políticos una distinción entre nacionales y extranjeros, resulta más difícil justificar en términos doctrinales una distinción en el reconocimiento de tales derechos entre los extranjeros en virtud de su nacionalidad, en un contexto en el que incluso la distinción entre nacionales y extranjeros pierde nitidez.⁵⁰ Finalmente, resulta inconsecuente aplicar

el criterio de reciprocidad, característico del Derecho internacional de los tratados, al reconocimiento de derechos fundamentales.⁵¹

Sin embargo, la reforma del artículo 13.2 de la Constitución no se encuentra en la agenda política, por lo que, en el futuro, las iniciativas para el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros deberán seguir contando con el respeto a criterios de reciprocidad. ■

48. Esta circunstancia está en la base del artículo 13 de la Constitución; *vid.* SANTOLAYA, P., *ob. cit.*, p. 39. En especial, *vid.* la intervención del diputado ERNEST LLUCH en el Pleno del Congreso de los Diputados el día 6 de junio de 1978, *Diario de Sesiones*, núm. 105, p. 3.925 y ss.

49. Así lo califica, con razón, RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *ob. cit.*, p. 337. El requisito de observar criterios de reciprocidad para la extensión del derecho de sufragio a los extranjeros aparece en la redacción actual del artículo 15.4 de la Constitución de Portugal, tras la reforma aprobada por la Ley constitucional 1/1989, de 8 de julio, si bien su artículo 15.3 extiende además otros derechos propios de los ciudadanos portugueses en condiciones de reciprocidad a los ciudadanos de estados de lengua portuguesa que tengan residencia permanente en Portugal, en el artículo 12.1 de la Constitución de Brasil, si bien en este caso el derecho se extiende solamente a los nacionales portugueses; y en la legislación reguladora de las elecciones municipales de la República Checa, que reconoce derecho de voto a los extranjeros en los municipios checos siempre que su derecho aparezca reconocido en un tratado internacional vinculante para dicho Estado, si bien a día de hoy no se ha firmado ningún tratado con esta finalidad, aparte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. *Vid.* SANTOLAYA, P. y DÍAZ CREGO, M., *ob. cit.*, p. 53.

50. Una discusión del concepto de reciprocidad en ALBERTÍ, E., *ob. cit.*, p. 74. Mejor valoración del criterio de reciprocidad se halla en PÉREZ VERA, E., "Artículo 13. Extranjería", en ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, t. II, Edersa, Madrid, 1984, p. 239, y ARNALDO ALCUBILLA, E., *ob. cit.*, p. 1.208.

51. SANTOLAYA, P., *ob. cit.*, p. 38; RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *ob. cit.*, p. 337 y ss.; REVENGA SÁNCHEZ, M., *ob. cit.*, p. 88.

Elementos competitivos del régimen local en las recientes reformas estatutarias

Vanessa Suelte Cock

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana.

Actualmente investigadora invitada del Instituto de Derecho Público de la Universidad de Freiburg (Alemania)

1. Introducción

- 1.1. Concepto y práctica del federalismo competitivo
- 1.2. Críticas a la operación del federalismo competitivo
- 1.3. Elementos efectivos en la práctica

2. La competencia entre los gobiernos locales en España

- 2.1. En el marco de los estatutos de autonomía
 - 2.1.1. Regulaciones en torno a la organización territorial.
 - 2.1.2. Competencias del régimen local.
 - 2.1.3. La regulación de las finanzas y la suficiencia financiera.
 - 2.1.4. Mecanismos cooperativos
- 2.2. Controversias en torno a la inclusión del régimen local en los estatutos de autonomía

3. Conclusiones

Bibliografía

1. Introducción

En el marco de una economía globalizada, la movilidad de las actividades productivas, especialmente de las actividades financieras y de comunicación, obliga a los gobiernos regionales y locales a competir para atraer inversiones a sus ámbitos territoriales, pues las inversiones transnacionales son susceptibles de desplazarse de un territorio a otro, si estiman que existen más beneficios desde el punto de vista de sus costes sociales, fiscales, y si es más satisfactorio desde el punto de vista social, medioambiental o de gobierno local.¹ Estos factores

llevan a que el debate en la literatura sobre federalismo,² en los años noventa, gire alrededor de la devolución de competencias a los gobiernos regionales y locales, con las cuales tendrían más margen para tomar decisiones en sus ámbitos territoriales. Se proponía, con ello, ajustar estos gobiernos a las nuevas necesidades de los individuos de contar con gobiernos más cercanos, y a la vez integrados en un escenario mundial más interdependiente económicamente,³ así como fijar un equilibrio de poder político entre los diferentes niveles de gobierno,⁴ pues con el federalismo cooperativo existía un predominio del Gobierno central.⁵ En este sentido, el federalismo competitivo es

1. BERNARD, Auby, "Globalización y Descentralización", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001, p. 8

2. VOLDEN, Craig, "Entrusting the States with Welfare Reform", en FERREJOHN, John y WEINGAST, Barry R. (ed.), *The New Federalism: Can the States Be Trusted?*, Hoover Institution Press, Stanford, 1997.

3. WATTS, Ronald L, *Comparing Federal Systems*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University Kingston, Ontario, 1999, p. 27.

4. Así lo señalan: FERREJOHN, John y WEINGAST, Barry R (ed.), "Reviving the American Dream", en *The New Federalism: Can the States Be Trusted?*, Hoover Institution Press, Stanford, 1997. KINKAID, John, "The Devolution Tortoise and the Centralization Hare", *New England Economic Review*, mayo/junio de 1998. Y "The Competitive Challenge to Cooperative Federalism: A Theory of Federal Democracy", en KENYON, Daphne A., KINKAID, John (ed.), *Competition among State and Local Governments*, Urban Institute Press, 1991, p. 65-86.

5. ZIMMERMAN, Joseph, *Contemporary American Federalism, The Growth of National Power, Studies in Federalism*, Murray Forsyth (ed.), Center for Federal Studies, University of Leicester, 1992.

un concepto que se propone trasladar la aproximación económica del libre mercado de bienes públicos a un horizonte político, a la vez que da un marco conceptual al federalismo fiscal; la competencia intergubernamental, en el plano regional y local, se concibe como un elemento que conducirá a la eficiencia en la prestación de los servicios y bienes públicos.

Los presupuestos de la competencia entre gobiernos regionales y locales, en la provisión de bienes y servicios, parecen entrar en crisis en momentos de dificultades en seguridad ciudadana y económica, durante los cuales los gobiernos nacionales intervienen directamente para contrarrestar dichas dificultades y aliviar sus efectos, dejando a los gobiernos regionales y locales la implementación de las medidas, bajo mecanismos cooperativos. No obstante, mediante las propuestas competitivas de participación en la configuración de la política pública nacional y la innovación en su formulación, los estados federados y los gobiernos locales actúan para evitar la concentración del poder político en el Gobierno nacional y lograr su equilibrio.

En este contexto, a continuación se expondrá en qué consiste el concepto del federalismo competitivo, algunos ejemplos de su práctica en los Estados Unidos, y las críticas de las que ha sido objeto. A la luz de estos conceptos, se describirán los elementos competitivos del régimen local, introducidos por las recientes reformas estatutarias. Para realizar dicho recorrido, se parte del

supuesto de que el sistema autonómico es un proceso federal, en donde el régimen local se está regionalizando, es decir, las competencias en materia local se están trasladando al ámbito regional.⁶ Con ello, los nuevos estatutos de autonomía acomodan sus regulaciones a los perfiles federales que presenta el sistema autonómico.⁷

1.1. Concepto y práctica del federalismo competitivo

El federalismo competitivo fue desarrollado por Thomas R. Dye, a partir de analogías entre el funcionamiento del mercado y las relaciones en un Estado federal. Así, describe que en un Estado existe un mercado de bienes públicos, en el cual los estados federados y los gobiernos locales compiten para satisfacer la demanda de sus contribuyentes y atraer a otros a sus ámbitos territoriales. A diferencia de las teorías del federalismo dual y cooperativo, centradas en las relaciones presentes en un Estado-Nación, el federalismo competitivo se centra en la existencia de competencia entre los diversos niveles de gobierno,⁸ es decir, pone el énfasis en las relaciones horizontales.

El federalismo, visto como un modelo de mercado, es una derivación de la "Teoría pura de los gastos locales" formulada por el economista Charles M. Tiebout en 1956.⁹ El modelo propuesto por Tiebout se refería a

6. Recomendación del Consejo de Europa 121 (2002) sobre la democracia local y regional en España, que aboga por una mayor regionalización del régimen local. MERLONI, Francesco, "Informe del Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa del Consejo de Europa sobre la aplicación de la Carta Europea de Autonomía Local en España", en *Anuario del Gobierno Local*, 1999-2000, p. 387.

7. Como proceso postmoderno federal lo califica ELAZAR, Daniel, *Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Longman, 1999. Como Estado federal lo denominan, entre otros: SOLÉ TURA, Jordi, *Veinte años después. Reflexiones de los Padres Constituyentes*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998; AJA, Eliseo, *El Estado autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "La naturaleza jurídica del Estado autonómico", en *Curso de Derecho Público de las CCAA*, Instituto Nacional de Administración Pública, Editorial Montecorvo, Madrid, 2003; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Los fundamentos constitucionales del Estado", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 52, 1998; CARRERAS SERRA, Francesc de, "El sistema autonómico español: ¿existe un modelo de Estado?", en *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1997; GONZÁLEZ ENCINAR, "El Estado federal asimétrico", *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 1, 1995; PORTERO MOLINA, José Antonio, "El Estado de las autonomías en tiempo de reformas", en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005; TRUJILLO, Gumersindo, "Las CCAA, estatus constitucional y forma de Estado", en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (ed.), *Administraciones Públicas y la Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998. ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, "Estado autonómico e integración política", *Documentación Administrativa*, 232-233, 1993; CRUZ VILLALÓN, Pedro, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 2006. Del mismo modo, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA pasó de calificarlo como compuesto a federal, en "El Estado autonómico en perspectiva", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 124, 2004. Como variante del Estado compuesto lo definen: MORENO, Luis, *La federalización de España, poder político y territorio*, Siglo XXI editores, Madrid, 1997; LÓPEZ GARRIDO, Diego, (et al.), *El Estado autonómico como variante del Estado compuesto*, Nuevo Derecho Constitucional Comparado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

8. DYE, Thomas R., *Competition Among Governments*, Lexington Books, Estados Unidos de América, 1991, p. 3 y ss.

9. TIEBOUT, Charles M., "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy*, núm. 64, octubre 1956, p. 416-424.

los gobiernos locales y a las áreas metropolitanas. Acorde con su teoría, los gobiernos territoriales de un sistema federal pueden decidir autónomamente sobre la provisión de bienes públicos y su correspondiente valor impositivo. En este sistema, los contribuyentes deciden qué comunidad satisface mejor sus preferencias, trasladándose hacia la entidad territorial elegida. De este modo, "cuanto mayor sea el número de comunidades y mayor variación haya entre ellas, más fácil será para el elector satisfacer sus necesidades."¹⁰ Dye agrega que, en la actualidad (desde los años noventa), no solo es importante la movilidad de las personas naturales, sino la movilidad de capitales, principalmente de industria tecnológica. Por ello los gobiernos deben competir por atraer a sus ámbitos territoriales estas inversiones, que les pueden significar importantes réditos.¹¹

Una de las más importantes características del modelo de Tiebout es la autonomía de las regiones y de los gobiernos locales, para decidir sobre la provisión de bienes y su precio. Este último se fija a través de la imposición de impuestos a los residentes del ámbito territorial. La competencia entre gobiernos locales consistirá en atraer residentes que voten por el mejor precio en la prestación de bienes públicos.¹² Los impuestos deberán reflejar el costo de la prestación del servicio, o provisión de bienes públicos, en cada nivel territorial (impuesto-precio).

El modelo de Tiebout no solo hacía énfasis en la satisfacción de los intereses de los electores-contribuyentes, sino en la eficiencia que la competencia generaba. "Con respecto a la producción, se asume que las comunidades son forzadas a mantener los costos de producción al mínimo, ya sea por la eficiencia de los administradores locales o gracias a la competencia con otras comunidades."¹³ A la teoría de Tiebout contribuyó Oates, quien, a través de su teorema de la descentralización,¹⁴ demostró que un sistema descentralizado se provee mejor de bienes públicos, pues esto se realiza de acuerdo con las preferencias locales, a diferencia

de un sistema centralizado en el cual hay uniformidad de provisión de bienes públicos. En este sistema, en algunas regiones habrá sobreprestación o baja provisión, lo que lleva a que no se satisfagan las necesidades de los contribuyentes de forma adecuada.¹⁵

El federalismo competitivo recoge nuevamente estas formulaciones, basando su proposición teórica en tres elementos: 1) la autonomía de los gobiernos regionales y locales es esencial para el logro del bienestar de los habitantes que viven en sus ámbitos territoriales, pues las preferencias de los contribuyentes se satisfacen mejor en un sistema de varios niveles de gobierno que en un gobierno que tiene, en un solo nivel, el monopolio de los bienes públicos; 2) los costos de los servicios y bienes públicos deben ser iguales a los ingresos provenientes de los contribuyentes en cada circunscripción territorial; y 3) debe existir la posibilidad de movilidad tanto de los contribuyentes como de las actividades productivas. Por consiguiente, cuanto mayor sea el número de gobiernos y variaciones en las políticas públicas que se ofrecen, así como en los beneficios fiscales, costos y cargas tributarias, el contribuyente puede satisfacer mejor su demanda. En dichos sistemas diversos, los contribuyentes eligen los bienes públicos y los servicios que ellos prefieren, así como el precio que pagan por ellos. Como efecto, los estados y gobiernos locales compiten entre sí con el fin de atraer a los contribuyentes, ofreciéndoles los mejores bienes públicos al mejor precio. Conviene precisar que, en un sistema de competencia, esta puede verse alterada si el Gobierno nacional determina las prioridades nacionales y trata a los estados y gobiernos locales como unidades administrativas, asignándoles responsabilidades de implementación política. Tampoco pueden los estados y gobiernos locales ser realmente competitivos si los costos de sus decisiones políticas son de algún modo externalizados, es decir, asumidos por el Gobierno nacional y trasladados a los impuestos nacionales.¹⁶

10. *Ibíd.*

11. DYE, Thomas R., *Competition Among Governments*, *op. cit.*, p. 16.

12. TIEBOUT, Charles M., "A Pure Theory of Local Expenditures", *op. cit.*, p. 416-424.

13. *Ibíd.*

14. OATES, Wallace, "Searching for Leviathan: An Empirical Study", *American Economic Review*, núm. 75, 1985, p. 748-757.

15. Posteriormente están las teorías de Wilson (*A Theory of Interregional Tax Competition*, 1986) y de Zodrow Miezowski (*Pigou, Tiebout, Property Taxation, and the Underprovision of Local Public Goods*, 1986), en las que se definen modelos de competencia impositiva en regiones diversas. A estos trabajos les siguió una vasta literatura en competencia intergubernamental, en donde se afirmaba que la competencia entre gobiernos generaba eficiencia. Ver al respecto a WILSON, John D., "Theories of Tax Competition", *National Tax Journal*, núm. 52, 1999, p. 269-304.

16. DYE, Thomas R., *Competition Among Governments*, Lexington Books, Estados Unidos de América, 1991, p. 5.

De este modo, en el federalismo competitivo, los estados y gobiernos locales deben ser capaces de realizar un cierto rango de políticas públicas, para proveer una variedad de servicios públicos, y variar el nivel de esos servicios y sus costos. A su vez, deben poder competir en regulaciones de las actividades privadas, y sobre la naturaleza y cargas de los impuestos que establecen. En este marco de competencia, los contribuyentes elegirán al Gobierno que mejor satisfaga sus preferencias, asumiendo con ello los costos de las decisiones políticas realizadas en la circunscripción elegida.¹⁷ En términos de Saskia Sassen, el federalismo competitivo promueve un proceso de “desnacionalización”,¹⁸ proceso acorde con la época global en la que vivimos.

La competencia fuerza a los gobiernos a rebajar costos en la provisión de bienes públicos, y con ello hacer cada vez más eficiente su provisión. El centro del problema, según los economistas de libre mercado, será la habilidad de los gobiernos para determinar la demanda de servicios públicos de sus habitantes. De esta manera el federalismo competitivo fomenta la oferta de nuevos servicios públicos, es decir, la innovación en políticas públicas y mejores costos en la provisión de bienes públicos.¹⁹

El federalismo competitivo recoge, desde una formulación teórica, las demandas de devolución de poderes

a los estados, y de mayor autonomía de los gobiernos locales. Su proposición teórica debía potenciar el federalismo americano. En este fortalecimiento, los estados y gobiernos locales son reconocidos como centros políticos de vital importancia.²⁰ Estos son más representativos que el Congreso nacional, de ahí su importancia política en el sistema. También, su cercanía con los ciudadanos les ha permitido adoptar posiciones más progresivas en temas sociales.²¹ De igual forma realza el papel de los gobiernos locales como centros políticos en los que se toman decisiones, que pueden hacer más eficiente la prestación de servicios, fijar tasas impositivas y promover el desarrollo económico del ámbito territorial.²² Para este fin promueve la devolución de competencias a los estados y que estos transfieran competencias a los gobiernos locales, lo que ha sido denominado “el segundo nivel de devolución” (*second order devolution*).²³ En este concepto se pone énfasis en el papel de los gobiernos locales para diseñar políticas públicas y programas, no solo para implementarlas.

Las relaciones entre la federación y los estados serán las mismas que las previstas en el federalismo dual,²⁴ relaciones de tensión, de conflicto, enfrentamiento e intereses opuestos. Estas relaciones fomentan la competencia entre los estados y gobiernos locales. Así, según Dye,²⁵ el federalismo competitivo: a) satisface

17. *Ibíd.* p. 23-24.

18. La transferencia de ámbitos que antes correspondían al Estado-Nación, en el marco de la globalización son ahora parte de los gobiernos estatales y locales (en un proceso de distribución del poder al interior del Estado), de redes de información y de empresas transnacionales, y se radican en los nuevos espacios urbanos, digitales y de redes. SASSEN, Saskia, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, updated edition, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, p. 141-147 y 168 y ss.

19. Para Dye, la innovación es reconocida como una forma de experimentación en política pública. El federalismo competitivo fomenta la experimentación, es decir, que constantemente se estén probando nuevas formas de solución a problemas públicos. Fratesi señala que la literatura económica reconoce a la innovación como categoría y un factor que permite el crecimiento y fomenta cambios estructurales. Puede tener lugar a través de diferentes procesos: acumulación de conocimiento, investigación y desarrollo, métodos para que la productividad se incremente. La innovación puede afectar a los productos, los procesos y las organizaciones. Ver al respecto a FRATESI, Ugo, SENN, Lanfranco, *Growth and Innovation of Competitive Regions, The Role of Internal and External Connections*, Springer, Milán, 2009, p. 9 y ss.

20. DYE, Thomas R., *Competition Among Governments*, *op. cit.*, p. 23 y ss.

21. Por ejemplo, en temas raciales las asambleas de los gobiernos locales suelen ser más progresivas que el Congreso nacional. OSBORNE, David, “A new federal compact. Sorting out Washington’s proper role”, en MARSHALL, Will, SCHRAM, Martin (ed.), *Mandate for Change, The Progressive Policy Institute*, Berkley, 1993, p. 241.

22. DYE, Thomas R., *Competition Among Governments*, *op. cit.*, p. 13 y ss.

23. BOWMAN, Ann O’M, “The Resurgence of the States, Laboratories under Pressure?”, en GRESS, Franz, FECHTNER, Detlef, HANNES, Matthias (ed.), *The American Federal System*, Peter Lang, Alemania, 1994, p. 25-54.

24. El concepto de federalismo dual fue utilizado por primera vez por Edward S. Corwin de acuerdo con los siguientes postulados: 1. El Gobierno nacional posee solo los poderes enumerados y debe emplearlos solo para promover pocos propósitos; 2. En sus respectivas esferas el Congreso y los estados son soberanos e iguales; 3. Los cambios en la distribución de poderes de los dos gobiernos solo pueden hacerse mediante enmienda constitucional; 4. La relación de los dos centros es de tensión en vez de colaboración (las relaciones intergubernamentales son mínimas; los gobiernos operan de forma autónoma empleando sus poderes enumerados o reservados). Sobre la superación del federalismo dual y el paso al federalismo cooperativo ver a CORWIN, Edward S., “The Passing of Dual Federalism”, *Virginia Law Review*, vol. 36, febrero 1950, en *Federalism: A Nation of States-Major Historical Interpretations*, KERMIT L. HALL (ed.), Garland Publishing, Inc., New York, 1987, p. 139-161.

25. DYE, Thomas R., *American Federalism, Competition Among Governments*, *op. cit.*, p. 175.

de mejor forma las preferencias de los ciudadanos; b) incentiva a los gobiernos para ser más eficientes y proveer servicios de alta calidad a bajos costos; c) aumenta y delimita las responsabilidades de los estados y gobiernos locales frente a sus contribuyentes; d) impulsa la proporcionalidad de los impuestos de acuerdo con los servicios y políticas públicas en el ámbito territorial (es decir, los costos de los bienes y servicios públicos deben ser proporcionales a los ingresos recaudados de los contribuyentes); e) impulsa el crecimiento económico y el bienestar en cada nivel de gobierno; d) impulsa la innovación y experimentación en políticas públicas. Como requisitos, los estados cuentan con autonomía y son responsables directos del bienestar de la población que habita en su territorio.

El reconocimiento de la autonomía implica que no se externalizarán los costes de los bienes públicos a proveer por cada nivel territorial, sino que estos serán asumidos por los gobiernos y contribuyentes. Como consecuencia de ello, se fomentan los servicios de información de cada nivel de gobierno, a fin de hacer públicos los servicios disponibles y sus costes, y como herramienta de competencia para fomentar la movilidad de capitales a sus ámbitos territoriales.²⁶

El movimiento de desregulación, apoyado en la teoría económica de libre mercado del federalismo competitivo, trae como consecuencia que, en la década de los noventa, las medidas cooperativas que implicaban regulación total²⁷ sobre ciertos temas ya no fueron muy bien recibidas en el Congreso. Sin embargo, se siguió con estas

26. Del mismo modo que Dye, otros autores impulsaron el federalismo competitivo. Michael Greve señala que: "el federalismo real debe proveer a los ciudadanos de diversas opciones, entre diversas soberanías, sistemas de regulación y paquetes de bienes públicos a proveer." La posibilidad de optar de los ciudadanos y la competencia, son las virtudes de este tipo de federalismo. GREVE, Michael S., *Real Federalism: Why It Matters How It Could Happen*, AEI Press, 1999, p. 2. En BOWMAN, Ann, "American Federalism on the Horizon", *Publius*, vol. 32, núm. 2, 2002, p. 3-22.

En Alemania, la discusión sobre la introducción de elementos del federalismo competitivo se inicia en los años noventa. Las estructuras cooperativas debían ser revaluadas para que el peso del funcionamiento del sistema no quedara solo en cabeza de unos *Länder*. La reforma de la Ley Fundamental del 27 de octubre de 1994 introduce, en este sentido, cambios en el federalismo alemán. Su principal cometido era el reparto de las competencias legislativas entre la federación y los *Länder* e igualar las cargas económicas tras la unificación, así como crear las condiciones para la equivalencia (*Gleichwertigkeit*) de las condiciones de vida entre este y oeste. En 1997, el fracaso de una reforma tributaria en el Parlamento conlleva que, bajo el liderazgo de Baviera, comience la campaña por la sustitución del federalismo cooperativo por el competitivo, centrada en que la diversidad entre los *Länder* (asimetría) estimula la competencia y promueve la innovación en políticas públicas, elementos que se relacionan positivamente con el desarrollo económico. La reforma de la Ley Fundamental de 2006 complementa el proceso iniciado en los años noventa; en este sentido reduce el porcentaje de legislación que requiere consentimiento del *Bundesrat*, y, como contrapartida, los *Länder* obtienen mayores poderes legislativos. Asimismo, introduce una forma distinta de operación de las competencias concurrentes, para con ello agilizar los procesos de decisión y fortalecer la autonomía de los *Länder*. Sobre la necesidad de sustitución del federalismo cooperativo por el competitivo, ver a STERN Klaus, "Die bundesstaatliche Ordnung auf dem Prüfstand", en MERTEN, Detlef, *Die Zukunft des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Duncker & Humblot, Berlín, 2007, p. 20 y ss.; SCHMIDT-JÖRTZIG, *Herausforderung für den Föderalismus in Deutschland: Plädoyer für eine neuen Wettbewerbsföderalismus*, DÖV 1998, p. 746; STAMM-MERKL, *Kompetitiver Föderalismus*, ZRP, 1998, p. 467; BENZ, Arthur, "From unitary to asymmetric federalism in Germany: taking stock after 50 years", *op. cit.*, p. 55-78, y *Föderalismus al dynamisches System. Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Staat*, Opladen 1995; MÄNLE, Ursula, "Grundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten des Föderalismus in Deutschland", *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núm. B24, 1997, p. 3 y ss.; NAGEL, Jürgen-Klaus, "El Federalismo Alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 188, 2002, p. 65-99. Sobre la reforma federal de 2006 ver STARCK, Christian, *Föderalismusreform*, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 149-153; GUNLICKS, Arthur, "German Federalism Reform: Part One", *German Law Journal*, núm. 1 (1 January 2007); SCHARPF, Fritz W., *Nicht genutzte Chancen der Föderalismusreform*, MPIfG Working Paper 06/2, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, Mai 2006; SCHARPF, Fritz W., *No Exit from the Joint Decision Trap? Can German Federalism Reform Itself?*, MPIfG Working Paper 05/8, September 2005, Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung; HÄBERLE, Peter, "El federalismo y el regionalismo: una estructura modélica del Estado constitucional. Experiencias alemanas y proyectos. Memorandum para un proyecto español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto 2006; LOTHAR, Michael, "Problemas actuales del federalismo alemán: ¿del Estado federal unitario a uno experimental?", en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005, p. 41.

27. Uno de los aspectos que mayores cambios tuvo en el paso del federalismo dual al cooperativo es la regulación total (*total preemption*). Mediante esta práctica el Congreso, de acuerdo con la cláusula de supremacía (artículo VI núm. 2 de la Constitución), ejerce su función reguladora, y, como consecuencia, automáticamente se anulan todas las regulaciones de los estados contrarias a la Constitución y a los estatutos estatales. Este tipo de regulación se llevó a cabo principalmente en regulaciones económicas sobre determinadas actividades, como la de transportes aéreos y terrestres, medios de comunicación, empresas automotoras, y laborales (pensiones), de interés general, como el tema de la quiebra. ZIMMERMAN, Joseph F., "National-State relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century", *op. cit.*, p. 15- 30.

regulaciones; muestra de ello es la regulación del Estatuto de 1996 sobre telecomunicaciones. Esta regulación removió, de los estados y de los gobiernos locales, las barreras legales a las empresas que proveían servicios de comunicaciones entre estados o al interior de un Estado, así como despojó a los gobiernos locales de las competencias en este área. Tras el Estatuto, los gobiernos locales no pueden prohibir la provisión de telecomunicaciones por un operador de cable. Del mismo modo la regulación sobre bienestar social (Estatuto de 1996), en el cual se determina que los estados no pueden regular las condiciones de los seguros privados, y que deben someterse a los mínimos legales uniformes.²⁸ La federación, mediante estas regulaciones, abandera el movimiento de desregulación. Sin embargo, lo realiza con una decisión central, despojando de poder a los estados y gobiernos locales sobre las decisiones en estos ámbitos.²⁹

Los aportes del federalismo competitivo al sistema federal de los EEUU no han supuesto el desmonte de los elementos cooperativos; estos son esenciales para que el sistema funcione y se solucionen problemas comunes.³⁰ A este respecto, siguen siendo esenciales las subvenciones en bloque, mediante las cuales los estados continúan implementando programas federales en áreas de medio ambiente, educación y bienestar infantil. A la vez se mantienen medidas coercitivas, si no cumplen con las metas fijadas para dichos programas (principalmente en el caso de bienestar infantil).³¹ Otros mecanismos cooperativos de vital importancia en el sistema son los órganos de cooperación, tales como la Conferencia de Gobernadores (*Governor's Conference*) y el Consejo de Gobiernos de los Estados

(*Council of States Governments*). En estas instancias, se toman decisiones conjuntas entre la federación y los estados sobre temas comunes en materia de legislación, administración y temas judiciales, así como decisiones de cooperación entre estados. Existen a su vez otros órganos en los que se toman decisiones en torno a una regulación común, creación de órganos ejecutivos y coordinación de la actividad administrativa y judicial. Tales son la Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformización de Leyes Estatales (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*), la Conferencia de los Jueces Supremos de Justicia (*Conference of Chief Justices*), la Conferencia Nacional Legislativa (*National Legislative Conference*) y la Asociación Nacional de Oficiales de Presupuesto Estatal (*National Association of State Budget Officer*).³²

La presencia de rasgos cooperativos y competitivos en el sistema federal, denota que este tipo de organización es cíclico y dinámico. Es decir, debe ser entendido como una realidad en continua evolución.³³ Así, dependiendo del espacio y del tiempo, prevalecerán los elementos cooperativos o los competitivos; cada uno de estos elementos guarda un valor explicativo de lo que es la realidad federal.³⁴

1.2. Críticas a la operación del federalismo competitivo

La operación del federalismo competitivo ha generado interrogantes en la literatura americana, así como críticas. En este sentido, Peterson señala que si bien

28. *Ibidem*.

29. AMAN, Alfred, "The globalizing state: a future-oriented perspective on the public/private distinction, federalism and democracy", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31-3, 1998, p. 797.

30. Así lo han sostenido, entre otros: GRODZINS, Morton, *The Federal System, Goals for Americans*, President Commission on National Goals (ed.), Englewood Cliffs, Prentice Halls, New York, 1960; ELAZAR, Daniel J., "'Cooperative Federalism', Competition among the States and Local Governments: Efficiency and Equity in American federalism", en Daphne A. Kenyon and John Kincaid (ed.), *The Urban Institute Press*, Washington DC 1992, p. 73; REAGAN, Michael, *The New Federalism*, Oxford University Press, 1972; ZIMMERMAN, Joseph F., "National-State relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century", *Publius: The journal of federalism*, vol. 31, núm. 2, 2001, p. 15-30.

31. Estas subvenciones se denominaron *Temporary Assistance for Needy Families* (TANF). En estas subvenciones los estados pueden delegar la implementación en organizaciones religiosas para llevar a cabo las medidas de atención. Sin embargo, si no cumplen con los cometidos señalados para dicha subvención, son penalizados con la pérdida del valor subvencionado. SHRAM, Sanford F., WEISSERT, Carlos S., "The State of U.S. Federalism, 1998-1999", *Publius*, vol. 29, núm. 2, 1999, p. 1-34.

32. ZIMMERMAN, Joseph F., *Contemporary American Federalism: The Growth of National Power*, Studies in Federalism, Murray Forsyth (ed.), Center for Federal Studies, University of Leicester, 1992, y "Cooperative Federalism in the Twentieth Century", *Publius*, vol. 31, núm. 2, 2001.

33. FRIEDRICH, Carl J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Frederick A. Praeger, Publishers, New York, 1968.

34. ZIMMERMAN, Joseph F., "National-State relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century", *Publius: The journal of federalism*, vol. 31, núm. 2, 2001, p. 15-30. Así también otros elementos, como establece el profesor ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, "El federalismo de ejecución", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25 (1989), p. 7-20.

el federalismo competitivo promueve la competencia, esto se hará a costa de bajar la calidad de los servicios a la ciudadanía.³⁵ La descentralización y devolución de competencias que supone el federalismo competitivo, llevará a una diversidad de políticas públicas y de regulaciones, lo que puede generar grandes desigualdades entre estados y gobiernos locales.³⁶

Otros autores, como Ellis Katz y Kinkaid, sostienen que, siendo el federalismo un modelo más prescriptivo que descriptivo, está pendiente por la doctrina americana determinar los efectos que tiene la competencia entre estados y gobiernos locales. Para Katz, el modelo trata de corregir las disfuncionalidades del federalismo americano, como ha sido el extensivo uso del poder regulatorio del Congreso y las subvenciones, sobre la base del federalismo cooperativo.³⁷ Y Kinkaid agrega que su aparición teórica da respuesta a las demandas de devolución de poderes de los estados, así como a las de limitar el poder de la autoridad federal.³⁸

Si bien el federalismo competitivo ofrece respuestas desde el mercado para la distribución de bienes públicos y servicios, trae consigo ventajas y desventajas. Como ventaja propone un uso eficiente de los recursos, pero deja abiertas muchas preguntas frente al logro de la equidad en los estados que presentan problemas financieros, que son la mayoría en los Estados Unidos.³⁹ Como desventaja, se apoya en la movilidad de ciudadanos y capitales, pero solo los ciudadanos

con suficientes recursos económicos podrán movilizarse y, por lo mismo, solo los grandes capitales pueden moverse con facilidad. De forma que, si los ciudadanos con mayores recursos económicos y los capitales se concentran en los 13 estados más ricos, se creará una gran brecha de inequidad entre estados y gobiernos locales,⁴⁰ agravando los problemas fiscales de la mayoría de los estados. En consecuencia, un sector doctrinal americano ha señalado que los servicios básicos, como educación, bienestar social, infraestructura y seguridad pública, no pueden ser abastecidos por el libre mercado, sin seriamente comprometer la calidad de esos servicios, así como la habilidad de administrarlos.⁴¹ En este sentido, no queda claro el efecto del federalismo competitivo, y si, efectivamente, estimula tanto el adecuado acceso a los servicios de los ciudadanos como su calidad.⁴²

Al respecto, se observa que, en tiempos de crisis, los bienes públicos, como seguridad ciudadana y económica, los satisface el Gobierno central. Este interviene directamente para la solución de estos problemas y deja a los gobiernos regionales y locales la implementación de medidas, a través de formas de cooperación.⁴³ Ejemplo de ello es el fortalecimiento del Departamento de Seguridad Nacional (*Department of Homeland Security*) a partir del 11 de septiembre de 2001, el cual desplegó un gran número de medidas para la seguridad ciudadana en colaboración con los

35. PETERSON, Paul E., *The price of Federalism*, Brooking Institution, Washington, DC, 1995, p. 14.

36. BOWMAN, Ann, "American Federalism on the Horizon", *Publius*, vol. 32, núm. 2, p. 3-22. En Alemania la introducción de elementos competitivos de la nueva reforma federal obtiene críticas similares. Así lo han señalado, entre otros: HÄBERLE, Peter, "El federalismo y el regionalismo: una estructura modélica del Estado constitucional. Experiencias alemanas y proyectos. Memorandum para un proyecto español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto 2006, p. 16; SCHARPF, Fritz W., en: *Nicht genutzte Chancen der Föderalismusreform*, MPIfG Working Paper 06/2, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, Mai 2006.

37. KATZ, Ellis, "Cooperative-Dual-Competitive Federalism, The Pros and Cons of Model Building", en GRESS, *op.cit.*, p. 91-103.

38. KINKAID, John, "The Competitive Challenge to Cooperative Federalism: A Theory of Federal Democracy", *op. cit.*, p. 106.

39. Según el informe que se realiza en *Publius* sobre el estado del federalismo americano 2002-2003, treinta y siete estados tenían graves problemas financieros. La crisis fiscal ha sido calificada por el Centro de Presupuesto y Prioridades de Política Pública (*The Center on Budget and Policy Priorities*) como severa. KRANE, Dale, "The State of American Federalism, 2002-2003", *Publius*, vol. 33, núm. 3, 2003, p. 1-44.

40. Existe ya alguna evidencia de esta situación haciendo una analogía de la situación en las áreas metropolitanas en la década de los ochenta, en donde la población con mayores recursos económicos migró hacia los suburbios, dejando las ciudades con la población que tiene menos capacidad económica y requiere mayores servicios públicos y de bienestar. Situación que generó una gran brecha entre las ciudades y los suburbios. Ver KATZ, Ellis, "Cooperative-Dual-Competitive Federalism, The Pros and Cons of Model Building", *op. cit.*, p. 91-103.

41. *Ibidem*.

42. En este sentido, ver a KATZ, Ellis, "Cooperative-Dual-Competitive Federalism, The Pros and Cons of Model Building", *op. cit.*, 1994, p. 91-103; BOWMAN, Ann, "American Federalism on the Horizon", *Publius*, vol. 32, núm. 2, 2002, p. 3-22., y PETERSON, Paul E., *The Price of Federalism*, Brooking Institution, Washington, DC, 1995, p. 14.

43. Según PETERSON, los bienes públicos se satisfacen en un sistema federal por el nivel de gobierno que mejor lo pueda hacer. Es tradicional que el Gobierno central satisfaga la seguridad nacional, y que los gobiernos regionales o locales satisfagan la educación. *The price of Federalism*, Brooking Institution, *op. cit.*, p. 64-75.

estados. Para este fin, los fondos aumentaron cuatro veces su presupuesto, respecto del que se adjudicaba en los años noventa.⁴⁴ Así también se incrementaron las subvenciones condicionadas (forma de intervención del Gobierno central en el federalismo cooperativo), se realizaron numerosos acuerdos intergubernamentales para conducir la planificación y el desarrollo de sistemas de información, y mejorar la capacidad de respuesta frente a un tema que afectase al orden público de la nación, y exigiera la cooperación Gobierno local-Estado-Gobierno federal, y con ello dar una respuesta efectiva a los habitantes del ámbito territorial afectado.⁴⁵ En materia de intervención económica son conocidos los últimos planes de rescate económico del Gobierno Bush, "*The Emergency Economic Stabilization Act of 2008*", para facilitar y autorizar a la Tesorería del Estado la restauración de la liquidez y estabilidad del sistema financiero.⁴⁶ Y los recientes planes de estímulos del actual presidente Obama, "*The American Recovery and Reinvestment Act of 2009*", mediante los cuales se invierte en infraestructura y ciencia, salud, educación y capacitación, energía, y ayudas para los más afectados por la crisis económica.⁴⁷

De acuerdo con lo anterior, puede sostenerse que los presupuestos de la competencia entre los diversos niveles de gobierno parecen entrar en crisis en momentos de dificultades económicas o de seguridad ciudadana. Los postulados del Estado-Nación vuelven a retomarse y el Gobierno nacional interviene directamente para proveer soluciones uniformes y generales.⁴⁸ Las crisis son internacionales, pero las soluciones suelen ser nacionales. La llamada "desnacionalización" que el federalismo competitivo promueve, tiene entonces sus límites, pues las unidades subestatales no pueden satisfacer estos bienes públicos, y una solución diversa dentro de un marco territorial no resulta ser satisfactoria. El federalismo competitivo parecía funcionar bien mientras el paradigma de la globalización a ultranza

estaba funcionando. En estos meses se ha visto la necesidad de intervención a gran escala del Gobierno nacional, y los grandes problemas de la fragmentación de las regulaciones en materia económica en un sistema interconectado.

1.3. Elementos efectivos en la práctica

A pesar de que la provisión de bienes públicos básicos, como la seguridad ciudadana y económica, la siga proveyendo el Gobierno central, y de que la satisfacción de estos bienes no se traslade a los gobiernos regionales y locales, en momentos de crisis existe un aspecto del federalismo competitivo que funciona en la práctica. Según el informe del estado del federalismo americano en *Publius* de 2007-2008, los estados, en períodos en que existe un desequilibrio entre el poder central y el de estos, aumentan su participación en la configuración de la política pública nacional e innovan su formulación en temas tales como: la inmigración, la protección ambiental, la salud pública⁴⁹ (todos, temas que atienden directamente los estados y los gobiernos locales). Su poder político se refleja en que obtienen mayor flexibilidad a la hora de implementar políticas públicas diseñadas por el Gobierno central. Para ello, los estados han utilizado técnicas tradicionales de intervención en la configuración de la política estatal, como: i) el lobby intergubernamental mediante la Asociación Nacional de Gobernadores (*National Governors Association*) y la Conferencia Nacional de Legislaturas de los Estados (*National Conference of State Legislatures*); ii) el trabajo directo de los gobernadores con miembros del Congreso en temas de especial interés de los estados; iii) invocar acciones por controversias constitucionales y legales ante la Suprema Corte por exceso de la regulación federal; y iv) el rechazo de subvenciones federales por estar condicionadas.⁵⁰ El uso activo y efectivo de dichos mecanismos

44. Antes del 11 de septiembre, el presupuesto consolidado en seguridad era de 22 mil millones de dólares. En 2003, la propuesta presupuestaria solo del Departamento de Seguridad era de 37.7 mil millones de dólares. Las subvenciones condicionadas han incrementado el presupuesto de seguridad en 2003 en otros 6.71 mil millones de dólares. Ver KRANE, Dale, "The State of American Federalism, 2002-2003", *Publius*, vol. 33, núm. 3, 2003, p. 1-44.

45. *Ibidem*.

46. Ver la página web de la Tesorería del Estado: <http://www.treasury.gov/initiatives/eesa/>

47. Ver la página web del Congreso: <http://www.rules.house.gov/>

48. Así, por ejemplo, la legislación rooseveltiana del *New Deal* de los años treinta, la cual, para conjurar la crisis de la Gran Depresión, amplió la intervención federal prácticamente a todos los sectores de la economía.

49. DINAN, John, "The State of American Federalism 2007-2008: Resurgent State Influence in the National Policy Process and Continued State Policy Innovation", *Publius*, vol. 38, núm. 3, 2008, p. 381-415.

50. *Ibidem*, p. 382.

de intervención les permitieron contrarrestar el extensivo uso del poder central en el gobierno Bush,⁵¹ y ser considerados por la opinión pública como los principales responsables en la provisión de bienes públicos a los ciudadanos.⁵² El federalismo competitivo, en tiempos de crisis y de revisión del paradigma de la globalización, conduce a un reequilibrio del poder político entre los diversos niveles de gobierno.

2. La competencia entre los gobiernos locales en España

Como es sabido, la Ley de bases del régimen local, Ley 7/1985, de 26 de abril (LBRL), no estableció un elenco de competencias perteneciente al municipio, sino unas materias de interés local (artículo 25), cuya concreción remitía a la ley sectorial estatal y autonómica (artículo 25.2). Este procedimiento no condujo al reconocimiento de un ámbito propio competencial para los entes locales, sino a que se les asignaran competencias en forma de delegación o mera gestión de una actividad, distando mucho del tipo de atribuciones propias que permitieran a los gobiernos locales desarrollar las políticas públicas en su ámbito territorial.⁵³

De este modo, en el marco dispuesto por la LBRL, las competencias de los municipios podían reducirse a unos servicios mínimos, o unas competencias de mínimos, pues, si las comunidades autónomas –CCAA– no concretan las competencias de los municipios, según el listado del artículo 25 LBRL, no existen desarrollos

sectoriales para ejercer competencias complementarias (artículo 28 LBRL), y solo se efectúan delegaciones de competencias que pueden ser impuestas (artículos 27 y 37 LBRL), y no transferencias de las mismas, el ámbito de decisión de los municipios es muy limitado. A esta situación debe agregarse que la cooperación ha sido impuesta por ley y respaldada por los tribunales, rompiendo el principio de voluntariedad.⁵⁴

Respecto a la financiación, la LBRL y la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (LRHL), concretaron los principios de autonomía financiera y suficiencia dispuestos constitucionalmente, y determinaron el sistema de financiación de las entidades locales que les permitiría realizar sus competencias.⁵⁵ A pesar de esta regulación, los municipios presentan problemas de insuficiencia financiera, debido en buena parte a que estos asumen competencias que no tenían asegurada una fuente de financiación, así como porque dependen fuertemente del Gobierno central, pues aproximadamente 2/3 partes de las transferencias a los ayuntamientos proceden del Estado.⁵⁶ Estas dificultades hicieron necesario reformar la LRHL, mediante la Ley 51/2002, principalmente para ampliar los márgenes de la autonomía de los municipios en los cinco impuestos preexistentes, y para mejorar su gestión y capacidad tributaria.⁵⁷ A pesar de las modificaciones de la LRHL y del desarrollo jurisprudencial del principio de suficiencia financiera, este no se aplica correctamente, no existe ninguna participación efectiva de los entes locales en la recaudación tributaria de las CCAA.⁵⁸ Las comunidades otorgan subvenciones condicionadas para la prestación

51. Todas, acciones utilizadas para contrarrestar la política centralista del Gobierno Bush. CONLAN, Tim, DINAN, John, "Federalism, the Bush administration, and the transformation of American conservatism", *Publius*, vol. 37, núm. 3, 2007, p. 23-40.

52. KINKAID, John, COLE, Richard L., "Public Opinion on Issues of Federalism in 2007: A Bush Plus?", *Publius*, vol. 38, núm. 3, 2008, p. 469-487.

53. RIVERO YSERN, José Luis, *Manual de Derecho Local*, 5.ª edición, Thomson Civitas, 2004, p. 289.

54. Tal es el caso, entre otros, de la STS 20-11-1997, AR. 8544, en la que se rechaza la solicitud de un municipio de celebrar un convenio en materia de cooperación para cubrir los gastos de conservación y mantenimiento de los centros escolares. El profesor Rivero Ysern considera que este caso respondía a inercias del pasado, y no al actual sistema autonómico. *Ibidem*, p. 289.

55. Así lo ha considerado la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1985, FJ 1.º; y ha sido reiterado en la STC 233/1999, FJ 4.º B.

56. FRESNEDA FUENTES, Silvia (et al.), *Nueva Ley de haciendas locales: reflexiones sobre sus principales implicaciones*, Departamento de Contabilidad y Economía Financiera, Universidad de Sevilla. Comunicación presentada a las XIII Jornadas Hispano-Lusas de Gestión Científica celebradas en Lugo durante los días 12, 13 y 14 de febrero de 2003. http://www4.usc.es/Lugo-XIII-Hispano-Lusas/pdf/05_CONTABILIDAD/21_fresneda_mallado.pdf

57. Sobre las modificaciones que introduce la Ley 51/2002, ver SUÁREZ PANDIELLO, Javier, *La nueva financiación local: ¿Un modelo permanente?*, Universidad de Oviedo, 2004. *Revista de Estudios Locales*, núm. 87, 2005, p. 121-133. Disponible en web: <http://dea.uib.es/seminaris/pdfs2/javiersuarez.pdf>

58. La finalidad de los recursos de participación es dar cumplimiento al principio de suficiencia financiera en el ámbito municipal. En este sentido, lo concibe el Tribunal Constitucional en sentencia 96/1990: "La participación en los tributos del Estado y las CCAA nace con la vocación de cumplir con el precepto de suficiencia financiera, intentando equilibrar las necesidades de gasto y la capacidad fiscal de cada municipio."

de los servicios de los entes locales, y se obliga a los entes locales a financiar servicios que dependen de otro nivel de gobierno.⁵⁹ En definitiva, los entes locales no cuentan con recursos sobre los que tengan libre disposición, y, en la práctica, las subvenciones tienen un fuerte impacto en el presupuesto local.⁶⁰

2.1. En el marco de los estatutos de autonomía

En atención a las dificultades enumeradas y de acuerdo a la Recomendación 121 (2002) formulada por el Consejo de Europa, el sistema local español ha comenzado a regionalizarse. Esto se puede apreciar a través de la inclusión en los estatutos de autonomía de un título sobre régimen local. Situación esta acorde con las características federales del sistema,⁶¹ pues en los sistemas federales los estados (a través de sus constituciones) pueden realizar una distribución del poder político en sus marcos territoriales.⁶² De este modo, los estatutos de autonomía han incorporado novedades en torno a: i) la organización territorial; ii) las competencias de los entes locales; iii) las haciendas locales, y iv) la introducción de mecanismos cooperativos.

Con estas regulaciones, los estatutos de autonomía ajustan el régimen local a los retos competitivos del federalismo. En efecto, se amplía el nivel de autonomía de los municipios, dotándoles de capacidad para dirigir políticamente sus ámbitos territoriales. Con ello,

estos entes territoriales tendrán mayor posibilidad de competir en las provisiones de bienes públicos, para la atracción de inversiones, y de innovar en la configuración de políticas públicas de interés local. Asimismo, incluyen un modo de articulación de los poderes de las CCAA y los entes locales de características cooperativas; dando paso con ello a relaciones de carácter consensual y no de imposición. Estos caracteres acercan el régimen local a la lógica federal.

Las novedades mencionadas y la introducción de elementos competitivos se expondrán a continuación, con especial referencia al caso de Cataluña, pues es el Estatuto que regula de forma más completa el régimen local y el que responde con mayor claridad a la lógica federal de su funcionamiento.

2.1.1. Regulaciones en torno a la organización territorial

En el Estatuto de Cataluña, el municipio se regula como parte del sistema institucional de la Comunidad Autónoma, incorporación que se ha interpretado no como una declaración de la pertenencia del mismo a la Comunidad, sino que se relaciona preferentemente con esta "tal y como es natural en los sistemas federales."⁶³ En el caso catalán, los municipios, las veguerías, las comarcas y los otros entes locales, integran el sistema institucional de la Generalidad, como entes de su organización territorial, sin perjuicio de su autonomía.⁶⁴ En el Estatuto andaluz, la Comunidad se

59. En relación con la asignación de tareas a los municipios sin fuente de financiación, la reforma federal alemana de 2006 modifica el artículo 84.1 GG, incluyendo una prohibición al *Bund* de transferir, mediante leyes federales, tareas a los municipios y asociaciones de municipios, aunque tengan una fuente de financiación asegurada. En el mismo sentido, el artículo 85.1 GG vuelve a incluir la prohibición de que mediante leyes federales se transfieran tareas a los municipios y a las asociaciones de municipios. Estos numerales se agregan debido a que, con la nueva posibilidad del *Bund* de expedir reglamentos para la ejecución de leyes federales (en torno a autoridades y procedimientos) sin el acuerdo del *Bundesrat*, aumentaba el peligro de que con estas leyes se transfirieran tareas a los municipios y asociaciones de municipios, lo que podía implicar cargas financieras para este nivel institucional. Ver a STARCK, Christian, *Föderalismusreform*, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 86-89.

60. WOLLMANN, Hellmut, (et al.), *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno local* (par. II. 1.1.3), Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, Madrid, 2005.

61. Así, de acuerdo con la Constitución de los Estados Unidos, la competencia del sistema de Gobierno local (*the local government system*) es una competencia de los estados, pues no constituye ningún poder delegado al Gobierno nacional, y tampoco es una de las materias objeto de prohibición en la Carta. Son las constituciones de los estados las que regulan el régimen local. En Alemania, la Ley Fundamental, en el artículo 28.1 GG, establece, como competencia de los *Länder*, el orden municipal. De este modo el nivel local no es parte de la estructura federal, sino de la estructura de los *Länder*, y serán los desarrollos constitucionales y legales de dichos ámbitos los que determinen el contenido de la autonomía local.

62. ALDERFER, Harold F., *American Local Government and Administration*, Mac Millan, Nueva York, 1956, p. 55. KINKAID, John, "State Constitutions in the Federal System", *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, vol. 496, 1988, p. 12-22.

63. FONT I LLOVET, Tomás (et al.), *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 19.

64. En contra de esta posición se manifiesta Luis Ortega, quien señala que en la regulación del artículo 2 "se produce un salto al considerar que los entes locales son territorios en los que se organiza la Generalidad, (...) es decir, forman parte de la organización política propia de la Comunidad Autónoma." "Régimen local y estatutos de autonomía", *REALA*, núm. 300-301, 2006, p. 42.

organiza, como ha sido tradicional, en municipios y provincias, y demás entidades territoriales que puedan crearse por ley (artículo 87).⁶⁵

Las reformas estatutarias otorgan al municipio un papel preponderante, como actor político en el sistema regional. Es la institución básica de la organización territorial de la Comunidad, y por lo mismo se le reconoce y garantiza estatutariamente su autonomía política, más intensa que la autonomía del resto de los entes locales (artículo 86 del Estatuto de Cataluña y artículo 91 del Estatuto para Andalucía).⁶⁶ Los municipios podrán regular, gestionar y satisfacer los intereses de los ciudadanos. En este sentido, el Estatuto de Cataluña (EAC) reconoce a los municipios una serie extensa de competencias propias, cuyo ejercicio debe realizarse con plena autonomía, y sujeta solo a un control de constitucionalidad y de legalidad⁶⁷ (artículo 84 EAC). Así, de acuerdo con la Recomendación 121 (2002) del Consejo de Europa, se incorpora una mayor vinculación entre las instituciones autonómicas y las locales, con lo cual el poder regional asume un rol preponderante en el reconocimiento de la autonomía local.⁶⁸

Además de la elevación del municipio y sus funciones, el Estatuto de Cataluña contempla otras figuras para garantizar la participación de los municipios en materias de su interés,⁶⁹ como: la participación en el proceso legislativo que les afecte (artículo 62.1 EAC); la defensa de la autonomía local por el Consejo de Garantías Estatutarias, que podrá dictaminar la adecuación a la autonomía local de los proyectos y las proposiciones de ley, y de los proyectos de decreto legislativo aprobados por el Gobierno (artículo 76.2.d) EAC); los posibles acuerdos entre el síndico de agravios y los defensores locales de la ciudadanía (artículo 78.4 EAC); la

garantía de competencias propias (artículo 84 EAC); y una reserva de orden local en materia de organización y funcionamiento (artículo 87.1 EAC). Todas estas formas de intervención en las decisiones que les afecten, elevan a los municipios como actores políticos del sistema, y les aseguran su participación en la configuración de políticas públicas locales y en la innovación en las mismas.

2.1.2. Competencias del régimen local

El Estatuto de Cataluña establece una regulación amplia sobre las competencias que asume la Generalidad en las materias de organización territorial y de régimen local, con el fin de garantizar en estas áreas un mayor contenido funcional y material. Así, distingue entre materias de competencia exclusiva de Cataluña (artículos 151 y 160.1 EAC) y materias de competencia compartida con el Estado (artículo 160.2 EAC), acorde con la dinámica de blindaje de competencias.⁷⁰ A partir de sus nuevos títulos competenciales, la Generalidad puede atribuir a los municipios una gama amplia de funciones, en sectores en los que puede fomentarse la competencia, la innovación en políticas públicas y la eficiencia en la prestación de servicios públicos, tales como: la regulación del establecimiento de autorizaciones y promociones de todo tipo de actividades económicas, especialmente las de carácter comercial, artesanal y turístico; el urbanismo; la ordenación y prestación de servicios básicos a la comunidad; la ordenación y la gestión en la educación infantil; el transporte municipal de viajeros; la formulación y la gestión para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible; la regulación del establecimiento de infraestructuras

65. Los otros estatutos que han sido reformados (Aragón, Castilla y León, Valencia e Illes Balears) organizan su territorio en provincias, municipios y comarcas. Así, el de Aragón (artículo 2). El de Castilla y León se organiza en provincias, municipios y demás entidades que establezca la ley, y en el mismo sentido el de la Comunidad Valenciana (artículo 2); el de Illes Balears, en islas y municipios (artículo 2).

66. De igual forma el Estatuto de Aragón (artículo 82). Illes Balears (artículo 75). Castilla y León (artículo 44).

67. FONT I LLOVET, Tomás, "La Administración en las comunidades autónomas 2005", *Informe de las comunidades autónomas 2005*, p. 678. Al respecto, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, señala que este artículo no constituye una garantía de la autonomía municipal, pues hace referencia a las competencias locales de forma general, haciéndose necesaria una ley del Parlamento Catalán que concrete cada materia en cada ente local. "Sistema competencial propuesto en el anteproyecto de ley básica del Gobierno y de la Administración local", en *Reformas y retos de la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 125.

68. "A partir de ahora la autonomía municipal se garantiza frente a la ley no solo por la Constitución, sino también por los estatutos de autonomía." El Estatuto de Cataluña no solo garantiza los estándares mínimos señalados en la Constitución, sino que los eleva (VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, "Autonomía municipal", ponencia, en el II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Santander, 2007, p. 39 y ss.).

69. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, "Régimen local y estatutos de autonomía", *REALA*, núm. 300-301, 2006, p. 39.

70. Ver al respecto a ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, "El blindaje de las competencias y la reforma estatutaria", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, 2005, p. 109-136.

de telecomunicaciones y prestación de estos servicios (artículo 84 EAC). Este tipo de competencias, en los nuevos esquemas productivos, se suele trasladar a los municipios. Son estas unidades territoriales las encargadas de prestar la mayoría de los servicios a la ciudadanía,⁷¹ pues su cercanía con los ciudadanos garantiza una mejor prestación del servicio, y que se den nuevas soluciones a problemas públicos ambientales y de desarrollo sostenible.⁷² Asimismo, la regulación de actividades privadas fomenta la competencia en estas áreas, lo que puede hacer que algunos concretos municipios sean más atractivos para los contribuyentes e inversores.

El Estatuto de Andalucía sigue esta línea respecto de las competencias exclusivas y compartidas (artículos 58 y 59), y regula directamente la organización y funciones de los entes locales, pero de forma más limitada que el Estatuto de Cataluña. El Estatuto de Illes Balears se diferencia de los dos anteriores, pues solo reconoce competencias exclusivas en materia de organización local; el resto se rige por el esquema ley de bases-ley de desarrollo (artículos 28 y 29). El Estatuto de Aragón señala que es competencia exclusiva de la Comunidad: la determinación de las competencias de los entes locales, el régimen de los bienes locales y las modalidades de prestación de servicios públicos locales; así como las relaciones para la cooperación y colaboración entre entes locales. De este modo, mientras que en materia de relaciones interadministrativas, bienes locales o el régimen de compe-

tencias y potestades locales, las competencias de la Comunidad balear son compartidas con el Estado, en el Estatuto catalán, andaluz y aragonés son exclusivas de estas CCAA.⁷³ Estas características diferenciales de los estatutos, sitúan al sistema local español dentro de la lógica federal, pues la regulación diversa del régimen local es propia de este tipo de organización territorial. En el siglo XXI, esa regulación diversa estimula la competencia, generando una oferta diferenciada en la atención de servicios públicos y sus costos.⁷⁴ Los gobiernos locales pueden ofrecer diversos servicios sobre la base de las diferencias regionales que reconoce el sistema autonómico.⁷⁵ Con ello, los municipios podrán desarrollar políticas públicas para satisfacer necesidades concretas en sus ámbitos territoriales.

2.1.3. La regulación de las finanzas y la suficiencia financiera

En los diferentes estatutos, se asegura a los municipios la atribución de recursos propios y su participación en los tributos de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con los principios de equidad, autonomía y responsabilidad fiscal (así: artículo 217 EAC).⁷⁶ Se reconoce, de este modo, su autonomía presupuestaria y de gasto, incluyendo las participaciones que perciban a cargo de otro presupuesto, sobre las cuales pueden disponer libremente (artículo 218.1 EAC), garantizándose su autonomía financiera no

71. En Estados Unidos, bajo el esquema de estatutos *home rule*, se garantizan amplios poderes a las corporaciones municipales o los gobiernos de propósitos generales, para determinar y modificar las estructuras, y relativos poderes en finanzas y áreas de servicios funcionales, tales como educación (elemental y secundaria), cuando no está adjudicada a un distrito escolar; bienestar público; salud y hospitales; protección policial; alcantarillado y renovación de residuos sólidos; parques y recreación. Ver sobre el tema a: SAFFELL, David, BASEHART, Harry, *State and Local Government*, 6.ª ed., McGraw-Hill, Boston, 1998, p. 45 y ss., p. 32 y 33. BERMAN, David R., *State and Local Politics*, M. E. Sharpe, 8.ª ed., 1997, p. 214-215. ZIMMERMAN, Joseph, *Contemporary American Federalism, The Growth of National Power, Studies in Federalism*, Murray Forsyth (ed.), Center for Federal Studies, University of Leicester, 1992.

72. PETERSON, Paul E., *The price of Federalism*, Brooking Institution, Washington, DC, 1995, p. 65-74. Según INMAN, Robert (et al.), los servicios enumerados como educación, salud, bienestar público, se pueden prestar en un sistema de competencia y de forma más eficiente. Sobre esta afirmación señala que existe evidencia empírica en los trabajos de: BURECKNER, Jan, "A Test for Allocative Efficiency in the Local Public Sector", *Journal of Public Economics*, 1982; BERGSTROM, Theodore (et al.), "A Test for Efficiency in the Supply of Public Education", *Journal of Public Economics*, 1988; INMAN, Robert (et al.), "Rethinking Federalism", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 11, núm. 4, 1997, p. 43-64.

73. VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, "Reforma de los estatutos de autonomía y reforma de las bases del régimen local", en *Reforma y retos de la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 140-141.

74. DYE, Thomas R., *American Federalism*, op. cit., p. 40 y ss.

75. LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Estado autonómico y hechos diferenciales: una aproximación al "hecho diferencial" en el Estado compuesto de la Constitución de 1978: el caso de la autonomía canaria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 45 y ss.

76. El Estatuto de Andalucía señala que será una ley de la Comunidad la que determine la participación de los municipios en los tributos.

solo “a través de planes de obras y servicios finalistas, sino por medio de fondos de cooperación incondicionados.”⁷⁷

Por otra parte, se garantiza la autorregulación de las finanzas municipales en el marco de las leyes. Esta potestad les permite fijar “la cuota o el tipo de los tributos locales, así como las bonificaciones y exenciones, dentro de los límites establecidos por las leyes” (artículo 218.3 EAC; artículo 191.2 del Estatuto de Andalucía). Podrán, por tanto, establecer tributos que sean acordes a los costes de sus servicios, como se propone en el federalismo competitivo, así como variar el nivel de los servicios y sus costes. También, contarán con la capacidad, en el marco establecido por la normativa reguladora del sistema tributario local, “para gestionar, recaudar e inspeccionar sus tributos, sin perjuicio de que puedan delegarla a la Generalidad y de que puedan participar en la Agencia Tributaria de Cataluña” (artículo 218.4 EAC; de la misma forma se consagra en el artículo 191.3 del Estatuto andaluz), incrementándose de este modo su responsabilidad.

En cuanto a la garantía de la suficiencia de recursos, se contempla la posibilidad de fondos de cooperación de los gobiernos locales, así como programas de colaboración financiera (artículo 219.1 EAC; artículos 192.1 y 192.2 del Estatuto de Andalucía).⁷⁸ La Comunidad asumirá el control de la distribución de los ingresos de los gobiernos locales, consistentes en subvenciones incondicionadas estatales (artículo 219.2 EAC; en el mismo sentido, el artículo 192.5 del Estatuto de Andalucía),⁷⁹ de la misma forma que lo asumen los estados en los EEUU a partir de la década de los ochenta.

Además, se garantiza la suficiencia de recursos a los gobiernos locales frente a competencias que se les traspasen o deleguen, o frente a toda nueva atribución que los mismos tengan que asumir (artículo 219.4. EAC, y artículo 192.7 del Estatuto de Andalucía),⁸⁰ evitándose la vulneración, por esta vía, de su autonomía. Por último, la Generalidad expedirá su propia ley de haciendas locales para desarrollar los principios y disposiciones de la financiación local (artículo 220.1 EAC). Las actuaciones de la Generalidad se ejercerán con respeto a la autonomía local, y oído el Consejo de Gobiernos Locales.

2.1.4. Mecanismos cooperativos

Los diversos estatutos de autonomía incorporan, en primer lugar, el principio de actuación cooperativa, mediante el cual los municipios pueden asociarse entre sí y con otras entidades públicas, para el ejercicio de sus competencias y la prestación de sus servicios, así como para realizar tareas de interés común. También pueden establecer mancomunidades, convenios, consorcios y otras formas de actuación conjunta (artículo 87.2 EAC; artículos 63 y 64 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; artículos 49 y 52 del Estatuto de Castilla y León).⁸¹

En segundo lugar, se reconocen los Consejos de Gobiernos locales, regulándolos directamente y dando a los mismos una singular posición estatutaria (artículo 85 EAC; artículo 69 del Estatuto balear; artículo 85 del Estatuto aragonés).⁸² Los consejos de gobiernos locales tendrán funciones consultivas y de propuesta, constitu-

77. FONT I LLOVET, “El régimen local en los estatutos de autonomía”, *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, op. cit., p. 23.

78. El Estatuto de Valencia prevé en su artículo 64 el Fondo de Cooperación Municipal, que tendrá los mismos criterios que el Fondo estatal.

79. En el mismo sentido, el Estatuto de la Comunidad Valenciana señala que los ingresos de los entes locales, consistentes en participaciones de ingresos estatales y en subvenciones incondicionales, serán percibidos por la Generalidad, que los distribuirá. El Estatuto de Aragón lo incorpora en su artículo 114.3.

80. El Estatuto de Castilla y León señala que las transferencias de competencias a los entes locales deben ir acompañadas de la financiación autonómica suficiente, para no poner en riesgo la autonomía de los entes locales (artículo 55.2).

81. Sobre la necesidad de prever, como forma asociativa municipal, a las áreas metropolitanas, ver: RIVERO ORTEGA, Ricardo, en “Problemas administrativos en los nuevos espacios metropolitanos: la ausencia de una respuesta normativa suficiente en la CA de Castilla y León”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 300-301, 2006.

82. El Estatuto de Aragón prevé los consejos, pero no señala su composición y funcionamiento, y no remite a una ley posterior para su realización. El Estatuto de Andalucía no prevé los consejos de Gobierno local, sino que remite a una ley de la CA la creación y composición de un órgano mixto, con representación de la Junta de Andalucía y de los ayuntamientos andaluces, que funcionará como órgano de colaboración institucional (artículo 95). En el mismo sentido, el Estatuto de Valencia, en su artículo 63, señala que la Generalidad y los entes locales pueden crear órganos de cooperación, de composición bilateral o multilateral, en materias compartidas. Y el Estatuto de Castilla y León prevé la creación de un Consejo de Cooperación Local, cuya regulación, composición y funciones serán realizadas mediante ley de Cortes de Castilla y León.

yéndose como un órgano de exclusiva representación de la autonomía local y mecanismo de representación permanente de los gobiernos locales ante las instancias autonómicas.⁸³ Entre las posibles funciones, está la posibilidad de que participen, con un informe preceptivo, en la aprobación del presupuesto de la Comunidad Autónoma, con lo cual podrían influir en aspectos que afecten a la organización, atribución y ejercicio de competencias locales y su financiación. De este modo, se contribuiría a delimitar el campo de actuación de los municipios. También les correspondería alguna forma de intervención en los procesos reglamentarios y de planificación autonómica, intervención con la cual se podría garantizar la autonomía de los municipios.⁸⁴

La introducción de elementos cooperativos en el régimen local permite un cierto equilibrio con los elementos competitivos, tal y como sucede en el federalismo estadounidense. Como vimos, la introducción de elementos competitivos no es una propuesta de desmonte de los elementos cooperativos, pues estos son esenciales para el funcionamiento del sistema; lo que se propone es el equilibrio en la presencia de estos elementos. Con el nuevo régimen local, previsto en los estatutos de autonomía, se permitirá a los gobiernos locales una amplia capacidad de maniobra para competir en la provisión de servicios, para innovar en la solución de problemas públicos, y, a la vez, colaborar para el logro de cometidos regionales y estatales.

2.2. Controversias en torno a la inclusión del régimen local en los estatutos de autonomía

La regulación del régimen local en los estatutos de autonomía ha generado una considerable controver-

sia. Un sector doctrinal ha sostenido que existen límites generales a esta regulación, concretamente los que derivan de la presencia de títulos competenciales del Estado, así como límites específicos en materia local, que provienen de la "articulación del sistema de fuentes a través del principio constitucional de autonomía local."⁸⁵ Al respecto, la exclusividad de las competencias a las que refieren los estatutos debe entenderse en el marco de la Constitución. La exclusividad no puede negar que existen competencias estatales concurrentes.⁸⁶ Para otro sector doctrinal, "lo que queda cubierto por el artículo 149.1.18 CE es toda aquella regulación básica de las administraciones locales que es común a todas las administraciones públicas, puesto que el sentido teleológico del precepto, avalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la garantía de un tratamiento común a los ciudadanos. El artículo 149.1.18 no prevé que existan unas bases del régimen jurídico de las administraciones locales distintas a las del conjunto de las administraciones públicas. De manera que lo que es específico de las entidades locales podría ser asumido por los estatutos de autonomía."⁸⁷ Recientemente, Caamaño ha sostenido que debe "reducirse la dimensión de lo básico, permitiendo a las CCAA, en el ejercicio de sus competencias legislativas, configurar medularmente el régimen jurídico de las entidades locales en función de las peculiaridades que ofrezca la ordenación política de su territorio."⁸⁸

El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 109/1998 que puede excepcionarse el régimen básico aplicable a todas la CCAA, en materia de régimen local. El artículo 149.1.18 CE permite la "instauración" de un "modelo local común". Un modelo que "no se ha cerrado completamente, que permite

83. VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, "Reforma de los estatutos de autonomía y reforma de las bases del régimen local", en *Reforma y retos de la Administración local*, op. cit., p. 140-141.

84. FONT I LLOVET, Tomás, "La Administración local en las comunidades autónomas 2005", en *Informe de las Comunidades Autónomas 2005*, p. 676.

85. VELASCO CABALLERO, FRANCISCO, "Comentario a la ponencia de Tomas Font i Llovet", en *El régimen local en los estatutos de autonomía*, op. cit., p. 46. El profesor Velasco señala que los nuevos artículos 151 y 160.1 EAC no limitan expresamente la competencia sobre régimen local mediante una remisión incondicionada, como hacía el Estatuto de 1979 en su artículo 9.8, sino que algunos aspectos de la materia local, y la organización territorial, serán propiamente exclusivos, no materialmente compartidos.

86. En este sentido también BARNÉS, Javier, "Legislación básica y Estatuto de Autonomía", en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2004, p. 93 y ss.; y BALAGUER, FRANCISCO, Comentario a la ponencia, en VIVER I PI SUNYER, Carles, *La reforma de los estatutos de autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 49.

87. FONT I LLOVET, Tomás, "El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía", op. cit., p. 19. En contra de esta posición, ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS, "Régimen local y Estatuto de Autonomía", *REALA*, núm. 300-301, p. 44 y ss.

88. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, "Autonomía local y Constitución, dos propuestas para otro viaje por el Callejón del Gato", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, p. 185.

que junto al régimen general establecido por la normativa básica convivan determinadas peculiaridades autonómicas.”⁸⁹ En este sentido, los estatutos pueden contemplar como competencias locales “la plena capacidad para ejercer libremente su iniciativa y prestar toda clase de servicios en todo aquello que contribuya a la satisfacción de los intereses de la comunidad local, sin otro límite que el respeto a la ley y a las competencias que estén atribuidas a otras administraciones.”⁹⁰ Cabe, en consecuencia, incorporar un listado de los ámbitos en los cuales han de “ejercer funciones de gobierno y administración, en el marco establecido por las leyes”,⁹¹ así como de regulación de ciertas materias (artículo 84.2. i) y j) EAC), y de formulación y gestión de políticas (artículo 84. 2. j) EAC).⁹² Pueden incorporar mayor garantía, detallando el ámbito de actuación de los municipios en nuevos ámbitos de intervención municipal, tales como políticas de ocupación, de vivienda (artículo 84.2.b) EAC), de inmigración (artículo 84.2.m) EAC), y de telecomunicaciones (artículo 84.2.l EAC); ámbitos competenciales en los que debe asegurarse la financiación (artículo 84.4 EAC). Asimismo, a los municipios se les puede garantizar potestad normativa para regular el ejercicio de las competencias que les corresponden (artículo 87 EAC).⁹³

Todas estas competencias pueden ser entendidas como adaptación al ámbito local de las pautas propias del federalismo competitivo: realzan el nivel local como centro político en el que se puede diseñar e implementar políticas públicas, regular actividades privadas, establecer mecanismos de costo-beneficio, y variar los servicios y su prestación. En definitiva, un ámbito en el que se pueda hacer más eficiente la prestación de servicios, y se promueva el desarrollo económico y el incremento de responsabilidades frente a sus contribuyentes.

3. Conclusiones

En la actualidad, todos los sistemas federales se enfrentan a retos competitivos: la prestación de servicios, o su garantía, debe llevarse a cabo por el nivel de gobierno que mejor pueda satisfacer dicha demanda, al mejor precio. Los elementos diferenciales o asimétricos estimulan la competencia, y garantizan una oferta diferenciada de la cual el contribuyente y el inversor se ven beneficiados. Respecto del nivel local, el federalismo competitivo realza su papel como centro político en el que se toman decisiones, y en donde se puede hacer más eficiente la prestación de servicios, regular actividades privadas, establecer beneficios fiscales, fijar tasas impositivas y promover el desarrollo económico del ámbito territorial mediante mecanismos de costo-beneficio.⁹⁴ De este modo, en los sistemas federales se suelen “devolver” competencias a los municipios, para que estos puedan competir y puedan experimentar para la solución de problemas públicos. Todo lo cual se traduce en mejores condiciones sociales y físicas para los contribuyentes de su ámbito territorial.

La introducción de elementos competitivos en los Estados Unidos de América, no implicó un desmonte de los elementos cooperativos, pues estos últimos son esenciales para que el sistema federal opere. Todo sistema federal necesita de canales para cooperar, tomar decisiones conjuntas y resolver problemas comunes. Los elementos cooperativos prevalecen, en momentos de crisis, en medidas de seguridad ciudadana y económicas, en donde el Gobierno federal interviene directamente para contrarrestar la crisis y aliviar sus efectos, y deja la implementación de dichas medidas a los gobiernos regionales y locales, mediante mecanismos cooperativos. No obstante, la presencia de elementos competitivos, en tiempos en que tiende a

89. FONT I LLOVET, Tomás, *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, op. cit., p. 19.

90. FONT I LLOVET, Tomás, *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, op. cit., p. 24.

91. *Ibidem*.

92. Artículo 84.2.:

“(…)

“i. La regulación del establecimiento de autorizaciones y promociones de todo tipo de actividades económicas, especialmente las de carácter comercial, artesanal y turístico y fomento de la ocupación.

“j. La formulación y la gestión de políticas para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

“k. La regulación y la gestión de los equipamientos deportivos y de ocio y promoción de actividades.

“l. La regulación del establecimiento de infraestructuras de telecomunicaciones y prestación de servicios de telecomunicaciones.”

93. Conjunto de competencias que FONT I LLOVET, TOMÁS, señala que pueden incorporarse en los estatutos, *El régimen local en la reforma de los estatutos*, p. 28 y ss.

94. DYE, Thomas R., *Competition Among Governments*, op. cit., p. 16.

centralizarse el poder, permite un cierto equilibrio del poder político, a través de la participación activa de los estados y gobiernos locales en la configuración de política pública y su innovación.

A la luz de los conceptos del federalismo competitivo, se observa que el régimen local español propuesto por las diversas reformas estatutarias –con mayor claridad el Estatuto catalán–, se sitúa de acuerdo con las circunstancias de tiempo que afectan a los federalismos: los retos competitivos. Se trata de un diseño local flexible, en el que se otorga a los municipios un amplio ámbito de autonomía y se contempla su decisiva participación en las decisiones que afectan a sus intereses, a través de los mecanismos de cooperación. Estas regulaciones permitirán a los gobiernos locales participar efectivamente en la configuración de la política regional, presentar una oferta diferenciada de servicios, apoyados en las diferencias regionales que reconoce el sistema autonómico, y desarrollar políticas públicas para satisfacer necesidades concretas en sus ámbitos territoriales. También, podrán regular actividades privadas y establecer mecanismos de coste-beneficio. Es decir, podrán acomodar la oferta pública de servicios a la demanda en sus territorios, e innovar para su mejor satisfacción. Tras este diseño, el punto de atención subsiguiente estará en cómo se desarrolla la competencia entre gobiernos locales de características asimétricas, y, al mismo tiempo, se estimulan los mecanismos cooperativos, para lograr con ello el equilibrio entre el poder estatal, regional y local.

Bibliografía

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo, *El Estado autonómico, federalismo y hechos diferenciales*, Alianza, Madrid, 2003.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch, "Estado autonómico e integración política", *Documentación Administrativa*, 232-233, 1993.

–"El federalismo de ejecución", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25 (1989).

–"El blindaje de las competencias y la reforma estatutaria", *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 31, 2005.

ALDERFER, Harold, *American Local Government and Administration*, Mac Millan, Nueva York, 1956.

AMAN, Alfred, "The globalizing state: a future-oriented perspective on the public/private distinction, federalism and democracy", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 31-3, 1998.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, comentario a la ponencia, en VIVER I PI SUNYER, Carles, "La reforma de los estatutos de autonomía", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, "Legislación básica y Estatuto de Autonomía", en *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2004.

BENZ, Arthur, "From unitary to asymmetric federalism in Germany: taking stock after 50 years", *Publius*, 29, 1999.

–*Föderalismus al dynamisches System. Zentralisierung und Dezentralisierung im föderativen Staat*, Opladen, 1995.

BERMAN, David R., *State and Local Politics*, M. E. Sharpe, 8.ª ed., 1997.

BERNARD, Auby, "Globalización y Descentralización", *Revista de Administraciones Públicas*, núm. 156, septiembre-diciembre 2001.

BOWMAN, Ann O'M, "The Resurgence of the States, Laboratories under Pressure?", en GRESS, FRANZ, FECHTNER, Detlef, HANNES, Matthias (ed.), *The American Federal System*, Peter Lang, Alemania, 1994.

–"American Federalism on the Horizon", *Publius*, vol. 32, núm. 2, 2002.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, "Autonomía local y Constitución, dos propuestas para otro viaje por el Callejón del Gato", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004.

CARRERAS SERRA, Francesc de, "El sistema autonómico español: ¿existe un modelo de Estado?", en *Asimetría y cohesión en el Estado autonómico*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1997.

CORWIN, Eduard S., "The Passing of Dual Federalism", *Virginia Law Review*, vol. 36, febrero 1950, en *Federalism: A Nation of States-Major Historical Interpretations*, Kermit L. Hall (ed.), Garland Publishing, Inc, New York, 1987.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, "La reforma del Estado de las autonomías", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 2006.

DINAN, John, "The State of American Federalism 2007-2008: Resurgent State Influence in the National Policy Process and Continued State Policy Innovation", *Publius*, vol. 38, núm. 3, 2008.

– (et al.), "Federalism, the Bush administration, and the transformation of American conservatism", *Publius*, vol. 37, núm. 3, 2007.

DYE, Thomas R., *Competition Among Governments*, Lexington Books, Estados Unidos de América, 1991.

ELAZAR, Daniel, *Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements*, Longman, 1999.

–“Cooperative Federalism”, *Competition among the States and Local Governments: Efficiency and Equity in American federalism*, en Daphne A. Kenyon and John Kincaid (ed.), The Urban Institute Press, Washington DC., 1992.

FEREJOHN, John y WEINGAST, Barry (ed.), “Reviving the American Dream”, en *The New Federalism: Can the States Be Trusted?*, Hoover Institution Press, Stanford, 1997.

FONT I LLOVET, Tomás (et al.), *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

–“La Administración en las Comunidades Autónomas 2005”, *Informe de las Comunidades Autónomas, 2005*.

FRATESI, Ugo, SENN, Lanfranco, *Growth and Innovation of Competitive Regions, The Role of Internal and External Connections*, Springer, Milán, 2009.

FRESNEDA FUENTES, Silvia (et al.), *Nueva Ley de Haciendas locales: reflexiones sobre sus principales implicaciones*, Departamento de Contabilidad y Economía Financiera, Universidad de Sevilla, 2003. http://www4.usc.es/~Lugo-XIII-HispanoLusas/pdf/05_CONTABILIDAD/21_fresneda_mallado.pdf

FRIEDRICH, Carl, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Frederick A. Praeger, Publishers, New York, 1968.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Los fundamentos constitucionales del Estado”, *Revista española de Derecho Constitucional*, año 18, núm. 52, 1998.

GONZÁLEZ ENCINAR, José Juan, “El Estado federal asimétrico”, *Anuario jurídico de La Rioja*, núm. 1, 1995.

GRODZINS, Morton, *The Federal System, Goals for Americans*, President Commission on National Goals (ed.), Englewood Cliffs, Prentice Halls, New York, 1960.

GUNLICKS, Arthur, “German Federalism Reform: Part One”, *German Law Journal*, núm. 1, 2007.

http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol-08No01/PDF_Vol_08_No_01_111132_Developments_Gunlicks

HÄBERLE, Peter, “El federalismo y el regionalismo: una estructura modélica del Estado constitucional. Experiencias alemanas y proyectos. Memorandum para un proyecto español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, mayo-agosto 2006.

INMAN, Robert (et al.), “Rethinking Federalism”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 11, núm. 4, 1997.

KAZT, Ellis, “Cooperative-Dual-Competitive Federalism, The Pros and Cons of Model Building”, en Franz, FECHTNER, Detlef, HANNES, Matthias (ed.), *The American Federal System, Federal Balance in Comparative Perspective*, Peter Lang, Alemania, 1994.

KINKAID, John, “The Devolution Tortoise and the Centralization Hare”, *New England Economic Review*, mayo/junio, 1998.

–*State Constitutions in the Federal System, The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, vol. 496, 1988.

–“The Competitive Challenge to Cooperative Federalism: A Theory of Federal Democracy”, en KENYON, Daphne A., KINKAID, John (ed.), *Competition among State and Local Governments*, Urban Institute Press, 1991.

–(et.al), “Public Opinion on Issues of Federalism in 2007: A Bush Plus?”, *Publius*, vol. 38, núm. 3, 2008.

KRANE, Dale, “The State of American Federalism, 2002-2003”, *Publius*, vol. 33, núm. 3, 2003.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando, *Estado autonómico y hechos diferenciales: una aproximación al “hecho diferencial” en el Estado compuesto de la Constitución de 1978: el caso de la autonomía canaria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, (et al.), “El Estado autonómico como variante del Estado compuesto”, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

LOTHAR, Michael, “Problemas actuales del federalismo alemán: ¿del Estado federal unitario a uno experimental?”, en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

MÄNLE, Ursula, “Grundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten des Föderalismus in Deutschland”, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, núm. B24, 1997.

MERLONI, Francesco, “Informe del Congreso de Poderes Locales y Regionales de Europa del Consejo de Europa sobre la aplicación de la Carta Europea de Autonomía Local en España”, en *Anuario del Gobierno Local 1999-2000*, p. 387.

MORENO, Luis, *La Federalización de España, poder político y territorio*, Siglo XXI editores, Madrid, 1997.

NAGEL, Klaus-Jürgen, “El Federalismo Alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría?”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 188, 2002.

OATES, Wallace, "Searching for Leviathan: An Empirical Study", *American Economic Review*, núm. 75, 1985.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, "Régimen local y estatutos de autonomía", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica -REALA-*, núm. 300-301, 2006.

—"Sistema competencial propuesto en el anteproyecto de ley básica del Gobierno y de la Administración local", en *Reformas y retos de la Administración local*, Marcial Pons, Madrid 2007.

OSBORNE, David, "A new federal compact. Sorting out Washington's proper role", en MARSHALL, Will, SCHRAM, Martin (ed.), *Mandate for Change, The Progressive Policy Institute*, Berkley, 1993.

PETERSON, Paul E., *The price of Federalism*, Brookings Institution, Washington, DC, 1995.

PORTERO MOLINA, José Antonio, "El Estado de las autonomías en tiempo de reformas", en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

REAGAN, Michael, *The New Federalism*, Oxford University Press, 1972.

RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Problemas administrativos en los nuevos espacios metropolitanos: la ausencia de una respuesta normativa suficiente en la CA de Castilla y León", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 300-301, 2006.

RIVERO YSERN, José Luis, *Manual de Derecho Local*, 5.ª edición, Thomson Civitas, 2004.

SAFFELL, David, BASEHART, Harry, *State and Local Government*, 6.ª ed., McGraw-Hill, Boston, 1998.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "La naturaleza jurídica del Estado autonómico", en *Curso de Derecho Público de las CCAA*, Instituto Nacional de Administración Pública, Editorial Monte Corvo, S.A., Madrid, 2003.

SASSEN, Saskia, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, updated edition, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006.

SCHARPF, Fritz W., *Nicht genutzte Chancen der Föderalismusreform*, MPIfG Working Paper 06/2, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, Mai 2006.

—"No Exit from the Joint Decision Trap? Can German Federalism Reform Itself?", MPIfG Working Paper 05/8, Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung, September 2005.

SCHMIDT-JORTZIG, Edzard, *Herausforderung für den Föderalismus in Deutschland: Plädoyer für eine neuen Wettbewerbsföderalismus*, DÖV 1998.

SCHRAM, Sanford F., WEISSERT, Carlos S., "The State of U.S. Federalism, 1998-1999", *Publius*, vol. 29, núm. 2, 1999.

SOLÉ TURA, Jordi, *Veinte años después. Reflexiones de los Padres Constituyentes*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "El Estado autonómico en perspectiva", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 124, 2004.

STAMM-MERKL, *Kompetitiver Föderalismus*, ZRP, 1998.

STARCK, Christian, *Föderalismusreform*, Verlag C.H. Beck, München, 2007.

STERN, Klaus, "Die bundesstaatliche Ordnung auf dem Prüfstand", en MERTEN, Detlef, *Die Zukunft des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007.

SUÁREZ PANDIELLO, Javier, "La nueva financiación local: ¿Un modelo permanente?", Universidad de Oviedo, 2004. *Revista de Estudios Locales*, núm. 87, 2005. Disponible en web: <http://dea.uib.es/seminaris/pdfs2/javiersuarez.pdf>

TIEBOUT, Charles M., "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy*, núm. 64, October 1956.

TRUJILLO, Gumersindo, "Las CCAA, estatus constitucional y forma de Estado", en ÁLVAREZ CONDE, Enrique (ed.), *Administraciones Públicas y la Constitución. Reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.

VELASCO CABALLERO, Francisco, "Autonomía municipal", ponencia, en el "II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo", Santander, 2007.

—"Reforma de los estatutos de autonomía y reforma de las bases del régimen local", en *Reforma y retos de la Administración local*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

—"Comentario a la ponencia de Tomás Font i Llovet", en *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

VOLDEN, Craig, "Entrusting the States with Welfare Reform", en FERREJOHN, John y WEINGAST, Barry R. (ed.), *The New Federalism: Can the States Be Trusted?*, Hoover Institution Press, Stanford, 1997.

WATTS, Ronald L., *Comparing Federal Systems*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University Kingston, Ontario, 1999.

WILSON, John D., "Theories of Tax Competition", *National Tax Journal*, núm. 52, 1999.

WOLLMANN, Hellmut (et al.), *Libro Blanco para la Reforma del Gobierno local*, Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, Madrid, 2005.

ZIMMERMAN, Joseph, *Contemporary American Federalism, The Growth of National Power, Studies in Federalism*, Murray Forsyth (ed.), Center for Federal Studies, University of Leicester, 1992.

–“National-State relations: Cooperative Federalism in the Twentieth Century”, *Publius*, vol. 31, núm. 2, 2001. ■

QDL22

crónica de jurisprudencia

La sección "Crónica de jurisprudencia" selecciona sentencias de todos los órdenes jurisdiccionales de interés para quienes actúan en el ámbito local, con el objetivo de coadyuvar a mantener actualizados a los operadores jurídicos locales y de consolidar progresivamente una base de resoluciones jurisprudenciales que permitan ayudar a resolver el amplio abanico de cuestiones con las que se enfrentan las administraciones locales. Ello explica que se recojan resoluciones sobre cuestiones cerradas, o aparentemente cerradas, conjuntamente con resoluciones novedosas, por el tema o por la doctrina jurisprudencial, o con resoluciones que confirman líneas jurisprudenciales de dudosa aplicación a la vista de las modificaciones normativas.

El objetivo es hacer la lectura de la jurisprudencia para los operadores jurídicos locales. Una lectura necesariamente sesgada que no debe olvidar que es mucha la información a la que aquellos operadores pueden acceder, que se dirige a atender las necesidades más generales y comunes, y que debe primar las sentencias que sistematizan la doctrina anterior delimitadora de líneas consolidadas de jurisprudencia. Ello conlleva que no se incluyan las resoluciones que no responden a las claves señaladas.

La sección se inició a 1 de enero de 2002 (QDL, 0) y en cada número se incluye, con carácter general, la selección de sentencias del período comprendido desde las de la última fecha del número anterior hasta las dictadas a seis meses del cierre de edición. Este período de seis meses permite acceder a bases de jurisprudencia lo suficientemente actualizadas y disponer de resoluciones del conjunto de jurisdicciones y órganos jurisdiccionales.

En este número se seleccionan sentencias dictadas desde el 1 de mayo de 2009 hasta el 31 de agosto de 2009, salvo las del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que se seleccionan desde el 1 de junio de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2009.

Las sentencias seleccionadas, de todos los órdenes jurisprudenciales, ofrecen un amplio abanico de cuestiones muy diversas.

La selección de las sentencias y la coordinación de la sección han sido realizadas por Domènec Sibina Tomàs.

A) Jurisdicción constitucional

Tribunal Constitucional. El artículo 73 LBRL solo ampara aquellos acuerdos vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales, a los que se considere como no adscritos, del núcleo de la función representativa que, constitucionalmente, les corresponde: participar en la actividad de control del Gobierno provincial, participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano y el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones.

El hecho de que los diputados no adscritos tengan derecho a la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, incide en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial y determina la lesión de los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm.169/2009. Recurso de amparo núm. 6680/2004

Fecha: 9 de julio de 2009

Ponente: Don Javier Delgado Barrio

Disposiciones analizadas: Artículo 23 CE y 73 LBRL

Doctrina: El artículo 73 LBRL se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que "no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia", en lugar de constituirse en grupo político, "tendrán la consideración de miembros no adscritos." Quiere ello decir que el precepto tan solo ampara aquellos acuerdos vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales, a los que se considere como no adscritos, de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos.

La supresión del grupo mixto y la consideración de sus miembros como diputados provinciales no adscritos de la corporación vulnera el artículo 23 CE, cuando ello incide en el núcleo de la función representativa que, constitucionalmente, corresponde a los miembros de una corporación provincial: participar en la actividad de control del Gobierno provincial, participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano y el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores funciones.

No vulnera el artículo 23 CE que la supresión del grupo mixto comporte la imposibilidad de que sus miembros declarados no adscritos puedan participar en la Junta de portavoces y desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada a la pertenencia al grupo mixto.

El hecho que los concejales no adscritos tengan derecho a la asistencia y la participación en las deliberaciones de las comisiones informativas, pero no el derecho a votar, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina la lesión de los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE

Supuesto de hecho

Los recurrentes, tras resultar elegidos como concejales en diversos municipios del partido judicial de Alicante por el PSPV-PSOE en las elecciones municipales de 25 de mayo de 2003, fueron proclamados diputados provinciales por la Junta Electoral de Zona. Una vez constituida la nueva corporación, solicitaron al portavoz del grupo socialista de la Diputación Provincial de Alicante formar parte del mismo, petición que les fue denegada al haber sido expulsados de la formación política por la que habían sido elegidos concejales (PSPV-PSOE). En la sesión plenaria de la Diputación Provincial de Alicante de 24 de julio de 2003, se acordó crear el grupo mixto con el fin de que pudieran integrarse en el mismo los diputados que no pudieran integrarse en los grupos políticos. Los recurrentes en amparo fueron adscritos al grupo mixto.

El Pleno de la Diputación Provincial de Alicante, en la sesión celebrada el 15 de abril de 2004, acordó considerar como miembros no adscritos, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 73.3, párrafo primero, *in fine*, LBRL, en la redacción que otorgó al referido precepto la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, a los diputados provinciales ahora recurrentes en amparo y a otro más, al no encontrarse ninguno de ellos integrado en el grupo político constituido por la formación electoral PSPV-PSOE, con la que concurrieron a las elecciones en las que fueron elegidos concejales.

En el referido Acuerdo se estableció, además, que la consideración como miembros no adscritos no impediría que estos diputados pudieran ejercer las funciones propias de su cargo. Se señalaba, en concreto, que podrían formar parte de las comisiones informativas, presentar escritos y mociones para ser debatidos en el Pleno e intervenir en sus debates en el turno de intervenciones. En relación con sus derechos económicos, se establecía que tendrían derecho a la percepción de asistencias y de las indemnizaciones que procedan. Este Acuerdo conllevó la desaparición del grupo mixto.

Contra este Acuerdo los recurrentes en amparo interpusieron recurso contencioso-administrativo, por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo estimó el recurso mediante sentencia de 29 de junio de 2004, en la que declaró nulo el Acuerdo impugnado y reconoció a los

actores, como situación jurídica individualizada, “el derecho a proseguir en el grupo mixto con los mismos derechos individuales y colectivos reconocidos hasta la emisión del acto administrativo impugnado.”

La Diputación Provincial de Alicante interpuso recurso de apelación contra esta resolución y el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana lo estimó y confirmó la validez del Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante.

Contra esa sentencia formulan recurso de amparo por entender vulnerado el artículo 23 CE. Alegan los recurrentes que el Acuerdo de la Diputación Provincial de Alicante de 15 de abril de 2004, ratificado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, vulnera su derecho de participación política en condiciones de igualdad, ya que les privó de los derechos que, por formar parte del grupo mixto, les correspondían, menoscabando con ello su derecho de participación política. En concreto, señalan que perdieron el derecho a ejercer sus funciones con dedicación exclusiva tres de los diputados que formaban el grupo mixto.

También alegan que, como consecuencia de la desaparición del grupo mixto, perdieron los puestos de trabajo que se les había asignado (un funcionario de apoyo y asesoramiento por cada tres diputados o fracción igual o superior a dos y un auxiliar administrativo de apoyo a los grupos políticos de la corporación), así como la facultad de participar en la Junta de portavoces, de participar como grupo político en las comisiones informativas con representatividad proporcional, de participar en los organismos autónomos dependientes de la Diputación, así como de tener un despacho propio para el grupo, tarjetas e impresos.

El Tribunal Constitucional estima parcialmente la demanda de amparo, y anula el Acuerdo solo en lo que respecta a la privación del derecho a votar en las comisiones informativas.

Fundamentos de Derecho

1. Doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional reseña previamente su doctrina constitucional sobre el alcance del artículo 23 CE; en concreto debe destacarse:

—Que es doctrina del Tribunal reiterada en la STC 141/2007, de 18 de junio, F. 3, que “(...) el artículo 23.2 CE garantiza el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, así como que quienes hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga... Esta faceta del derecho fundamental hace que lo hayamos definido como un derecho de configuración legal (...)”

—Por esta razón, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el artículo 23.2 CE, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada

caso de aplicación. Sin embargo, señala el Tribunal Constitucional: “(...) la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el *status* jurídico aplicable al representante, ‘pues a estos efectos solo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa’ (STC 141/2007, de 18 de junio, F. 3; en el mismo sentido, SSTC 38/1999, de 22 de marzo, F. 2; 107/2001, de 23 de abril, F. 3).”

En la interpretación del artículo 73 LBRL, el Tribunal Constitucional precisa que el artículo “(...) se limita a establecer que los miembros de las corporaciones locales que ‘no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia’, en lugar de constituirse en grupo político, ‘tendrán la consideración de miembros no adscritos’. Quiere ello decir que el precepto tan solo ampara aquellos contenidos del Acuerdo impugnado vinculados a la supresión del grupo mixto y a la pérdida de facultades o beneficios que se derivan de la pertenencia a un grupo, pero no habilita a la corporación para privar a los diputados provinciales a los que se considere como no adscritos de los derechos de ejercicio individual que les correspondan en virtud de su condición de representantes políticos (...)”

—En definitiva el Tribunal Constitucional argumenta que: “(...) Para determinar si existen las lesiones alegadas es preciso, por tanto, analizar si la decisión de considerar a los ahora recurrentes como diputados no adscritos y suprimir, como consecuencia de ello, el grupo mixto de la corporación, ha menoscabado los derechos de estos diputados provinciales a ejercer las funciones de representación inherentes a su cargo o, dicho en otros términos, si las limitaciones o restricciones que se derivan del referido Acuerdo inciden en el núcleo de su función representativa, ya que solo en este caso podría apreciarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados.”

2. La proyección al caso concreto de la doctrina constitucional: no vulnera el artículo 23 CE ni la imposibilidad de participar en la Junta de portavoces, ni la imposibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, ni la pérdida de los beneficios económicos y de la infraestructura asociada a la pertenencia al grupo mixto

El Tribunal Constitucional se refiere a la STC 141/2007, de 18 de junio, que, en relación a los parlamentarios, precisó que “el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno pertenece ‘al núcleo de su función representativa parlamentaria’ (F. 3)”, y es por ello que “De la afirmación de que forma parte del núcleo de la función representativa de los parlamentarios el ejercicio de la función legislativa y de la función de control de la acción del Gobierno cabe deducir que este núcleo esencial se corresponde con aquellas funciones que solo pueden ejercer los titulares del cargo público por ser la expresión del carácter representativo de la institución. Por esta razón, entre las funciones que pertenecen al núcleo inherente a la función representativa que constitucionalmente corresponde

a los miembros de una corporación provincial se encuentran la de participar en la actividad de control del Gobierno provincial, la de participar en las deliberaciones del Pleno de la corporación, la de votar en los asuntos sometidos a votación en este órgano, así como el derecho a obtener la información necesaria para poder ejercer las anteriores.”

La primera conclusión del Tribunal Constitucional es que ninguna de estas facultades se ve necesariamente comprometida como consecuencia de la supresión del grupo mixto, sin perjuicio de que las facultades que pertenecen al núcleo de la función de representación política de los diputados provinciales, puedan verse afectadas, más allá de por la propia disolución del grupo mixto, por alguna otra de las decisiones adoptadas por la corporación a través del Acuerdo impugnado.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional establece:

“(…) La pérdida de la posibilidad de desarrollar su actividad en régimen de dedicación exclusiva, así como los beneficios económicos y la infraestructura asociada al grupo, son limitaciones que, con carácter general, no pueden considerarse lesivas de los derechos que consagra el artículo 23 CE.”

—Tampoco vulnera el artículo 23 CE la imposibilidad de formar parte de la Junta de portavoces que, para los diputados provinciales no adscritos, se deriva de la supresión del grupo mixto, toda vez que, como señala el Tribunal Constitucional: “(…) ni la Junta de portavoces ejerce competencias decisorias de ninguna clase, ni la participación en ella resulta determinante desde el punto de vista de la actividad de control o de la obtención de información necesaria para el desarrollo del resto de las funciones que pertenecen al núcleo de la función representativa que constitucionalmente corresponde a los diputados provinciales.”

3. La cuestión de la participación sin derecho a voto de los recurrentes en las comisiones informativas

Como se desprende del Acuerdo recurrido, la consideración de los diputados como miembros no adscritos no impide a los recurrentes ejercer las funciones de control del Gobierno provincial (pueden presentar mociones y escritos), ni tampoco su plena participación en el Pleno de la corporación (pueden

participar en las deliberaciones en el turno de intervenciones y ejercer el derecho al voto, que es un derecho individual de todos los miembros de la corporación), quedando, además, garantizado su derecho a asistir a las comisiones informativas y participar en sus deliberaciones.

El Tribunal Constitucional examina la circunstancia de que no puedan votar en estas comisiones y concluye que ello conlleva la vulneración del artículo 23 CE. Lo argumenta del siguiente modo:

“(…) A pesar de que la función de las comisiones informativas no es adoptar acuerdos, sino preparar el trabajo del Pleno, que será el órgano que, en su caso, adopte las decisiones correspondientes (...) a la vista de la relevancia de los dictámenes o informes adoptados en su seno de cara al ejercicio de la función de control así como a la formación de la voluntad de la corporación a través del Pleno, ha de concluirse que la decisión de permitir a los concejales no adscritos la asistencia y la participación en las deliberaciones, pero no el derecho a votar en las comisiones informativas, entorpece y dificulta la posterior defensa de sus posiciones políticas mediante la participación en las deliberaciones y la votación de los asuntos en el Pleno, e incide por ello en el núcleo de las funciones de representación que son propias del cargo de diputado provincial, lo que determina que se haya producido la lesión de los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE alegada por los recurrentes.”

La conclusión anterior se lleva a cabo sin perjuicio de que “(…) ya sea a través de las normas que regulen la organización y funcionamiento de la corporación, o del propio Acuerdo a través del cual se materialice lo dispuesto en el artículo 73.3 LBRL, habrán de adoptarse las disposiciones organizativas que procedan, de cara a garantizar que el derecho de los concejales no adscritos a participar en las deliberaciones y a votar en las comisiones informativas no altere la exigencia de proporcionalidad.”

4. Fallo de la sentencia

Por todo ello, el Tribunal Constitucional estima parcialmente la demanda y solo declara la nulidad del Acuerdo adoptado por el Pleno de la Diputación Provincial de Alicante, en la sesión celebrada el 15 de abril de 2004, en lo que respecta a la privación del derecho a votar en las comisiones informativas.

Tribunal Constitucional. El artículo 107.1 de la Ley 33/2003 tiene formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del artículo 149.1.18 CE, y es insalvable la contradicción existente entre este precepto y el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, motivo por el cual el precepto autonómico es inconstitucional (con carácter mediato o indirecto, dado que en el momento en que se dictó la norma autonómica era plenamente compatible con la normativa estatal básica aplicable)

Supuesto de hecho

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón o, alternativamente, en relación con la disposición final segunda de la

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, en cuanto la misma declara básico el artículo 107.1 de esta Ley.

El artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, establece lo siguiente:

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Primera. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm. 162/2009. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5568/2007

Fecha: 29 de junio de 2009

Ponente: Don Manuel Aragón Reyes

Disposiciones analizadas: Los artículos 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas y 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón

Doctrina: El artículo 107.1 de la Ley 33/2003 tiene formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del artículo 149.1.18 CE, y es insalvable la contradicción existente entre este precepto y el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, motivo por el cual el precepto autonómico es inconstitucional (con carácter mediato o indirecto, dado que en el momento en que se dictó la norma autonómica era plenamente compatible con la normativa estatal básica aplicable).

Para que se produzca la inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto es preciso que concurren dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa.

Que el legislador estatal haya optado por el concurso, como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las administraciones públicas (sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se admite la adjudicación directa), excluyendo en todo caso la subasta, no puede reputarse como una decisión que exceda del común denominador normativo que encierra el título básico contenido en el artículo 149.1.18 CE.

Esta opción del legislador estatal resulta justificada en atención a las garantías de igualdad y libre concurrencia de la contratación pública, ya que, frente al automatismo absoluto de la subasta (adjudicación al mejor postor), el concurso permite una mayor flexibilidad, al introducir la posibilidad de elegir a un adjudicatario teniendo en cuenta la proposición más ventajosa (no solo el precio, como en la subasta); lo que no contradice que los negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales puedan estar destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquellos, pues dicha finalidad puede satisfacerse seleccionando al adjudicatario mediante concurso

“El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se regirán por la normativa reguladora de la contratación. Será necesaria la realización de subasta pública, siempre que la duración de la cesión sea superior a cinco años o su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto. Excepcionalmente, y de forma justificada, podrá hacerse por concurso, aun cuando el plazo de cesión sea superior a cinco años y su

precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios, cuando el arrendamiento o cesión de uso tenga por objeto el fomento de actividades de carácter económico y el destino del uso de los bienes patrimoniales sea la implantación o ejercicio de actividades propiamente económicas que redunden notoriamente en la satisfacción de necesidades de interés general de los vecinos. En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un precio que no podrá ser inferior al seis por ciento del valor en venta de los bienes.”

A su vez, el artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, dispone que:

“Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.” Este precepto tiene carácter de legislación básica, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 149.1.18 CE, conforme se establece en el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003.

Para el órgano judicial promotor de la cuestión, la previsión normativa contenida en el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, vulnera lo dispuesto, con carácter básico, en el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 y, a su vez, las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.18 CE. Alternativamente, el órgano judicial cuestiona el apartado 5 de la disposición final segunda de la Ley 33/2003, en cuanto declara el carácter básico del artículo 107.1 de la propia Ley 33/2003, si se entendiera que con ello se excede de las competencias atribuidas al Estado por el artículo 149.1.18 CE.

El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad, y declara inconstitucional y nulo el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

Fundamentos de Derecho

1. Planteamiento de la cuestión

El Tribunal Constitucional establece que la Comunidad Autónoma de Aragón actuó dentro del margen de sus competencias cuando promulgó la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, en la que se contiene el precepto cuestionado (artículo 184.2), y que dicha regulación era plenamente compatible con la normativa estatal reguladora de la preparación y adjudicación de los contratos de arrendamiento, y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales, en el momento en que la citada Ley aragonesa 7/1999 fue aprobada. Fue posteriormente cuando, al dictar el legislador estatal

la Ley 33/2003, surgió la contradicción entre la legislación estatal y la legislación aragonesa.

Por ello el Tribunal Constitucional establece que: "(...) la eventual apreciación de la infracción de la normativa básica determinaría que nos encontrásemos ante un supuesto de los que hemos calificado (por todas, SSTC 151/1992, de 19 de octubre, F. 1; 163/1995, de 8 de noviembre, F. 4; 166/2002, de 18 de septiembre, F. 3; y 87/2009, de 20 de abril, F. 2) como inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto, en cuanto que la infracción por la normativa autonómica del orden constitucional de distribución de competencias derivaría, en su caso, de su efectiva contradicción con la norma estatal básica. Ahora bien, para que dicha vulneración exista será necesaria, como hemos declarado en la citada doctrina, la concurrencia de dos circunstancias: que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; así como, en segundo lugar, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa."

2. El artículo 107.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, respeta la doble dimensión (formal y material) consustancial a la noción de "bases".

El artículo 107.1 de la Ley 33/2003 cumple con el requisito formal de que la normativa básica venga incluida en la Ley votada en Cortes que designe su carácter de básica, o esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter con naturalidad.

Respecto del carácter materialmente básico, el Tribunal Constitucional afirma que: "El establecimiento por el legislador estatal de esta norma, al amparo del artículo 149.1.18 CE, responde a la vinculación de las bases estatales con las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica, que rigen la contratación pública (SSTC 141/1993, de 22 de abril, F. 5, y 331/1993, de 12 de noviembre, F. 6), a fin de asegurar a los ciudadanos un tratamiento uniforme en sus relaciones con las administraciones públicas, que se vería comprometido, en lo que aquí importa, si las formas de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales pudieran ser diferentes en las distintas partes del territorio nacional."

A su vez desarrolla el razonamiento, al indicar: "(...) que el legislador estatal haya optado por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las administraciones públicas (sin perjuicio de los supuestos excepcionales en los que se admite la adjudicación directa), excluyendo en todo caso la subasta, no puede reputarse como una decisión que exceda del común denominador normativo que encierra el título básico contenido en el artículo 149.1.18 CE, sin que le

corresponda a este Tribunal fiscalizar la oportunidad de esa concreta opción del legislador, plasmación de una legítima opción política."

En opinión del Tribunal Constitucional, esta opción del legislador estatal resulta justificada "en atención a las garantías de igualdad y libre concurrencia de la contratación pública, ya que, frente al automatismo absoluto de la subasta (adjudicación al mejor postor), el concurso permite una mayor flexibilidad, al introducir la posibilidad de elegir a un adjudicatario teniendo en cuenta la proposición más ventajosa (no solo el precio, como en la subasta) (...) (lo que) no se contradice con la afirmación de que, tratándose—como se trata en el precepto autonómico cuestionado— de negocios jurídicos de explotación de bienes patrimoniales de las entidades locales, 'estos bienes están destinados a obtener el máximo rendimiento económico para aquellas, al igual que ocurre con los bienes cuyo titular es un particular' (STC 166/1998, de 15 de julio [RTC 1998, 166], F. 13), pues dicha finalidad puede satisfacerse perfectamente seleccionando al adjudicatario mediante concurso (...)"

Finalmente, el Tribunal Constitucional descarta que la regulación establecida por el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 sea tan minuciosa o exhaustiva que no deje espacio alguno a la competencia autonómica de desarrollo legislativo en esta materia. Lo argumenta del siguiente modo: "(...) al optar el legislador estatal por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de bienes patrimoniales de las administraciones públicas (con la admisión, con carácter excepcional, de la adjudicación directa), no se agotan las posibilidades de que el legislador autonómico con competencia para ello pueda llevar a cabo desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, contengan prescripciones y peculiaridades de detalle o de procedimiento (tales como los criterios de valoración de las ofertas, la admisibilidad de variantes o mejoras, el número mínimo de ofertas a solicitar en los supuestos de adjudicación directa, etc.) que las comunidades autónomas hayan estimado conveniente introducir (SSTC 32/1981, de 28 de julio, F. 6; 1/1982, de 28 de enero, F. 1; 49/1988, de 22 de marzo, F. 16; 197/1996, de 28 de noviembre, F. 5; y 109/2003, de 5 de junio, F. 4, entre otras)."

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 básico, desde el punto de vista material.

3. Existe una contradicción insalvable por vía interpretativa entre la norma legal estatal y la autonómica

La contradicción resulta del hecho de que mientras que "el precepto básico estatal prescribe el concurso como forma general de adjudicación de cualquier 'contrato para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales' (salvo en los casos excepcionales en que se admite la adjudicación directa)", por el contrario "la norma aragonesa impone la subasta como forma de adjudicación en los arriendos o cualquier otra forma de cesión del uso de bienes patrimoniales 'siempre que la duración

de la cesión sea superior a cinco años y su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto', admitiendo solo excepcionalmente el concurso, en los supuestos especificados en el párrafo 2 del propio artículo 184.2." Es decir, para un mismo supuesto de hecho, la consecuencia jurídica del precepto legal autonómico es radicalmente distinta a la prevista en la norma básica estatal sobrevenida.

El Tribunal Constitucional concluye que: "Así pues, teniendo el artículo 107.1 de la Ley 33/2003 formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del artículo 149.1.18 CE, y siendo insalvable la contradicción existente entre este precepto y el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, ha de concluirse que el precepto autonómico es inconstitucional."

4. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad

En este punto, el Tribunal Constitucional establece que: "(...) los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1 LOTC) del artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón

7/1999 deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal (SSTC 27/1987, de 27 de febrero, F. 9 *in fine*, y 1/2003, de 16 de enero, F. 9), no siendo susceptibles de ser revisadas como consecuencia de esta declaración de nulidad las situaciones jurídicas consolidadas, tanto las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (artículo 40.1 LOTC) en las que se haya aplicado el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, como, por exigencia del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), las establecidas en aplicación de ese mismo precepto mediante acto administrativo firme (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, F. 11, y 179/2006, de 13 de junio, F. 11)."

5. El fallo de la sentencia

El Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad, y declara inconstitucional y nulo el artículo 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

Tribunal Constitucional. El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, para excluir de la policía municipal a una persona que tenía la condición de funcionario en prácticas, utilizó información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado y conlleva la anulación del acto de exclusión del procedimiento selectivo

Órgano: Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Jurisdicción constitucional

Resolución: Sentencia núm. 159/2009. Recurso de amparo núm. 9914/2006

Fecha: 29 de julio de 2009

Ponente: Don Vicente Conde Martín de Hijas

Disposiciones analizadas: Artículo 18.1 CE

Doctrina: El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, para excluir de la policía municipal a una persona que tenía la condición de funcionario en prácticas, utilizó información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado, y conlleva la anulación del acto de exclusión del procedimiento selectivo.

Existen límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima, así:

- cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento;
- cuando encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho;
- las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, que sea proporcionada, y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora

Supuesto de hecho

El demandante de amparo participó (más o menos en el mismo período de tiempo, pero de forma secuenciada) en dos procesos selectivos: uno (el primero) para el ingreso en la

Ertzaintza, y otro (posterior) para el ingreso en la policía municipal de Donostia-San Sebastián. Fue excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas (exclusión médica prevista en el punto 39 del

título M de la convocatoria, “patologías diversas” (diabetes mellitus). En cambio, en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación en la Academia de Policía Vasca.

Durante su estancia en la Academia de Policía del País Vasco el recurrente fue visto de uniforme por uno de los miembros del Tribunal médico del proceso selectivo para el ingreso en la Ertzaintza, quien, conociendo que había sido excluido del mismo, lo comunicó telefónicamente a los servicios médicos del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, que alertaron a la directora de Régimen Interior del Ayuntamiento de la recepción de dicha llamada telefónica y su contenido.

Mediante escrito de 9 de enero de 2004, la directora de Régimen Interior se dirige a la directora de la Academia de Policía del País Vasco, solicitándole que se le indicara de forma oficial si el Sr. O. L. había sido excluido de un proceso selectivo anterior por alguno de los motivos del cuadro de exclusiones médicas aplicables a los cuerpos de policía, y si dicha circunstancia seguía siendo motivo de exclusión. La respuesta, fechada en 12 de febrero de 2004, advertía que los datos solicitados se encontraban en un fichero de datos de carácter personal, a los que la orden del consejero de Interior atribuía un nivel alto de seguridad, que no podían facilitarse sin el consentimiento del afectado por imperativo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

El 9 de febrero de 2004 el presidente del Tribunal médico del proceso de selección de agentes de la Ertzaintza remitió escrito al servicio médico del Ayuntamiento, dando cuenta de que el recurrente se encontraba afectado por una causa de exclusión médica de las consideradas definitivas, y que, por este motivo, había sido excluido del proceso selectivo para ingreso en la Ertzaintza. Mediante oficio posterior, el 18 de febrero, el citado médico concretaba que la enfermedad que padecía el recurrente era diabetes mellitus.

En paralelo, mediante resolución de 5 de febrero de 2004, se notificó al recurrente la resolución de la directora de Régimen Interior, en la que se ponía de manifiesto que se encontraba incurso en causa de exclusión médica (que no se concretaba), motivo por el que se tramitaba expediente de expulsión del proceso selectivo, otorgándole un plazo de diez días para que realizase las alegaciones que considerara oportunas, lo que verificó el recurrente en fecha de 16 de febrero de 2004, remarcando que había superado con éxito tres exámenes médicos, con su correspondiente analítica, sin que se hubiera detectado enfermedad alguna. El 25 de febrero del mismo año, sin realizarse prueba médica alguna, la concejala delegada de Servicios Generales dictó resolución acordando su exclusión del procedimiento de selección de 84 plazas de agente de guardia municipal.

Contra dicha resolución, interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de San Sebastián, que dictó sentencia el 22 de noviembre de 2005 estimándolo, y ordenando la readmisión del demandante como funcionario en prácticas, así como el abono de las cantidades y salarios retenidos por causa de la resolución impugnada, y el pago de los correspondientes intereses legales.

El Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián recurrió en apelación la citada sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual lo estimó por sentencia de 26 de julio de 2006, revocando la sentencia del Juzgado.

La persona afectada formula recurso de amparo y el Tribunal Constitucional lo estima y anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Fundamentos de Derecho

1. Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la intimidad personal

El Tribunal Constitucional asevera que el derecho a la intimidad “(...) aparece configurado como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona humana que reconoce el artículo 10 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 70/2009, de 23 de marzo, F. 2; 206/2007, de 24 de septiembre, F. 4; 236/2007, de 7 de noviembre, F. 10; 196/2004, de 15 de noviembre, F. 2; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 3.b).”

El derecho a la intimidad, a fin de preservar ese espacio reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, confiere a la persona, recuerda el Tribunal Constitucional, “(...) el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (entre otras, SSTC 70/2009, de 23 de marzo, F. 2; 206/2007, de 24 de septiembre, F. 5; y 196/2004, de 15 de noviembre, F. 2). En definitiva, como dijimos en la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 21, lo que garantiza el artículo 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada.”

2. La información relativa a la salud se incluye en el ámbito del derecho a la intimidad

El padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno.

En este sentido el Tribunal Constitucional reitera que:

“(...) El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, F. 2), quedando afectado

en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma, o cuando, habiéndose accedido de forma legítima a dicha información, se divulga o utiliza sin consentimiento del afectado o sobrepasando los límites de dicho consentimiento. Dicha apreciación se coherente con nuestras pautas sociales, como lo demuestra el hecho de que en el ámbito de la legalidad ordinaria el acceso y el uso de información relativa a la salud se rodea de garantías específicas de confidencialidad, subrayándose la estrecha relación entre el secreto profesional médico y el derecho a la intimidad. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como recordamos en la ya citada STC 70/2009, ha insistido en la importancia que para la vida privada poseen los datos de salud (en este sentido, STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32), señalando que ‘el respeto al carácter confidencial de la información sobre la salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención’, por lo que ‘la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44).’”

3. La existencia de límites en cuanto al derecho al secreto sobre la información relativa a datos referentes a la salud

Existen límites respecto al carácter secreto de los datos relativos a la salud que determinan que, en su caso, no toda injerencia o afectación de este derecho resulta ilegítima. Límites que resume el Tribunal Constitucional:

–Cuando medie el previo consentimiento (eficaz) del afectado, que permite la inmisión en el derecho a la intimidad y que, lógicamente, puede ser revocado en cualquier momento (STC 196/2006, de 3 de julio, FF. 5 y 6).

–Cuando encuentra su fundamento en la necesidad de preservar el ámbito de protección de otros derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho (STC 292/2000, de 30 de diciembre, F. 9, y ATC 212/2003, de 30 de junio).

–Todo ello sin olvidar que las posibles limitaciones del derecho fundamental a la intimidad personal deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, que sea proporcionada, y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 16; 70/2009, de 23 de marzo, F. 3).

En relación a estos extremos debe destacarse la doctrina del Tribunal Constitucional siguiente:

“(…) A esto se refiere nuestra doctrina sobre el carácter no ilimitado o no absoluto de los derechos fundamen-

tales, puesto que el contenido del derecho a la intimidad personal, como el de cualquier otro derecho, se encontrará delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales (SSTC 156/2001, de 2 de julio, F. 6; 14/2003, de 28 de enero, F. 5). Así, aunque el artículo 18.1 CE no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo del derecho a la intimidad –a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos, como respecto de los derechos reconocidos en los arts. 18.2 y 3 CE–, su ámbito de protección puede ceder en aquellos casos en los que se constata la existencia de un interés constitucionalmente prevalente al interés de la persona en mantener la privacidad de determinada información. De este modo, como ya pusimos de manifiesto en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, ya citada, la salvaguarda de la salud de los trabajadores (cuando se trata de verificar si el estado de salud de un trabajador puede causar un peligro para él mismo o para terceros) ‘es, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de reconocimientos médicos también en el marco de la relación laboral’, aun cuando suponga una restricción de la libre disposición del sujeto sobre el ámbito de su intimidad.

“(…)”

“En la misma línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal como hemos señalado en la ya citada STC 70/2009, a la que nos remitimos, que reconoce la posible existencia de límites a la garantía de la intimidad individual y familiar del artículo 8 CEDH (como puedan ser las medidas que se adopten para garantizar la seguridad del Estado o la persecución de infracciones penales), siempre que tales limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la Ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso X e Y, de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; *mutatis mutandis*, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z, de 25 de febrero de 1997).”

4. Pueden haber intromisiones legítimas y no legítimas en ese ámbito de intimidad

El Tribunal sintetiza su doctrina respecto del carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión del siguiente modo:

“(…) Existirá intromisión ilegítima en el ámbito de la intimidad cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subverta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, F. 2), o bien cuando, aun

persiguiendo un fin legítimo previsto legalmente (de forma tal que se identifique el interés cuya protección se persigue de forma concreta y no genérica, STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 11), la medida adoptada no se revele necesaria para lograr el fin previsto, no resulte proporcionada o no respete el contenido esencial del derecho (por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, F. 3). Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida restrictiva adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad (entre otras STC 281/2006, de 9 de octubre, F. 2 –y las que allí se citan– y STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4).”

5. La proyección de la doctrina al caso concreto: juicio de idoneidad, de necesidad y del carácter ponderado o equilibrado de la actuación

Para el Tribunal Constitucional resulta evidente que la comunicación de la información relativa al estado de salud del demandante, y su utilización por parte del Ayuntamiento en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquel donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, ha supuesto una injerencia en el derecho a la intimidad del recurrente. La cuestión, por tanto, radica en determinar si esa afección o restricción del derecho puede considerarse constitucionalmente legítima.

El Tribunal argumenta que en este caso debe afirmarse la existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Así, la especial misión que cumplen los cuerpos y fuerzas de seguridad (de acuerdo con el artículo 104 CE) implica la observancia de especiales requisitos de idoneidad profesional en cuanto a la condición física y psíquica del aspirante. Lo que justifica que las normas reguladoras de los procesos selectivos examinados prevean la realización de cuantas pruebas médicas sean precisas, en orden a comprobar su adecuación al cuadro de exclusiones médicas establecido para el ingreso en la categoría. Estas previsiones normativas persiguen el objetivo, constitucionalmente legítimo, de garantizar la capacidad de los agentes de policía.

El Tribunal Constitucional asevera que “(...) la Ley garantiza que esa limitación a la libre disposición del individuo sobre su estado de salud se produzca dentro de un proceso selectivo, en el que se realizan los controles médicos para determinar la capacidad física y psíquica de los aspirantes (controles que, además, pueden sucederse a lo largo del tiempo) dentro de un procedimiento establecido.” Para inmediatamente concluir que “(...) de estas previsiones legales no se

deriva una habilitación para que se produzca el intercambio o cruce de datos médicos entre las diversas administraciones que convocan procesos selectivos”, y que “(...) la legitimidad del fin perseguido no justifica que el Ayuntamiento haya actuado sin seguir el procedimiento legalmente establecido, desde el momento en que el dato relevante y determinante de la decisión de la exclusión, el único elemento en que se funda dicha decisión, es una información que ha sido facilitada (y recibida) con clara vulneración del derecho a la intimidad.”

Para estimar el recurso realiza el razonamiento a modo de conclusión siguiente:

“(...) La actuación al margen de los procedimientos legalmente establecidos convierte la decisión administrativa en desproporcionada. En efecto, el Ayuntamiento dispuso, y dispone, de medios para acreditar la aptitud o falta de aptitud del aspirante. De hecho el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sometió al recurrente a tres reconocimientos médicos con sus correspondientes analíticas, que arrojaron un resultado de aptitud médica. Consta en el expediente administrativo comunicación del médico de empresa en la que se pone de manifiesto que el recurrente ‘pasó reconocimiento médico (para agentes interinos) el 30 de mayo de 2001, siendo su estado de salud satisfactorio y analíticas y pruebas normales. Nueva analítica y pruebas el 27 de marzo de 2002, con resultados de completa normalidad. Nuevo reconocimiento médico y pruebas analíticas el 7 de mayo de 2003, con ocasión del OPE 2001, siendo declarado apto médico.’ Sobre esa base resulta claramente desproporcionado que utilice información sobrevenida y obtenida de forma irregular y no contrastada (pues el Ayuntamiento no realiza ninguna prueba tendente a corroborar ese dato) para adulterar el resultado final al que había llevado la superación de las diversas pruebas por el demandante. El hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18.1 CE, y que contradice los hechos resultantes del proceso selectivo municipal que se llevó a cabo, ha de calificarse de absolutamente desproporcionado. No se supera, así, el juicio estricto de proporcionalidad, sobre todo cuando queda acreditado en autos que durante todo el tiempo en el que el demandante mantuvo la relación con el Ayuntamiento no cursó baja médica alguna.”

6. El fallo de la sentencia

El Tribunal Constitucional estima el recurso; otorga el amparo solicitado; declara vulnerado el derecho del recurrente a la intimidad personal (artículo 18.1 CE) y anula la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 26 de julio de 2006.

B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No vulnera el artículo 10 del Convenio de Roma la condena penal de un diputado belga, al que se había retirado la inmunidad parlamentaria por publicaciones en las que el lenguaje empleado incitaba a la discriminación y el odio racial, a pesar de llevarse a cabo de manera paralela a un proceso electoral. La condena penal, en este caso, es una injerencia a la libertad de expresión, justificada por estar prevista por la ley, ser sus fines legítimos (defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos) y tratarse de una necesidad social imperiosa, proporcional a los fines legítimos perseguidos

Órgano: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sección Segunda. Caso Féret contra Bélgica

Fecha: Sentencia de 16 de julio de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 10 del Convenio de Roma

Doctrina: No vulnera el artículo 10 del Convenio de Roma la condena penal de un diputado, al que se había retirado la inmunidad parlamentaria por publicaciones en las que el lenguaje empleado incitaba a la discriminación y el odio racial, a pesar de llevarse a cabo de manera paralela a un proceso electoral. La condena penal, en este caso, es una injerencia a la libertad de expresión, justificada por estar prevista por la ley, ser sus fines legítimos (defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos) y tratarse de una necesidad social imperiosa, proporcional a los fines legítimos perseguidos.

La incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia, ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos, o la incitación a la discriminación, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable, y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales, representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.

Voto disidente de tres magistrados que consideran la condena incompatible con el artículo 10 del convenio, dado que la sentencia, para conciliar la condena penal con el indicado artículo, introduce la noción de "discurso peligroso". Lo incompatible con el artículo 10 del Convenio es la noción de discurso de odio, que supone que se incite a un odio basado en la intolerancia, o que desemboque en violencia. Incitación susceptible de favorecer la violencia, insuflando un odio profundo e irracional

Supuesto de hecho

El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra el Reino de Bélgica por un ciudadano belga, Don Daniel Féret, que es presidente del partido político *Front National-Nationaal Front*, el editor responsable de los escritos de este partido y propietario de su sitio web. Era diputado en la Cámara de Representantes de Bélgica cuando la Fiscalía pidió el levantamiento de su inmunidad parlamentaria.

Entre julio de 1999 y octubre de 2001, la campaña del citado partido dio lugar a numerosas quejas –sobre la base de la Ley belga de 30 de julio de 1981, que perseguía reprimir ciertos actos inspirados por el racismo o la xenofobia–, por incitar al odio, la discriminación y la violencia respecto a un grupo de personas, por razones de raza, color, origen y nacionalidad. Durante los meses siguientes, siguen nuevas octavillas y afiches (aviso o cartel que comunica algún evento futuro o situación actual, y que generalmente ostenta una considerable dimensión, para que sea bien apreciado y notado por el público al cual va dirigido), que motivan nuevas denuncias y demandas.

Las demandas relativas a las distintas octavillas y el programa del partido Frente Nacional fueron acumuladas. El 6 de junio de 2002, el fiscal del rey de Bruselas remitió un informe al fiscal general del Tribunal de apelación de Bruselas, sugiriendo que solicitara el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del demandante para permitir la apertura de diligencias penales contra él. El 13 de junio de 2002, el fiscal general presentó esta petición al presidente de la Cámara de Representantes.

El 20 de junio de 2002 la asamblea plenaria de la Cámara de Representantes trasladó el expediente a la Comisión de investigación, que lo examinó en las sesiones de 26 de junio y 3, 9, 10, 15 y 16 de julio de 2002. El demandante fue oído el 3 de julio de 2002. Cuestionó la oportunidad de la petición del fiscal y el momento en el que se formulaba, sostuvo que se le acusaba de un delito de opinión, si bien las opiniones que había expresado estaban directamente motivadas, en el plano político, por el ejercicio de su mandato de diputado y, en consecuencia, debían estar cubiertas por la irresponsabilidad parlamentaria.

El levantamiento de la inmunidad del demandante se aprobó por cinco votos contra dos.

El 14 de noviembre de 2002, la Fiscalía citó al demandante (así como a su asistente y a la asociación con fines no lucrativos Frente Nacional) a comparecer ante el Tribunal correccional de Bruselas.

El demandante fue procesado como autor de las octavillas en litigio, editor responsable de las mismas y propietario del sitio web que había difundido algunas de ellas.

Por sentencia de 18 de abril de 2006, el Tribunal de apelación de Bruselas condenó al demandante a una pena de 250 horas de trabajo en el sector de la integración de personas de nacionalidad extranjera, con pena de prisión

subsidiaria de diez meses. Prohibió al demandante el ejercicio del derecho de elegibilidad durante diez años. Por último, le condenó a pagar una suma provisional de 1 euro a cada una de las partes civiles, reservándose la facultad de resolver las demás cuestiones.

El demandante recurrió en casación. El 4 de octubre de 2006, el Tribunal de Casación desestimó el recurso. Contra esta sentencia recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró, con cinco votos contra tres, que no había vulneración del artículo 10 del Convenio de Roma.

Fundamentos de Derecho

Sobre la violación del artículo 10 del Convenio

1. La doctrina jurisprudencial sobre la materia

El Tribunal considera que: "(...) la condena en litigio es una 'injerencia' en el ejercicio por el interesado de su libertad de expresión. Tal intromisión vulnera el artículo 10, salvo si está 'prevista por la Ley', persigue uno o más de los fines legítimos respecto al apartado 2 y es 'necesaria' en una sociedad democrática para alcanzarlos (véase, entre otras, sentencia Fressoz y Roire contra Francia [GS], núm. 29183/1995, ap. 41, TEDH 1999-I)."

Está claro, en opinión del Tribunal, que la injerencia está prevista por la ley, y que los fines son legítimos (defensa del orden y proteger la reputación y los derechos ajenos), y que la cuestión se ciñe a determinar si la injerencia es necesaria en una sociedad democrática. Al respecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asevera que:

–La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada persona.

–Para determinar si existe tal "necesidad" y qué medidas deben adoptarse para responder a la misma, las autoridades nacionales gozan de cierto margen de apreciación (véase, entre otras, sentencia Nilsen y Johnsen contra Noruega [GS], núm. 23118/1993, ap. 43).

–El artículo 10.2 del Convenio no deja lugar a restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político, o de cuestiones de interés general (véase sentencia Scharf y News Verlagsgesellschaft contra Austria, núm. 39394/1998, ap. 30).

Establecido lo anterior, el Tribunal puntualiza que:

–"(...) es fundamental, en una sociedad democrática, defender el libre juego del debate político. Concede la mayor importancia a la libertad de expresión en el contexto del debate político y considera que no se puede restringir el discurso político sin la existencia de razones imperiosas. Permitir amplias restricciones en tal o cual caso afectaría, sin duda alguna, al respeto de la libertad de expresión en general en el Estado en cuestión (sentencia Feldek contra Eslovaquia,

núm. 29032/1995, ap. 83). Sin embargo, la libertad de discusión política no reviste, desde luego, un carácter absoluto. Un Estado contratante puede someterla a determinadas 'restricciones' o 'sanciones', pero le corresponde al Tribunal decidir en último lugar sobre su compatibilidad con la libertad de expresión tal y como la consagra el artículo 10 (sentencia Castells contra España, 23 abril 1992, ap. 46, serie A, núm. 236)."

–"(...) La tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (incluida la intolerancia religiosa), si se vela por que las 'formalidades', 'condiciones', 'restricciones' o 'sanciones' impuestas sean proporcionales al fin legítimo perseguido (en lo que respecta al discurso de odio y la apología de la violencia, véanse, *mutatis mutandis*, sentencias Sürek contra Turquía núm. 1) [GS], núm. 26682/1995, ap. 62, TEDH 1999-IV y, especialmente, Gündüz contra Turquía, núm. 35071/1997, ap. 40, TEDH 2003-XI)."

–"(...) Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, exigen al Tribunal realizar un control de lo más estricto (sentencias Castells contra España, 23 abril 1992, ap. 46, serie A, núm. 236 y Jerusalem contra Austria, núm. 26958/1995, 27 febrero 2001, ap. 36). b)."

2. Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso de autos

El Tribunal señala que, para establecer si la condena del señor Féret respondía a una "necesidad social imperiosa" y si era "proporcional a los fines legítimos perseguidos", debe considerar la "injerencia" en litigio a la luz del conjunto del asunto, incluido el contenido de las palabras incriminadas y el contexto en el que fueron difundidas. Respecto de esta contextualización, el Tribunal afirma que:

–"(...) El señor Féret señala de entrada que, sin perjuicio de que se aplique el principio constitucional de la irresponsabilidad parlamentaria, los miembros de los partidos políticos son, en Bélgica, personalmente responsables, civil y penalmente, de las palabras que pronuncian o de los escritos que difunden. El demandante fue perseguido como autor de las octavillas enjuiciadas, editor responsable de las mismas y propietario de la web que difundió algunas de ellas."

–"(...) Bélgica modificó, entre otros, el artículo 150 de su Constitución para permitir que se juzguen ante el Tribunal correccional los delitos de prensa de carácter racista o xenófobo y que anteriormente eran competencia exclusiva del Tribunal de Jurados, con la consecuencia práctica de que no eran sancionados."

–“(…) En lo que se refiere al contenido de las palabras incriminadas, se desprende de las octavillas que el mensaje que estas difunden (...) suscita, inevitablemente, entre el público y, concretamente, entre el público menos informado, unos sentimientos de desprecio, incluso de rechazo y, en algunos casos, de odio respecto a los extranjeros.”

–“(…) Para condenar al demandante, el Tribunal de apelación no se fundó en el programa político del partido que preside el demandante, sino en algunas octavillas y dibujos distribuidos durante la campaña electoral.”

Hechas las anteriores precisiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos va desarrollando los razonamientos que conllevarán que entienda que no se ha vulnerado el artículo 10 del Convenio de Roma. En primer lugar afirma que es importante luchar contra la discriminación racial (con cita de la sentencia *Jersild* contra Dinamarca de 23 de septiembre de 1994, ap. 30, serie A, núm. 298, y de las distintas resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa que se reproducen en la sentencia).

En segundo lugar asevera que: “(…) la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación, como en el caso de autos, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable y que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos.”

Seguidamente, el Tribunal examina si la calidad de parlamentario del demandante puede o no considerarse una circunstancia atenuante de su responsabilidad. A este respecto, recuerda que:

–“(…) es de crucial importancia que los políticos, en sus discursos públicos, eviten difundir palabras susceptibles de fomentar la intolerancia (sentencia *Erbakan* contra Turquía [PROV 2006, 204512], núm. 59405/2000, 6 julio de 2006, ap. 64). Estima que los políticos deberían ser particularmente escrupulosos, en términos de defensa de la democracia y de sus principios, puesto que su objetivo último es la propia toma del poder. En el caso de autos, a propuesta circunstanciada del fiscal general del Tribunal de apelación de Bruselas, la Cámara de Representantes estimó que las palabras incriminadas justificaban el levantamiento de la inmunidad parlamentaria del demandante. El Tribunal considera que la incitación a la exclusión de los extranjeros constituye una lesión fundamental de los derechos de las personas y debería justificar, en consecuencia, la precaución especial de todos, incluidos los políticos.”

–“(…) Si, en un contexto electoral, los partidos políticos han de gozar de una amplia libertad de expresión al objeto de tratar de convencer a sus electores, en el caso de un

discurso racista o xenófobo, tal contexto contribuye a avivar el odio y la intolerancia ya que, por la fuerza de las cosas, la posición de los candidatos a las elecciones tiende a fortalecerse y los eslóganes o fórmulas estereotipadas tienden a imponerse sobre los argumentos razonables. El impacto de un discurso racista y xenófobo es entonces mayor y más dañino.”

–“(…) no niega que los partidos políticos tienen derecho a defender públicamente sus opiniones, incluso si algunas de ellas ofenden, chocan o inquietan a una parte de la población. Pueden pues recomendar soluciones para los problemas relativos a la inmigración. Sin embargo, deben evitar hacerlo promoviendo la discriminación racial y recurriendo a expresiones o actitudes vejatorias o humillantes, ya que tal comportamiento puede suscitar en el público reacciones incompatibles con un clima social sereno y podría minar la confianza en las instituciones democráticas.”

3. Conclusión: no existe vulneración del artículo 10 del Convenio de Roma

El razonamiento final para concluir que no existe vulneración del artículo 10 del Convenio es el siguiente:

“El Tribunal examina los textos enjuiciados divulgados por el demandante y considera que las conclusiones de los tribunales internos sobre estas publicaciones estaban plenamente justificadas. El lenguaje empleado por el demandante incitaba claramente a la discriminación y el odio racial, lo que no puede ser camuflado por el proceso electoral. En consecuencia, el Tribunal estima que los motivos de los tribunales internos para justificar la injerencia en la libertad de expresión del demandante eran pertinentes y suficientes, habida cuenta de la necesidad social imperiosa de proteger el orden público y los derechos ajenos, es decir, los de la comunidad inmigrante.

“Por último, en lo que respecta a las penas pronunciadas, el Tribunal recuerda que la naturaleza y severidad de las penas impuestas son también elementos a tener en cuenta cuando se trata de medir la proporcionalidad de la injerencia (sentencia *Sürek* contra Turquía (núm. 1), 8 julio 1999, ap. 64, Repertorio 1999-IV). Ahora bien, el Tribunal señala que el Tribunal de apelación condenó al demandante a una pena de 250 horas de trabajo a cumplir en el sector de la integración de las personas de nacionalidad extranjera y la inelegibilidad por un plazo de diez años. Aunque la inelegibilidad podría plantear un problema respecto a su duración, los tribunales belgas aplicaron en este caso el principio recordado a menudo por el Tribunal, según el cual conviene dar prueba de discreción en el uso de la vía penal, sobre todo si existen otros medios para responder a los ataques y críticas injustificados de los oponentes (sentencia *Incal* contra Turquía de 9 junio 1998, ap. 54, Repertorio 1998-IV).

“A la vista de lo que antecede, los motivos expuestos en apoyo de la condena del demandante convencen al Tribunal de que la injerencia en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión era ‘necesaria en una sociedad democrática’.”

4. Voto particular: opinión disidente del juez Andràs Sajó que suscriben los jueces Vladimiro Zagrebelsky y Nona Tsotsoria

En opinión de estos magistrados, "(...) confirmar la represión penal del discurso político es contrario a la libertad de expresión." Por ello destacan que: "(...) La mayor parte de las frases enjuiciadas han sido tomadas del programa del Frente Nacional distribuido en una campaña electoral en 1999", y que el partido "(...) no ha sido nunca prohibido y, por otra parte, fue absuelto de la acusación relativa a las palabras en litigio en el proceso en el que se condenó al señor Féret."

En opinión de estos magistrados, "en las declaraciones del señor Féret no hay un llamamiento a la violencia contra una parte de la población, en cuyo caso las autoridades internas gozarían de un margen de apreciación más amplio (sentencia Ceylan contra Turquía [GS], núm. 23556/1994, ap. 34, TEDH 1999-IV)."

Los magistrados entienden que la panoplia de insinuaciones desagradables del señor Féret no es en sí, y técnicamente, racista. Por ello hacen expresa referencia a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), en el preámbulo de la cual se distingue, sin la menor ambigüedad, el racismo de otras formas de discriminación (que conlleva defender la superioridad o inferioridad de una raza o reconocer a un grupo identificable de personas unas características biológicas innatas).

Las declaraciones citadas no reflejan la superioridad o inferioridad de una raza, ni tampoco reconocen a un grupo identificable de personas unas características biológicas innatas.

En el voto disidente se advierte que el hecho de que las palabras del demandante no constituyan una forma de racismo, en el sentido estricto de supremacía de una raza, no hace que desaparezca el problema, ya que "(...) Los tribunales internos y el Tribunal, en su sentencia, han estimado que las declaraciones incitaban a la discriminación, la segregación o el odio y la discriminación y la segregación pueden constituir una restricción de los derechos ajenos."

La distinta valoración de los hechos del voto disidente, respecto de la sentencia, se constata cuando advierten lo siguiente:

–Las declaraciones del señor Féret se han utilizado así para probar que su política es luchar contra la inmigración, mientras que la de sus oponentes es favorable a los inmigrantes. Las propuestas que hace no invitan a la comisión de actos discriminatorios privados, sino simplemente a apoyar a un partido político que se presenta a unas elecciones, y a la actividad política y parlamentaria de su líder.

–El artículo 4 de la CERD exige únicamente declarar como acto punible toda incitación a la discriminación racial, y toda incitación a cometer actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico.

–La sentencia remite a una definición distinta, más amplia, del discurso del odio, la que ofrece el anexo a la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el "discurso de odio" de 30 de octubre de 1997.

Esta Recomendación (carente de fuerza vinculante) se refiere a los medios de comunicación y, por tanto, no podría aplicarse al caso de autos; su finalidad era determinar lo que se debería prohibir difundir en las emisoras de radio y de televisión.

–La aplicación de la noción de discurso de odio supone igualmente que la expresión incite a un odio basado en la intolerancia, o desemboque en violencia. Incitación significa "mover al odio" (sentencia Sürek contra Turquía (núm. 1) [GS], núm. 26682/1995, ap. 63, TEDH 1999-IV). Los elementos constitutivos de la incitación (al margen de un imperioso llamamiento a la violencia o a todo acto ilegal) vienen claramente indicados en el apartado 62 de la sentencia Sürek, en la que la estigmatización de la parte contraria se consideró una incitación, por el solo hecho de que "el contenido de las cartas era susceptible de favorecer la violencia en la región, insuflando un odio profundo e irracional contra los que eran presentados como responsables de las atrocidades que se alegaban. De hecho, el lector saca la impresión de que el recurso a la violencia es una medida de autodefensa necesaria y justificada de cara al agresor." Si se adaptan los estándares que se desprenden de la sentencia Sürek al caso de discriminación, cabe constatar que las expresiones deben ser susceptibles de favorecer la discriminación, al insuflar un odio profundo e irracional hacia aquellos a los que se presenta como responsables de las atrocidades alegadas. La discriminación, al igual que la violencia, implica el acto.

De todo lo anterior, el voto disidente concluye:

"(...) Salvo que se acepte que los 'delitos de opinión' son compatibles con el orden democrático, se ha de constatar la existencia de un acto (ilegal) punible que derive directamente del discurso o que, al menos, esté sensible y realmente favorecido por este. Debe existir otro delito cometido o susceptible de serlo y es aquí donde interviene la prevención. La incitación es una exhortación psicológica considerable, incluso decisiva, que supuestamente origina otro delito. Pero la mera intolerancia, el sentimiento sin acción, o al menos sin tendencia manifiesta a la acción, no puede constituir un delito. Las palabras del señor Féret sobre la política gubernamental no invitan a actos discriminatorios accesibles al público en general; no llaman a boicotear, negarse a atender o evitar a los emigrantes. Aunque las 'masas no ilustradas' cedieran a la intolerancia (en su actitud o su mentalidad), no podrían influir en la oferta de servicios sociales a los inmigrantes. Sin embargo, según la sentencia, las palabras del señor Féret incitaban inevitablemente al odio en la medida en que 'tal discurso suscita, inevitablemente, entre el público y, concretamente, entre el público menos informado, unos sentimientos de desprecio, incluso de rechazo y, en algunos casos, de odio respecto a los extranjeros' (apartado 69 de la sentencia). Una potencial consecuencia deviene inevitable. Esto es contrario al principio según el cual las excepciones a la libertad de expresión 'requieren... una interpretación estricta y la necesidad de... restringir [tal libertad] debe acreditarse de forma convincente' (véase sentencia Ceylan, previamente citada, ap. 32).

"(...) El postulado defensivo de la sentencia se enfrenta al postulado del principio de la libertad de expresión. Si se protege la opinión es porque, en una democracia, solamente

un intercambio sin obstáculos de ideas nos acerca a la verdad o, para los más escépticos, nos permite tomar decisiones políticas y personales mejor informadas, al favorecer la toma en consideración de los argumentos de todos los participantes en el proceso político.

“(…) Si la noción de ‘discurso peligroso’ hace su entrada en la jurisprudencia del Tribunal, se asistirá, sin una razón imperiosa, a la extensión de la esfera de expresiones que pueden dar lugar a un delito, cualesquiera que sean por otro lado las condiciones y circunstancias reales en las que hayan sido formuladas. En el caso de autos, esta extensión alegre del ‘discurso delictivo’ afecta a declaraciones políticas que tienen poco que ver con lo que la sentencia juzga inaceptable.

“(…) Una noción de discurso de odio que no se refiere directamente al hecho de mover a la provocación de actos de violencia o intolerancia es demasiado amplia para ser compatible con una protección seria del discurso político.

“La constatación de no violación que hace la sentencia se aparta de la apreciación de proporcionalidad del Tribunal en materia de discurso político. El impacto potencial de una serie de expresiones políticas aisladas que no vulneran directamente los derechos ajenos o el orden público no puede representar una necesidad social imperiosa. Los peligros puramente especulativos tampoco constituyen un peligro al que solamente se pueda responder con una sanción penal y diez años de inelegibilidad.”

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. Esta posibilidad puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas, y en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad puede ser ejercido por estas conjuntamente

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-573/07 Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa.

Fecha: 10 de septiembre de 2009

Disposiciones analizadas: Los artículos 43 TCE (ahora 49, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) y 49 TCE (ahora 56, Tratado de funcionamiento de la Unión Europea)

Doctrina: Nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. Esta posibilidad puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas, y, en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad puede ser ejercido por estas conjuntamente.

Los artículos 43 TCE (ahora 49 TFUE), y 49 TCE (ahora 56 TFUE), los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad, y la obligación de transparencia que se deriva de ellos, no se oponen a la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan.

En el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo algunas de sus funciones de servicio público a través de una sociedad que poseen en común, cabe descartar, normalmente, que una de esas autoridades, que tan solo tenga una participación minoritaria en dicha sociedad, ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de esta.

En el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público, el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.

Supuesto de hecho

Sea, adjudicataria por licitación pública del contrato del servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados en el territorio del Comune di Ponte Nossa, prestó dicho servicio durante un período

de tres años, del 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2006

Setco es una sociedad por acciones, propiedad de varios municipios del Val Seriana, y cuyo principal accionista es el Comune di Clusone.

Mediante decisión de 16 de diciembre de 2006, el Comune di Ponte Nossa acordó convertirse en socio minoritario de Setco, a fin de adjudicar directamente a esta sociedad el servicio de que se trata, a partir del 1 de enero de 2007.

El 23 de diciembre de 2006, los municipios accionistas de Setco, entre ellos, el Comune di Ponte Nossa, adaptaron los Estatutos de dicha sociedad con objeto de someterla a un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios.

Mediante decisión de 30 de diciembre de 2006, el Comune di Ponte Nossa adjudicó directamente a Setco el servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados en su territorio a partir del 1 de enero de 2007, sin procedimiento previo de licitación.

El 2 de enero de 2007, Sea interpuso un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia contra las decisiones del Comune di Ponte Nossa de fechas 16 y 30 de diciembre de 2006.

En particular, Sea alegó que el Comune di Ponte Nossa, al adjudicar directamente el servicio de que se trata a Setco, infringió los artículos 43 TCE, 49 TCE y 86 TCE, en la medida en que no ejerce sobre Setco un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, que se exige para la adjudicación directa de un servicio a una empresa propiedad de la entidad adjudicadora.

En estas circunstancias, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Es compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios, con la prohibición de discriminación y con las obligaciones de igualdad de trato, de transparencia y de libre competencia a que se refieren los artículos 12 TCE (ahora 18 TFUE), 43 TCE (ahora 49 TFUE), 45 TCE (ahora 51 TFUE), 46 TCE (ahora 51 TFUE), 49 TCE (ahora 56 TFUE), y 86 TCE (ahora 106 TFUE), la adjudicación directa de un servicio de recogida, transporte y eliminación de residuos sólidos urbanos y asimilados, a una sociedad por acciones con capital enteramente público y cuyos estatutos están configurados para que puedan participar diversas autoridades públicas?”

Fundamentos de Derecho

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala, en primer lugar, que el hecho de que el asunto principal se refiere a una concesión de servicios o a un contrato público de servicios y si, en este último supuesto, tal contrato de servicios está comprendido o no dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18, no influyen en la respuesta que el Tribunal de Justicia debe dar a la cuestión prejudicial planteada, ya que es preciso recordar:

—que, “(...) pese a que determinados contratos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado CE (véanse, en este

sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, apartado 20)”, y

—que “(...) La aplicación de las normas establecidas en los artículos 12 TCE, 43 TCE y 49 TCE, así como de los principios generales de los que constituyen su expresión específica, estará excluida, sin embargo, en el supuesto de que, cumulativamente, la entidad territorial que es la entidad adjudicadora ejerza sobre la entidad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades a que pertenece (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas, Teckal, apartado 50; Parking Brixen, apartado 62, y de 9 de junio de 2009, Comisión/Alemania, C-480/06, Rec. p. I-0000, apartado 34).”

1. La mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad, no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública

En una situación como la del litigio principal, en la que el capital de la sociedad adjudicataria es totalmente público y no hay ningún indicio concreto de una próxima apertura del capital de dicha sociedad a accionistas privados, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que “la mera posibilidad de que participen particulares en el capital de la citada sociedad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública.”

No obstante, el Tribunal hace la precisión siguiente:

“(...) en el supuesto de que se hubiera adjudicado un contrato sin convocatoria de licitación a una sociedad de capital público (...), el hecho de que ulteriormente, pero todavía durante el período de vigencia de ese contrato, se admitiera la participación de accionistas privados en el capital de dicha sociedad constituiría un cambio de una condición fundamental del contrato que necesitaría una convocatoria de licitación.”

2. La cuestión relativa a los contratos domésticos de las sociedades públicas integradas por diversas autoridades públicas

En el supuesto examinado, una autoridad pública, Comune di Ponte Nossa, se ha convertido en socio minoritario de Setco, una sociedad por acciones de capital totalmente público, por incorporación de otras autoridades públicas, con objeto de adjudicar a esta sociedad la gestión de un servicio público. La cuestión que se plantea es si el control que las autoridades públicas que son socios de dicha sociedad ejercen sobre ella, para ser considerado análogo al control que ejercen sobre sus propios servicios, debe ser ejercido: a) individualmente por cada una de dichas autoridades, o b) puede ser ejercido conjuntamente por estas.

El Tribunal recuerda que: “La jurisprudencia no exige que el control ejercido sobre la sociedad adjudicataria en tal

supuesto sea individual (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, apartado 46). En efecto, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo algunas de sus funciones de servicio público a través de una sociedad que poseen en común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades que tan solo tenga una participación minoritaria en dicha sociedad ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de esta. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que tal autoridad tuviera intención de asociarse a una sociedad propiedad de otras autoridades públicas con objeto de adjudicarle la gestión de un servicio público (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant, apartado 47)."

En definitiva, en palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

–“(…) nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (sentencias, antes citadas, Stadt Halle y RPL Lochau [TJCE 2005, 1], apartado 48; Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], apartado 48, y Comisión/Alemania [TJCE 2009, 162], apartado 45).”

–“(…) Esta posibilidad (...) puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de abril de 2007 [TJCE 2007, 85], Asemfo, C-295/05, Rec. p. I-2999, apartado 57, y Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], antes citada, apartado 49).”

–“(…) procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas posean una sociedad a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control de dichas autoridades públicas sobre tal sociedad puede ser ejercido por estas conjuntamente (véase, en este sentido, la sentencia Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], antes citada, apartado 50).” Y que “Al tratarse de un órgano colegiado, carece de relevancia el procedimiento empleado para la toma de decisiones, que puede ser la adopción por mayoría (véase la sentencia Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], antes citada, apartado 51).”

Para finalizar, debemos destacar que el Tribunal reitera los criterios para determinar si la entidad adjudicadora ejerce sobre la sociedad adjudicataria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Así, establece que:

“(…) es preciso tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la sociedad adjudicataria está sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de dicha sociedad. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Carbotermo y Consorzio Alisei [TJCE 2006, 139], apartado 36, y Coditel Brabant [TJCE 2008, 267], apartado 28).”

3. Respuesta a la cuestión incidental planteada

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas responde a la cuestión planteada del siguiente modo:

“Los artículos 43 TCE (ahora 49 TFUE) y 49 TCE (ahora 56 TFUE), los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que se deriva de ellos no se oponen a la adjudicación directa de un contrato público de servicios a una sociedad por acciones de capital totalmente público, desde el momento en que la entidad pública, que es la entidad adjudicadora, ejerza sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que esta sociedad realice la parte esencial de su actividad con la entidad o las entidades que la controlan.

“Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:

– la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de estas, y

– a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, estas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad.”

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades del ente (las cajas públicas del seguro de enfermedad) se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público. Ello exige que el ente deba ser considerado poder adjudicador

Supuesto de hecho

Mediante anuncio publicado en el mes de junio de 2006 en una revista especializada, AOK Rheinland/Hamburg, una caja pública del seguro de enfermedad, invitó a los fabricantes de

calzado ortopédico a que presentaran ofertas para la fabricación y suministro de calzado.

La cantidad de calzado que debía suministrarse no estaba determinada. Se establecía que los pacientes que padeciesen

el síndrome denominado "pie diabético", provistos de una tarjeta del seguro de enfermedad y de una receta médica, "debían dirigirse directamente al técnico ortopédico. La tarea de este consistía en fabricar y controlar el calzado ortopédico adaptado individualmente a las necesidades de los pacientes. También debía prestarse asesoramiento detallado antes y después de la entrega del calzado. El pago se realizaría, a excepción de los suplementos adeudados por los pacientes, por la caja pública del seguro de enfermedad."

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Cuarta. Cuestión prejudicial. Asunto C-300/07 Hans and Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik contra AOK Rheinland/Hamburg

Fecha: 11 de junio de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004

Doctrina: Un ente público (caja pública del seguro de enfermedad) cuya financiación tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de ser considerado poder adjudicador, y de la obligación de aplicar las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

Existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de las cajas públicas del seguro de enfermedad se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público.

Cuando un contrato público mixto tiene por objeto tanto productos como servicios, el criterio que debe aplicarse, para determinar si dicho contrato debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios, es el valor respectivo de los productos y de los servicios incorporados en dicho contrato. En caso de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, y sobre cuya utilización se debe asesorar individualmente a cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías debe clasificarse en la parte "suministro" de dicho contrato, a efectos del cálculo del valor de cada uno de los componentes de este.

Un contrato de prestaciones integradas, a tenor del cual el operador económico asume la obligación de atender a los asegurados que se dirijan a él, cuando el ente caja pública del seguro de enfermedad es el único deudor de la remuneración del prestador del servicio, es un acuerdo marco y no una concesión de servicios públicos, porque el operador económico no soporta el riesgo preponderante vinculado a la explotación de las actividades de que se trata, elemento que caracteriza la situación de un concesionario en una concesión de servicios.

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, un establecimiento de calzado ortopédico, presentó una oferta y, dos días más tarde, invocó infracciones de las disposiciones comunitarias y nacionales en materia de adjudicación de

contratos públicos. "La caja pública del seguro de enfermedad rechazó dichas imputaciones alegando que las disposiciones en materia de contratación pública no eran aplicables al caso de autos." Al no prosperar en primera instancia el recurso interpuesto contra esta decisión por el establecimiento de calzado, este acudió a la Sala de apelación en materia de adjudicación de contratos públicos del Oberlandesgericht Düsseldorf.

Este órgano jurisdiccional observa, en primer lugar, que la doctrina y la jurisprudencia están divididas en Alemania sobre la cuestión de si las cajas públicas del seguro de enfermedad, aunque se mencionen en el anexo III de la Directiva 2004/18, deben considerarse organismos de Derecho público y, por tanto, poderes adjudicadores en el sentido de dicha Directiva.

La discusión debería centrarse en los requisitos establecidos en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2004/18: la financiación mayoritaria por el Estado, y el relativo al control de la gestión por los poderes públicos.

En caso de que procediese concluir que las cajas públicas del seguro de enfermedad son poderes adjudicadores, se plantearía, en segundo lugar, la cuestión de si el contrato de que se trata en el litigio principal debe calificarse como contrato de suministro o contrato de servicios. En caso de que el contrato objeto del litigio principal no deba calificarse como contrato de suministro, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en tercer lugar, si dicho contrato debe considerarse un contrato de servicios o una concesión de servicios.

El Tribunal da respuesta a las cuestiones planteadas en el sentido que indicamos al final de la ficha, al reproducir el fallo.

Fundamentos de Derecho

1. Las cajas públicas del seguro de enfermedad deben considerarse poderes adjudicadores

Las cajas públicas del seguro de enfermedad de que se trata, son personas jurídicas de Derecho público, han sido creadas por Ley específicamente para satisfacer necesidades relacionadas con la salud pública, que son necesidades de interés general, y dichas necesidades no tienen carácter industrial o mercantil, en la medida en que los servicios se prestan por las citadas cajas sin ánimo de lucro. Por ello debe examinarse, para establecer su condición o no de poderes adjudicadores, si se cumple, al menos, uno de los requisitos alternativos previstos en las tres hipótesis contempladas en el artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), de esta Directiva. El Tribunal examina el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado.

El Tribunal advierte que la Directiva 2004/18 no contiene ninguna precisión respecto a las modalidades conforme a las cuales debe efectuarse la financiación a la que se refiere esta disposición. Señala a su vez, de manera expresa, que: "(...) dicha disposición no exige que la actividad de los organismos considerados esté directamente financiada por el Estado o

por otra entidad pública para que se considere cumplido el requisito correspondiente. Por tanto, una forma de financiación indirecta basta a este respecto (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. p. I-11173, apartados 34 y 49)."

Respecto del caso concreto, el Tribunal destaca los siguientes extremos:

La financiación de las cajas públicas del seguro de enfermedad está garantizada, de conformidad con la normativa nacional pertinente, por las cotizaciones de los afiliados, incluidas las cotizaciones abonadas a favor de estos últimos por los empleadores, por los pagos directos de las autoridades federales y por los pagos compensatorios entre estas cajas, resultantes del régimen de compensación de riesgos entre ellas.

Las cotizaciones de los afiliados se abonan sin contraprestación específica.

La cuota de la cotización a cargo del asegurado es deducida de su salario por su empleador, y se paga a la caja pública del seguro de enfermedad competente con la cuota a cargo de este. Por tanto, la percepción de las cotizaciones se hace sin ninguna posibilidad de intervención del asegurado.

Por tanto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluye que:

"(...) una financiación (...) de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. (...) existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de las cajas públicas del seguro de enfermedad se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público como las indicadas en el asunto principal. Tales cajas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por consiguiente, poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las normas de esta Directiva."

2. El valor respectivo de los productos suministrados y de los servicios, es el criterio que debe aplicarse para determinar si un contrato público mixto debe adjudicarse según una u otra categoría contractual (suministro o servicios)

Mediante esta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, qué criterio ha de aplicarse para determinar si un contrato público mixto, que tiene por objeto tanto el suministro de productos como la prestación de servicios, debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios, y si el criterio que ha de aplicarse a este respecto es únicamente el valor de las diferentes partes de que está compuesto el contrato mixto de que se trate.

La respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es que: "(...) cuando un contrato público mixto tiene por objeto tanto productos como servicios, el criterio que debe aplicarse para determinar si dicho contrato debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios es el valor respectivo de los productos y de los servicios incorporados en dicho contrato. En caso de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, y sobre cuya utilización se debe asesorar individualmente a cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías debe clasificarse en la parte 'suministro' de dicho contrato, a efectos del cálculo del valor de cada uno de los componentes de este."

3. El contrato celebrado entre una caja pública del seguro de enfermedad y un operador económico, en el que el operador asume la obligación de realizar las prestaciones, respecto a los asegurados que se las soliciten, y la citada caja es, por su parte, la única deudora de la remuneración de las actividades de ese mismo operador, deberá considerarse un "acuerdo marco" (no un contrato de concesión de servicios)

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que: "la concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio", y el acuerdo marco aquel "(...) cuyo objeto consiste en establecer las condiciones, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas, que rijan los contratos que se vayan a adjudicar por uno o varios poderes adjudicadores a uno o varios operadores económicos durante un período determinado."

De estas definiciones resulta que los conceptos considerados tienen características bastante similares, de modo que no es fácil realizar una distinción clara entre ellos de antemano. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas destaca que, en la concesión de servicios públicos, el operador adjudicatario está ampliamente expuesto a los riesgos vinculados a dicha explotación, y señala que: "(...) este elemento de distinción se confirma por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de conformidad con la cual existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que este asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trate (sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, Rec. p. I-6657, apartado 34 y jurisprudencia citada)."

En el caso examinado, el contrato de que se trata en el litigio principal es un "contrato de prestaciones integradas", a tenor del cual el operador económico asume la obligación de atender a los asegurados que se dirijan a él. Al mismo tiempo, los precios por las diferentes fórmulas de prestaciones se definen en el citado contrato, así como la duración de este. No se fijan las cantidades de las diferentes prestaciones, pero el concepto de

concesión de servicios no exige tal previsión. La caja pública del seguro de enfermedad es la única deudora de la remuneración del prestador del servicio. Por ello, ahora, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas evidencia que: "(...) las condiciones del ejercicio de la actividad del operador económico se definen en el contrato de que se trata en el litigio principal, de modo que el citado operador no dispone del grado de libertad económica que caracteriza una situación de concesión de servicios ni corre un riesgo considerable vinculado a la explotación de sus prestaciones." Y añade como conclusión que: "(...) el operador económico no soporta el riesgo preponderante vinculado a la explotación de las actividades de que se trata, elemento que caracteriza la situación de un concesionario en una concesión de servicios."

4. Contenido del fallo

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que:

"1) El artículo 1, apartado 9, párrafo segundo, letra c), primera alternativa, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que existe financiación mayoritaria por el Estado cuando las actividades de las cajas públicas del seguro de enfermedad se financian con carácter principal mediante cotizaciones a cargo de los afiliados, que se establecen, calculan y recaudan siguiendo normas de Derecho público como

las indicadas en el asunto principal. Tales cajas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por consiguiente, poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las normas de esta Directiva.

"2) Cuando un contrato público mixto tiene por objeto tanto productos como servicios, el criterio que debe aplicarse para determinar si dicho contrato debe considerarse un contrato de suministro o un contrato de servicios es el valor respectivo de los productos y de los servicios incorporados en dicho contrato. En caso de puesta a disposición de mercancías que se fabrican y adaptan individualmente en función de las necesidades de cada cliente, y sobre cuya utilización se debe asesorar individualmente a cada cliente, la fabricación de las citadas mercancías debe clasificarse en la parte 'suministro' de dicho contrato, a efectos del cálculo del valor de cada uno de los componentes de este.

"3) En el supuesto de que la prestación de servicios resulte, en el contrato de que se trate, preponderante en relación con el suministro de productos, un acuerdo, como el controvertido en el litigio principal, celebrado entre una caja pública del seguro de enfermedad y un operador económico, en el que se determina la remuneración de las diferentes prestaciones que se esperan de dicho operador así como la duración de la aplicación del acuerdo, el citado operador asume la obligación de realizar las prestaciones respecto a los asegurados que se las soliciten y la citada caja es, por su parte, la única deudora de la remuneración de las actividades de ese mismo operador, deberá considerarse un 'acuerdo marco' en el sentido del artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2004/18."

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas, pero no es trascendente para el Derecho comunitario si la cooperación controvertida da lugar a la creación de un organismo de Derecho público, encargado de realizar la misión de interés, o si se realiza mediante acuerdos, convenios o contratos entre las autoridades públicas

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Gran Sala. Recurso de incumplimiento. Asunto C-480/06 Comisión de las Comunidades Europeas contra Alemania

Fecha: 9 de junio de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios

Doctrina: Una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas, pero no es trascendente para el Derecho comunitario si la cooperación controvertida da lugar a la creación de un organismo de Derecho público, encargado de realizar la misión de interés, o si se realiza mediante acuerdos, convenios o contratos entre las autoridades públicas.

El Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular, para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija, únicamente, por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores

Supuesto de hecho

La Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. El motivo es que los *Landkreise* (circunscripciones administrativas) de Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingbommel y Stade celebraron directamente, el 18 de diciembre de 1995, con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, un contrato relativo a la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, con una capacidad de 320.000 toneladas, destinada a producir a la vez electricidad y calor, cuya construcción debía finalizar el 15 de abril de 1999. Este contrato público de servicios no fue objeto de una licitación en el marco de un procedimiento formal a nivel de la Comunidad Europea.

Mediante dicho contrato, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo reservan una capacidad de 120.000 toneladas para los cuatro *Landkreise* en cuestión, por un precio calculado por las partes mediante la misma fórmula para cada una de las partes implicadas. Dicho precio se abona al titular de la instalación, contraparte contractual de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, a través de dichos servicios de limpieza urbana. La duración del contrato es de 20 años. Las partes han convenido negociar, a más tardar cinco años antes del término de dicho contrato, para decidir sobre su prórroga.

Mediante escrito de requerimiento enviado el 30 de marzo de 2004, con arreglo al artículo 226 TCE, párrafo primero, la Comisión puso en conocimiento de las autoridades alemanas que la República Federal de Alemania había vulnerado las disposiciones del artículo 8, en relación con los títulos III a VI, de la Directiva 92/50.

Mediante escrito de 30 de junio de 2004 dirigido a la Comisión, la República Federal de Alemania alegó que el contrato controvertido culmina un acuerdo sobre la ejecución en común de una misión de servicio público, que incumbe a los *Landkreise* en cuestión y a la ciudad de Hamburgo. La Comisión, al no estar de acuerdo con tal argumentación, remitió a la República Federal de Alemania un dictamen motivado, y la República Federal de Alemania mantuvo la argumentación sostenida anteriormente. Finalmente, la Comisión decidió interponer recurso con arreglo al artículo 226 CE, párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide desestimar el recurso y condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.

Fundamentos de Derecho

1. Planteamiento de la cuestión

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hace dos consideraciones previas:

–Que el recurso de la Comisión se refiere únicamente al contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y cuatro *Landkreise* vecinos, destinado a garantizar la gestión mancomunada del tratamiento de sus residuos, y no al contrato mediante el que deben regirse las relaciones entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y el titular de la instalación de tratamiento de residuos de Rugenberger Damm.

–Que en el caso de autos, está acreditado que los cuatro *Landkreise* de que se trata no ejercen un control que pueda calificarse de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, ya sea sobre la otra parte contratante, a saber, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, o sobre el titular de la instalación térmica de Rugenberger Damm, sociedad cuyo capital está constituido parcialmente por fondos privados.

Para el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: “(...) el contrato controvertido establece una cooperación entre entidades locales que tiene como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común a las mismas, a saber, la eliminación de residuos, (...) misión que se deriva de la aplicación de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, que obliga a los Estados miembros a establecer planes de gestión de residuos que incluyan, en particular, ‘las medidas apropiadas para fomentar la racionalización de la recogida, de la clasificación y del tratamiento de los residuos’, siendo una de las medidas más importantes la búsqueda de un tratamiento de residuos en una instalación lo más cercana posible, de conformidad con la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modifica el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 75/442/CEE.”

2. El contrato culmina una acción de cooperación intermunicipal

El Tribunal establece acreditado que: “(...) el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los *Landkreise* de que se trata debe analizarse como la culminación de una acción de cooperación intermunicipal entre las partes del mismo y que conlleva exigencias propias para garantizar la misión de eliminación de residuos. En efecto, tiene como finalidad permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de los residuos de los *Landkreise* vecinos, lo que permite alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas. Por este motivo, la construcción de dicha instalación solo se decidió y se realizó una vez que los cuatro *Landkreise* de que se trata acordaron utilizar la central y se comprometieron al respecto.”

El Tribunal destaca también que “(...) la prestación de servicios de eliminación de residuos únicamente da lugar al pago de un precio al titular de la instalación.” Y que, en cambio, “(...) de las estipulaciones del contrato controvertido se desprende que la cooperación que este establece entre los

servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los cuatro *Landkreise* de que se trata no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros más que aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben a dichos *Landkreise*, pero que los servicios de limpieza urbana se encargan de abonar al titular de la instalación.”

Por ello, el Tribunal afirma que: “(...) el contrato controvertido constituye tanto el fundamento como el marco jurídico de la construcción y explotación futuras de una instalación destinada a la realización de un servicio público, a saber, la valorización térmica de residuos. Dicho contrato se celebró exclusivamente entre autoridades públicas, sin la participación de ninguna parte privada, y no prevé ni prejuzga la eventual convocatoria de una licitación necesaria para la construcción y la explotación de la instalación de tratamiento de residuos.”

3. Una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas

El Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que: “(...) una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia *Coditel Brabant*, antes citada, apartados 48 y 49).”

Para el Tribunal, no es trascendente para el Derecho comunitario la opinión de la Comisión relativa a que, si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público, encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión, habría admitido que la utilización de la central por los *Landkreise* de que se trata no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública.

En este sentido, el Tribunal concluye que: “(...) el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau* [TJCE 2005, 1], antes citada, apartados 50 y 51).”

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide desestimar el recurso y condenar en costas a la Comisión de las Comunidades Europeas.

D) Jurisdicción contencioso-administrativa

1. Régimen jurídico y procedimiento administrativo y contencioso-administrativo

Tribunal Supremo. Si se recurren ante los juzgados de lo contencioso-administrativo los actos de aprobación de instrumentos de gestión urbanística (así, unidades de actuación o proyectos de reparcelación), y simultáneamente se recurre indirectamente el plan urbanístico que da cobertura a esos actos, estos juzgados de lo contencioso-administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas. Por ello, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia corresponde a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues este solo procede –artículo 86.1 LJCA– contra las recaídas en única instancia

Supuesto de hecho

El actor impugna en casación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 15 de marzo de 2005, dictada en el recurso interpuesto directamente contra:

–La desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Beneguasil de 25 de enero de 2001, desestimatorio de la

solicitud de exclusión de los terrenos de los recurrentes del Programa de desarrollo de la Actuación Integrada de la Unidad de Ejecución núm. 3.

–Por vía de ampliación del recurso, Acuerdo plenario del mismo Ayuntamiento de 26 de septiembre de 2002, de aprobación definitiva del Programa de Actuación Integrada (PAI) y del Proyecto de Reparcelación de la referida Unidad de Ejecución.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de casación núm. 2587/2005

Fecha: 23 de julio de 2009

Ponente: D. Pedro José Yagüe Gil

Demandante: Particular

Demandado: Ayuntamiento de Beneguasil

Disposiciones analizadas: Artículos 8, 10.2 y 86.1 LJCA

Doctrina: Si se recurren ante los juzgados de lo contencioso-administrativo los actos de aprobación de instrumentos de gestión urbanística (así, unidades de actuación o proyectos de reparcelación) y simultáneamente se recurre indirectamente el plan urbanístico que da cobertura a esos actos, estos juzgados de lo contencioso-administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas. Por ello, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia corresponde a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues este solo procede –artículo 86.1 LJCA– contra las recaídas en única instancia

A su vez la sentencia resuelve el recurso indirecto contra las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Beneguasil, en lo relativo a la clasificación del suelo del ámbito de referencia y a la delimitación de la citada Unidad de Ejecución.

La sentencia recurrida en casación desestimó la demanda en su totalidad.

Los motivos de casación son:

1º.- Por infracción del artículo 8 de la Ley 6/1998 (LRSV), al haberse clasificado como suelo urbano terrenos destinados a cultivo de regadío, carentes de edificaciones y de los servicios urbanísticos básicos necesarios para poder ser clasificados como suelo urbano.

2º.- Por infracción de la jurisprudencia relativa al ámbito que se ha de tomar como referencia para poder clasificar el suelo como urbano, atendiendo al criterio de consolidación (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y 4 de febrero de 1999).

3º.- Por infracción de la jurisprudencia en la que se reconoce el “principio de unidad de parcela”, que, según los recurrentes, impide otorgar a las distintas partes de una misma finca diferentes clasificaciones urbanísticas (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1974).

4º.- Por infracción de los artículos 5 y 14 de la Ley 6/1998 (LRSV), al haberse debido excluir de la Unidad de Ejecución y del proceso de reparcelación determinados terrenos de los recurrentes que, según afirman, se hallan totalmente urbanizados y ostentan la condición de suelo urbano consolidado.

El Tribunal Supremo declara inadmisibles los recursos de casación.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Supremo advierte que la sentencia recurrida, de fecha 15 de marzo de 2005, ha sido dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, introducida por la disposición adicional decimocuarta de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

Respecto de dicha reforma señala que:

“(…) a partir de su entrada en vigor, los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán, ex artículo 8.1 de la Ley jurisdiccional en su nueva redacción, ‘de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico’; correspondiendo, por lo tanto, el conocimiento de dichas cuestiones en segunda instancia, a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia –artículo 10.2–. Y el acuerdo impugnado directamente en el proceso ahora en grado de casación queda comprendido en el ámbito de ese artículo 8.1 de la Ley de la jurisdicción, ya que los programas de actuación integrada valencianos (PAI), cuando, como ocurre en este supuesto, no modifican la ordenación del ámbito, así como los proyectos de reparcelación y de delimitación de unidades de ejecución constituyen instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria, y correspondiendo, por tanto, el conocimiento de su impugnación en primera instancia, tras la referida reforma legal, a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

“(…) al igual que hemos declarado en numerosas resoluciones respecto de casos en los que se planteaba esta misma cuestión que ahora nos ocupa, el presente recurso de casación debe ser declarado inadmisibles, ya que (...) debe aplicarse (...) la disposición transitoria primera, apartado 2, último inciso, de la mencionada Ley, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en ella para las sentencias dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso de casación, pues este solo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia.”

La cuestión que plantea un mayor interés es si lo anterior es aplicable al caso por el hecho de que en la demanda también se impugnase indirectamente un instrumento de planeamiento general (Normas Subsidiarias Municipales). En este sentido, debe advertirse que el artículo 86.3 LJCA establece que son susceptibles de casación las sentencias de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de justicia, que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general.

La doctrina del Tribunal Supremo es, a pesar de ello, la que sigue:

“(…) en los supuestos de impugnación indirecta de instrumentos de planeamiento urbanístico no puede considerarse que la competencia para el conocimiento del recurso

estuviese atribuida, aun después de la Ley orgánica 19/2003, a los tribunales superiores de justicia, dado que ello supondría 'la negación en esta materia urbanística del derecho al recurso de apelación reconocido expresamente en el apartado d) del artículo 81.2 de la Ley jurisdiccional', precepto que, de modo imperativo y sin excepciones, declara que 'serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes: d) las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales'. De ello resulta que, si conforme al artículo 10.2 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, la competencia para conocer del recurso ordinario de apelación corresponde, en segunda instancia, a las salas de lo contencioso administrativo de los tribunales superiores de justicia, es claro

entonces que los juzgados de lo contencioso-administrativo serán los órganos competentes para conocer de las impugnaciones indirectas de las disposiciones generales, naturaleza de la que, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, participan los instrumentos de planeamiento referidos en el artículo 8.1 aquí analizado (auto de 10 de julio de 2008 –recurso de casación número 218/2006–). Además, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la competencia del Juzgado viene determinada por el acto impugnado directamente (así, autos de 18 de mayo de 2006, 27 de octubre de 2005 –recurso de queja número 213/2005–, de 16 de febrero y de 14 de diciembre o de 31 de mayo de 2007)."

El Tribunal Supremo declara la inadmisión del recurso.

2. Administración local

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. La norma jurídica infringe el principio de seguridad jurídica si, su contenido o sus omisiones, produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable, acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso contencioso-administrativo núm. 639/2008

Fecha: 29 de junio de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Piqueras Valls

Demandante: Particulares

Demandado: Ayuntamiento de Santander

Disposiciones analizadas: Artículos 51, 62.2 y 133 de la LRJPAC

Doctrina: El recurso directo contra las disposiciones generales ha de efectuarse, a tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 62.2 de la LRJPAC, mediante la comprobación de que la norma es conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico positivo, incluidos los principios generales del Derecho; y, de acuerdo con el artículo 106 de la CE, el control de la potestad reglamentaria es de legalidad, por lo que los tribunales no pueden rebasar dicho límite, pues en otro caso se cercenaría, indebidamente, el margen de decisión que, legítimamente, corresponde a la Administración. Por ello deben rechazarse de plano las alegaciones del recurso directo de carácter genérico o que pretenden materialmente sustituir el ejercicio de la potestad normativa.

La norma jurídica infringe el principio de seguridad jurídica si su contenido o sus omisiones produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento, o sobre la previsibilidad de sus efectos.

Los principios *non bis in idem* y de prejudicialidad penal solo son relevantes en el control judicial de las ordenanzas locales a través de la resolución de recursos directos contra esas normas, para determinar si la norma tipifica como sanción una conducta ya sancionada o si excluye las previsiones del artículo 133 de la LRJPAC

Supuesto de hecho

La Asociación Juristas pro Derechos Humanos (AJUD) interpone recurso contencioso-administrativo contra la Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actividades antisociales del Ayuntamiento de Santander, publicada el día 22 de abril de 2008, en el Boletín Oficial de Cantabria.

La referida asociación recurrente articula las pretensiones sobre los motivos siguientes: 1.- El artículo 2, apartados 2 y 3, de la Ordenanza impugnada constituye una extralimitación de las competencias municipales. 2.- Los artículos 4 y 5 de la Ordenanza se insertan en el ámbito del Derecho Penal, y, además, generan inseguridad jurídica. 3.- El artículo 6 es también impugnable por razones de prejudicialidad penal. 4.- El artículo 7.3. a, b, c y d de la Ordenanza está afecto de inseguridad jurídica; está, en parte, injustificado, y, en parte, supone una extralimitación de competencias. 5.- Entendemos poco acertado el artículo 8, y por lo tanto, eliminable. 6.- Se rechaza el artículo 9 por incurrir en inseguridad jurídica. 7.- Se debe retirar el artículo 11, por incurrir también en inseguridad jurídica. 8.- Abogamos por la eliminación del artículo 12.2, por vulnerar el derecho a la libertad de expresión y estar en contra del principio de libertad de mercado. 9.- Se debe eliminar el párrafo primero del artículo 13, por generar inseguridad jurídica y por existir una normativa concreta sobre la materia. 10.- Se impugna el artículo 15, puntos 1 y 2, que trata de las fiestas en las calles, por infringir el artículo 25.2.a de la LRBRL e imponer fianzas improcedentes. 11.- El artículo 16 incurre en inseguridad jurídica, al igual que el inciso final del párrafo segundo del artículo 17. 12.- El artículo 18.1 impone a particulares obligaciones propias de la Administración que no les son exigibles, y 13.- Se deben

suprimir los artículos 20, letras a y b, y 21, letras a y c, en su redacción actual, por generar inseguridad jurídica y propiciar la indefensión.

El Ayuntamiento de Santander articula su oposición a las pretensiones formuladas por la asociación recurrente sobre los motivos siguientes:

1) Todo tipo de alegaciones que sobrepase el ámbito impugnatorio regulado en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992 es inviable, y

2) Los artículos impugnados de la Ordenanza municipal sobre protección de la convivencia ciudadana y prevención de actividades antisociales del Ayuntamiento de Santander son conformes a Derecho, pues no incurren en extralimitación de facultades ni en inseguridad jurídica; no producen interferencia alguna en el ámbito del Derecho Penal; no infringen normativa sectorial alguna; no afectan a la libertad de expresión ni a la de mercado, y delimitan perfectamente el grado de las conductas que califican.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso.

Fundamentos de Derecho

El Tribunal Superior de Justicia delimita el alcance del recurso directo contra disposiciones generales y establece que:

"1) El recurso directo contra las disposiciones generales (artículo 25.1 de la LJCA) tiene por finalidad depurar del ordenamiento jurídico las normas reglamentarias contrarias a Derecho.

"2) El control de legalidad de las disposiciones generales ha de efectuarse, a tenor de lo dispuesto en los artículos 51 y 62.2 de la LRJPAC, mediante la comprobación de que la norma es conforme a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico positivo, incluidos los principios generales del Derecho, y

"3) El artículo 106 de la CE configura el control de la potestad reglamentaria como un control de estricta legalidad, lo que implica que los tribunales no pueden rebasar dicho límite, pues en otro caso se cercenaría, indebidamente, el margen de decisión que, legítimamente, corresponde a la Administración.

"Los anteriores pronunciamientos implican la necesidad de rechazar, de plano y desde este momento, todas las alegaciones de la recurrente, de carácter genérico y no incardinables en el artículo 62.2 de la LRJPAC, que pretenden materialmente sustituir la potestad normativa que corresponde al Ayuntamiento demandado."

A tenor de las alegaciones realizadas, el Tribunal Superior de Justicia, en primer lugar, delimita, respecto del control de la potestad reglamentaria, el alcance de los conceptos siguientes: seguridad jurídica, *non bis in idem* y prejudicialidad penal.

La seguridad jurídica se define a tenor de:

"(...) de la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada, entre otras, en la STC 96/2002, al declarar que sobre este particular se hace necesario recordar nuestra doctrina

con relación al principio de seguridad jurídica, conforme a la cual este principio implica la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio (SSTC 104/2000, de 13 de abril, FJ 7, y 235/2000, de 5 de octubre, FJ 8), así como las que en una y otra se citan: Es decir, la seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando 'la claridad y no la confusión normativa' (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4), y como 'la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho' (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5).

"En definitiva, solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8, 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15)."

Respecto de la incidencia de los principios *non bis in idem* y de prejudicialidad penal en el control de la potestad reglamentaria, el Tribunal Superior de Justicia afirma que:

"(...) hay que recordar los pronunciamientos de la paradigmática STC 188/2005, al declarar 'según una reiterada jurisprudencia constitucional, que tiene sus orígenes en nuestra STC 2/1981, de 30 de marzo, que el principio *non bis in idem* tiene su anclaje constitucional en el artículo 25.1 CE. (...) Este principio, que constituye un verdadero derecho fundamental del ciudadano en nuestro Derecho (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), ha sido reconocido expresamente también en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, y en particular en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977, y en el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que, aunque firmado por nuestro país, aún no ha sido objeto de ratificación, protegiendo 'al ciudadano, no solo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos, una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo' (STC 2/2003, de 16 de enero).

"El principio *non bis in idem* tiene, en otras palabras, una doble dimensión:

“a) La material o sustantiva, que impide sancionar al mismo sujeto ‘en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento’, y que ‘tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3, 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y auto 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente’ (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 a) y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3).

“b) La procesal o formal, que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, que tiene como primera concreción ‘la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no solo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal,’ (SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 c), y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3, SSTEDH de 29 de mayo de 2001, en el caso Franz Fischer contra Austria, y de 6 de junio de 2002, en el asunto Sallen contra Austria.”

Explicado este planteamiento, concluye que:

“Consecuentemente ambos principios solo son relevantes en el control judicial de la potestad reglamentaria para determinar: –Si la norma tipifica como sanción una conducta ya sancionada, o –Si la norma excluye, con evidente infracción legal, las previsiones del artículo 133 de la LRJPAC y 7 del R. decreto 1938/1993.”

A partir de estas consideraciones generales, procede a desestimar todas las alegaciones concretas utilizando, en cada caso, alguno de los argumentos siguientes:

–De acuerdo con el artículo 25 de la LRBR, el Ayuntamiento es competente, en materia de seguridad en lugares públicos, “para la protección de personas y bienes” y, además, “para velar por la conservación del medio urbano y de las edificaciones”.

–Las competencias y obligaciones municipales se extienden a los bienes e instalaciones que, con independencia de su titularidad, forman parte del mobiliario urbano, y a las fachadas y otros elementos urbanísticos y arquitectónicos, de titularidad pública o privada, situados en la vía pública o visibles desde ella.

–Los artículos a los que se imputa vulneración del principio *non bis in idem* y de prejudicialidad penal, no tipifican como sanción una conducta ya sancionada, ni excluyen la normativa sobre concurrencia de sanciones (artículo 133 de la Ley 30/92), ni la vinculación del derecho sancionador respecto al orden jurisdiccional penal (artículo 7 del RD 1398/1993).

–Los conceptos “convivencia y tranquilidad ciudadanas” y “normal uso, ubicación y destino” no son incardinables en el ámbito infractor de la seguridad jurídica definido por

la doctrina del Tribunal Constitucional, porque esta liga el concepto a la generación de una “incertidumbre razonablemente insuperable” sobre la conducta exigible, sea cual sea el criterio hermenéutico (artículo 3.1 CC) utilizado. Los conceptos “convivencia” (relaciones sociales armónicas) y “tranquilidad ciudadana” (calma, estabilidad) no generan dicha confusión, y, con independencia de que el significado de los conceptos “normal uso, ubicación y destino” sean claros, la norma impugnada los integra en un contexto cuya claridad y significado son incuestionables.

–En relación al argumento de que lo que no está en el Código Penal es excesivo tipificarlo, ya que, de no encontrarse en el citado texto, supone que no ha recibido reproche por parte de la sociedad (es decir, lo que no está tipificado no puede ser sancionado extraprocesalmente), resulta incompatible con el carácter fragmentario y el principio de intervención mínima del Derecho Penal, y con los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico.

–“Cualquier manipulación” no es un concepto jurídico indeterminado que genera inseguridad jurídica, ya que no se trata de un concepto indeterminado, sino omnicomprensivo, pues incluye “toda actuación con las manos o con cualquier instrumento” sobre los bienes en cuestión, como se evidencia de la simple lectura del Diccionario de la RAE. Tampoco lo infringen los conceptos “respeto al descanso de los ciudadanos” y “normal convivencia”.

–En el mismo sentido, “ruidos innecesarios”, respecto del que el Tribunal Superior de Justicia afirma queda suficientemente explicado por el origen (aparatos de alarma y señalización de emergencia) y la razón de ser de los ruidos, y el concepto “elevada potencia”, que, según el Tribunal Superior de Justicia, está suficientemente explicado por la finalidad de la norma, que es evitar que “las emisiones acústicas trasciendan al exterior” del vehículo.

–No cabe sostener que el concepto “respeto mutuo” genere una incertidumbre razonable insuperable sobre su significado, cuando la propia Constitución Española contiene múltiples referencias objetivadas al mismo (artículo 1º, 20.4, 27.2, etc.) y el Código Civil lo establece como una de las obligaciones de las relaciones familiares (artículo 67 y 155.1º CC).

–La regulación de las emisiones sonoras por medios mecánicos en la vía pública es conforme a Derecho, pues el ruido es considerado legal (Ley 37/2003) y jurisprudencialmente (STEDH 8/7/2003) como una agresión a la integridad de la persona, y resulta totalmente ajeno a los derechos constitucionales invocados.

–La autorización municipal a un colectivo para que, en el curso de las fiestas, utilice la vía pública, implica, ineludiblemente, la obligación del autorizado de respetar las condiciones impuestas, entre las que se encuentra la “seguridad de personas y bienes” derivada del uso a realizar, y no cabe hablar de una transferencia de obligaciones de la Administración pública a los ciudadanos.

–No cabe cuestionar una disposición general basándose en que, a juicio del recurrente, “no es razonable”, pues ello

no es criterio de legalidad; ni tampoco cabe invocar las medidas cautelares administrativas, para cuestionar una condición (la prestación de fianza para garantizar el buen fin del uso de la vía pública) de una autorización administrativa. Y

–El restablecimiento de la vía pública a su estado previo es consustancial con el uso especial de la misma, objeto de autorización, y no infringe disposición alguna.

–No se puede entender que generan inseguridad jurídica los conceptos “Juegos que puedan causar molestias” y “Objetos que puedan representar peligro para la integridad”, ya que ninguno de dichos conceptos es susceptible de integrarse en la “incertidumbre” definida por el Tribunal Constitucional. Además, ambos conceptos quedan razonablemente aclarados por el contexto y las concreciones de la norma a las conductas prohibidas; el concepto “molestias” referido a las repercusiones sobre los usuarios de la vía pública por la práctica de juegos es fácilmente objetivable, y el término “objetos que representen un peligro para la integridad de los ciudadanos” ha sido objeto, en su versión conceptual “instrumentos peligrosos”, de una abundantísima jurisprudencia en el ámbito de los delitos contra las personas.

–No vulnera los artículos 16.1 y 20.1.a de la CE y el propio derecho de reunión, ni va en contra de la libertad de mercado, la prohibición de ocupaciones y actividades no autorizadas en la vía pública, y que dicha prohibición se acompañe de la adopción de medidas cautelares.

–La regulación de la entrada y salida de los locales, y la obligación de los titulares de avisar a la fuerza pública si se producen “actos incívicos o molestos”, se refiere a actos que son objetivables, por lo que ni genera inseguridad jurídica, ni infringe el principio de legalidad en materia sancionadora, que no veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 CE se subordina a que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia.

–La regulación de las infracciones muy graves y graves no infringe la seguridad jurídica porque: a) la diferencia entre las infracciones tipificadas de la Ordenanza se encuentra no solo en la entidad de la incidencia, en su caso grave y en otro simple, sino también en la forma de afectar al bien jurídico protegido, pues en las infracciones muy graves la afectación ha de ser inmediata y directa, lo que excluye toda confusión, y b) la distinción entre las infracciones muy graves y graves tipificadas en los artículos 20.b y 21.c de la Ordenanza se articula, también sin posibilidad de confusión, sobre la entidad del deterioro, que en el caso del artículo 20.b ha de ser grave y además relevante, lo que permite no confundirlo con pequeños deterioros que no tengan relevancia respecto a la funcionalidad del elemento afectado.

Se desestima, por tanto, íntegramente el recurso examinado.

3. Haciendas locales

Tribunal Supremo. La exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) TRLHL de los servicios de telefonía móvil, no significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa, cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 1ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de alzada contencioso-administrativo núm. 211/2008

Fecha: 25 de junio de 2009

Ponente: D. Emilio Rodrigo Aragonés Beltrán

Demandante: Vodafone España, S.A.

Demandado: Ayuntamiento de Mataró

Disposiciones analizadas: Los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones; el artículo 20.1 de la Ley de tasas y precios públicos, y los artículos 24 y 25 LHL

Doctrina: El artículo 24.1.c) dice que “no se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil”, pero el tenor literal del precepto lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes posibles de determinación o cuantificación de la cuota de tasa: el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero no está excluyendo la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, fijándose el importe de la tasa, en este régimen general del artículo 24.1.a) LHL, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

De no aplicarse el “régimen especial de cuantificación”, y a falta de una exención objetivamente justificada, establecida por el legislador que introduce la tasa a favor de unos operadores determinados (los de telefonía móvil), debe resultar de aplicación el régimen general del apartado a) del artículo 24.1 LHL.

La exclusión de los servicios de telefonía móvil del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) de la LHL, no significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa, cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo.

De la Ley no resulta una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil.

Si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas, a efectos de los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, y del contenido del Real decreto 424/2005, y el régimen del artículo 24.1.c) es un régimen "especial" respecto del "régimen general" del artículo 24.1.a), debe incluirse en este régimen general a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas (los de telefonía móvil y el resto), que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria previsto en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, general tributaria, y en el artículo 14, en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución.

La reforma que, de la Ley 39/1988 reguladora de las haciendas locales, hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley.

Para la prestación de los servicios de telefonía móvil se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local —tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso—, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa.

La prestación de los servicios de telefonía móvil exige el empleo no solo de la red fija tendida por la propia compañía, sino también de las redes tendidas por las restantes compañías de servicios móviles, a las que se accede en virtud de los derechos de interconexión para el enlace con terminales móviles de sus clientes. En las llamadas iniciadas en teléfonos móviles con destinatarios en la red fija, resulta inevitable el empleo de las redes fijas tendidas en el dominio público local.

Por ello, también en este caso se realiza el hecho imponible de la tasa, ya que el artículo 24.1.c), párrafo cuarto, de la LHL, en la redacción dada por la Ley 51/2002, corrobora que el hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local se realiza por las empresas que prestan servicios de interés general "tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas."

No cabe desconocer la intensidad en el aprovechamiento del dominio público local por parte de las empresas operadoras de telefonía móvil, sin que se pueda compartir la tesis de que la utilización por el operador móvil recurrente de la red fija es mínima, pues no cabe olvidar que existe un aprovechamiento continuado de la red fija de telefonía por parte de las empresas operadoras en este sector. Si no se pudiera llevar a cabo ese aprovechamiento permanente del dominio público local a través del vuelo, suelo y subsuelo —incluyendo el cableado de telefonía fija—, no podrían las empresas operadoras en el sector de telefonía móvil prestar servicio a sus usuarios.

La legislación aplicable no establece criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculo, siempre que se respete el límite contenido en el artículo 24.1.a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de la utilidad o aprovechamiento en el mercado si los bienes no fuesen de dominio público.

Ante la libertad por parte de los entes locales de establecer fórmulas de cálculo de la referida tasa, siempre que se respeten los parámetros y criterios reseñados, es admisible que el Ayuntamiento, en el marco de libertad de regulación que la Ley aplicable permite, establezca un coeficiente de ponderación, acudiendo a la normativa existente tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en la de la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria.

La obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo, como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada.

La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales, es una cuestión de carácter infraconstitucional y, por lo mismo, excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales, a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad.

La decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio. Ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el artículo 24.1 CE cuando el juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario, o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio, y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita

Supuesto de hecho

Se impugna en alzada la sentencia dictada en fecha 30 de septiembre de 2008 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Barcelona, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad mercantil Vodafone España, S.A. contra la denegación, por el Ayuntamiento de Martó, del recurso de reposición deducido frente a la ratificación

de acta de disconformidad relativa a la tasa por ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de suministros de interés general, y aprobación de la liquidación resultante para el ejercicio de 2001.

El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de apelación y relaciona su doctrina anterior y la más reciente del Tribunal Supremo.

Fundamentos de Derecho

1. Primer antecedente: recurso contencioso denegado a Vodafone por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de diciembre de 2008 (cuyo objeto fue el acta de disconformidad relativa a la tasa por ocupación del suelo, subsuelo y vuelo de la vía pública a favor de las empresas explotadoras de suministros de interés general, y aprobación de la liquidación resultante para el ejercicio de 2004 por importe de 170.569,07 euros), que se fundamenta en otras sentencias anteriores del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias anteriores), como antecedente para resolver la apelación planteada. De esta argumentación deben destacarse los siguientes extremos:

1.1. Justificación económico-financiera de la tasa

El artículo 20.1 de la LTPP y el 25 de la LHL, exigen la realización, con carácter previo al establecimiento o modificación de la tasa, de una memoria económico-financiera o informe técnico económico que justifique la cuantía propuesta y ponga de manifiesto el valor de mercado de la utilidad derivada de la utilización privativa o aprovechamiento especial. La sentencia cita otras anteriores, que establecieron:

“(...) la doctrina jurisprudencial ha venido proclamando que en materia de tasas rige el principio de subsidiariedad o de equivalencia o equilibrio con el coste del servicio, en virtud del cual el establecimiento de la tasa tiene como objeto la financiación del servicio para el cual se exige. Por lo tanto, lo que legitima el cobro de una tasa es la provocación de un gasto o coste; de lo que se deriva la exigencia de justificar la exacción de las tasas mediante la memoria económica financiera impuesta por los indicados preceptos. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1997, 23 de mayo de 1998, 6 de marzo de 1999 y 1 de julio de 2003, entre otras (...)”

El Tribunal Superior de Justicia proyectará esta doctrina sobre un caso concreto: un informe económico que contiene la descripción de los datos relativos al valor del suelo efectivamente ocupado por la red de servicios generales (agua, gas, electricidad, telefonía, fibra óptica), en relación con los valores catastrales del municipio, de los que se extrae la valoración estimada del dominio público local afectado; junto con el importe de los ingresos provenientes de las tasas por ocupación de vuelo, suelo y subsuelo del año en curso y la estimación del siguiente, con especificación en cada caso de las cantidades correspondientes a ingresos brutos de la operadora telefónica.

En relación a tal informe, el Tribunal Superior de Justicia afirmará que: “(...) cumple con las previsiones de la normativa y jurisprudencia que han quedado expuestas, en la medida en que su contenido justifica las utilidades derivadas de la prestación de los servicios, en relación con los valores de

mercado tomados como referencia y, en definitiva, el principio de equivalencia de costes que establece el artículo 24 de la LHL.”

1.2. Fórmula de cálculo de la cuantía de la tasa

En relación a este extremo, el Tribunal Superior de Justicia establece que las empresas de telefonía móvil “(...) realizan el hecho imponible constitutivo de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, tanto si son titulares de las correspondientes redes como cuando, no siendo titulares de estas últimas, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas, en la medida en que el hecho imponible (...) está constituido, no tanto por la utilización privativa del dominio público como por el aprovechamiento especial del mismo, aprovechamiento que, indudablemente, lleva a cabo (...) aunque no sea titular de aquellas.”

1.3. Determinación del importe de la tasa

El artículo 24.1.a) LHL exige valorar la utilidad derivada de la ocupación concreta del dominio público que realice cada contribuyente en particular. En el caso de las operadoras de telefonía móvil, resulta de aplicación el régimen general, como consecuencia de la exclusión de los servicios de telefonía móvil del régimen especial de cuantificación de la tasa que se contiene en el artículo 24.1.c) de la Ley de haciendas locales, tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local si los bienes afectados no fuesen de dominio público.

El Tribunal Superior de Justicia también proyectará esta doctrina sobre un caso concreto. Utiliza como fórmula para el cálculo de la tasa para los servicios de telefonía móvil tres módulos:

—el primero es la red de telefonía útil para la telefonía móvil instalada en el municipio, y se refiere a la potencialidad de utilización del dominio público afectado en cualquier momento, con independencia de que aquella llegue a producirse (STS de 18 de noviembre de 2003), lo que justifica que sea común a los distintos operadores.

—el segundo, el valor de referencia del suelo municipal.

—el tercero, la delimitación individualizada de cada operador y su cuota de mercado en el municipio.

Debe destacarse de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia que no cabe “(...) sostener que resulte de imposible determinación el número de usuarios a los que se presta el servicio en el concreto municipio, habida cuenta que la empresa recurrente dispone de medios técnicos suficientes para ello, como resulta de la imprescindible y permanente adaptación de su actividad a las necesidades de los usuarios y, en defecto de colaboración por parte de la interesada, (...) la posibilidad de acudir a los datos extraídos de los informes anuales publicados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mediante la necesaria proyección a los distintos ámbitos territoriales.”

2. Segundo antecedente: recurso contencioso denegado a Telefónica Móviles de España, S.A. por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de junio de 2008 (cuyo objeto era la pretensión de nulidad de la Ordenanza fiscal número 16 del Ayuntamiento de Camprodón, reguladora de "la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros de interés general")

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias anteriores), como antecedente de la indicada sentencia para resolver la apelación planteada. De esta argumentación creemos de interés destacar lo siguiente:

Inexistencia de contradicción entre la LHL y la Ley general de telecomunicaciones.

El Tribunal no considera que exista contradicción entre tal Ley general de telecomunicaciones y la Directiva que transpone, de acuerdo con:

a) "(...) la STS de 16 de julio de 2007 estimó un recurso de casación en interés de la Ley, precisamente, por estimar errónea la tesis del Juzgado de entender que la regulación actual del sector de las telecomunicaciones, articulada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha venido a introducir una serie de requisitos y principios dirigidos a las tasas que gravan el sector (...) y el contenido de las normas que establece (la LGT) –singularmente en cuanto a las tasas por ocupación del dominio público– debe tener aplicación preferente respecto de la LHL, por ser Ley especial frente a la LHL, y además Ley posterior."

b) "(...) Las disposiciones comunitarias que se invocan van dirigidas a la exclusión de cualquier duplicidad o superposición sobre los servicios de telecomunicaciones, pero no cabe interpretarlas como excluyentes de la satisfacción de la correspondiente exacción cuando se utilice o aproveche especialmente el dominio público local, dado el carácter sinálgámico o bilateral de la contraprestación por tal utilización o aprovechamiento, que nada autoriza a entender haya de ser gratuito para las empresas de telefonía móvil (...)"

c) "(...) tal liberalización (la del sector de las telecomunicaciones), no puede implicar la pretendida gratuidad de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local."

3. Tercer antecedente: recurso contencioso denegado a Vodafone España, S.A. por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de julio de 2008 (cuyo objeto era la pretensión de nulidad de la liquidación de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro, ejercicio 2003, girada por el Ayuntamiento de Badalona en aplicación de la Ordenanza municipal núm. 24 del citado municipio, e indirectamente frente a la referida Ordenanza, en lo que atañe a la regulación de los servicios de telefonía móvil)

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias

anteriores), como antecedente de la indicada sentencia para resolver la apelación planteada. De esta argumentación creemos de interés destacar lo siguiente:

La exclusión de los servicios de telefonía móvil a que alude el artículo 24.1.c) del TRLHL, lo es única y exclusivamente en relación al régimen especial de cuantificación de la tasa, no al régimen general previsto en la letra a) del mismo precepto.

El Tribunal afirma al respecto:

"(...) los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica hacen obligado concluir, también en este caso, que la exclusión de los servicios de telefonía móvil a que alude el artículo 24.1.c) del TRLHL lo es única y exclusivamente en relación al régimen especial de cuantificación de la tasa, no al régimen general previsto en la letra a) del mismo precepto, en relación al que también deben entenderse comprendidas las empresas titulares de derechos de uso, acceso o interconexión a las redes de titularidad ajena, en la medida en que mediante su utilización se produce asimismo el hecho imponible de la tasa, consistente en el aprovechamiento especial del dominio público local, a tenor de lo preceptuado por los artículos 20 y siguientes del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales.

"(...) La sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2007, dictada en recurso de casación en interés de ley, ha tenido ocasión de señalar: 'En cualquier caso, una de las cuestiones suscitadas en el debate procesal de la instancia, la eventual contradicción entre el artículo 24.1.c) LRHL y la LGTecom., no podía resolverse mediante la consideración prevalente de esta última, por la simple utilización de los principios de *lex specialis* y *lex posterior*, olvidando la específica función que la primera de dichas leyes tiene, como ley básica, en el régimen local y singularmente del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE (cfr. artículo 1 del Texto refundido de la LRHL)'."

4. Cuarto antecedente: recurso contencioso denegado a France Telecom España por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 de septiembre de 2008 (cuyo objeto era la pretensión de nulidad de las liquidaciones de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del vuelo, suelo y subsuelo del dominio público municipal a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro, ejercicios 2003, 2004 y 2005, giradas por el Ayuntamiento de Badalona en aplicación de la Ordenanza municipal núm. 24 del citado municipio, e indirectamente frente a la referida Ordenanza, en lo que atañe a la regulación de los servicios de telefonía móvil)

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cita este recurso y su argumentación (fundamentada en otras sentencias anteriores), como antecedente de la sentencia citada para resolver la apelación planteada. De esta argumentación creemos de interés destacar lo siguiente:

Inexistencia de incompatibilidad con la Directiva 2002/20/CE, e innecesariedad de formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ante la solicitud, asimismo, de que el Tribunal Superior de Justicia plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en orden a la aplicación de la Directiva 2002/20/CE, con fundamento en una pretendida contradicción entre la Ordenanza fiscal y los artículos 12 y 13 de la mencionada Directiva o, cuando menos, en la existencia de una duda razonable respecto de la adecuación de la norma impugnada a esta última, se señaló por el Tribunal Superior de Justicia lo siguiente:

“(...) esta petición no resulta atendible por cuanto, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, solo cuando la interpretación cree problemas insolubles a juicio del órgano judicial procede reclamar la ayuda exegética del Tribunal de Luxemburgo. Se trata de la teoría del ‘acto claro’, que desarrolla la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1998, en los siguientes términos: ‘No procede plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE cuando se está ante la presencia de un *acto claro* (asunto Cilfif, sentencia de 6 de octubre de 1982), es decir, (a), cuando la cuestión sea materialmente idéntica a otra ya resuelta en vía prejudicial; (b), cuando ya exista una jurisprudencia del TJCE resolviendo el punto de derecho en causa, sea cual sea la naturaleza de los procedimientos que han dado lugar a esa jurisprudencia y aunque no haya una estricta identidad entre las cuestiones litigiosas; y, (c), cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone –al juez nacional– con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la forma de resolver la cuestión planteada –con la inteligencia de que la jurisdicción nacional debe estar convencida, también, de que la misma evidencia se impondrá a las jurisdicciones de otros Estados y al TJCE–. De modo que solo si estas condiciones se cumplen puede la jurisdicción nacional abstenerse de someter dicha cuestión prejudicial al TJCE y decidirse a resolverla bajo su propia responsabilidad.’

“Según se concluyó al respecto, tales dudas, a juicio de este Tribunal, no se aprecian en el supuesto que se discute en la presente resolución (...) a las que cabe añadir lo señalado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2007, dictada en recurso de casación en interés de ley (reproducida anteriormente).”

5. Argumentos de la resolución del recurso planteado en autos

Se desestima el recurso con cita de doctrina de las sentencias anteriores, pero creemos que debe destacarse, en relación a la aplicación del artículo 24 LHL, el argumento siguiente:

“(...) Del régimen legal que ya ha quedado reseñado –apartado I) del fundamento cuarto–, resulta, como hemos declarado reiteradamente en las sentencias que hemos transcrito –especialmente, apartado II) del mismo fundamento cuarto–, que el párrafo del artículo 24.1.c) TRLHL relativo a que ‘No se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los

servicios de telefonía móvil’, hace explícita referencia al régimen especial de cuantificación, de lo que en ningún caso puede concluirse, con desconocimiento de esos términos legales, que la exclusión haga referencia a toda la tasa en general, sino más bien lo contrario, esto es, que se excluyen los servicios de telefonía móvil del régimen especial de cuantificación, lo que, al menos implícitamente, significa que estarán incluidos en el régimen general de cuantificación de la tasa, el previsto en la letra a) del mismo precepto legal, siempre que tenga lugar la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de aquellos servicios de telefonía móvil.

“En definitiva, según nuestra reiterada conclusión al respecto, no podemos compartir la tesis de la demanda de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) TRLHL de los servicios de telefonía móvil signifique la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa, cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo.

“Las extensas alegaciones de la demanda sobre la tramitación parlamentaria de la Ley 51/2002 no desvirtúan tal conclusión. Precisamente, dado el carácter sinalagmático o bilateral de la contraprestación por la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local, del que resulta la exclusión de su gratuidad para las empresas de telefonía móvil, son elementales exigencias constitucionales las que obligan a su gravamen. El principio de generalidad de los tributos y el principio que veda cualquier enriquecimiento injusto quedarían vulnerados, por el contrario, de entenderse que el legislador no quería, como hizo, excluir la telefonía móvil del sistema de cuantificación del 1,5%, sino excluir cualquier tasa por aquellos aprovechamientos. En suma, la pretendida gratuidad de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas de telefonía móvil sería inconstitucional, siendo obligado el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al respecto.

“Por tanto, la pretensión principal de la demanda ha de rechazarse, pues no resulta de la Ley una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil. Así resulta del propio texto legal, respetuoso con los principios constitucionales, mientras que tal pretensión, basada en un supuesto ‘espíritu’ de la norma, resultaría inconstitucional.”

A su vez, que la negativa a formular una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vulnere el artículo 24 CE, se argumenta así:

“(...) La STC 58/2004 señala (FJ 9) que: ‘Es decir, ante una duda en la aplicación del Derecho comunitario, el juez o Tribunal interno está facultado para consultar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, salvo que se trate de un órgano judicial cuya resolución no sea susceptible de recurso ordinario en la vía interna, en cuyo caso, la facultad se torna,

en principio, en obligación, en orden a preterir un Derecho en beneficio del otro.

“Ahora bien, esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión planteada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 1991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81).’

“Y se añade en el FJ 10: ‘Así pues, en principio *la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es... una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales* (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4) porque, a semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC 17/1981, 133/1987, 119/1991 y 111/1993), la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irreversible, al órgano judicial que resuelve el litigio (SSTC 180/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2). Por este motivo hemos afirmado que, *sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por el recurrente, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye por sí mismo canon de constitucionalidad* (SSTC 28/1991, 64/1991), *ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita* (STC 201/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y en el mismo sentido SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 2; 203/1996, de 9 de diciembre, FJ 2; y ATC 296/1993, de 4 de octubre, FJ 2).

“En consecuencia la decisión de no plantear una cuestión prejudicial al amparo del art. 234 TCE –al igual que ocurre con la decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad al abrigo del art. 163 CE– no implica per se la lesión de las garantías previstas en el art. 24 CE, ni de quien pretendía dicho planteamiento y no obtuvo satisfacción a su pretensión, ni de quien, sin haberlo solicitado, pueda verse perjudicado por su no planteamiento’.”

6. Cita de la STS de 16 de febrero de 2009 que confirma todos los anteriores criterios

La STS de 16 de febrero de 2009, que desestima el recurso de casación núm. 5082/2005 interpuesto contra la sentencia de 30 de junio de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, confirma los criterios anteriores.

6.1. Respeto de las cuestiones generales

En su Fundamento de Derecho tercero, la sentencia del Alto Tribunal sienta las siguientes conclusiones:

“–El artículo 24.1.c) dice que ‘no se incluirán en este régimen especial de cuantificación de la tasa los servicios de telefonía móvil’, pero el tenor literal del precepto lo único que hace es excluir a las empresas de telefonía móvil de uno de los regímenes posibles de determinación o cuantificación de la cuota de tasa: el sistema especial del 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación, pero no está excluyendo la posibilidad de sujetar a los operadores de telefonía móvil a la tasa municipal por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, fijándose el importe de la tasa en este régimen general del artículo 24.1.a) LHL tomando como referencia el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de dicha utilización o aprovechamiento si los bienes afectados no fuesen de dominio público. De no aplicarse el ‘régimen especial de cuantificación’ y a falta de una exención objetivamente justificada, establecida por el legislador que introduce la tasa a favor de unos operadores determinados (los de telefonía móvil), debe resultar de aplicación el régimen general del apartado a) del artículo 24.1 LHL. No podemos compartir el criterio de que la exclusión del régimen especial de cuantificación de la tasa del artículo 24.1.c) de la LHL de los servicios de telefonía móvil significa la exclusión para tales servicios del régimen general de cuantificación de la tasa cuando efectivamente se produzca su hecho imponible y afecte al dominio público local, incluido el suelo, subsuelo y vuelo. De la Ley no resulta una exclusión del hecho imponible de la tasa por aprovechamiento especial del dominio público local para la prestación de los servicios de telefonía móvil.

“–Si tanto los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público como los operadores de telefonía móvil son operadores de comunicaciones electrónicas a efectos de los artículos 5 a 8 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones, y del contenido del Real decreto 424/2005, y el régimen del artículo 24.1.c) es un régimen ‘especial’ respecto del ‘régimen general’ del artículo 24.1.a), debe incluirse en este régimen general a los operadores expresamente excluidos del régimen especial. De lo contrario se estaría haciendo una distinción entre operadores de comunicaciones electrónicas (los de telefonía móvil y el resto) que podría ser contraria al principio de igualdad tributaria previsto en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, general tributaria, y en el artículo 14, en relación con el artículo 31.1, ambos de la Constitución.”

En el Fundamento de Derecho quinto se ratifica al efecto que: “La reforma que de la Ley 39/1988, reguladora de las haciendas locales, hizo la Ley 51/2002, tenía un objetivo bien definido: afirmar que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil quedan sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamientos especiales del dominio público local, aunque sea con sujeción al régimen general de determinación de su cuantía, previsto en el artículo 24.1.a) de la Ley. Porque para la prestación de dichos servicios de telefonía

móvil se utilizan las redes de telefonía tendidas en el dominio público local –tanto las tendidas por los operadores de servicios móviles, como las líneas de telefonía fija, a las que se accede en virtud de los correspondientes derechos de interconexión y acceso–, realizándose de ese modo el hecho imponible de la tasa que nos ocupa.”

En la parte final del mismo Fundamento de Derecho, el Alto Tribunal señala, entre otros extremos:

“–Que las empresas que prestan servicios de telefonía móvil reconocen que el servicio de telefonía móvil requiere para su prestación el empleo permanente e indiscriminado de redes de telefonía fija, tendidas en el dominio público local. La prestación de los servicios de telefonía móvil exige el empleo no solo de la red fija tendida por la propia compañía, sino también de las redes tendidas por las restantes compañías de servicios móviles, a las que se accede en virtud de los derechos de interconexión para el enlace con terminales móviles de sus clientes. En las llamadas iniciadas en teléfonos móviles con destinatarios en la red fija, resulta inevitable el empleo de las redes fijas tendidas en el dominio público local.

“–Que, por ello, también en este caso se realiza el hecho imponible de la tasa, ya que el artículo 24.1.c), párrafo cuarto, de la LHL, en la redacción dada por la Ley 51/2002, corrobora que el hecho imponible de la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local se realiza por las empresas que prestan servicios de interés general ‘tanto si son titulares de las correspondientes redes a través de las cuales se efectúan los suministros como si, no siendo titulares de dichas redes, lo son de derechos de uso, acceso o interconexión a las mismas.’ En el mismo sentido, las SSTS de 10 y 18 de mayo y 21 de noviembre de 2005.

“–Que no cabe desconocer la intensidad en el aprovechamiento del dominio público local por parte de las empresas operadoras de telefonía móvil, sin que quepa compartirse la tesis de que la utilización por el operador móvil recurrente de la red fija es mínima, pues no cabe olvidar que existe un aprovechamiento continuado de la red fija de telefonía por parte de las empresas operadoras en este sector. Si no se pudiera llevar a cabo ese aprovechamiento permanente del dominio público local a través del vuelo, suelo y subsuelo –incluyendo el cableado de telefonía fija– no podrían las empresas operadoras en el sector de telefonía móvil prestar servicio a sus usuarios.”

6.2. Sobre la invocada vulneración de los artículos 24.1.a) y 25 LHL

En la STS de 16 de febrero de 2009 se afirma:

“a) Que la legislación aplicable no establece criterios de referencia ni imposición alguna para el cálculo del importe de la tasa, motivo por el cual las corporaciones locales pueden establecer diferentes formas de cálculo siempre que se respete el límite contenido en el artículo 24.1 .a), es decir, que se ha de tomar como referencia el valor de la utilidad o aprovechamiento en el mercado si los bienes no fuesen de dominio público.

“b) Que por ese motivo, y ante la libertad por parte de los entes locales de establecer fórmulas de cálculo de la referida

tasa, siempre que se respeten los parámetros y criterios reseñados, es admisible que el Ayuntamiento, en el marco de libertad de regulación que la Ley aplicable permite, establezca un coeficiente de ponderación, acudiendo a la normativa existente tanto en la determinación del valor del dominio público afectado como en el de la utilización de ese dominio público, acudiendo a valores existentes en la normativa tributaria.

“c) Que, atendiendo a la naturaleza del aprovechamiento que realizan las empresas de telefonía móvil, el valor de mercado de la utilidad podría haberse determinado utilizando criterios distintos, pero es indudable que la Ordenanza en cuestión y el Informe técnico elaborado, descansan sobre criterios que, con independencia de que se compartan o no, aparecen explicitados con la suficiente claridad, de modo que no puede considerarse infringido, en ningún caso, el artículo 25 de la LHL.”

6.3. Sobre el contenido del informe técnico-económico

El Tribunal Superior de Justicia señala que, siendo el informe técnico-económico de autos mucho más completo y detallado que el enjuiciado en la repetida STS de 16 de febrero de 2005, hemos de ratificar nuestro criterio en base a las consideraciones del Alto Tribunal al respecto:

“–No cabe argüir que no se tiene en cuenta para el cálculo del importe de la tasa la intensidad de uso, máxime si tenemos en cuenta que el tiempo de duración del aprovechamiento, así como el coeficiente aplicable a cada operador según su cuota de mercado en el municipio, son parámetros que están midiendo de forma exacta y precisa la intensidad de uso.

“–No puede admitirse que al fijar la cuantía de la tasa deba valorarse la utilidad derivada para cada contribuyente en concreto de la utilización o aprovechamiento especial del dominio público local que dicho contribuyente haga en particular, pues la Ordenanza es necesariamente una disposición general y abstracta que no puede contener una regulación *intuitu personae*, sino que se limita a valorar tal utilidad en términos generales para las empresas que prestan las distintas clases de servicios de suministro. Otra cosa bien distinta es que se tenga en cuenta la intensidad en el aprovechamiento, para que la cuantía de la tasa sea distinta según contribuyentes, pero esto también lo hace la Ordenanza, que para conseguir que la cuantía de la tasa guarde alguna relación con la intensidad del aprovechamiento introduce algunos factores de corrección como el número de usuarios a los que se presta el servicio en el municipio, que obviamente algo tendrá que ver con la intensidad en el uso de las redes tendidas en el dominio público local.

“–No se puede aceptar que se reclame una diferenciación según la intensidad en el uso del demanio y luego se impugne el criterio que se emplea –el del número de usuarios– que alguna relación tiene, necesariamente, con la intensidad en el uso de las redes. Menos todavía cuando se afirma que no es técnicamente posible determinar el número de usuarios a los que presta el servicio en el término municipal, cuando debería bastar al efecto, por ejemplo, con localizar –lo que indiscutiblemente es posible– los clientes de la empresa de telefonía móvil que tienen su domicilio en dicho término municipal.

“—Los parámetros indicados no pueden ser considerados, de ninguna manera, como una fórmula encubierta para lograr gravar a las empresas operadoras en el sector de la telefonía móvil con el 1,5% de los ingresos brutos, tal y como establece el artículo 24.1.c) de la Ley reguladora de las haciendas locales, máxime cuando el suministro de telefonía

móvil está expresamente excluido, sino que es un prudente criterio que nos permite el cálculo del importe final de la tasa, respetando los principios de proporcionalidad, equidad en la distribución de la carga tributaria e igualdad tributaria.”

Por todo ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso de apelación.

4. Patrimonio de las administraciones públicas

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Allí donde se produzca una adquisición coactiva de un bien o de un derecho por el poder público sin seguir los trámites esenciales de declaración de utilidad pública o interés social, mediando la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, cabe hablar de actuación material

Para que tenga lugar la prescripción extraordinaria como medio de adquisición de los terrenos a favor de la Administración, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. La existencia de una vía de hecho impide admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica, en el sentido del artículo 1959 del Código Civil, y, tratándose de la posesión adquirida de manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *versus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo.

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª. Jurisdicción contencioso-administrativa. Recurso de apelación núm. 406/2009

Fecha: 25 de junio de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Marcial Viñol y Palop

Demandante: Particulares

Demandado: Ayuntamiento de Madrid

Doctrina: La noción de vía de hecho funciona como un reactivo para amparar al propietario que se ve privado de sus bienes por una Administración que no ha seguido los trámites exigidos por el legislador, en garantía de su derecho de propiedad; tiene, precisamente por ello, un carácter expansivo. De este modo, allí donde se produzca una adquisición coactiva de un bien o de un derecho por el poder público sin seguir los trámites esenciales de declaración de utilidad pública o interés social, mediando la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, cabe hablar de actuación material, no amparada por el ordenamiento jurídico, pues, en tales tesituras, están ausentes las razones que justifican la atribución a la Administración de unas singulares prerrogativas, que solo se le reconocen para que promueva con objetividad los intereses generales (artículo 103, apartado 1, de la Constitución).

No cabe confundir el destino que el Plan General de Ordenación dé a un determinado terreno como vial y su vinculación al mismo, con la adquisición por el Ayuntamiento de dicho terreno, adquisición que no se produce de modo automático con la aprobación del planeamiento urbanístico oportuno, sino a través de la ejecución del planeamiento.

Para que tenga lugar la prescripción extraordinaria como medio de adquisición de los terrenos sobre los que se plantea la controversia, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

La ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa, coloca a la Administración en el terreno de las llamadas vías de hecho.

La existencia de una vía de hecho impide admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil.

Tratándose de la posesión adquirida de manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *versus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapion a los actos de posesión que se benefician de ella.

El artículo 1959 del Código no puede entenderse desconectado de los demás que regulan la prescripción con carácter general, entre los cuales figura el artículo 1941 del Código Civil, que precisamente determina que la posesión hábil para la prescripción “ha de ser en concepto de dueño”, estableciendo el artículo 447 del mismo texto legal que solo la posesión que se adquiere en concepto de dueño puede servir para obtener el dominio.

Que la posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya mediante actos inequívocos, claros y ciertos para el tráfico jurídico.

Supuesto de hecho

Los titulares registrales de unos terrenos, interponen recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra la actuación material del Ayuntamiento de Madrid constitutiva de vía de hecho, consistente en la ocupación de los terrenos de

los que son titulares registrales, y la realización de obras de acondicionamiento, asfaltado, colocación de aceras y establecimiento de aparcamiento.

Alegan en el recurso de apelación que ha quedado debidamente acreditada la titularidad de los terrenos, la inexistencia de procedimiento de gestión urbanística que hubiese provocado la transmisión o cesión de los terrenos, y su ocupación para trabajos de asfaltado, acerado y establecimiento de aparcamiento.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid estima el recurso de apelación.

Fundamentos de Derecho

La sentencia objeto de apelación desestima el recurso presentado, en base a entender que, tras la escasa actividad probatoria, no ha quedado acreditado que la Administración haya actuado en vía de hecho, al no constar que, solicitándose la recuperación de la posesión, la finca ocupada estuviera materialmente ocupada por los recurrentes en fecha anterior a las obras de urbanización. La sentencia recurrida sostiene que dicha finca era utilizada como calle o vial público tal y como figura en los planes de ordenación urbana desde el año 1946, concluyendo, tras afirmar que deben acudir a la jurisdicción civil para obtener una declaración a su favor de la propiedad de la finca cuestionada, que no existen presupuestos fácticos y jurídicos para estimar la existencia de la vía de hecho, ya que la actuación administrativa estaba amparada por los planes de ordenación urbana y la propia situación material de la finca.

El Tribunal Superior de Justicia señala que, en el presente caso, ni se discute la propiedad de los terrenos ocupados, acreditada fehacientemente por los apelantes a través de la documental registral obrante en el expediente administrativo, ni la realidad de la ocupación de los mismos para la realización de obras de urbanización, ni mucho menos, como se afirma en la sentencia, se está pidiendo una declaración a favor de los recurrentes de la propiedad de la finca.

El Tribunal, al analizar la sentencia recurrida, niega que pueda sostenerse la inexistencia de vía de hecho por parte de la Administración, porque su actuación está amparada por el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, que desde el año 1946 ha calificado dicho terreno como vial público. Asevera que: "(...) no cabe confundir el destino que el Plan General de Ordenación de a un determinado terreno como vial y su vinculación al mismo, lo cual en el presente caso no se discute, con la adquisición por el Ayuntamiento de dicho terreno, adquisición que no se produce de modo automático con la aprobación del planeamiento urbanístico oportuno, sino a través de la ejecución del planeamiento y de acuerdo con los sistemas de actuación determinados en el Reglamento de gestión (...) De lo expuesto se deduce que, si bien la parcela de los recurrentes está calificada como red viaria en el Plan General de Ordenación vigente, dicho plan no ha sido desarrollado en su totalidad a través del corres-

pondiente sistema de gestión, por lo que la Administración no ha adquirido la propiedad del terreno para destinarlo a viario público."

En tal sentido, el Tribunal Superior de Justicia hace mención expresa a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia dictada en el recurso núm. 5503/2005, donde se establece:

"En efecto, nuestra jurisprudencia más reciente [véanse las sentencias de 22 de septiembre de 2003 (casación 8039/99, FJ 2º) y 19 de abril de 2007 (casación 7241/02, FJ 4º)], heredera de una doctrina ya secular, considera que la Administración incurre en vías de hecho tanto cuando usa potestades que no le han sido conferidas por el legislador como cuando, disponiendo de las mismas, las ejercita al margen del procedimiento establecido. (...) Esta estructura dual de la noción de 'vía de hecho' se encuentra presente, como si fuera el negativo de su fotografía, en el artículo 101 LRJPAC, cuando dispone que no se admiten interdictos (los actuales procedimientos especiales de protección posesoria de la vigente Ley de enjuiciamiento civil), frente a los órganos administrativos que desenvuelvan materias propias de su competencia con arreglo al procedimiento legalmente establecido, idea que subyace, ya en positivo, al texto del artículo 125 de la Ley de expropiación forzosa, al permitir que los administrados acudan a esa clase de remedios excepcionales frente a la Administración que ocupa, o lo intenta, un bien de su propiedad obviando las garantías básicas del procedimiento expropiatorio. Como se ve, las vías de hecho despojan a la Administración de sus privilegios y prerrogativas, colocándola en pie de igualdad con los particulares.

"(...) no vale sostener, como hace la Administración recurrente, que existía una apariencia de que el propietario del terreno era el Ayuntamiento (...) La Administración expropiante se encuentra obligada a entenderse con el propietario de la cosa o titular del derecho expropiado, esto es, con quien, salvo prueba en contrario, aparezca como tal en los registros públicos que, como el de la propiedad (...), produzcan presunción de titularidad únicamente destruible mediando intervención judicial (...) el artículo 3 de la Ley de expropiación forzosa, rectamente entendido, impone a la Administración la carga de indagar la titularidad dominical del bien expropiado, lo que la compele, tratándose de inmuebles, a dirigirse al Registro de la Propiedad o, si fuera menester, a los registros y archivos administrativos correspondientes.

"(...) La noción de vía de hecho, que funciona como un reactivo para amparar al propietario que se ve privado de sus bienes por una Administración que no ha seguido los trámites exigidos por el legislador en garantía de su derecho de propiedad, tiene, precisamente por ello, un carácter expansivo que no admite interpretaciones estrictas como la defendida por la Comunidad de Madrid. De este modo, allí donde se produzca un adquisición coactiva de un bien o de un derecho por el poder público sin seguir los trámites esenciales de declaración de utilidad pública o interés social,

mediando la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes, cabe hablar de actuación material, no amparada por el ordenamiento jurídico, pues, en tales tesituras, están ausentes las razones que justifican la atribución a la Administración de unas singulares prerrogativas, que solo se le reconocen para que promueva con objetividad los intereses generales (artículo 103, apartado 1, de la Constitución.”

En cuanto a la posibilidad de que el Ayuntamiento haya adquirido el terreno por usucapión, el Tribunal Superior de Justicia lo niega al amparo de la postura mantenida por el Tribunal Supremo sobre tal posibilidad en la sentencia de 12 de diciembre de 2006, en la que se citan a su vez otras dos sentencias del Tribunal Supremo, de las que debe destacarse la STS de 30 de septiembre de 2004 (Rec. 2599/2000), que establece que:

“(…) esta Sala tiene establecido que la adquisición de bienes para el dominio público puede operarse por medios o modos de Derecho Administrativo y también de Derecho Privado, entre ellos la prescripción adquisitiva o usucapión. (...) La prescripción extraordinaria (...) se produce por el transcurso de treinta años en posesión de un bien inmueble sin necesidad de justo título y de buena fe (artículo 1959 del Código Civil). A su vez, (...) dicha posesión ‘ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida’, pues son estos requisitos generales que el Código Civil exige a fin de que la posesión pueda aprovechar para la usucapión de bienes inmuebles en cualquiera de sus modalidades.

“La ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa comporta una vulneración de la garantía indemnizatoria que la Constitución reconoce en favor de la propiedad como derecho fundamental (artículo 33 de la Constitución) y coloca a la Administración en el terreno de las llamadas vías de hecho, que se producen, entre otros supuestos, cuando la Administración actúa totalmente al margen del procedimiento establecido.

“Cuando estas circunstancias ocurren resulta imposible admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil. No cabe, sin embargo, descartar –y para ello es menester un examen de las circunstancias del caso– que una posesión adquirida de manera no pacífica por la Administración pueda pasar a serlo por el consentimiento o la pasividad posterior del propietario, pues la jurisprudencia civil exige que el carácter no pacífico de la posesión, manifestada por la oposición del *versus dominus*, tenga una continuidad en el tiempo.

“Es cierto que tratándose, sin embargo, de la posesión adquirida de esta manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *versus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo (...).

“Así, el hecho de que no se produzca una reacción inmediata de los propietarios por la vía de los interdictos o de

los remedios jurídicos establecidos contra la vía de hecho, y de que no se impugne después la ocupación realizada por la Administración, no permitirá siempre entender que la posesión, inicialmente no pacífica, ha pasado a serlo, pues (...) la sujeción al principio de legalidad que debe presidir su actuación, permiten confiar al particular afectado en que la propia Administración, de haber procedido de manera no adecuada al ordenamiento jurídico, ajustará a él las consecuencias de su conducta remediando la agresión sufrida. Cabe por ello imputar a tolerancia actitudes que si fuera otro el sujeto ocupante de los bienes, podrían ser reveladoras de una pasividad ante la ocupación violenta suficiente como enervar la naturaleza no pacífica de la posesión (...).”

El Tribunal Superior de Justicia resume la doctrina del Tribunal Supremo del siguiente modo:

“Para que tenga lugar la prescripción extraordinaria como medio de adquisición de los terrenos sobre los que se plantea la controversia, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

“La ocupación por el poder público de un bien inmueble, que permanece en posesión de su dueño, sin seguir los trámites que exige la normativa sobre expropiación forzosa coloca a la administración en el terreno de las llamadas vías de hecho.

“La existencia de una vía de hecho impide admitir que la posesión así adquirida pueda considerarse pacífica en el sentido del artículo 1959 del Código Civil.

“Tratándose de la posesión adquirida de manera no pacífica por el poder público, la existencia de actos del *versus dominus* que restituyan a la posesión su carácter pacífico debe valorarse de modo restrictivo, dada la situación de preponderancia que la Administración ostenta en virtud del ejercicio del poder, de tal suerte que los actos de aparente aquiescencia a la posesión pueden obedecer fácilmente a mera tolerancia por parte del dueño, la cual, según el artículo 1942 del Código Civil, no confiere eficacia para la usucapión a los actos de posesión que se benefician de ella.

“El artículo 1959 del Código no puede entenderse desconectado de los demás que regulan la prescripción con carácter general, entre los cuales figura el artículo 1941 del Código Civil, que precisamente determina que la posesión hábil para la prescripción ‘ha de ser en concepto de dueño’ estableciendo el artículo 447 del mismo texto legal que solo la posesión que se adquiere en concepto de dueño puede servir para obtener el dominio.

“Que la posesión en concepto de dueño ha de basarse en actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, sin que baste la mera tenencia material, sino que a ella se añadirá la intención de haber la cosa como suya mediante actos inequívocos, claros y ciertos para el tráfico jurídico.”

Proyectada esta doctrina sobre el caso concreto, entiende que no concurre la prescripción, por una razón fundamental: “(...) En el presente caso, solo existe como acto claro

de poseer la propiedad en concepto de dueño el hecho de proceder a la urbanización, la cual, según manifestaciones de los propietarios, tuvo lugar en el año 2006, por lo que no ha transcurrido el plazo legalmente establecido para que tenga lugar la alegada prescripción adquisitiva por parte de la corporación local demandada.”

Por ello estima el recurso de apelación interpuesto, revoca la sentencia y condena a la Administración a que cese en la actuación constitutiva de vía de hecho y la restitución de la posesión a sus propietarios.

E) Jurisdicción civil

Tribunal Supremo. El tema de la edificabilidad es importante económica y socialmente y está sumamente regulado en la normativa administrativa, pero no lo está en la civil. No cabe por ello la aplicación del artículo 1470 del Código Civil (expresión del requisito de integridad en el cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa que si es por defecto se aplica el artículo 1469 y si es por exceso, el 1470) a un contrato de permuta celebrado, por el que se transmitía una determinada parcela de 6.600 m², a cambio de otro bien inmueble, con una edificabilidad de 12.362 m², siendo así que la verdadera era de 14.057,14 m². La cosa que se da y la otra que se recibe, como establece el artículo 1538, lo han sido como cuerpo cierto, lo que hace inaplicable el artículo 1470

Órgano: Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Recurso de casación núm. 304/2005. Jurisdicción civil

Sentencia: Número 517/2009

Fecha: 30 de junio de 2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

Demandante: La Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S.A. (AGESA)

Demandada: Junta de Andalucía

Disposiciones analizadas: Artículos 1469, 1470 y 1538 del Código Civil

Doctrina: La cosa que se da y la otra que se recibe, como dice el artículo 1538, lo han sido como cuerpo cierto, lo que hace inaplicable el artículo 1470. Si bien es cierto que el volumen de la edificabilidad era mayor que el previsto en el contrato y que el aprovechamiento urbano se halla en el volumen y no en la altura y que, por ende, determina el valor del terreno, ello no está recogido en el Código Civil. El Código no permite fundar una pretensión en un aumento o disminución del volumen de edificabilidad en relación con el previsto contractualmente, en tanto que los preceptos legales se están refiriendo a un error sobre la cabida, concepto este distinto al del volumen de edificabilidad, y que se identifica con la extensión superficial de la finca, atendida su superficie horizontal planimétrica, por lo que es clara la inaplicabilidad de los artículos 1469 y 1470 del Código Civil.

La realidad social, como elemento de interpretación de las normas jurídicas, es el que más ha contribuido a la evolución en la aplicación de las mismas, y tiene especial importancia al analizar la realidad del momento actual, tan distinto al de finales del siglo XIX, y evitar que la norma vaya contra ella. Sin embargo, como dice la sentencia de 26 de febrero de 2004, este elemento “no puede tergiversar la Ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria”, y tal como decía la de 18 de diciembre de 1997, “no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto.”

La base de la analogía es la identidad de razón (semejanza que es destacada por las sentencias de 21 de noviembre de 2000, 5 de febrero de 2004 y 28 de junio de 2004), que comprende los dos presupuestos de falta de norma e igualdad esencial

Supuesto de hecho

La Sociedad Estatal de Gestión de Activos, S.A. (AGESA) formuló demanda frente a la Junta de Andalucía, fundada en el artículo 1470 del Código Civil, aplicable conforme al artículo 1541 del mismo Código, por razón de un contrato de permuta celebrado en escritura pública de 21 de julio de 2000, por el que, entre otras, se transmitía una determinada parcela de 6.600 m² con una edificabilidad de 12.362 m², siendo así que la verdadera era de 14.057,14 m². Se celebró

un contrato de permuta y el inmueble objeto del proceso se determinó como cuerpo cierto, y se fijó no un precio sino una cosa a cambio.

La esencia de la demanda era la reclamación de la cantidad correspondiente al exceso no ya de cabida a que se refiere el artículo 1470, sino al exceso de edificabilidad. La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5ª, de Sevilla, de 18 de octubre de 2004, revocando la de primera instancia, desestimó la demanda, por entender que la citada

norma se refiere a la diferencia de cabida dentro de los límites físicos, no a los de carácter urbanístico, es decir, a la capacidad de superficie edificable de la parcela, que no es objeto de regulación en la citada norma, que exclusivamente se refiere a un defecto real de superficie, no de edificabilidad.

El abogado del Estado interpone recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestima.

Fundamentos de Derecho

El primer motivo se formula por infracción, por interpretación errónea, de este artículo 1470 del Código Civil. Dicha norma es expresión del requisito de integridad en el cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa que, si es por defecto, se aplica el artículo 1469, y, si es por exceso, el 1470; en uno y otro caso, el precio debe estar fijado por unidad de medida y no por precio alzado (artículo 1471) ni como cuerpo cierto (sentencias de 26 de junio de 1956, 16 de febrero de 1997, 29 de mayo de 2000).

En el presente caso, se celebró un contrato de permuta el 21 de julio de 2000, y el inmueble objeto del proceso se determinó como cuerpo cierto, y se fijó, no un precio, sino una cosa a cambio. Dice el Tribunal Supremo: "Prender la aplicación al caso del artículo 1470 por mor de la remisión al contrato de compraventa que hace el artículo 1541 sobre la permuta, no tiene sentido y el motivo se desestima."

La argumentación es la que sigue:

"(...) la cosa que se da y la otra que se recibe, como dice el artículo 1538, lo han sido como cuerpo cierto, lo que hace inaplicable el artículo 1470 (...) si bien es cierto, como se dice en él, que el volumen de la edificabilidad era mayor que el previsto en el contrato y que el aprovechamiento urbano se halla en el volumen y no en la altura y que, por ende, determina el valor del terreno, ello no está recogido en el Código Civil y, como ya dijo la sentencia de esta Sala de 31 de octubre de 1992 que ahora se reitera, el demandante y ahora recurrente funda su pretensión en un aumento o disminución del volumen de edificabilidad en relación con el previsto contractualmente, en tanto que los preceptos legales se están refiriendo a un error sobre la cabida, concepto este distinto al del volumen de edificabilidad, y que se identifica con la extensión superficial de la finca, atendida su superficie horizontal planimétrica, por lo que es clara la inaplicabilidad al presente caso de los artículos 1469 y 1470 del Código Civil."

El motivo segundo del recurso de casación alega la infracción del artículo 3.1 del Código Civil, en cuanto la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas. La argumentación que apoya el motivo es que en el momento actual es mucho más importante la edificabilidad que la superficie de un suelo, lo que es cierto, pero lo que no es cierto es que pueda extenderse la aplicación de dicha norma a algo

que no está previsto; quizá debería estarlo, pero mientras no se reforme, no lo está.

La desestimación del motivo se funda en lo siguiente:

"La realidad social, como elemento de interpretación de las normas jurídicas, es el que más ha contribuido a la evolución en la aplicación de las mismas y tiene especial importancia al analizar la realidad del momento actual, tan distinto al de finales del siglo XIX, y evitar que la norma vaya contra ella. Sin embargo, como dice la sentencia de 26 de febrero de 2004, este elemento 'no puede tergiversar la Ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria', y tal como decía la de 18 de diciembre de 1997, 'no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto.'

"En el caso presente, no cabe, basándose en este elemento de interpretación de la norma, aplicarla al caso que no está contemplado (...)"

El tercero de los motivos del recurso de casación se formula por inaplicación del artículo 4.1 del Código Civil, porque la sentencia recurrida no ha aplicado analógicamente el mismo criterio que inspira el artículo 1469 por lo que respecta a una mejor calidad de la finca. En este motivo se reitera prácticamente lo argumentado en el anterior. La parte recurrente pretende, con esta alegación, resolver a su favor la pretensión a base de la aplicación por medio de la analogía de lo previsto para las diferencias de cantidad y calidad en la entrega de los inmuebles en los artículos 1469 y 1470 del Código Civil a la cuestión de diferencias en la edificabilidad.

Todo ello no es posible, en palabras del Tribunal Supremo, porque: "(...) La analogía pretende resolver el caso de la laguna de la Ley y no puede considerarse tal cosa, cuando en un contrato se produce una discordancia, un error o una falta de previsión. El tema de la edificabilidad es importante económica y socialmente y está sumamente regulado en la normativa administrativa, pero no lo está en la civil. Siendo la base de la analogía la identidad de razón (semejanza que es destacada por las sentencias de 21 de noviembre de 2000, 5 de febrero de 2004, 28 de junio de 2004) *-ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet-*, que comprende los dos presupuestos de falta de norma e igualdad esencial, no se da en el caso presente. La normativa no regula los excesos o defectos de edificabilidad, al igual que no regula tantas otras cuestiones de divergencia que se pueden dar en la compraventa, tanto de inmuebles como de cosas muebles. El que no contemple una determinada cuestión no permite que se pueda aplicar por analogía otra distinta."

Por ello el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación y ratifica la sentencia recurrida.

F) Jurisdicción penal

Tribunal Supremo. La directa relación entre los datos del padrón y los electores que figuran en el censo es manifiesta e indiscutible. Una de las formas más eficaces de manipular el censo es mediante la manipulación del padrón de residentes, por el hecho de que el empadronado tiene el derecho a reclamar a la Junta Electoral cuando su nombre no aparece en el censo. La vinculación entre padrón y censo electoral y la modificación irregular del padrón como *modus operandi* para la alteración ilegal del censo, han sido declaradas por el Tribunal Supremo de manera sistemática, al examinar qué conductas constituyen el ilícito penal tipificado en el artículo 139.1 de la LOREG

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sección 1ª. Jurisdicción penal. Recurso de casación núm. 1798/2008

Resolución: Sentencia núm. 511/2009

Fecha: 14 de mayo de 2009

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo

Doctrina: El artículo 139.1 LOREG es una norma penal en blanco que debe complementarse con "las normas legalmente establecidas para la formación (...) del censo electoral."

La directa relación entre los datos del padrón y los electores que figuran en el censo es manifiesta e indiscutible. Y es claro que si este último puede alterarse de otras maneras, no cabe poner en duda que una de las más eficaces para conseguirlo es mediante la manipulación del padrón de residentes sobre el que se elabora el censo electoral, y que otorga el derecho al empadronado a reclamar a la Junta Electoral cuando su nombre no aparece en el mismo, justamente lo que aquí sucedió.

La vinculación entre padrón y censo electoral, o, dicho de otra forma, la modificación irregular del padrón como *modus operandi* para la alteración ilegal del censo, ya ha sido declarada por esta Sala, como en la STS de 24 de octubre de 2005, y STS de 18 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8142)

Supuesto de hecho

Con anterioridad al mes de enero de 2007, y sobre todo durante ese mes, pidieron la incorporación al padrón de habitantes de Villa del Rey 11 personas, entre ellas la entonces secretaria municipal del Ayuntamiento, siendo incorporadas como tal, pero sin que fueran incorporadas al censo electoral por un problema informático de comunicación, si bien y realizadas las oportunas reclamaciones a este censo en el mes de abril de 2007, fueron estimadas sus peticiones y las mismas se incorporaron a ese censo.

Estas solicitudes fueron registradas por una persona que estaba contratada como auxiliar de biblioteca, si bien realizaba funciones de auxiliar administrativo en ese Ayuntamiento.

El alcalde que aprobó la incorporación de estas 11 personas a ese padrón era Hugo, siendo algunos de estos empadronados familiares más o menos directos del mismo. La secretaria en ese tiempo era Josefina, que estuvo ocupando la Secretaría del Ayuntamiento hasta el 9 de marzo de 2007, en que el secretario titular tomó posesión.

En ninguno de estos empadronamientos se aportó documentación alguna para acreditar la residencia de los

solicitantes en la localidad, y ninguna de las instancias fue registrada en el Ayuntamiento.

Villa del Rey contaba el 1 de julio de 2006 con apenas 137 habitantes empadronados e incluidos en el censo electoral, incluidos los que se han reseñado, cuando se celebraron las elecciones municipales de 2007. Se emitieron 132 votos. En el nuevo Ayuntamiento surgido de las elecciones municipales del 27 de mayo de 2007, el anterior alcalde y acusado, Hugo, fue el más votado de una de las listas presentadas, con 50 sufragios.

La Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia por la que absolvía del delito electoral y de prevaricación, de que venían siendo acusados, a Hugo, Berta y Josefina; y de delito electoral, a Cecilio.

Dicha sentencia es recurrida en casación por el Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo revoca la sentencia y condena a Hugo como autor criminalmente responsable de un delito electoral del artículo 139.1 LOREG.

Fundamentos de Derecho

El fiscal sostiene que los acusados Hugo y Josefina conocían y consintieron, si no promovieron, las altas en el padrón municipal en fechas inmediatamente próximas a la celebración de las elecciones, y eran conscientes, igualmente, de la incidencia en el resultado electoral de tales inclusiones, al tratarse de un municipio con 128 votantes que contó, con los "nuevos vecinos", con 137 votantes, entendiéndose que su conducta constituye la concreción fáctica de la previsión típica contemplada en el artículo 139.1 de la LOREG.

Rechaza el fiscal recurrente la argumentación del Tribunal sentenciador cuando sostiene que, aun reconociendo expresamente en el fundamento jurídico quinto que: "lo único que consta es quizás una dejación de la comprobación pormenorizada de que efectivamente esos solicitantes residieran más tiempo en el pueblo que en otro sitio distinto", el Tribunal llega a la conclusión de que: "debemos convenir que esta cierta dejación puede poner de relieve una mala llevanza de determinadas obligaciones administrativas, pero sin que ello pueda constituir, y menos aún, que de ello podamos deducir el dolo específico que exige ese artículo 139.1 LOREG."

El Tribunal de instancia establece que los hechos no constituyen el delito tipificado en el artículo 139.1 LOREG, fundamentando su decisión en el hecho de que las personas

que se empadronaron declararon que pidieron su inclusión en el censo por voluntad propia, lo que excluiría la actuación intencionada que sostiene la acusación de incorporar al censo electoral a esas personas con el propósito de alterar el mismo.

El Tribunal Supremo concluye la existencia de una conducta delictiva en base a que:

“(…) Una valoración mínimamente racional de este cúmulo de datos pone de manifiesto que el empadronamiento de estas nueve personas a las que se refiere el fiscal, excede con mucho de esa ‘cierta dejación’ en la llevanza de los expedientes de empadronamiento por parte de los dos funcionarios municipales encargados de esta función (uno de los cuales era, precisamente, la hija del alcalde), que tampoco requirieron a los interesados la documentación legalmente exigida a tal fin.

“El artículo 139.1 LOREG es una norma penal en blanco que debe complementarse con ‘las normas legalmente establecidas para la formación (...) del censo electoral’, lo que, en el presente caso, nos remite a los artículos 32 y 35 de la misma Ley, donde se especifican las obligaciones de los ayuntamientos en relación a la formación del censo de electores y, en concreto, sobre las altas y las bajas de los residentes en el municipio (empadronamiento) para que la Junta Electoral

correspondiente actualice el censo electoral. La directa relación entre los datos del padrón y los electores que figuran en el censo es manifiesta e indiscutible. Y es claro que si este último puede alterarse de otras maneras, no cabe poner en duda que una de las más eficaces en conseguirlo es mediante la manipulación del padrón de residentes sobre el que se elabora el censo electoral, y que otorga el derecho al empadronado a reclamar a la Junta Electoral cuando su nombre no aparece en el mismo, justamente lo que aquí sucedió.

“La vinculación entre padrón y censo electoral, o, dicho de otra forma, la modificación irregular del padrón como *modus operandi* para la alteración ilegal del censo, ya ha sido declarada por esta Sala, como en la STS de 24 de octubre de 2005, y STS de 18 de octubre de 2006.”

Por ello el Tribunal Supremo condena al acusado Hugo, como autor criminalmente responsable de un delito electoral del artículo 139.1 de la Ley orgánica del régimen electoral general, a la pena de catorce días de prisión, sustituible en ejecución de sentencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 88 C.P., a la pena de tres meses de multa con cuota diaria de dos euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas; y a la pena de inhabilitación especial para el derecho al sufragio pasivo por tiempo de seis meses.

Tribunal Supremo. Pese a lo difuso de los contornos del delito de tráfico de influencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el prevalimiento, concebido como “actuación dolosa de superioridad o abuso”, ha de quedar perfectamente acreditado, y que para ello no basta con que la resolución adoptada beneficie económicamente a un familiar o persona con quien el funcionario o autoridad que toma la decisión está relacionado, pues ese solo hecho puede ser perfectamente explicado como un ánimo de la autoridad o funcionario del deseo de “hacer favores” a personas de su entorno, conducta que, por sí misma, no integra los elementos típicos del artículo 428 del Código Penal

Órgano: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 13/2009

Resolución: Sentencia núm. 15/2009

Fecha: 9 de julio de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Pasquau Liaño

Doctrina: Pese a lo difuso de los contornos del delito de tráfico de influencias, doctrina y jurisprudencia coinciden en que el prevalimiento, concebido como “actuación dolosa de superioridad o abuso”, ha de quedar perfectamente acreditado, y que para ello no basta con que la resolución adoptada beneficie económicamente a un familiar o persona con quien el funcionario o autoridad que toma la decisión está relacionado, pues ese solo hecho puede ser perfectamente explicado como un ánimo de la autoridad o funcionario del deseo de “hacer favores” a personas de su entorno, conducta que, por sí misma, no integra los elementos típicos del artículo 428 del Código Penal

Supuesto de hecho

La acusada, en virtud del Decreto de la Alcaldía de Monachil, de 22 de junio de 2004, fue nombrada asesora de la Alcaldía en régimen de dedicación exclusiva, con carácter personal y eventual.

Tras el citado nombramiento, y realizando las labores propias del cargo para el que había sido nombrada, propuso a su tío, alcalde en aquellos momentos del Excmo. Ayuntamiento de Monachil, y a la concejala de Fiestas, que el mencionado Ayuntamiento contratara, en régimen de contratación directa de una serie de servicios de espectáculos y restauración, con la empresa Dodacae Gestiones Hoteleras S.L., de la que era accionista y socia fundadora.

Entre el segundo semestre del año 2004 y primer trimestre del año 2005, se abonaron a la citada empresa por el Ayuntamiento de Monachil, a cambio de servicios prestados, 16 facturas, por un importe de 10.968,13 euros. Los importes de las facturas núm. 23, de fecha 20 de septiembre de 2004 (2.942 euros), y núm. 38, de fecha 21 de marzo de 2005 (2.690,47

euros), fueron ingresados en la cuenta personal de la acusada, a través de la cual recibe también su nómina como asesora municipal.

Dodacae Gestiones Hoteleras S.L. recibió el importe de los servicios prestados, y la acusada realizó por sí misma las gestiones de contratación relativas a los hechos de que se la acusa.

El alcalde y la concejala-delegada de Fiestas eran conocedores de la condición de socia de Noelia, y de que la decisión de contratar a la empresa fue introducida a propuesta de la acusada.

La sentencia, dictada por el magistrado presidente del Tribunal del Jurado el 16 de marzo de 2009, de conformidad con el veredicto emitido por el Jurado, condenó a la acusada, como autora de un delito de tráfico de influencias, según lo previsto y penado en el artículo 428 del C.P., a las penas de nueve meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena; inhabilitación para el cargo de asesora del Ayuntamiento de Monachil durante cinco años, y multa de 2.000 euros, con responsabilidad penal subsidiaria de 30 días, para el caso de impago, y del pago de las costas procesales causadas.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía estimó el recurso de casación planteado y absolvió a la acusada.

Fundamentos de Derecho

La recurrente formula recurso de apelación, al amparo del apartado b) del artículo 846 bis c) LECrim., y denuncia infracción legal en la calificación legal de los hechos. La recurrente sostiene, en síntesis, que la conducta descrita en los hechos declarados probados no integra los elementos constitutivos del delito de tráfico de influencias (único por el que se la acusó y por el que se la ha condenado), por cuanto únicamente se hace constar que “propuso” al alcalde (del que era sobrina y asesora designada como cargo de confianza) y a la concejala de Fiestas (con quien no consta una especial relación personal de la acusada) la contratación de la empresa de la que era socia fundadora, siendo así que no se describe la existencia de una presión, fuerza moral o ataque a la libertad del funcionario, que son los elementos que caracterizan el delito de tráfico de influencias.

El Tribunal Superior de Justicia estima el motivo de casación en base a que:

“(…) Es claro, pues, que en el ámbito de la Alcaldía y en el de la Concejalía de Fiestas se adoptó la decisión de contratar una empresa que fue introducida por propuesta de la acusada, quien tenía una relación familiar con el alcalde y un cargo en el Ayuntamiento de asesoramiento al alcalde.

“Dicho de otro modo, no está declarado probado que la acusada hubiese hecho algo más que dar a conocer o presentar la empresa de la que era socia, ni si sin una especial estrategia de presión hubiese sido otra diferente la decisión municipal.

“En definitiva, y con independencia de otros reproches de legalidad, morales, e incluso algún otro penal que no se

ha ni siquiera intentado por la acusación pública (referidos tanto a la acusada en esta causa como a las autoridades que adoptaron la decisión analizada), lo cierto es que ha quedado fuera del relato de hechos ese ‘algo más’ respecto de la mera proposición o sugerencia que integra el delito de tráfico de influencias. No está determinado qué tipo concreto de ‘influencia’ pudo producirse: si la acusada pidió a su tío alcalde que lo ordenase a la concejala responsable, si ella misma insistió ante la concejala hasta ponerla en situación de falta de libertad, o si simplemente al conocer la necesidad de prestación de ciertos servicios informo de que la empresa de la que era socia podía prestar los servicios requeridos por el Ayuntamiento, ‘proponiendo’ su contratación. Todas esas conductas son perfectamente compatibles con el relato de hechos probados, y con la prueba practicada en juicio: no puede, pues, la Sala, optar por la alternativa no explícitamente elegida por el Jurado, que más perjudica a la acusada.”

El Tribunal Superior de Justicia delimita el delito de tráfico de influencias del siguiente modo:

“Pese a lo difuso de los contornos del delito de tráfico de influencias, doctrina y jurisprudencia, coinciden en que el prevalimiento, concebido como ‘actuación dolosa de superioridad o abuso’, ha de quedar perfectamente acreditado, y que para ello no basta con que la resolución adoptada beneficie económicamente a un familiar o persona con quien el funcionario o autoridad que toma la decisión está relacionado, pues ese solo hecho puede ser perfectamente explicado como un ánimo de la autoridad o funcionario del deseo de ‘hacer favores’ a personas de su entorno, lo que más bien dirige el reproche hacia el funcionario o autoridad, que hacia el beneficiado.”

Por ello, el Tribunal Superior de Justicia estima el recurso de apelación formulado, y absuelve a la acusada del delito de tráfico de influencias tipificado en el artículo 428 del Código Penal.

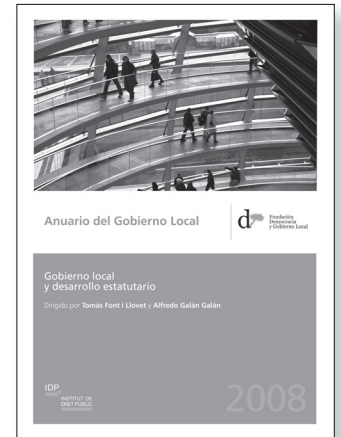


3 números al año



suscripciones

Última edición: junio 2009



**QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €**

**QDL
Anual (3 números)
38 €**

**Anuario del
Gobierno Local
55 €**

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414

Fax: 913 103 499

Internet: www.gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.

*Nombre: Profesión:
 *Entidad: *CIF/NIF:
 *Dirección: *Población: *Provincia: *C.P.:
 Mail: *Teléfono: Fax:

Los campos señalados con un asterisco (*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:

- QDL - ANUAL (3 números)
- ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
- QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

Idioma de los QDL:

- Castellano
- Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:

- TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
- TRANSFERENCIA BANCARIA
- DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMENTO ABAJO

Sr. Director/del Banco/de la Caja: Sucursal: Localidad:

Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de libramme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma:

OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08006 Barcelona según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

CÓDIGO CUENTA BANCARIA			
ENTIDAD	OFICINA	D.C.	N.º CUENTA

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org

Fundación Democracia y Gobierno Local



:: La Fundación (FDGL)

Presentación

Órganos de Gobierno

Directorio

:: Publicaciones de la FDGL

Cuadernos de Derecho Local

Anuario del Gobierno Local

Monografías

Revista

Democracia y Gobierno Local

Colección

Documentos e Informes (D+I)

Publicaciones on-line

:: Cursos, seminarios y otras actividades de la FDGL

Próximos

Realizados

:: Otras actividades de interés

:: Normas de Régimen Local

Presentación y ayuda

Acceso directo

:: Base de ordenanzas locales

Presentación y ayuda

Acceso a la base

:: Base de informes jurídicos

Acceso a la base

:: Enlaces de interés

Acceso a enlaces

:: Agenda

Ver agenda



Diputaciones Diputacions Diputazioak Deputacions • Cabildos Insulares Cabildos Insulars Irlako Kabilido • Consejos Insulares Consells Insulars Irlako Kontseiluak Consellos Insulares • Ayuntamientos Ajuntaments Udalak Concellos


1^{er}
Premio de Derecho Local

Noticia
d
estacada
• haga click aquí

● Patronos

- Diputació de Barcelona
- Deputación da Coruña
- Diputación de Alicante
- Diputación de Badajoz
- Diputación de Cáceres
- Diputació de Girona
- Cabildo de Gran Canaria
- Diputación de Granada
- Diputación de Huesca
- Deputación de Lugo
- Consell Insular de Mallorca
- Consell Insular de Menorca
- Deputación de Ourense
- Deputación de Pontevedra
- Diputación de Sevilla
- Cabildo de Tenerife
- Diputación de Toledo
- Diputación de Zaragoza

● Actualidad

15/09/2009



Salgado espera que la reforma de la financiación autonómica se apruebe en próximas semanas...

[• ver más](#)

15/09/2009



La Conferencia de Presidentes será la última semana de octubre...

Madrid

General Castaños, 4, 2º
28004 Madrid
Tel. 917 020 414
Fax 913 103 499
fund@gobiernolocal.org

Barcelona

Rambla de Catalunya,126
08008 Barcelona
Tel. 934 022 244
Fax 934 022 292
fund@gobiernolocal.org

© Fundación Democracia y Gobierno Local 2009