

# administración & cidadanía

## Sumario\_

**\_01** SALVADOR MARÍA MARTÍN VALDIVIA (Universidade de Jaén, España) «O novo recurso de casación: "interese casacional" ou mingua do dereito de defensa?» **\_02** JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO (Universidade de Santiago de Compostela, España) «As cláusulas de emprego e condicións de traballo na contratación pública no dereito da Unión Europea» **\_03** MÓNICA SIOTA ÁLVAREZ (Universidade de Vigo, España) «A potestade tributaria sobre os aproveitamentos das augas minerais e termais» **\_04** JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ (Universidade Pablo de Olavide, España) «O grupo do código de conduta sobre a fiscalidade das empresas, un mecanismo de soft law ao servizo da Unión Europea» **\_05** ANDREA GARRIDO JUNCAL (Universidade de Santiago de Compostela, España) «Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía» **\_06** SERGIO DOMINGO BAAMONDE BOQUETE (Corpo Superior da Administración da Xunta de Galicia, España) «Os criterios de graduación na potestade sancionadora da Administración en materia de seguridade alimentaria» **\_07** CRISTINA ARES CASTRO-CONDE (Universidade de Santiago de Compostela, España) «O estado da igualdade de xénero na UE» **\_08** JENNIFER SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Universidade da Coruña, España) «Congreso Dereito ambiental para unha economía verde»

## Sumario\_

**\_01** SALVADOR MARÍA MARTÍN VALDIVIA (Universidad de Jaén, España) «El nuevo recurso de casación: ¿"interés casacional" o mengua del derecho de defensa?» **\_02** JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO (Universidad de Santiago de Compostela, España) «Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en la contratación pública en el derecho de la Unión Europea» **\_03** MÓNICA SIOTA ÁLVAREZ (Universidad de Vigo, España) «La potestad tributaria sobre los aprovechamientos de las aguas minerales y termales» **\_04** JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ (Universidad Pablo de Olavide, España) «El grupo del código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, un mecanismo de soft law al servicio de la Unión Europea» **\_05** ANDREA GARRIDO JUNCAL (Universidad de Santiago de Compostela, España) «Análisis de la futura Ley de servicios sociales de Andalucía» **\_06** SERGIO DOMINGO BAAMONDE BOQUETE (Cuerpo Superior de la Administración de la Xunta de Galicia, España) «Los criterios de graduación en la potestad sancionadora de la Administración en materia de seguridad alimentaria» **\_07** CRISTINA ARES CASTRO-CONDE (Universidad de Santiago de Compostela, España) «El estado de la igualdad de género en la UE» **\_08** JENNIFER SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Universidad de A Coruña, España) «Congreso Derecho ambiental para una economía verde»

A&C é a denominación de Administración & Cidadanía, revista propiedade da XUNTA DE GALICIA e editada a través da ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - EGAP (Rúa de Madrid 2-4, As Fontiñas, 15707 Santiago de Compostela, Galicia, España; teléfono: +34 981 546 041; fax: +34 981 546 336).

A revista ten os seguintes obxectivos: a) a difusión do coñecemento científico no ámbito das ciencias sociais, particularmente nas disciplinas da Ciencia Política e da Administración, a Economía e a Socioloxía, mediante a publicación de artigos, notas de investigación e recensións de libros relacionados coas administracións e as políticas públicas; b) a reflexión e o debate sobre problemas políticos, sociais e económicos, tanto desde un punto de vista teórico como desde o das súas implicacións prácticas.

A&C publicárase por medios electrónicos semestralmente, en xuño e en decembro. Non obstante, poderanse publicar anualmente un ou varios números monográficos extraordinarios.

Na revista publicáranse traballos na súa lingua orixinal, que pode ser galego, castelán, inglés, francés, portugués ou italiano.

O título, o resumo e as palabras clave dos traballos presentaranse, por esta orde, en galego, en castelán ou na lingua orixinal do texto e en inglés.

A&C é unha publicación científica dirixida tanto aos empregados públicos como aos profesionais do sector privado que desenvolvan as súas actividades no eido das ciencias sociais.

A revista pertence ao Grupo B da Clasificación Integrada de Revisións Científicas (CIRC). Está incluída en bases de datos como ISOC-Ciencias Sociais e Humanidades do CSIC, REBIUN (Rede de Bibliotecas Universitarias) e Dialnet. Ademais, neste momento cumpre 30 dos 33 criterios Latindex empregados para a avaliación das publicacións periódicas.

## CONSELLO DE REDACCIÓN

### \_Directora

Sonia RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ  
Directora da EGAP (Galicia, España)

### \_Codirector

Luis MÍGUEZ MACHO  
USC (Galicia, España)

### \_Secretaría de Redacción

Andrea GARRIDO JUNCAL  
USC (Galicia, España)

### \_Vogais

Xosé Carlos ARIAS MOREIRA  
UVigo (Galicia, España)

Miguel Ángel BASTOS BOUBETA  
USC (Galicia, España)

María CADAVAL SAMPEDRO  
USC (Galicia, España)

Luis CARAMÉS VIÉITEZ  
USC (Galicia, España)

Ricardo GARCÍA MIRA  
UDC (Galicia, España)

Vicente GONZÁLEZ RADÍO  
UDC (Galicia, España)

Isabel LIROLA DELGADO  
USC (Galicia, España)

Begoña LÓPEZ PORTAS  
USC (Galicia, España)

Juan José NIETO MONTERO  
USC (Galicia, España)

M.ª Dolores RIVERA FRADE  
TSXG (Galicia, España)

Diana SANTIAGO IGLESIAS  
USC (Galicia, España)

Francisco Javier SANZ LARRUGA  
UDC (Galicia, España)

M.ª Inmaculada VALEIJE ÁLVAREZ  
UVigo (Galicia, España)

Alberto VAQUERO GARCÍA  
UVigo (Galicia, España)

## COMITÉ CIENTÍFICO

Adina DUMITRU  
UVT (Timișoara, Romanía)

Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES  
UCM (Madrid, España)

Serafín MERCADO DOMÉNECH  
UNAM (México)

Nora RÄTHZEL  
UMU (Umeå, Suecia)

Nieves SANIGER MARTÍNEZ  
UGR (Granada, España)

David STEA  
UTEXAS (Texas, EUA)

Correo-e: [ac.egap@xunta.gal](mailto:ac.egap@xunta.gal)

Web: <http://egap.xunta.es/publicaciones>

Periodicidade: semestral (xuño e decembro)

Formato: en liña | papel

ISSN-e: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287

Depósito legal: PO-510/2006

Tradución e supervisión lingüística: Ramiro Combo García

Deseño cuberta: Campus na nube

Deseño gráfico e impresión: Campus na nube

### Siglas utilizadas

UDC: Universidade da Coruña

USC: Universidade de Santiago de Compostela

UVigo: Universidade de Vigo

UCM: Universidad Complutense de Madrid

UGR: Universidad de Granada

UMU: Umeå universitet

UNAM: Universidad Nacional Autónoma de México

UTEXAS: Texas State University

UVT: Universitatea de Vest din Timișoara

A&C non se fai responsable das opinións expresadas polos autores. Calquera reclamación sobre tales opinións deberase presentar ante eles.





VOL.10\_nº2\_2015\_revista de la Escola Galega de Administración Pública

# administración & ciudadanía

– VERSIÓN CASTELLANA –





## Sumario / Summary

- \_ARTÍCULOS / ARTICLES** [149-268]
- \_MARTÍN VALDIVIA, Salvador María (Universidad de Jaén, España) «**El nuevo recurso de casación: ¿"interés casacional" o mengua del derecho de defensa?**» / *The new resource appeal: "cassation interest" and right of defense?* [151-172]
- \_MIRANDA BOTO, José María (Universidad de Santiago de Compostela, España) «**Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en la contratación pública en el derecho de la Unión Europea**» / *Employment and working conditions clauses in public procurement in European Union Law* [173-190]
- \_SIOTA ÁLVAREZ, Mónica (Universidad de Vigo, España) «**La potestad tributaria sobre los aprovechamientos de las aguas minerales y termales**» / *Tax power on the mineral and thermal waters exploitation* [191-218]
- \_MARTÍN RODRÍGUEZ, José Miguel (Universidad Pablo de Olavide, España) «**El grupo del código de conducta sobre fiscalidad de las empresas, un mecanismo de soft law al servicio de la Unión Europea**» / *The group of the code of conduct on business taxation, an updated soft law instrument at the service of the European Union* [219-234]
- \_GARRIDO JUNCAL, Andrea (Universidad de Santiago de Compostela, España) «**Análisis de la futura Ley de servicios sociales de Andalucía**» / *Analysis of the future Law of Social Services of Andalusia* [235-250]

**\_BAAMONDE BOQUETE, Sergio Domingo** (Cuerpo Superior de la Administración de la Xunta de Galicia, España) «**Los criterios de graduación en la potestad sancionadora de la Administración en materia de seguridad alimentaria**» / *The criteria to rate each penalty on the Administration's Power to Impose Penalties in Relation to Food Security* [251-268]

**\_NOTAS / NOTES** [269-280]

**\_ARES CASTRO-CONDE, Cristina** (Universidad de Santiago de Compostela, España) «**El estado de la igualdad de género en la UE**» / *The state of the gender equality of in the EU* [271-280]

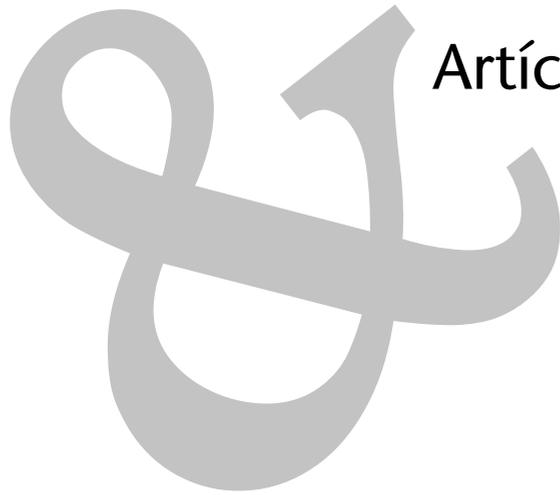
**\_CRÓNICAS / CHRONICLES** [281-286]

**\_SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Jennifer** (Universidad de A Coruña, España) «**Congreso Derecho ambiental para una economía verde**» *Environmental Law for a Green Economy* [283-286]

Proceso de selección e avaliación dos orixinais  
Normas de publicación [287]

Proceso de selección y evaluación de los originales  
Normas de publicación [289]

Selection and evaluation process of originals  
Publication requirements [291]



# Artículos



## O novo recurso de casación: “interese casacional” ou mingua do dereito de defensa?

### El nuevo recurso de casación: ¿“interés casacional” o mengua del derecho de defensa?<sup>1</sup>

### The new appeal: “cassation interest” and right of defense?



SALVADOR MARÍA MARTÍN VALDIVIA

Abogado / Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Jaén (Andalucía, España)  
smartin@ujaen.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

**Resumo:** A reforma da LOPX operada pola LO 7/2015 ten un obxectivo formalmente declarado: outorgarlle á casación un carácter netamente uniformador da doutrina legal. Desaparece, pois, o escaso vestixio de segunda instancia que puidese aínda quedar neste recurso tras a reforma da LXCA de 2011. Os esforzos por cifrar as exigencias formais para a súa admisión son loables, pero, á vez, resultan tan prolifas que poden situar a casación ao nivel dos recursos de amparo no que se refire a supostos de inadmisibilidade *a limine*. Con todo, prodúcese un efecto aínda máis pernicioso: a desaparición da segunda instancia para asuntos da importancia que se tramitaban nos TSX e na Audiencia Nacional.

**Palabras clave:** recurso de casación, nova regulación, criterios de admisión, interese casacional, carácter uniformador, rixidez en exigencias formais, separación entre preparación do recurso e interposición, desaparición de segunda instancia.

**Resumen:** La reforma de la LOPJ operada por la LO 7/2015 tiene un objetivo formalmente declarado: otorgar a la casación un carácter netamente uniformador de la doctrina legal. Desaparece, pues, el escaso vestigio de segunda instancia que pudiera aún quedar en este recurso tras la reforma de la LJCA de 2011. Los esfuerzos por cifrar las exigencias formales para la su admisión son loables, pero, a la vez, resultan de tanta prolijidad que pueden situar a la casación al nivel de los recursos de amparo en lo que se refiere a supuestos de inadmisibilidad *a limine*. Con todo, se produce un efecto aún más pernicioso: la desaparición de la segunda instancia para asuntos de la importancia que se tramitaban en los TSJ y en la Audiencia Nacional.

**Palabras clave:** recurso de casación, nueva regulación, criterios de admisión, interés casacional, carácter uniformador, rigidez en exigencias formales, separación entre preparación del recurso e interposición, desaparición de segunda instancia.

**Abstract:** Reform operated by the LO 7/2015 in the Organic Law of the Judiciary (LOPJ) has formally declared goal: give the appeal a purely standardizing nature of the legal doctrine. Therefore disappears all

the vestiges of second instance that might still be in this appeal after the reform Law of the administrative jurisdiction (LJCA) 2011. Efforts to encrypt the formal requirements for admission are commendable, yet, so neatly that result from you can place the appeals to the Supreme Court level appeals to the Constitutional Court, when it comes to cases of inadmissibility *a limine*. The disappearance of the second instance for cases of importance were handled and the TSJ and the National Audience (Audiencia Nacional): However, an even more pernicious effect.

**Key words:** appeal, new regulation, admission rules, cassation interest, standardizing character, stiff formal requirements, separation between the preparation instance and initiating proceedings text, disappearance of second instance.

**Sumario:** 1 El nuevo recurso de casación como instrumento nomofiláctico. 2 Las propuestas concretas del legislador. 3 El “interés casacional” como clave de acceso al Tribunal Supremo. 4 La importancia de las exigencias formales: los requisitos de preparación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. 5 Sustanciación del recurso de casación ante el Tribunal Supremo. 6 Reflexión final. 7 Bibliografía.

## 1 EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN COMO INSTRUMENTO NOMOFILÁCTICO

En recientes fechas ha tenido lugar una sustancial reforma del sistema procesal contencioso-administrativo en nuestro país. El legislador, en virtud de la nueva redacción dada por el apartado uno de la disposición final tercera de la LO 7/2015, de 21 de julio –por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial–, ha decidido otorgar una nueva carta de naturaleza al recurso de casación. Con el declarado objetivo mediato de alcanzar lo que, según explica la exposición de motivos, debe tener todo recurso de casación, ha provocado en esencia dos efectos jurídicos; el primero, un propósito inmediato no confesado: la descarga de trabajo del Tribunal Supremo; el segundo, un efecto, tal vez no deseado, pero desde luego enteramente reprochable: la desaparición de la posibilidad de una segunda opinión (aunque técnicamente no pueda considerarse como “segunda instancia”) en muchos asuntos de suma trascendencia, concretamente todos aquellos cuyo conocimiento está atribuido en primera instancia a los tribunales superiores de justicia y a la Audiencia Nacional.

Y es que, en efecto, a partir del 22 de julio de 2016 la sección 3ª del capítulo III del título IV, integrada por los artículos 86 a 93, relativos al recurso de casación contencioso-administrativo, se altera sustancialmente. La justificación nace de la necesidad de armonizarlo con la regulación de la casación civil – con alguna diferencia relevante, no obstante –, pues ese es, a juicio del legislador, su cometido constitucional. En principio, desaparecen las limitaciones objetivas hoy existentes: la posibilidad de acceder en casación al Tribunal Supremo en asuntos cuya cuantía sea superior a 600.000 € si el asunto no tiene “interés casacional” o en los asuntos de personal de los que hasta ahora conocía si no se da esa circunstancia; se elimina igualmente la regulación de los recursos de casación en interés de ley y unificación de doctrina, como hasta ahora los conocíamos, proponiéndose nuevas fórmulas procesales que asemejan mucho esta propuesta a la que la LEC ofrece a los recursos civiles, pero –también es verdad– con importantes matices. Sigue viva, no obstante, la limitación relativa a la sola invocación de cuestiones de derecho, “con exclusión de las cuestiones de hecho” (nuevo artículo 87 bis), aunque como en la nueva propuesta se reconoce, en la resolución de la controversia jurídica, «el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la

*jurisprudencia, incluso la desviación de poder*». Pero tal vez la más importante variante sea que en casación se podrá conocer de cualquier «*infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia*» denunciada respecto de sentencias de cualquier órgano de esta jurisdicción, pero –y en ello ha de insistirse– sólo si el recurso presenta "*interés casacional*".

Es –he de advertirlo– un juicio enteramente personal, pero da la impresión de que se trata de una propuesta que se justifica con base en unos fundamentos formales distintos de los reales, que presentan otro fin muy concreto, y no parece que sea el de acercar la justicia al justiciable. Se trata, sí, de acercar la casación administrativa a la civil; pero, tras analizar todas las propuestas en detalle, se me antoja más bien como el último esfuerzo por reducir la litigiosidad, descargar de trabajo al Tribunal Supremo y evitar las dilaciones que pudieran apreciarse en los tiempos en resolver –mínimos, por otra parte, si se comparan con el auténtico colapso que se sufre en algunas salas de lo contencioso de algunos tribunales superiores de justicia y en muchos juzgados unipersonales, en situación sonrojante<sup>2</sup>–. Y por ello, pese a las publicitadas justificaciones de la exposición de motivos de la LO 7/2015, es ésta una intención que se desenmascara con sólo testar el sensible recorte de posibilidades de los recurrentes en el acceso a esta vía casacional ("*no se trata de una tercera instancia*", se razona, cuando nunca lo ha sido; a lo más, una "*segunda instancia*" respecto de temas tratados en primera por los tribunales superiores y la Audiencia Nacional), queriendo con ello emular el cierre abrupto al recurso de amparo que supuso la exigencia formal y extremadamente subjetiva de demostrar la «*especial transcendencia constitucional*» del recurso (introducida por la LO 6/2007).

Pero aún más patente se me antoja aquel motivo con la sola lectura de algún otro precepto realmente insólito en nuestra legislación procesal: «*La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación*» (texto del nuevo artículo 87.3). Me advertirá el lector de que esta sustancial limitación del derecho a la defensa ya se "*padece*" en nuestra justicia, pero hemos de convenir que sólo acontece en algunos tribunales menores –y no sólo contenciosos, bien es cierto–, en los que con total arbitrariedad los jueces y magistrados mutilan de manera generalizada el tiempo de intervención de los letrados defensores antes de comenzarla. Así es, sobre todo en la fase de conclusiones en los juicios orales, lo que supone, sin duda, un grave atentado al derecho de defensa del justiciable, a la par que un menosprecio al ejercicio de su profesión para el abogado, que se ve obligado a resumir hasta lo imposible una actuación que tal vez mereciera una mayor atención y detenimiento. Y no es que se limiten a aconsejar esa medida –lo que desde luego es posible en los supuestos en que la intervención del letrado se manifieste innecesaria, reiterativa, superflua o redundante, pues es al juez a quien corresponde la dirección del proceso y, señaladamente, la marcha y ordenación de la vista oral –; lo que en esos supuestos sobreviene es, antes de que se inicie el trámite, el recorte de las posibilidades de actuación, sin reparar en las circunstancias del caso de que se trate, de la enjundia de la prueba practicada o de la transcendencia de lo enjuiciado, con grave quebranto de las posibilidades de defensa y de la propia dignidad profesional de los letrados actuantes. Que tal imposición se haya convertido en *modus operandi* en algunos tribunales menores puede pasar por una mera contrariedad, pero que lo establezca el legislador como norma a seguir en las actuaciones ante el más alto tribunal de la justicia ordinaria es, cuando menos, sintomático. Porque eso es lo que el nuevo 87.3 impone: aligerar el trabajo del tribunal, obligando a los

letrados a resumir sus argumentos, como si de una comunicación por Twitter se tratara (*¿140 caracteres como máximo?*). Y todo eso impuesto por vía legal.

La realidad es que, al parecer, el Tribunal Supremo está todavía sobrepasado y al legislador le ha tocado poner coto; más discutible es que la solución pase por el cierre a la casación por motivos y supuestos objetivos. Todo se filtrará por el particular y relativo crisol del *"interés casacional"*, lo que nos lleva a pensar en lo poco ponderada respuesta al problema que de verdad se aborda. La reacción del legislador a ese tapón de la justicia parece excesiva cuando, si de lo que se trataba era de imprimir al Tribunal Supremo ese sello de modulador de la doctrina, bien se hubiera podido potenciar el remedio procesal que nuestro ordenamiento ya tenía habilitado al efecto. El recurso para unificar la doctrina jurisprudencial regulado en los artículos 96 a 99 ya se encargaba de esa tarea<sup>3</sup>. Considero que bastaba con que el legislador hubiera ampliado mínimamente su ámbito de aplicación para alcanzar la pretextada justificación de este cambio legislativo. Pero parece obvio que no era eso de lo que se trataba.

Para confiar ese definitivo carácter de intérprete y modulador al Tribunal Supremo, se proponen una serie de medidas estrictamente procesales, entre las que ciframos las siguientes:

1.- En muy concretos supuestos, se habilita el acceso a la casación de algunas sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo<sup>4</sup>. También a las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, aunque, en el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se repunte gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos, exceptuando las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales.

2.- El recurso de casación contra sentencias de los tribunales superiores de justicia se tramitará ante el Tribunal Supremo o ante el propio TSJ en atención al origen estatal o autonómico de la norma supuestamente infringida. De este modo, las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora. Pero si el recurso se funda en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma, será competente una sección de la sala de lo contencioso-administrativo que tenga su sede en el tribunal superior de justicia compuesta por el presidente de dicha sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las secciones de éstas, con la composición que se dice en el artículo 86.3 LJCA<sup>5</sup>.

3.- La naturaleza nomofiláctica del recurso es –según se explica– la verdadera y única razón de ser de la casación. Conforme al nuevo artículo 88, el recurso de casación sólo podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo "estime" que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Decae por tanto el acceso a la casación en razón de la cuantía –lo que no sucede en los órdenes jurisdiccionales civil y laboral–, que ahora estaba en 600.000 euros por

pretensión y recurrente –como hasta hace unos pocos años lo estaba en 150.000– o por razones objetivas, dependiendo de las materias –ni temas de personal, ni derechos fundamentales, con las excepciones que veremos–. Con esta propuesta se pretende formar un cuerpo de jurisprudencia aplicable en todo el territorio nacional y reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho<sup>6</sup>, a fin de incrementar las garantías en la protección de los ciudadanos, evitando que se convierta en una postrera instancia de justicia ordinaria. Nada se dice del muy significativo recorte de posibilidades de defensa al justiciable en asuntos de trascendencia, como lo son señaladamente los que conocen la Audiencia Nacional y los TSJ en primera instancia y que, como arriba decíamos, quedan sin posibilidad de recurso por razón de la cuantía.

4.- Aparecen en escena criterios, si no abiertamente discrecionales, sí transidos de la previa y necesaria ponderación de conceptos jurídicos indeterminados que hacen muy difícil la definición objetiva –y ni mucho menos apriorística– de los motivos o causas que se entiendan con trascendencia o interés casacional. Los intentos de “objetivación” del artículo 88.2 quedan difuminados por la introducción de términos decididamente imprecisos –“*doctrina gravemente dañosa para el interés general*”, las sentencias anulatorias de disposiciones generales, salvo que estas “*con toda evidencia, carezcan de trascendencia suficiente*”, o como cuando en el supuesto del nuevo 88.2.d) entra a jugar un papel suplente de Tribunal Constitucional en asuntos de dudosa constitucionalidad si se advierte que “*la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida*”–. Por esta necesidad de justificar la existencia –o no– de interés casacional en cada uno de los asuntos que se le sometan, el Tribunal Supremo se encuentra con la necesidad de evaluar la relevancia casacional del recurso para su admisión, para lo que se potencia el papel del gabinete técnico (regulado en los artículos 61 bis y siguientes), que «*asistirá a la Presidencia y a sus diferentes salas en los procesos de admisión de los asuntos de que conozcan y mediante la elaboración de estudios e informes que se le soliciten*». El parecido con el “*certiorari*” norteamericano es llamativo<sup>7</sup>.

5.- Siguen distinguiéndose los dos momentos procesales hoy regulados para preparación e interposición del recurso, por separado y ante distintas instancias. Aun así, es loable el esfuerzo dispuesto por la nueva norma en esclarecer los requisitos de forma y plazo para los escritos de preparación (artículo 89), lo que intenta facilitar la labor para abogados y tribunales al momento de preparar el escrito y de, en su caso, decidir sobre la admisión a trámite en ese primer estadio procesal. Este esfuerzo exegético se incrementa ahora para los tribunales cuya resolución se recurre, que tendrán que motivar la concurrencia de los requisitos y exigencias legales para la admisión de la casación. Este esfuerzo del tribunal de instancia provoca, a su vez, que en el Tribunal Supremo sólo se pueda abrir un trámite previo de inadmisión de manera “*excepcional*” y “*sólo si las características del asunto lo aconsejan*”, trámite previo en el que se oirá a las partes personadas por plazo común de treinta días “*acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*”. Habremos de estar a la espera de lo que la experiencia forense nos enseñe de cuáles serán finalmente los márgenes de esa “*excepcionalidad*”. Lo que en principio parece claro es que la inadmisión previa en sede superior se habrá de fundar en motivos tasados y muy específicos (ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o irrecurribilidad de la resolución impugnada; incumplimiento de cualquiera de las exigencias formales en el escrito de preparación –artículo 89.2–; no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas o carencia en el recurso de interés casacional objetivo

para la formación de jurisprudencia, única causa donde, en principio, entran a representar un papel fundamental los conceptos jurídicos indeterminados que difuminarían la pretendida “objetivación” de las causas de inadmisión).

6.- El escrito de interposición habrá de responder a una formalidad concreta, exponiendo los motivos en apartados separados, que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan, de tal manera que:

a) no podrán argumentarse causas o motivos de recurso ni abordarse el estudio de normas que como tales no se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces.

b) si el fundamento es la vulneración de jurisprudencia, ocurre otro tanto, debiendo en estos casos además analizar, y no sólo citar, las sentencias del Tribunal Supremo que a juicio de la parte son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso; y

c) habrán de precisar el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita.

7.- En lo que refiere a la sentencia que se dicte, no se aprecian diferencias respecto a la actual regulación. Tal vez haya quedado en el tintero la deseable publicidad que debiera ofrecerse de la nueva doctrina para general conocimiento (no sólo de tribunales inferiores, sino de todos los operadores jurídicos).

8.- Se suprimen los recursos de casación para unificación de doctrina y en interés de ley, de tal forma que, si alguna sentencia pudiera ser recurrible por alguna causa similar a las tratadas hasta ahora por las abordadas en las anteriores secciones 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del capítulo III del título IV, si son susceptibles de estudio y tratamiento casacional, lo serán sólo atendiendo a las normas generales para la casación que arriba hemos visto (esto es, reconduciéndolo a los trámites, reglas y presupuestos de los artículos 86 a 95).

## 2 LAS PROPUESTAS CONCRETAS DEL LEGISLADOR

La modificación normativa que regula el acceso a los recursos de casación es ya una realidad legislativa que exige desde luego un replanteamiento en nuestra jurisdicción de los modos y los contenidos que hasta ahora conocíamos para el empleo de esta postrera “instancia” que, en realidad, ha dejado de serlo. Se contempla ahora como un modo de depuración del ordenamiento jurídico y de la interpretación que de él habrán de hacer los operadores jurídicos.

Es esta una tendencia legislativa que, no obstante, se aparta significativamente de la orientación de su predecesora, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que también modificó de manera sustancial la regulación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el ámbito civil, pero desde luego de manera más generosa de como ahora impone la nueva LJCA. Tanto allí como aquí la justificación es la misma –pese a que en 2011 se reconocía expresamente en su preámbulo lo que aquí parece querer esconder–, no otra cosa que la preocupación por el colapso de los órganos judiciales. En la Ley de 2011 se abordaba el problema de forma decidida: los datos estadísticos sobre entrada de asuntos en los tribunales demuestran una subida exponencial de la litigiosidad, aunque bonanciblemente lo justificaba en «la confianza cada vez mayor que los ciudadanos depositan en nuestra Administración de Justicia como medio para resolver sus conflictos y pretensiones». Es justo lo que necesitaba el legislador para introducir las «profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema

y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad»<sup>8</sup>. Pero allí al menos sí se tradujo en una mayor facilidad de acceso a la casación civil, aunque en materia de recursos administrativos no lo fue tanto. La elevación de los umbrales económicos para el acceso a la apelación y a la casación recortó sensiblemente el acceso de los ciudadanos a la instancia superior, muy en contra de aquello de lo que se jactaba la ley. El objetivo mediato: «la línea de reformas procesales iniciada con las reformas que se acaban de mencionar, tratando ahora de introducir en la legislación procesal mejoras que permitan agilizar los distintos procedimientos, sin merma de las garantías para el justiciable»; el inmediato: «El objeto de la ley es incorporar determinadas medidas de agilización procesal (...). Tales medidas son de distinto signo (...) y están orientadas a limitar el uso abusivo de instancias judiciales». Esta última idea parece de mayor peso para el legislador de 2015<sup>9</sup>.

En efecto, el eje de la reforma de 2011 radicaba en la universalización del recurso de casación por razón de interés casacional, que es la modalidad que mejor permite al Tribunal Supremo, en palabras del preámbulo de la Ley 37/2011, «cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos». Estos fines eran los de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil y correspondían a su sala primera como órgano jurisdiccional superior en el orden civil. Se veía cómo se reconducía de este modo el recurso de casación por razón de la cuantía a una modalidad excepcional, pero, al fin y al cabo, se mantenía ese criterio puramente objetivo, a la par que se garantiza la igualdad entre todos los litigantes, cualquiera que sea el nivel económico del asunto. El recurso de casación por razón de interés casacional, en efecto, estaba hasta entonces limitado a los asuntos que se tramitan específicamente por razón de la materia –son los asuntos que la LEC refiere en su artículo 248.3–. Sin embargo aquella Ley 37/2011 estableció con carácter general la existencia de un interés casacional –la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la ley– como presupuesto que da lugar a la admisibilidad del recurso, cualquiera que sea la forma de tramitación y la cuantía del asunto, pero manteniendo la posibilidad de recurrir los asuntos de cuantía superior a 600.000 €, en los cuales el recurso es admisible sin necesidad de demostrar la concurrencia de aquel presupuesto (actual apartado 2 del artículo 477 LEC). En suma, la baja cuantía del asunto no opera a partir de la reforma como impedimento para la admisibilidad del recurso de casación. No ocurre tal con la modificación de la LJCA actual, donde sólo se admitirán los recursos que revistan aquel especial interés, aunque su cuantía fuese millonaria.

Esa nueva orientación impone una sustancial subjetivación de los criterios de admisión de la casación, que tendrá que ser ahora matizada y aclarada por algún acuerdo o directriz interna, al modo en que lo ha hecho la Sala Primera del Tribunal Supremo, al objeto de publicitar los criterios para que tanto los magistrados de lo contencioso de juzgados y tribunales superiores de justicia ante quienes se preparan los recursos como los operadores jurídicos encargados de plantearlos –abogados y procuradores– puedan conocerlos debidamente y acomodar su actuación a lo que allí se decida. La nueva regulación exige desarrollar una labor procesal más compleja para dirimir la admisibilidad de los recursos discerniendo la existencia de un interés casacional frente al carácter más objetivo que revestía el criterio de la cuantía –o el de la materia, como era el caso de determinados asuntos de función pública– como modalidad de acceso al recurso. A su vez, esta labor puede resultar afectada por la especial exigencia formal de los trámites de preparación y de interposición impuesta por la nueva norma, así como por la intervención de los “letrados de la Administración de Justicia”, como ahora se denominan a los secretarios judi-

ciales. La decisión de inadmisión del recurso se reserva al Tribunal Superior, en primera instancia, por exigencia constitucional, como propia del ejercicio de la potestad jurisdiccional, pero tal decisión puede ser revisada en queja por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, que puede examinar de nuevo su admisibilidad en trámite preliminar a la interposición.

Pues bien, es en ese escenario en el que se mueve la LO 7/2015, que, en efecto, de un lado amplía el ámbito objetivo de las sentencias recurribles en casación no sólo a las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, como hasta ahora, sino que se abre a dos tipos de sentencias –nunca autos– hasta ahora irrecurribles: por un lado, las dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo o por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo en única instancia (esto es, cuando no proceda recurso de apelación) con la única exigencia sustantiva (y enteramente interpretable) de que *«contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos»*; y, por otro, las dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas al resolver recursos de apelación contra sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo. Pero, por otro, impone la presencia de ese “interés casacional” en cualquier recurso que pretenda ser revisado en esta instancia. La objetivación de los supuestos en los que concurre será el auténtico caballo de batalla para el justiciable. Pero, desde luego, se ha perdido la batalla del derecho a aquella “segunda opinión”, al recurso ordinario, en los asuntos cuyo conocimiento se atribuya a los tribunales superiores o a la Audiencia Nacional –que por otra parte suelen ser los de mayor transcendencia por el juego de los artículos 8 a 12 de la LJCA.

Continúa no obstante la criba en atención al origen de la norma discutida, por lo que se reservan para el Supremo los recursos contra sentencias de las salas de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas cuando se invoque la infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sean relevantes y determinantes del fallo recurrido y que hayan sido invocadas en el proceso o consideradas por la sala. Se mantiene el conocimiento de los tribunales superiores de justicia para los recursos que no se funden en una infracción de derecho estatal o comunitario, aunque ahora también en éstos la admisibilidad dependerá de la concurrencia del nuevo requisito del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que introduce la reforma.

Los autos recurribles son los mismos que antes de la reforma; quedan excluidos los de los juzgados y sólo se admiten contra los dictados por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, en los mismos supuestos que actualmente prevé el artículo 87 LJCA:

- a) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- b) Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.
- c) Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.
- d) Los dictados en el caso previsto en el artículo 91.
- e) Los dictados en aplicación de los artículos 110 y 111.

Al igual que con la anterior regulación, para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el apartado anterior, es requisito necesario interponer previamente el recurso de “súplica” –debe entenderse de “reposición”, según la nueva nomenclatura tras la reforma de 2011, aunque el legislador haya dejado pasar esta oportunidad para corregir el error.

Con todo, el principal problema estará en desentrañar el verdadero alcance de la verdadera noticia que incorpora la ley: cómo interpretará el Tribunal Supremo la concurrencia o no del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Esto es, cuándo y en qué supuestos se tendrá acceso a esta nueva casación, si es que ello es posible de esbozar apriorísticamente.

### 3 EL “INTERÉS CASACIONAL” COMO CLAVE DE ACCESO AL TRIBUNAL SUPREMO

Como arriba apuntamos, a partir de la entrada en vigor de la reforma dejan de existir resortes objetivos que, por cuantía o materia, permitan el acceso a la casación. Será pues la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo quien decidirá con un amplio margen discrecional si concurre o no interés casacional que justifique la admisión del recurso. Tal vez en un intento de objetivar en la medida de lo posible esos márgenes, el propio legislador incorpora una especie de supuestos tipo en los que se presume que concurre interés casacional objetivo. Lo propone, por cierto y según la dicción literal de la norma, a modo de *lista abierta* (“entre otras circunstancias”, reza textualmente<sup>10</sup>) y lo hace proponiendo estas posibilidades:

a) Que la sentencia recurrida fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido. Se trata de una especie de *re-styling* del actual recurso para la unificación de doctrina, que ciertamente ha tenido escaso alcance práctico por la extrema rigidez de su presupuesto básico de admisión<sup>11</sup>, esto es, que los supuestos fueran “idénticos”, lo que ha llevado al Tribunal Supremo a inadmitir de manera impenitente los recursos que por esta vía se formulaban en supuestos «sustancialmente iguales», que es lo que ahora se exige y que permite una interpretación sin duda más generosa. La práctica cotidiana mostrará, en último extremo, el alcance cuantitativo de esa nueva exigencia.

b) Que esa sentencia sienta una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales. La interpretación del concepto jurídico indeterminado “*gravemente dañosa*” resulta todo un reto exegético para el operador del derecho. No podrá ser más que en el estudio casuístico del asunto sometido al control jurisdiccional cuando se sepa si esa sentencia es o no revisable en casación. El intento de objetivación en este caso es ciertamente dudoso.

c) Que afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso. Suponemos que está pensando en impugnaciones en masa o de actos aplicativos de una misma disposición de carácter general, aunque la interpretación que se haga de esa expresión “*gran número de situaciones*” tampoco resulta un parámetro demasiado objetivo.

d) Que la sentencia resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida. Esta especie de “*sucedáneo*” de la cuestión de inconstitucionalidad resulta verdaderamente desconcertante. Y si ya los anteriores

supuestos corrían el riesgo de desnaturalizar esa objetividad, en este apartado el riesgo deja de serlo para convertirse en el paradigma de la indefinición más absoluta.

e) Que la sentencia interprete y aplique “*aparentemente con error*” y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional. Mayor indefinición no cabe en esa expresión.

f) Que la sentencia interprete y aplique el derecho de la Unión Europea en contradicción *aparente* con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial. Se está refiriendo a la concurrencia o no de un «acto claro» o «acto aclarado» al que en ocasiones se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la correcta aplicación directa de directivas europeas sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial.

g) Que resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general, lo que desde luego parece que se trata de una auténtica objetivación del supuesto previsto en la letra c) anterior.

h) Que resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio firmado entre Administraciones públicas.

i) Y por último un supuesto ya previsto en la norma anterior, esto es, que haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

Ante el poco éxito en la “objetivación” que la propia propuesta legal auspicia a este nomenclador, se enumera a continuación otra relación de circunstancias que, ahora sí, hacen presumir que existe interés casacional, de tal forma que cuando concurren el recurso deberá ser necesariamente admitido. Aunque, necesario es reconocerlo, vuelve a introducir un ulterior resorte para que el tribunal inadmita *a limine* el recurso: en los supuestos a), b) y e), podrá inadmitirse “*si el tribunal aprecia que el asunto carece manifiestamente de interés casacional*”. Más de lo mismo: la decisión libérrima del órgano jurisdiccional como luz de guía. Estos supuestos en los que se “presumirá” el interés casacional pasan por ser:

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia. Es entonces cuando se justifica plenamente esa labor nomofiláctica a la que en teoría responde la modificación legislativa. Como ocurre con el segundo de los supuestos;

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea. El Tribunal Supremo debe corregir entonces esa interpretación, afectando con ello, en la eventualidad de una sentencia estimatoria, las situaciones jurídicas derivadas del caso, a diferencia de lo que ocurría con el recurso para unificación de doctrina actual.

c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, “*con toda evidencia*”, carezca de transcendencia suficiente. Esa “*evidencia*” se evalúa sin posibilidad de recurso en ese trámite previo de admisión. Más de lo mismo en este empeño en la subjetivación de criterios.

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los gobiernos o consejos de gobierno de las Comunidades Autónomas.

Ante el peligro de dispersión de criterios interpretativos, no es de extrañar que el nuevo artículo 264 LOPJ, redactado también *ex novo* conforme al apartado 37 de la LO 7/2015 proponga

que los magistrados de las diversas secciones de una misma sala se reúnan para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los magistrados de las diversas secciones de una misma sala o tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales, para lo que el presidente del tribunal convocará pleno jurisdiccional (al que asistirán todos los magistrados de la sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto) para que resuelvan sobre esos asuntos al objeto de unificar el criterio. Por ello, sería desde luego aconsejable que en nuestra jurisdicción el Tribunal Supremo decidiese, al modo en que ya lo ha hecho la Sala Primera (acuerdos de 12 de diciembre de 2000 y de 30 diciembre de 2011)<sup>12</sup>, elaborar una propuesta con los criterios que se consideran precisos para la aplicación de las reformas introducidas por la Ley orgánica 7/2015, con carácter orientador para la unificación de las prácticas procesales y para que en definitiva el recurso de casación cumpla sus fines constitucionales recién perfilados en esta nueva propuesta y no se transforme, como se justifica en el preámbulo de la ley, en un instrumento de dilación indebida del proceso ni en una tercera instancia. Desde luego, un acuerdo de ese tipo serviría como guía para la organización del trabajo interno del propio Tribunal Supremo, a la par que para el conocimiento por los tribunales inferiores y de todos los profesionales jurídicos<sup>13</sup>. En todo caso, y como recuerda el apartado 3 del artículo 264 LOPJ, esos acuerdos no tienen carácter vinculante ni valor jurisprudencial, ni obligan a ningún tribunal. Son sólo criterios orientadores.

En este sentido, es preciso recordar que el recurso de casación por razón de interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se estima correcta, sobre todo en aquellos casos en que se sentencia en la instancia en contra del criterio seguido frente a otras sentencias de otros tribunales del mismo nivel, en contra del criterio de la jurisprudencia del Supremo o cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia. Como consecuencia de ello, como requisito general, el escrito de interposición del recurso de casación por razón de interés casacional debe expresar con claridad, en el encabezamiento o formulación del motivo, la jurisprudencia que se solicita que se fije o se declare infringida o desconocida.

Si hubiéramos de emplear los mismos razonamientos que la Sala Primera utiliza para la casación civil, podríamos aventurar que, además de este requisito general de carácter formal, para que el recurso de casación por razón de interés casacional sea admisible debe concurrir alguno de los elementos que pueden integrarlo. Por razones de congruencia y contradicción procesal, la parte recurrente debería indicar claramente en el encabezamiento o formulación del motivo en cuál de ellos se funda la admisibilidad del recurso interpuesto. Estos elementos serían los siguientes:

**1. La oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS.** La justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia de este elemento corresponde a la parte recurrente. El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo. Es preciso, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de aquella sala, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas. La doctrina mantenida en las sentencias de la Sala de lo Contencioso del TS invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación no tiene carácter jurisprudencial cuando exista otra formulada en sentencias más recientes que se alejen

de ella. No obstante, no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto fáctico idéntico al resuelto en la sentencia recurrida, como hasta ahora se venía exigiendo en la casación para unificación de doctrina. En todo caso, la parte recurrente debe justificar que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia. No sería admisible esta modalidad de recurso cuando:

a.- la alegación de oposición a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del TS carezca de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida;

b.- el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes;

c.- la aplicación de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del TS invocada solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que el tribunal de instancia considere probados;

d.- concorra cualquier otra circunstancia análoga que implique la inexistencia de interés casacional.

Las reglas anteriores sólo deberían sufrir dos excepciones:

1.- Cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala de lo Contencioso del TS o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.

2.- Cuando, a criterio de la Sala de lo Contencioso del TS, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta última excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no es admisible cuando la Sala de lo Contencioso del TS no aprecie la posibilidad razonable de que deba ser modificada la jurisprudencia. Los matices subjetivos aquí empleados serán una constante en esta toma de decisiones.

## **2. La existencia de jurisprudencia contradictoria de los tribunales superiores de justicia sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida.**

Se trata de esos supuestos previstos en el apartado 2.a) del artículo 88 que se refiere a la «interpretación de las normas de derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido». La justificación de la concurrencia de este elemento corresponde a la parte recurrente. El concepto de jurisprudencia contradictoria de los “otros tribunales” comporta la existencia de criterios dispares entre ellos mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de transcendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En la jurisdicción civil, este elemento exige que sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida se invoquen dos sentencias firmes de un mismo tribunal que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias, también firmes, de una misma sección. Habremos de quedar a la espera de si la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo impone este mismo criterio interpretativo del concepto “*jurisprudencia*” en nuestro ámbito. Esta última ha de ser distinta, pertenezca o no al mismo tribunal. Las sentencias han de haber sido dictadas con carácter colegiado. Una de las sentencias invocadas ha de ser

la recurrida. Con el fin de evitar toda confusión, por razones de congruencia y contradicción procesal, cuando se cite un número elevado de sentencias en cada grupo solo pueden tenerse en cuenta, además de la recurrida, las que la parte recurrente destaque expresamente o, en su defecto, la más reciente o las dos más recientes. El problema jurídico resuelto debe ser el mismo. En consecuencia, la parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada.

No es admisible el recurso en el que se demande este elemento cuando:

1.- exista jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso del TS sobre el problema jurídico planteado;

2.- se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de tribunal inferior en las que se decida colegiadamente en un sentido;

3.- se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de un tribunal superior, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario;

4.- en el primer grupo o en el segundo no figure la sentencia recurrida;

5.- la contradicción entre las sentencias invocadas carezca de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida;

6.- el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes;

7.- la aplicación de la jurisprudencia invocada como contradictoria solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que el tribunal de instancia considere probados en la sentencia recurrida;

8.- concurra cualquier otra circunstancia análoga que implique la inexistencia de interés casacional.

Las reglas anteriores podrían sufrir una excepción; sería admisible el recurso de casación cuando, a criterio de la Sala de lo Contencioso del TS, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de los tribunales superiores sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que ese debate haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre tribunales superiores mediante la cita de sentencias contrapuestas.

**3. Cuando se trate de supuestos en los que en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.** En los supuestos de aplicación por la sentencia recurrida de normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, debe justificarse la concurrencia de este elemento por la parte recurrente, que debe identificar con claridad cuál es el problema jurídico sobre el que no existe jurisprudencia y que ha sido resuelto o debió serlo mediante la aplicación de una norma en vigor. No concurriría este elemento de interés casacional cuando en el momento de dictarse la sentencia recurrida exista ya jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.

#### 4 LA IMPORTANCIA DE LAS EXIGENCIAS FORMALES: LOS REQUISITOS DE PREPARACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

El recurso de casación se preparará ante la sala de instancia en el plazo de treinta días (en lugar de los diez hasta ahora habilitados por la LJCA de 1998), desde la notificación de la sentencia, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido. El escrito de preparación deberá responder estrictamente al siguiente contenido, que es similar al que hasta ahora se exigía en esta jurisdicción<sup>14</sup>, pero también con claras transposiciones del orden civil:

a) Acreditar el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna. Podrá declararse la inadmisión por la concurrencia de defectos de forma no subsanables –o no subsanados en el caso de que se hubiera instado– consistentes en:

- La falta de representación por procurador (artículos 23.1 LJCA y también 23.1 LEC).
- La falta de asistencia de abogado (artículos 23 LJCA y 31.1 LEC).
- La interposición del recurso fuera de plazo –30 días desde el siguiente a la notificación de la sentencia– (artículo 89.1 LJCA).
- La falta de constitución del depósito para recurrir o de la debida subsanación de tal omisión (DA 15.ª LOPJ).
- La falta de concurrencia de presupuestos para que la resolución sea recurrible, conforme a los artículos 86 y 87 LJCA.

b) Identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas. Podrá, por tanto, ser inadmitido el recurso por la falta de indicación en el escrito de interposición de la norma sustantiva, la jurisprudencia del TS o el principio general del derecho infringidos –que ha de hacerse en el encabezamiento o formulación de cada uno de los motivos en los que se funde el recurso o deducirse claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación– o la indicación de norma, jurisprudencia o principio general del derecho que no sea aplicable al fondo del asunto, a tenor de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida. Por este motivo, podrían resultar inadmitidos los recursos en los que se aprecie una acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (por aplicación analógica del artículo 481.1 LEC), así como la falta en el escrito de interposición del recurso de la razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 LEC). Igualmente, en este recurso de casación por razón de interés casacional podrá declararse la inadmisión por la falta de indicación en el encabezamiento o formulación del motivo de la jurisprudencia que se solicita de la Sala de lo Contencioso del TS que se fije o se declare infringida o desconocida, salvo cuando se deduzca claramente de su formulación sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación (por analogía del artículo 481.1 LEC), lo que se reproduce en el recurso de casación por razón de interés casacional fundado en la oposición a la doctrina jurisprudencial de tribunales inferiores, por la falta de aportación del texto de las sentencias en las que se pretenda apoyar la existencia de un interés casacional.

c) Acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello. En estos casos podrá inadmitirse la casación cuando se haya omitido el deber de agotar todos los medios posibles para la denuncia o subsanación de la infracción o el defecto procesal (por analogía con el artículo 470.2 LEC, en relación con el artículo 469.2 LEC). En esta causa de inadmisión se incluye la alegación de falta de motivación, de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios *in iudicando* o *in procedendo* de la sentencia recurrida si no se ha solicitado la aclaración, corrección, subsanación o complemento de la sentencia (artículos 214 y 215 LEC aplicados supletoriamente).

d) Justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir. De este modo, se podría inadmitir el recurso cuando no se exponga razonadamente la infracción o vulneración cometida o no se exprese de qué manera influyó en el resultado del proceso (artículo 471 LEC). Se estima comprendida en esta causa de inadmisión la alegación en el escrito de interposición del recurso de infracciones procesales respecto de las cuales no se justifique que comportan una efectiva indefensión para la parte.

e) Justificar, en el caso de que ésta hubiera sido dictada por la sala de lo contencioso-administrativo de un tribunal superior de justicia, que la norma supuestamente infringida forma parte del derecho estatal o del de la Unión Europea.

f) Especialmente, fundamentar, con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Si el escrito de preparación cumple los requisitos formales arriba expuestos, la sala de instancia tendrá por preparado el escrito de casación mediante auto. Es importante reseñar que en estos casos la ley permite –que no impone– emitir «*opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión*», lo que resulta especialmente interesante a los efectos de obligar al Tribunal Supremo a redoblar esfuerzos en la justificación de una eventual inadmisión en trámite posterior, como veremos<sup>15</sup>.

No se entiende bien la razón por la que el legislador decide imponer la forma de providencia para algunas decisiones sobre inadmisión, cuando se trata de una decisión importante para el devenir del proceso. Se entiende que la providencia no exige un especial esfuerzo en el razonamiento que lleva al tribunal a rechazar la casación. Las providencias de inadmisión únicamente indicarán –la dicción literal del 90.4 parece no requerir nada más que esa “indicación”– si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias:

a) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada, con los mismos criterios y atendiendo a idénticas exigencias formales que las abordadas en el trámite de admisión del tribunal de instancia, por lo que es de suponer que si se ha superado aquella primera criba en la instancia, sea poco frecuente que lo no advertido allí sirva para rechazar el recurso en este trámite posterior. Se trata de causas de inadmisión estrictamente formales y tasadas difícilmente disimuladas al control del secretario de la sala de instancia, tal como sucede con la siguiente causa de inadmisión;

b) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación;

c) no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas. Es especialmente significativo que una decisión tan compleja como resultará sin duda esa tarea pueda despacharse con esa sinóptica decisión, enteramente subjetiva, indefinida, casi etérea (...). La situación de desamparo del recurrente puede ser abrumadora cuando, tras discutir las cuestiones sustantivas del proceso en la instancia y resolver las estrictas y exigentes imposiciones formales del escrito de interposición, el Tribunal Supremo pueda por providencia decidir la inadmisión del recurso porque le parezca que las infracciones denunciadas no son relevantes ni determinantes del fallo, y así podrá ventilarlo postreramente sin más justificación y sin posibilidad de recurso. Podrá argumentarse que cabe contra ello la formulación del incidente de nulidad de actuaciones de los artículos 228 LEC y 241 LOPJ y, en el supuesto de que sea inadmitido –como ocurrirá con alta probabilidad–, presentar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional –con escasísima esperanza de que prospere, a la vista de las estadísticas que el propio TC publica año a año–. En la práctica, por tanto, aquella inadmisión supondrá la muerte del proceso. Igual ocurre con el cuarto posible supuesto de inadmisión;

d) carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. La práctica forense dará o quitará razones, pero mucho me temo que será la auténtica espita por la que se diluyen las posibilidades de una postrera opinión del más alto tribunal de la justicia ordinaria. Esa opinión es justamente la que buscan quienes se ven desasistidos en la única instancia en que hayan sido rechazadas sus pretensiones en tribunales superiores o en la Audiencia Nacional. El coto a la casación se consume, pues, como genuino recorte del derecho a la defensa del ciudadano.

En concreto, dice el artículo 90.3. a) que la resolución sobre la inadmisión del recurso se decidirá mediante providencia si no se aprecia la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, aunque exceptúa de tal regla el supuesto en el que el tribunal de instancia hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5, opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso. Tratándose de inadmitir el recurso, en ese caso la inadmisión se acordará por auto motivado. E igual sucede en los supuestos del apartado 3 del artículo 88, esto es, aquellos en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo. También se impone, entonces, un especial deber de motivación de la inadmisión, que se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquel artículo se establecen<sup>16</sup>.

Por el contrario, los autos de admisión marcarán el desarrollo procesal del recurso y la actuación de las partes, pues allí se precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso. Contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno. En estos últimos supuestos, el letrado de la Administración de Justicia de sala comunicará inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada y le devolverá las actuaciones procesales y el expediente administrativo recibidos. La inadmisión también provoca un efecto económico inmediato y tasado, pues comportará la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición –como ocurre con las normas generales de las costas– ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima.

La labor de depuración del ordenamiento jurídico impone una tarea de publicidad que, en efecto, se cumple en los supuestos en los que la casación se tramita en el Tribunal Supremo, no así

si la labor nomofiláctica lo es de los tribunales superiores en el enjuiciamiento de normas autonómicas. Así, el artículo 90.7 impone que los autos de admisión del recurso de casación se publiquen en la página web del Tribunal Supremo y, además, con una periodicidad semestral, su Sala de lo Contencioso-administrativo habrá de publicar, en la mencionada página web y en el *Boletín Oficial del Estado*, el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución. Tal vez hubiera sido deseable que esa labor de publicidad de los criterios interpretativos se hubiera extendido a aquellas resoluciones del tribunal que contuviesen doctrina exegética de normas de derecho estatal o comunitario. Si esa es la labor que la reforma reserva al Tribunal Supremo, sería muy conveniente la publicación en la página web y en el BOE de cuál es su tenor, para general conocimiento de los tribunales inferiores y de todos los operadores jurídicos de cuál es esa doctrina legal, como actualmente sucede con las sentencias dictadas en el recurso de casación en interés de la ley. Pero tal exigencia ni aparece en ese artículo ni en el 93, que es el que la reforma dedica a las sentencias que ponen fin a la casación cuando es admitida a trámite.

## 5 SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

Admitido el recurso, se concederá un plazo de treinta días para la presentación del escrito de interposición, con nuevas y concretas exigencias formales, transcurrido el cual sin sustanciarlo, el letrado de la Administración de Justicia declarará desierto el recurso, ordenando la devolución de las actuaciones recibidas a la sala de la que procedieran. A esta perención no le será de aplicación el plazo de gracia del 128 LJCA, al estar expresamente excluidos los plazos para preparar e interponer recursos (como puede interpretarse de la lectura que de este artículo hace el Tribunal Supremo en supuestos parecidos, como el abordado en la Sentencia de 7 de abril de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 4726/2008).

Por lo pronto, y como refería al principio de este comentario sobre la reforma, llama poderosamente la atención la posibilidad que se habilita para que el tribunal decida cómo debe estructurarse este escrito de interposición. Lo más extraordinario –que a su vez anuncia cuál es la última intención del legislador– es que permite la posibilidad de que la Sala de Gobierno del TS determine, mediante acuerdo que se publicará en el BOE, *“la extensión máxima y otras cuestiones extrínsecas al recurso”*. No se explica qué criterios se tendrán en cuenta para fijar esa *“justicia al peso”* que se impone, cuándo procede, qué extensión se concederá a las partes, cómo se medirá –si por folios o por caracteres–, cuál es la consecuencia jurídica de un eventual incumplimiento por *“exceso de tara máxima”* del escrito correspondiente... En fin, un auténtico despropósito del legislador que sólo se podrá mitigar en una hipotética intervención en la vista pública que parece ser se va a convertir en regla una vez admitido el recurso. Por cierto, otra importante novedad en su tramitación. Porque, en efecto, en la sustanciación del recurso se prevé la celebración de vista pública (que podrá ser incluso ante el pleno de la sala, si así se decide), salvo que se entienda que el asunto la hace innecesaria.

Admitido a trámite, el escrito de interposición deberá responder a un encorsetado formalismo que pasa por:

1.- emplear apartados separados y encabezados con un epígrafe expresivo de aquello de lo que tratan, donde aparezcan expresados los distintos motivos en que se sustancie el recurso;

2.- exponer en cada uno de esos apartados de manera razonada (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S de 10 de marzo de 2014) por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación. El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Este motivo es único o exclusivo, en el sentido de que el recurso de casación, en cualquiera de sus modalidades, no puede ampararse en causas ajenas a la infracción de aquellas normas. No debe confundirse, sin embargo, el carácter único del motivo con la imposibilidad de alegar diversas infracciones en un mismo recurso. Por ello, para lograr la debida claridad, por razones de congruencia y contradicción procesal, debe citarse con claridad y precisión la norma, jurisprudencia o principio general del derecho que se consideren infringidos. Cuando se alegue más de una infracción, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben ser numerados correlativamente. Por la misma razón, cuando comporte ambigüedad o indefinición, no cabe la cita de un precepto seguido de fórmulas tales como «y siguientes», «concordantes» o similares para señalar la infracción legal que se considere cometida. Tampoco cabe la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo, ni la cita de preceptos de carácter genérico que pueda comportar ambigüedad o indefinición. Como es reiterado en la jurisprudencia del Alto Tribunal incluso en aplicación de las normas anteriores a la reforma de 2015 (TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, S de 22 de mayo de 2012), la casación no es una segunda instancia, pues se trata de un recurso de carácter extraordinario destinado a la protección de la norma y de la jurisprudencia, estando sujeto, entre otros requisitos, al de expresar los motivos que se aducen de entre los establecidos en el artículo 88 de la Ley de la jurisdicción, y a la exigencia de que en cada motivo de casación se concreten las normas o jurisprudencia que se estimen infringidas, explicando además en cada caso cómo y por qué las ha infringido la sentencia recurrida, debiendo contener, por ello, una crítica razonada de la fundamentación de la sentencia para poner de manifiesto los errores jurídicos que se le imputan, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces. Esta exigencia ya se revelaba como esencial con la anterior redacción de la LJCA, como recuerda el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, en Auto de 30 de junio de 2011, Rec. 6236/2010, y más concretamente en la sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 20 de octubre de 2014, donde ya advertía que *«conforme reiterada jurisprudencia, que si bien no es exigible una perfecta y completa correlación entre las infracciones que se denuncian en el escrito de preparación y en el de interposición, sí lo es que exista una mínima vinculación, desde luego no existente en el supuesto de autos (sentencias de 13 de mayo de 2011 –recurso de casación 2100/2005– y los en ella citados)»*. En el recurso, además, se deben analizar, y no sólo citar, las sentencias del Tribunal Supremo que a juicio de la parte son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso. La infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.

3.- precisar el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita. Esto es, dejar consignados con total concisión cuáles van a ser las pretensiones que se deducen, las causas de pedir y el contenido del fallo al que se aspira.

Tanta importancia se confiere en la nueva regulación a las formas que se vuelve a habilitar un ulterior posibilidad de revisión de su estricto cumplimiento, un postrero trámite de inadmisión que se abre una vez presentado el escrito de interposición del recurso y advertida la eventualidad del incumplimiento de estas últimas exigencias formales. Advierte el apartado 4

de ese artículo 92 LJCA que, si el escrito de interposición no cumpliera lo exigido en el apartado anterior, el tribunal acordará oír a la parte recurrente sobre el incumplimiento detectado y, sin más trámites, dictará sentencia inadmitiéndolo si entendiera tras la audiencia que el incumplimiento fue cierto, con imposición en costas al recurrente. Es de suponer que aquí sí se permitirá la subsanación de los defectos advertidos al modo en que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo permite otras sanaciones procesales de corte meramente formal. Recordemos la línea jurisprudencial claramente acorde con el principio *pro actione* que ha tenido ocasión de fraguar en la interpretación de las reglas que vertebran la prueba, cuando con referencia a la formal obligación de establecer los puntos de hecho y los medios de prueba en los escritos de demanda y contestación, su incumplimiento podía dar lugar o no a la inadmisión del recibimiento a prueba. A tal respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional ha venido resultando generosamente permisiva con este incumplimiento, permitiendo que los puntos de hecho puedan extraerse de una lectura del conjunto de la demanda para evitar indefensiones y, en cualquier caso, admitiendo la posibilidad de subsanación (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011, recurso de casación 1.046/2008). Incluso el Tribunal Constitucional, en sentencia 94/1992, de 11 de junio, suavizó la rigidez de ciertas exigencias formales, estableciendo que el defecto inicial en la solicitud pueda subsanarse interponiendo recurso de súplica contra la decisión judicial que denegara el recibimiento del pleito a prueba cuando el demandante dio una nueva redacción a los puntos de hechos sobre los que debería versar la prueba. En esta misma línea se ha manifestado el Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 6.ª, en Sentencia de 27 de enero de 2003, ponente: Lecumberri Martí, cuando permite tales subsanaciones, basándose en la interpretación antiformalista, que inspira, según la exposición de motivos, la ley jurisdiccional y en atención a la tutela judicial efectiva que preconiza el artículo 24 de la CE. O, más recientemente y ya en vigor la LJCA de 1998, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de la Sección 2ª, en Sentencia de 29 de octubre 2009, Rec. 7393/2003, ponente: Agullo Avilés, y de la Sección 5ª, en Sentencia de 11 de noviembre de 2009, Rec. 4212/2005, ponente: Fernández Valverde, que permiten subsanaciones de defectos cuya exigencia estricta «*resulta lesiva, por su rigor formalista, del derecho de defensa jurídica y del derecho al proceso debido que garantiza el artículo 24 de la Constitución*» (con cita expresa de otra anterior STS de 24 de abril de 2007). Bien es cierto que esa línea se articula alrededor de la exigencia al juez de lo contencioso-administrativo de «*una aplicación razonable, funcional y congruente de estas normas procesales que disciplinan la admisión de las pruebas, que modula el arbitrio judicial*», pero ello bien podría aplicarse al cumplimiento de otros requerimientos meramente formales en casos, como el que ahora tratamos, que pueden ser perfectamente subsanados en ese trámite de audiencia conferido.

En fin, si se admitiese el recurso a trámite –tras tantas posibilidades de inadmisión como las estudiadas–, se acordará dar traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que puedan oponerse al recurso en el plazo común de treinta días. No es de extrañar pues que, tras tantos filtros de admisión, en el escrito de oposición no se permita al recurrido pretender –¡de nuevo!– la inadmisión del recurso.

Resulta sumamente interesante la impronta de oralidad que ha querido imponerse a esta última actuación ante el Tribunal Supremo, pues, como avanzamos, transcurrido el plazo de presentación de la oposición, háyanse presentado o no los escritos de las partes recurridas, la sección competente para la decisión del recurso, de oficio o a petición de cualquiera de las par-

tes formulada, otrosí, en los escritos de interposición u oposición, acordará la celebración de vista pública, pero con ese criterio como regla –que se regirá en el orden temporal por el principio de prioridad formal de antigüedad del recurso–, dejando la excepción de la no celebración a los supuestos en que *«entendiera que la índole del asunto la hace innecesaria, en cuyo caso declarará que el recurso queda concluso y pendiente de votación y fallo»*.

En fin, la sentencia dictada en la nueva casación habrá de contener un pronunciamiento similar a la que hasta ahora se exigía a la que ponía fin al recurso de casación en unificación de doctrina, fijando la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Nada se dice, como advertíamos antes, de la necesidad o conveniencia de la publicación de esa doctrina en la página web del Tribunal Supremo ni en el BOE, con las importantes ventajas que esa medida proporcionaría a la labor de depuración y exegesis que de esta nueva tarea se predica.

Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, con tres posibles pronunciamientos: la incompetencia jurisdiccional, el desestimatorio del recurso y el estimatorio del recurso formulado, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, pudiendo en este caso, cuando justifique su necesidad, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación. El régimen de la imposición de costas no se aparta del criterio general del vencimiento con las excepciones y limitaciones que rigen para todo tipo de recursos.

Si apreciara que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no es competente para el conocimiento de aquellas pretensiones, o que no lo era el órgano judicial de instancia, dice el apartado 2 del artículo 93 LJCA que anulará la resolución recurrida e indicará, en el primer caso, el concreto orden jurisdiccional que se estima competente, con los efectos que prevé el artículo 5.3 de esta ley, o remitirá, en el segundo, las actuaciones al órgano judicial que hubiera debido conocer de ellas.

## 6 REFLEXIÓN FINAL

Como ya anticipamos, se trata de una sustancial reforma de la casación en el ámbito contencioso que agrava incluso el recorte habilitado para la casación civil con la reforma de la Ley 37/2011. La mutilación de los motivos y supuestos objetivos que dan acceso al recurso es más acusada que en otros ámbitos jurisdiccionales. La desaparición de los motivos objetivos (por cuantía o algunas materias, como las funcionariales) contrasta con la teórica apertura del recurso a resoluciones de tribunales inferiores en grado (señaladamente, a las sentencias de los juzgados unipersonales). Pero es el “interés casacional” el verdadero protagonista de la reforma. Con sus aspectos positivos –la definitiva atribución al Tribunal Supremo de su competencia nomofiláctica del derecho– y negativos –la excesiva “subjetivación” de los criterios de admisión de los recursos y, muy señaladamente, la pérdida del derecho a una opinión más autorizada, a la segunda instancia, en los asuntos de mayor transcendencia, los tramitados ante los TSJ y la Audiencia Nacional–. Es ésta la verdadera carga negativa en la opinión que me merece la reforma; la mutilación del derecho de defensa del ciudadano por la importantísima limitación del acceso a los recursos en temas de enjundia.

Esos recortes se unen a otros dos escollos desde la perspectiva del justiciable: de un lado, el enseñoramiento de la discrecionalidad como “criterio” prácticamente único de admisión de la casación; y, de otro, la extrema tecnificación de la labor procesal de los profesionales del derecho. Todo ello dibuja un panorama ciertamente difícil e incierto para acceder a la casación. Los escritos de preparación e interposición han de reunir tantos presupuestos, han de superar tantos filtros y tan exhaustivos controles procesales que, a no dudar, dan noticia del verdadero propósito del legislador. No es, como se pregona en el preámbulo de la LO 7/2015 para esta jurisdicción, ningún intento de dotar de un “*alto grado de eficiencia y agilidad en el sistema judicial*”; lo que se pretende parece ser otra cosa bien distinta: aligerar la carga de trabajo del Tribunal Supremo. Pero agilizar el sistema no puede asimilarse a eclipsar el derecho a los recursos. Ni se persigue “*una justicia eficaz, además de garantizar el respeto de los derechos fundamentales de todos y de facilitar con ello la paz social*”; si así fuera, no privarían al ciudadano de la posibilidad de conocer una segunda opinión del Alto Tribunal en temas de tanto contenido y jerarquía como los tratados por los tribunales superiores o la Audiencia Nacional en única instancia. No se anhe-la de verdad “*un reforzamiento de la seguridad jurídica, lograr una mayor agilización y especialización en las respuestas judiciales*”; insisto, la agilidad no se consigue mediante la aniquilación del sistema de recursos. Es más, el problema que allí se denuncia de “*retraso (...) en algunos órganos jurisdiccionales*” lo que exige es “*incrementar la calidad de la respuesta ofrecida al ciudadano*”, que desde luego no puede pasar por privarle del acceso al recurso. Se tiene el descaro de proponer como medida para “*intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos*” la obstaculización del acceso al recurso de casación, que desde luego queda sólo “*como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho*”, pero sólo eso. En modo alguno la casación ha sido nunca una “tercera instancia”; nunca lo fue, pero ahora ya no es ni segunda instancia en muchísimos otros procesos. Podemos entender precisa la redefinición del papel que debe representar el Tribunal Supremo en la justicia española, y tal vez sea necesario orientarlo en el sentido que ahora se dibuja, pero ello no puede serlo a costa del debilitamiento de los medios de defensa de los ciudadanos.

Si eso es lo que pretendía el legislador, le habría bastado con justificarse sólo en el retraso de algunos órganos judiciales. Motivos tiene. Pero con ello correríamos el riesgo de que –como ya se intentó, por cierto, en esa misma legislatura con la imposición a todos los ciudadanos de las tasas judiciales para acceder a la justicia– el día de mañana, por esa misma razón y con ese mismo objetivo, se decida suprimir la segunda instancia en todos los supuestos, cercenar el acceso a la jurisdicción según qué cuantías o supuestos, o imponer los suficientes –e impertinentes– requisitos o presupuestos procesales que, impidiendo el derecho a la defensa, aligerasen la carga de los tribunales, de todos los tribunales españoles. Alcanzarían así, seguro, el anhelado silencio en el *cementerio* jurisdiccional. Habremos de quedar a la espera del resultado práctico de esta reforma en manos de la sala tercera en la confianza de no terminar por advertir que no se trata sino de un grave e histórico error en la configuración legal del sistema de recursos en la jurisdicción contencioso-administrativa.

## 7 BIBLIOGRAFÍA

Alonso Mas, M. J. 2013 «Recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y derecho autonómico», *Revista de Administración Pública*, 190, 101-148.

- Alonso Mas, M. J. 2015 «El acceso al recurso de casación en el orden contencioso-administrativo: una oportunidad perdida», *Revista de Administración Pública*, 197, 237-269.
- Díez-Picazo Giménez, I. 2015 «La admisión discrecional de asuntos por el Tribunal Supremo», *Revista de Jurisprudencia*, 1, 3.
- Gómez-Ferrer Rincón, R. 2007 «Recurso de casación y unidad del ordenamiento jurídico», *Revista de Administración Pública*, 175, 599-637.
- Lozano Cutanda, B. 2015 «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», *Diario La Ley*, 8609.
- Martín-Romo Capilla, R. M. 2005 «El recurso de casación contencioso-administrativo: su inadmisión en sentencia y la previa audiencia de las partes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 125.
- Muñoz Aranguren, A. 2015 «La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, 8634.
- Ruiz López, M. Á. 2009 «La inadmisión del recurso de casación por competencia de los juzgados: ¿hacia una doble instancia contencioso-administrativa? (A propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 141, 167-176.
- Ruiz López, M. Á. 2011 «La intensificación de las exigencias formales del recurso de casación (a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2.011, rec. de casación n.º 2927/2010)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 150, 469-481.
- Soriano García, J. E. 2002 «¿Alguna esperanza de flexibilización en la casación?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 113, 89-92.

## NOTAS

- 1 Este trabajo se realiza en el ámbito de los proyectos de investigación “Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los Tribunales. Las «otras» legitimaciones”, referencia, DER2011-26080, y Grupo de Investigación SEJ 317, “El Derecho Público ante la crisis económica e institucional” del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI), de los que soy miembro.
- 2 Muñoz Aranguren, 2015.
- 3 Gómez-Ferrer Rincón, 2007.
- 4 En tal sentido, resulta de interés Ruiz López, 2009.
- 5 Alonso Mas, 2013.
- 6 Gómez-Ferrer Rincón, 2007.
- 7 Lozano Cutanda, 2015.
- 8 Muñoz Aranguren apunta «en los últimos años se ha conseguido rebajar –con el esfuerzo de los magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo– la carga de trabajo de manera muy notable (se ha pasado de 11.272 asuntos pendientes a finales de 2011 a 6.475 a finales de 2013 –y eso sin descontar, dentro de estos últimos, los suspendidos por pendencia de cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial–)» (Muñoz Aranguren, 2015).
- 9 Como recuerda Muñoz Aranguren, es significativo el peso de la opinión de los magistrados del TS en la redacción de la nueva propuesta: «Ahora bien, es importante hacer notar que los propios magistrados de la Sala Tercera habían abogado recientemente por una reforma en la línea finalmente acogida por el legislador. En el “Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ” se rechazó el modelo casacional propuesto entonces por el prelegislador y se propuso uno alternativo, hasta el punto de sugerir incluso el tenor literal de esos eventuales nuevos preceptos de la LJCA, que la Ley orgánica 7/2015 ha reproducido de forma casi mimética» (Muñoz Aranguren, 2015).
- 10 En el mismo sentido, Muñoz Aranguren, 2015.
- 11 Soriano García, 2002.
- 12 La Sala de lo Social del TS también ha adoptado recientemente un acuerdo, mucho menos ambicioso, sobre los criterios de admisión del recurso de casación para unificación de doctrina (Acuerdo no jurisdiccional de 11 de febrero de 2015), como indica Muñoz Aranguren, 2015.
- 13 Aun cuando, como se ha denunciado en el ámbito civil, «a menudo, el TS unifica criterios sobre cuestiones menores, muy concentradas, por ejemplo, en el derecho de familia, el de propiedad horizontal y el de arrendamientos urbanos» (Díez-Picazo Giménez, 2015:3).
- 14 Exigencias formales que ya se incrementaron sensiblemente en la reforma de 2011, como pone de relieve Ruiz López, 2011.
- 15 Una razonada crítica a esta dualidad de control entre las salas de instancia y Tribunal Supremo es la que formula Alonso Mas, 2015. Se aboga en ese trabajo por la instauración del “interés casacional” como medida de acceso a la casación, criterio que sólo debe manejar este Alto Tribunal.
- 16 Lo que ya no parece posible es que la inadmisión se proclame en sentencia. A tal respecto, y en lo que toca a la regulación anterior, *vid.* Martín-Romo Capilla, 2005.

# As cláusulas de emprego e condicións de traballo na contratación pública no dereito da Unión Europea

## Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en la contratación pública en el derecho de la Unión Europea<sup>1</sup>

### Employment and working conditions clauses in public procurement in EU Law



JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

Profesor contratado doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)  
josemaria.miranda@usc.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

**Resumo:** O ordenamento da Unión Europea, paulatinamente, foi admitindo a presenza de cláusulas de contido socio-laboral na contratación pública. A evolución histórica da normativa pon de manifesto que foi un proceso longo e lento, pero a nova Directiva 2014/18/UE semella augurar a consolidación desta situación. A xurisprudencia do Tribunal de Xustiza foi, pola súa parte, bastante errática. Nun primeiro momento admitiu, sen apoio normativo ningún, a presenza destas cláusulas no tráfico xurídico público. A continuación, coas emblemáticas sentenzas *Rüffert* e *Bundesdruckerei*, as tornas cambiaron completamente, ao impor taxativamente o respecto das liberdades mercantís. A moi recente sentenza *Regiopost*, en cambio, apostou firmemente pola admisibilidade de cláusulas sobre salario mínimo.

**Palabras clave:** Administración pública, contratación pública, cláusulas sociais, cláusulas de emprego e condicións de traballo, dereito da Unión Europea.

**Resumen:** El ordenamiento de la Unión Europea, paulatinamente, fue admitiendo la presencia de cláusulas de contenido socio-laboral en la contratación pública. La evolución histórica de la normativa pone de manifesto que fue un proceso largo y lento, pero la nueva Directiva 2014/18/UE parece augurar la consolidación de esta situación. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia fue, por su parte, bastante errática. En un primer momento admitió, sin apoyo normativo alguno, la presencia de estas cláusulas en el tráfico jurídico público. A continuación, con las emblemáticas sentencias *Rüffert* y *Bundesdruckerei*, las tornas cambiaron completamente, al imponer taxativamente el respeto de las libertades mercantiles. La muy reciente sentencia *Regiopost*, en cambio, apostó firmemente por la admisibilidad de cláusulas sobre salario mínimo.

**Palabras clave:** Administración pública, contratación pública, cláusulas sociales, cláusulas de empleo y condiciones de trabajo, derecho de la Unión Europea.

**Abstract:** EU Law, gradually, has incorporated the possibility of clauses related to social and work issues in public procurement. The historical evolution of this normative shows clearly the length of this slow

itinerary; nonetheless, the new Directive 2014/18/EU can be seen as a herald of the consolidation of this trend. The case law of the European Court of Justice, on the other hand, has been erratic. In a first moment, it admitted, without any legal base, the presence of this type of clauses in the public legal traffic. Next, with the emblematic rulings *Rüffer* and *Bundesdruckerei*, the tables turned completely, imposing the most severe respect for the economic freedoms. Surprisingly, the recent ruling *Regiopost* has changed again the trend, betting firmly on the possibility of clauses establishing minimum wages.

**Key words:** Public Administration, public procurement, social clauses, employment and working conditions clauses, European Union Law.

**Sumario:** 1 El matiz terminológico previo: cláusulas sociales frente a cláusulas de empleo y condiciones de trabajo. 2 La normativa de la UE en materia de contratos públicos: un breve panorama histórico. 3 El derecho vigente. 4 El derecho que llega. 5 Inciso: de nuevo sobre la trascendencia del derecho de la competencia en el ámbito social. 6 Los desplazamientos transnacionales de trabajadores en las directivas de contratos públicos. 7 El caso *Rüffert*. 8 La sentencia *Bundesdruckerei*. 9 El inesperado cambio de sentido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el salario mínimo y los contratos públicos. 10 Un bosquejo de conclusión. 11 Bibliografía.

## 1 EL MATIZ TERMINOLÓGICO PREVIO: CLÁUSULAS SOCIALES FRENTE A CLÁUSULAS DE EMPLEO Y CONDICIONES DE TRABAJO

Antes de abordar el análisis de la legislación vigente en la Unión Europea y la futura, hace falta comenzar con una breve precisión terminológica. En la normativa que se recoge en este trabajo no faltan las menciones de orden social y laboral, pues tal es el deslinde terminológico: por una parte está “el social” y por la otra el relativo al empleo y a las condiciones de trabajo.

La redacción inicial de estas cuestiones en la normativa y documentación que se expondrá, posiblemente elaborada en francés, parecía indicar una correspondencia con el *droit social*, entendido en términos generales como el conjunto del derecho del trabajo, del derecho de la protección social y el de la asistencia social, “llamado así por haber nacido de la preocupación de enfrentarse a la cuestión social surgida de la Primera Revolución Industrial”<sup>2</sup>.

Examinando las versiones lingüísticas del artículo 18.2 de la Directiva 2014/24/UE, esta dicotomía aparece expuesta en términos legislativos, que en algunos idiomas puede parecer superflua o redundante, mientras que en otros casos sí tiene una trascendencia real. Así, se observa una mención al respeto del ordenamiento jurídico, en el caso del texto alemán (*sozial- und arbeitsrechtlichen*), checo (*sociálního a pracovního práva*), danés (*social-og arbejdsmarkedslovgivning*), francés (*droit (...) social et du travail*), inglés (*social and labour law*), italiano (*diritto (...) sociale e del lavoro*), holandés (*sociaal en arbeidsrecht*), húngaro (*szociális és munkajogi követelményeket*) o sueco (*social-och arbetsrättsliga*).

La versión en castellano, sin embargo, habla de obligaciones establecidas en materia *social o laboral*, ya no de derecho. Las versiones portuguesa y rumana coinciden al referirse, respectivamente, a las *obrigações aplicáveis em matéria (...) social e laboral e obligațiile aplicabile în domeniul (...) social și al muncii*. En estos tres textos, la noción se aparta del terreno de la normativa y parece hacer referencia a una cuestión de perfiles más amplios y menos jurídicos.

Esta situación carecería, en el fondo, de trascendencia si el desarrollo real de la puesta en práctica de la normativa de la Unión Europea no hubiese borrado por completo la idea clásica reflejada en la mayor parte de los idiomas. En el tratamiento que se ha hecho en el siglo XXI de esta materia, los contenidos “sociales” se alejaron por completo de la vieja cuestión social. Responden hoy en día, en cambio, a los intereses de la sociedad contemporánea.

Es un ejemplo perfecto de esta evolución la enumeración incluida en el Libro verde de 2011 sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”<sup>3</sup>: «proteger el medio ambiente, hacer un uso más eficiente de los recursos y de la energía y luchar contra el cambio climático, promover la innovación y la inclusión social y asegurar las mejores condiciones posibles para la prestación de servicios públicos de alta calidad».

Las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo, que se intentan deslindar aquí de las cláusulas simplemente sociales, también aparecen ejemplificadas en el Libro verde, a pesar de no existir un listado comparable al anterior. Por el contrario, hace falta realizar una criba, principalmente en la consulta dirigida por la Comisión a los *stakeholders*. Resultan especialmente relevantes las preguntas 74 y 75, donde se interrogaba, en la segunda, sobre las cláusulas sociales (entre otras), y en la primera por las abstrusamente redactadas “consideraciones sociales relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores”. La pregunta 76, por su parte, cuestionaba la conveniencia de establecer ya al nivel de la UE determinadas cláusulas generales de ejecución del contrato, en particular las relacionadas con el empleo y las condiciones laborales de los trabajadores que participaban en su ejecución. Por último, al considerar si sería posible separar las cláusulas de este tipo de una vinculación estrecha con la ejecución del contrato, señalaba específicamente actuaciones concebidas como «política de empleo que respete la igualdad de género, o una política general de cuotas de empleo de categorías específicas de personas, por ejemplo, despedidos, personas con discapacidad».

En definitiva, la identificación de las cláusulas sociales con la materia socio-laboral ha concluido, aunque de forma laxa siga conservando su validez, dado el carácter inconstante de la terminología. La extensión del término es mucho más amplia que el más concreto “cláusulas de empleo y condiciones de trabajo” y apunta a distintas finalidades, especialmente tras afianzarse la idea de responsabilidad social empresarial. No obstante, hacer un caballo de batalla de esta cuestión es esfuerzo vano, puesto que la inercia asegura la subsistencia de los términos empleados tradicionalmente.

## 2 LA NORMATIVA DE LA UE EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS: UN BREVE PANORAMA HISTÓRICO

La importancia económica de la licitación pública en Europa no se puede pasar por alto. Las operaciones derivadas de la contratación del sector público en los años anteriores a las doctrinas económicas de la década de los ochenta representaban un segmento muy considerable del mercado. Aún en años posteriores, en un modelo de menor intervención estatal, la relevancia económica del sector hacía especialmente deseable una regulación que favoreciese el tráfico internacional. De acuerdo con cifras manejadas por la propia Comisión Europea, hoy en día representa casi el 20% del PIB de la Unión<sup>4</sup>.

El acervo comunitario a propósito de la contratación pública tiene ya una larga tradición, que se remonta en el tiempo hasta el año 1971, con la tríada compuesta por la Directiva 71/304/CEE del Consejo, relativa a la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales; la Directiva 71/305/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos

de obras; y la Decisión del Consejo, de 26 de julio de 1971, de creación de un comité consultivo para los contratos públicos de obras.

En los años noventa, el acervo comunitario se dotó de varias normas que abordaban de forma pormenorizada la cuestión. Se trataba, entre otras, de las directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro; y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Merece la pena señalar, para ir abordando ya el tema que centrará el contenido de este trabajo, que en ninguna de ellas había la mínima mención de la materia social<sup>5</sup>. Era un claro testigo de la preponderancia de la Dirección General de Mercado Interior de la Comisión Europea sobre la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales<sup>6</sup>, todavía en la época en que Jacques Delors intentaba insuflar un *alma social* en el naciente Mercado Interior.

La carencia normativa, en cualquier caso, era evidente. En 1996 se adoptó el Libro verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”<sup>7</sup>, por iniciativa del entonces comisario de Mercado Interior, Mario Monti, ya en la Comisión Santer. El libro dedicaba un epígrafe específico, dentro del capítulo “Contratación pública y otras políticas comunitarias”, a “contratación pública y políticas sociales”, los apartados 5.38 a 5.44. El tratamiento era manifiestamente pobre, ofreciendo ejemplos tan pintorescos como calificar de cláusula social la exclusión de los empresarios que hubiesen cometido delitos contra su moral profesional. Incluía algunas reflexiones sobre las cláusulas de acción positiva y la distinción entre concesión y ejecución del contrato, pero finalizaba concluyendo la necesidad de una comunicación interpretativa del acervo vigente que aclarara «las posibilidades que el derecho de contratación pública ofrece a las diversas categorías afectadas para realizar los objetivos comunitarios y nacionales de política social. Asimismo, hace falta determinar si estas posibilidades son suficientes para responder a las necesidades, o si serán necesarias otras medidas para garantizar la consecución de estos objetivos en la aplicación de las normas comunitarias sobre los contratos públicos, al tiempo que se salvaguarda una competencia leal». Las palabras terribles de cierre anunciaban como heraldo de catástrofe lo que iba a ser el devenir jurisprudencial, no mucho tiempo después, de la materia ante el Tribunal de Justicia en Luxemburgo.

En su Comunicación de 1998 “La contratación pública en la Unión Europea”<sup>8</sup>, la Comisión intentó resolver algunas de las interrogantes que se habían establecido en el Libro verde, y entre ellas se encontraba la vertiente social. Bajo el pomposo título “Alcanzar y consolidar un efecto de sinergia con otras políticas comunitarias”, la Comisión le dedicó un epígrafe a esta cuestión. Básicamente, admitió la posibilidad de excluir a contratistas que hubiesen violado la legislación social vigente y aceptó la posibilidad de incluir cláusulas de acción positiva, potenciando a mujeres y a colectivos desfavorecidos, como condición de ejecución del contrato. Consideraba, en definitiva, que, a pesar de no existir previsiones expresas, había suficiente margen de actuación para los poderes públicos. Pero no resolvió de manera completa la cuestión: la comunicación interpretativa de la dimensión social quedaba aún pendiente de desarrollo y elaboración.

Estos llegaron en 2001, con la “Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en esos contratos”<sup>9</sup>. La preocupación central de la Comisión, en todo caso, era evitar que se produjeran

situaciones en que se eliminaran los competidores extranjeros. Bajo ningún concepto podría tolerar el ejecutivo comunitario que con la forma de preocupaciones sociales se establecieran barreras a la libre competencia, y en varios párrafos del texto se recalca esta cuestión<sup>10</sup>.

### 3 EL DERECHO VIGENTE

En el momento de cerrarse estas líneas, están vigentes, ya por poco tiempo, dos directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, ambas de 31 de marzo de 2004, que simplificaron el panorama legislativo existente<sup>11</sup>. Se trata de la Directiva 2004/17/CE, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, y de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicio. Como se puede ver, una está dedicada a objetivos específicos, los denominados “sectores excluidos”<sup>12</sup>, mientras que la otra adopta un perfil más general. No debe ser olvidado, sin embargo, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, todavía los contratos públicos que no quedan cubiertos por el ámbito de las directivas están sometidos a las disposiciones generales de los tratados, en especial en lo relativo al derecho de la competencia y a la libre prestación de servicios.

La Directiva 2004/18/CE recogió<sup>13</sup>, por lo menos formalmente, lo indicado en las comunicaciones de la Comisión expuestas, abriendo la puerta a la denominada “utilización estratégica de la contratación pública”<sup>14</sup>, a “modulación teleológica de las reglas de la contratación administrativa”<sup>15</sup>. La preocupación que transmitían los diversos documentos de trabajo intermedios encontraba así un cierto acomodo en la normativa de la Unión, gracias a la intervención del Parlamento Europeo en el proceso legislativo<sup>16</sup>.

Todo el elenco de menciones podría, en una síntesis preliminar, agruparse en tres escalones. En primer lugar, el establecimiento del objeto mismo del contrato con una finalidad socio-laboral<sup>17</sup>; en segundo lugar, la utilización de estándares laborales como criterio de selección; y, en tercer lugar, el uso de indicadores laborales para la selección o la exclusión de candidatos<sup>18</sup>.

Así, en sus considerandos iniciales, se hablaba del empleo y del trabajo como elementos esenciales para la obtención de la igualdad en la sociedad y la consecución de la igualdad de oportunidades. Con esta entrada, se anunciaba la posibilidad de reservar la participación o de condicionar la ejecución de los contratos públicos a la intervención de establecimientos especializados en el empleo de discapacitados.

En línea con esta afirmación, posteriormente se señalaba que las condiciones a la hora de licitar contratos públicos podían tener como objeto «favorecer la formación profesional en el lugar de trabajo, el empleo de personas que tengan especiales dificultades de inserción, combatir el paro», entre otras finalidades admitidas. Como se ve, en este escenario el empleo sería un elemento central a la hora de perfilar el contrato mismo<sup>19</sup>.

En la enumeración ejemplificativa recogida en el considerando 33, referente a la ejecución del contrato, se hablaba de «contratar despedidos de larga duración o de organizar acciones de formación para los despedidos o los jóvenes, de respetar en lo sustancial las disposiciones de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el supuesto de que estos no se hubiesen aplicado en el derecho nacional, de contratar un número de personas discapacitadas superior a lo que exige la legislación nacional».

Inmediatamente a continuación, el considerando 34 señalaba algo obvio, pero que, sin embargo, haría bueno el dicho de Charles-Maurice de Talleyrand-Périgord en el inicio del Congreso de Viena: “*Ce qui va sans dire va encore mieux en le disant*”. Lo obvio era señalar que «las leyes, reglamentaciones y convenios colectivos, tanto nacionales como comunitarios, vigentes en materia de condiciones de trabajo y de seguridad del trabajo, se aplicarán durante la ejecución de un contrato público, siempre que dichas normas, así como su aplicación, se ajusten al derecho comunitario». Es de imaginar que el resto del ordenamiento jurídico se encuentra sometido a la misma condición sin que la directiva lo mencione, salvo que la finalidad no declarada de este artículo sea recalcar la espada de Damocles que pende sobre la legislación laboral. La afirmación de que su incumplimiento podría implicar la exclusión de la licitación tendría, a finales de 2015, insospechadas consecuencias judiciales.

Todas estas intenciones se traducían en varios preceptos de la directiva. En primer lugar, el artículo 19 abría la posibilidad de condicionar tanto las licitaciones como su ejecución a la participación en ella de trabajadores discapacitados, concretamente en el caso de empresas en que la mayoría de su personal tuviera tal condición. El título del artículo, “contratos reservados”, indica claramente la potestad del poder público de acotar este tipo de contratos cuando la finalidad lo justifique<sup>20</sup>. No obstante, no puede dejar de observarse, con una lamentable dosis de pragmatismo, que la escasa cuantía económica de este tipo de contratos le permite al ordenamiento de la Unión Europea salvar la cara presentando una sensibilidad social que implica un coste escaso, si no nulo, para la libre prestación de servicios.

A propósito de otro tipo de limitaciones, en su artículo 26, la directiva recogía que «las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y ambiental». La mención debe entenderse, sin embargo, con las precisiones terminológicas apuntadas antes. Ya no se piensa únicamente en el trabajo y en el empleo, sino en otros beneficios para la sociedad.

A su vez, su artículo 27.1 señalaba que «el poder adjudicador podrá señalar, o ser obligado por un Estado miembro a señalar, en el pliego de condiciones, el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a las (...) disposiciones en materia de protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro, la región o la localidad en que se vayan a realizar las prestaciones y que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato». Estos deberes de información sobre el estándar laboral no tienen, verdaderamente, gran relevancia, ya que en poco difieren del obligado cumplimiento de la normativa vigente.

Por último, esta exigencia se puede traducir, asimismo, en la capacidad para el Estado (artículo 55) de revisar las ofertas anormalmente bajas, cuando dicha anomalía pueda provenir del incumplimiento de la normativa laboral.

La puesta en práctica de esta normativa tenía su *manual de instrucciones* en un documento preparado por la Comisión, conjuntamente por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades y por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, titulado “Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas”<sup>21</sup>. No se puede pasar por alto el simbolismo del título, que ya acogía la moderna terminología de “responsabilidad social”, así como la case incompresible mención de las adquisiciones sociales, una mala traducción del francés *acheter social*.

Este texto ofrecía una caracterización ejemplificativa de este tipo de cláusulas, que de ninguna forma puede ser considerada exhaustiva: «Las “contrataciones públicas socialmente responsables” se refieren a las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades<sup>22</sup>, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas (RSE), al tiempo que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las directivas de contratación»<sup>23</sup>.

Es fácil constatar que la noción se expande de nuevo, en un conjunto social 2.0 donde case todo tiene cabida. El documento desarrollaba con una cierta intensidad la mencionada lista, elaborando un apreciable catálogo de cuestiones socio-laborales que permitirían matizar los contratos públicos, si se llegasen a aplicar en toda su extensión. Y seguía a continuación, de manera un tanto sorprendente, un excursus sobre la vinculación entre los contratos públicos y el modelo social europeo. El resto del documento contenía instrucciones detalladas para las administraciones públicas nacionales sobre la forma de incorporar este tipo de cláusulas a sus licitaciones<sup>24</sup>.

#### 4 EL DERECHO QUE LLEGA

En 2016 entrarán en vigor dos nuevas directivas, fruto casi póstumo de la Comisión Durão Barroso, que sustituirán a las dos indicadas<sup>25</sup>, y a las que se les añade un tercer pilar relativo a las concesiones. No nacerán en el vacío, sino que forman parte de un amplio paquete de medidas, reflejado en la Comunicación de la Comisión “Hacia un Acta del Mercado Único: por una economía social de mercado altamente competitiva”<sup>26</sup>, la cual incluía la reforma sobre la contratación pública como una de las doce acciones prioritarias inscritas en la denominada Acta del Mercado Único<sup>27</sup>. La siguieron el ya mencionado Libro verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE “Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”<sup>28</sup>, en enero de 2011, y la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública.

La primera de las normas futuras es la colosal Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, que deroga a la anterior Directiva 2004/18/CE a partir del 18 de abril de 2016 y que ocupa nada menos que 179 páginas del *Diario Oficial de la Unión Europea*. En ella la dimensión socio-laboral ha ganado en presencia. La segunda, manteniendo el binomio existente, es la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE. Como puede verse, esta perdura con su objetivo específico, mientras que la primera de las dos ha ganado en dimensión, al dedicarse ahora, con carácter general, a la contratación pública, entendida en toda su extensión, salvo las excepciones expresas. La novedad la aporta la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión<sup>29</sup>. De nuevo se pondrá la atención principal en la primera de ellas.

En los considerandos iniciales se pueden encontrar diversas referencias respecto a la legislación laboral y a las condiciones de trabajo, subrayando el papel de los convenios colectivos y de la legislación internacional. Se repiten asimismo las alusiones ya existentes a la protección

de colectivos en situación desfavorable. A ellas se añadieron nuevas condiciones, como es la conciliación de la vida laboral y familiar, entre otras. Los subcontratistas, además, pasan a estar incluidos en esta cadena de obligaciones.

El artículo 18.2 recoge lo que a partir de ahora será el reconocimiento de estándares laborales en la ejecución, plasmando en el articulado lo que antes sólo se reflejaba en los considerandos de la norma: «Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia ambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional ambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X». En lo que al derecho del trabajo afecta, lo recogido en dicho anexo son los ocho convenios fundamentales de la OIT. Se volverá sobre ellos a propósito de los desplazamientos transnacionales de trabajadores. En cuanto a los convenios colectivos, no hay que olvidar, nunca, la doctrina *Rüffert*. En virtud del artículo 71, además, este deber de respeto se extiende también de forma expresa a los subcontratistas, haciendo así crecer la cadena de responsabilidades.

Esta “cláusula social horizontal”<sup>30</sup> es la traducción jurídica de las buenas intenciones que expresaba el antiguo considerando de la directiva anterior, dando el crucial paso de las exposiciones de motivos al articulado de la norma. Formalmente, se debe considerar un logro. Materialmente, se impone una sana dosis de escepticismo. ¿Es necesario recordar que en la ejecución de un contrato público se respeta el ordenamiento jurídico? ¿Se puede interpretar, *sensu contrario*, que el resto de la normativa de un país no ha de ser tenida en cuenta? Este argumento es una reducción al absurdo, por supuesto, pero sirve para poner de relieve el carácter de “brindis al sol” del precepto.

Este artículo se enlaza directamente con el artículo 56, en el que se faculta a los Estados para denegar al mejor postor la licitación, si se constata que no respeta lo indicado en el artículo 18.2. Esta es la doctrina *Regiopost*, que se comentará al final del trabajo, plasmada en una directiva que no ha entrado en vigor, *avant la lettre*.

El artículo 20 recoge, por su parte, lo ya referido en la Directiva 2004/18/CE a los trabajadores discapacitados. Pero añade una importante modificación, al incluir en el ámbito de los contratos reservados a los trabajadores “desfavorecidos”, sobre cuya caracterización se volverá más adelante. Es un avance muy considerable, ya que las cláusulas sobre discapacidad son frecuentes en los ordenamientos nacionales, pero no así estas últimas<sup>31</sup>. Ciertamente, no es una cláusula obligatoria, sino una posibilidad para los Estados, pero el hecho de crear esta habilitación legal debe ser valorada de forma positiva<sup>32</sup>. Por otra parte, hay que señalar que la mención a la mayoría del personal en la Directiva de 2004 se transforma en un 30% con la nueva regulación.

La condena por la realización de trabajo infantil, además, es una causa de exclusión de contratación, conforme al artículo 57. El artículo 69 trata lo ya existente a propósito de la capacidad de rechazar las ofertas anormalmente bajas, incluyendo entre los motivos de exclusión la falta de respeto de las condiciones laborales.

El artículo 70, por último, matiza lo dispuesto en el artículo 26 de la anterior directiva a propósito de las condiciones para la ejecución del contrato, al señalar que «dichas condiciones podrán incluir consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, consideraciones de tipo medio ambiental, social, o relativas al empleo». Exige el precepto, sin embargo, que las condiciones estén ligadas al objeto del contrato, lo cual puede verse como un matiz que desvirtúa por completo el inicialmente optimista contenido del artículo<sup>33</sup>.

Haciendo balance de luces y sombras<sup>34</sup>, el resultado de esta directiva, aparentemente, hace del respeto a la legislación laboral un puntal firme del proceso de contratación pública en Europa<sup>35</sup>. Se registran en ella importantes avances en el reconocimiento de un mínimo social, pero aún queda superar la ordalía definitiva.

En efecto, si la Unión Europea resultase destruida por un algún tipo de catástrofe postmoderna y un jurista alienígena del futuro estudiase lo aquí considerado a partir de los documentos enumerados, concluiría sin duda que lo social era un elemento de referencia indispensable en la contratación pública europea. No obstante, el jurista contemporáneo no puede compartir plenamente esa evaluación al considerar la obra del Tribunal de Justicia.

## **5 INCISO: DE NUEVO SOBRE LA TRANSCENDENCIA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO SOCIAL**

Como se ha podido constatar hasta ahora, la normativa analizada contiene referencias a determinados grupos de personas, buscando favorecer su acceso al empleo, pero sin contener caracterización alguna de ellos. Para su correcta identificación en este contexto, hace falta acudir al Reglamento (UE) núm. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del tratado.

Esta norma, estricto derecho de la competencia, contiene cuatro definiciones relevantes en lo que ahora nos ocupa. En primer lugar, su artículo 2.3 caracteriza al trabajador con discapacidad como «toda persona que esté reconocida como persona con discapacidad según la legislación nacional, o tenga deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan dificultar su participación plena y efectiva en un ámbito de trabajo, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». A efectos de interpretar esta definición, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta la interpretación expansiva que de la noción de discapacidad llevó a cabo el Tribunal de Justicia en las sentencias *HK Danmark* y *Kaltoft*.

En segundo lugar, el artículo 2.4 caracteriza a los trabajadores desfavorecidos como «toda persona que no hubiese tenido un empleo fijo remunerado en los seis meses anteriores, o tenga entre 15 y 24 años, o no cuente con calificaciones educativas de formación secundaria o profesional superior (Clasificación Internacional Normalizada de la Educación 3), o hubiese finalizado su educación a tiempo completo en los dos años anteriores y no hubiese tenido antes un primer empleo fijo remunerado, o tenga más de 50 años, o sea un adulto que viva como soltero y del que dependan una o más personas, o trabaje en un sector o profesión en un Estado miembro donde el desequilibrio entre sexos sea por lo menos un 25 % superior al promedio nacional en el conjunto de los sectores económicos del Estado miembro de que se trate, y forme parte de ese grupo de género subrepresentado, o sea miembro de una minoría étnica en un Estado miembro y necesite desarrollar su perfil lingüístico, de formación profesional o de experiencia laboral para mejorar sus perspectivas de acceso a un empleo estable». No es posible describir con mayor precisión las principales víctimas de la crisis que sacudió los pilares de Europa.

En tercer lugar, el artículo 2.99<sup>36</sup> define al trabajador muy desfavorecido como «toda persona que no haya tenido un empleo fijo remunerado durante por lo menos 24 meses, o no haya tenido un empleo fijo remunerado durante por lo menos 12 meses y pertenencia a una de las categorías b) a g) mencionadas en la definición de “trabajador desfavorecido”».

En cuarto y último lugar, el artículo 2.100 caracteriza el empleo protegido como el «empleo en una empresa cuya plantilla esté compuesta, como mínimo, por un 30% de trabajadores con discapacidad».

## 6 LOS DESPLAZAMIENTOS TRASNACIONALES DE TRABAJADORES EN LAS DIRECTIVAS DE CONTRATOS PÚBLICOS

La perspectiva de optimismo laboral debe ser matizada, eso sí, cuando se aborda la cuestión de la contratación transnacional, un elemento de gran relevancia dentro del objetivo de liberalización del mercado de servicios. Los diez años que corren entre una y otra directiva suponen el paso de la Europa de los 15 a la de los 28, y en el ámbito laboral esa transición es particularmente relevante. Las menciones a los desplazamientos transnacionales de trabajadores se multiplicaron en los considerandos iniciales.

En efecto, la Directiva de 2004 se limitaba a señalar, en su considerando 34, que «para las situaciones transfronterizas, en que los trabajadores de un Estado miembro prestan sus servicios en otro Estado miembro para la realización de un contrato público, la Directiva 96/71/CE (...) enuncia las condiciones mínimas que es necesario respetar en el país de acogida en relación con dichos trabajadores desplazados. Si el derecho nacional considerara disposiciones a tal efecto, el incumplimiento de esos obligaciones se podrá considerar una falta grave o un delito que afecta a la moral profesional del operador económico, pudiendo acarrearle su exclusión del procedimiento de adjudicación de un contrato público». Esta era, a primera vista, una indicación neutra, un simple muestreo del ordenamiento en vigor.

La directiva de 2014, en cambio, altera por completo el enfoque, incluyendo dos relevantes menciones en sus considerandos iniciales. La primera aparece en el número 37, matizando las medidas de vigilancia del respeto de la legislación laboral: «Dichas medidas pertinentes se deben aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE (...) y de una manera que garantice la igualdad de trato y no discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos y a los trabajadores de otros Estados miembros».

Recalcando esta dimensión de la protección transnacional, hay que señalar el número 98: «Es fundamental que los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de un contrato relacionados con los aspectos sociales del proceso de producción se refieran a las obras, suministros o servicios que se deban facilitar de acuerdo con el contrato de que se trate. Además, se deberían aplicar de conformidad con la Directiva 96/71/CE, según es interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y no elegirse o aplicarse de una forma que discrimine, directa o indirectamente, a los operadores económicos de otros Estados miembros o de terceros países que sean parte en el ACP o en los acuerdos de libre comercio en que la Unión sea parte. Por consiguiente, los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo reguladas por la Directiva 96/71/CE, como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el derecho de la Unión en el contexto de dicha directiva».

La mención de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretando la Directiva 96/71/CE debería llamar a espanto al lector, dado que se alude veladamente al caso *Rüffert*. Y no menos pavor deberían suscitar las referencias al ACP y los acuerdos de libre comercio. En los días en que lo más parecido a un fantasma que recorre Europa es el TTIP, la indicación permite visualizar

una nueva versión del Desembarco de Normandía protagonizada por trabajadores desplazados y no la 101ª Aerotransportada.

Es ahora cuando cobran relevancia las indicaciones a propósito del respeto de los convenios fundamentales de la OIT. Como es sabido, estos ya fueron utilizados anteriormente como un criterio de referencia por la Unión Europea. En efecto, ya el Reglamento (CE) núm. 980/2005 del Consejo, un acto enmarcado en la política comercial común, recogía un régimen denominado “régimen de estímulo del desarrollo sostenible y el buen gobierno” (SPG+). La exigencia de respeto de la normativa internacional se extendió a otros acuerdos que van más allá de lo estrictamente social<sup>37</sup>. Los beneficios de su cumplimiento y las consecuencias de su infracción se localizan en el plano arancelario. Lo que ha servido, por tanto, para el comercio de mercancías se traslada ahora al tráfico de servicios y prestaciones para los poderes públicos.

## 7 EL CASO RÜFFERT

Siete años después de esta sentencia, resulta ocioso volver sobre el caso *Rüffert*<sup>38</sup>, del que ya está todo escrito. No fue, en modo alguno, la primera sentencia del Tribunal de Justicia en materia de contratación pública condicionada por cláusulas de tipo laboral<sup>39</sup>. Baste con recordar, simplemente, que en aquella ominosa ocasión la subcontratista polaca de una empresa alemana, ganadora de una licitación de obra pública, pagaba salarios inferiores a los establecidos en el convenio de la construcción. El Tribunal de Justicia resolvió en aquella ocasión que exigir el respeto de dicho convenio por la Administración licitadora era contrario a la libre prestación de servicios, atendiendo muy significativamente a la falta de carácter universal de la regulación exigida.

No está de más señalar que en toda la sentencia no hubo una sola mención de la Directiva 2004/18/CE. Sí fue mencionada en las conclusiones del abogado general como un factor considerable a la hora de delimitar las condiciones de contratación: «la adjudicación de contratos públicos permite también la realización de otras necesidades de interés general». El hecho de que el tribunal hubiese pasado por alto esta indicación fue objeto de una pregunta escrita en el Parlamento Europeo<sup>40</sup>. La Comisión, en su respuesta un tanto torticera, indicó otro párrafo de las propias conclusiones en que el abogado general consideraba que la Directiva 93/37/CEE, antecesora de la 2004/18/CE, no resultaba relevante para el caso.

## 8 LA SENTENCIA BUNDESDRUCKEREI

Tras unos años de silencio, las cláusulas de este tipo volvieron al Tribunal de Justicia. En efecto, la sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei GmbH y Stadt Dortmund*, asunto C-549/13<sup>41</sup>, se añadió a la ominosa lista de sentencias del Tribunal de Justicia en las cuales las libertades mercantiles desgarran gravemente el tejido de la Europa social.

En la situación estudiada, la ciudad de Dortmund había licitado un contrato público relativo a la digitalización de documentos y otras actividades, entre cuyas condiciones se le exigía al vencedor que pagara a sus trabajadores y a los posibles empleados de las subcontratistas un salario mínimo por hora de 8,62 euros. Una de las empresas participantes en la licitación comunicó a la Administración que todas las prestaciones se realizarían en Polonia, donde tal condición no era viable. Ante la negativa del Ayuntamiento de Dortmund a eximir del requisito a la empresa

Bundesdruckerei, esta impugnó la decisión ante un órgano de control de la competencia. Como el Tribunal de Justicia le reconoce naturaleza de órgano jurisdiccional, la cuestión prejudicial se elevó.

El hecho de que la primera sentencia citada al abordar el fondo de la cuestión hubiese sido la mencionada *Rüffert* ya podía hacer intuir por dónde se iba a dirimir el caso. En efecto, la primera declaración del tribunal fue considerar inaplicable la Directiva 96/71/CE, ya que no había desplazamiento ninguno de trabajadores, dado que estos no llegarían a salir nunca de Polonia, donde realizarían íntegramente las tareas objeto de la licitación.

El conflicto se debía dirimir, pues, en el ámbito del artículo 56 TFUE, la libre prestación de servicios. Siguiendo de nuevo a *Rüffert*, «la imposición, en virtud de una normativa nacional, de una retribución mínima a los subcontratistas de un licitador establecidos en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora y en el que los salarios mínimos sean inferiores constituye una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida».

A esa restricción se oponía la finalidad de proteger los intereses de los trabajadores y evitar el *dumping* social, que fue rechazada por el tribunal recurriendo por tercera vez a los argumentos de *Rüffert*, considerándola desproporcionada<sup>42</sup>. En palabras del tribunal, «privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos»<sup>43</sup>. El objetivo de protección del equilibrio de la seguridad social siguió el mismo camino, ya que los problemas recaerían en Polonia y no en Alemania.

Y ¿qué fue de la Directiva 2004/18/CE en esta sentencia? El tribunal la despachó de manera tajante en el considerando 26. “Supuso” que una exigencia como la analizada podía ser entendida como una consideración de tipo social de las amparadas por la directiva. Pero eliminó cualquier influencia que hubiese podido tener al afirmar que, en cualquier caso, debía estar sometida al derecho comunitario, conclusión a la que llegó de manera tácita y veloz.

## 9 EL INESPERADO CAMBIO DE SENTIDO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL SALARIO MÍNIMO Y LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La jurisprudencia descrita del Tribunal de Justicia en materia de cláusulas de empleo en la contratación pública se podría calificar como ominosa, con los precedentes de los casos *Rüffert* y *Bundesdruckerei*. En contraste, la Sentencia de 17 de noviembre de 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG y Stadt Landau in der Pfalz*, asunto C-115/14<sup>44</sup>, trajo un soplo de aire fresco para la Europa social que últimamente era difícil encontrar en Luxemburgo. El caso no se diferenciaba en gran medida de acontecimientos anteriores<sup>45</sup>, aunque algunos matices resultaron de enorme importancia a la hora de determinar la decisión final del Tribunal de Justicia.

Acogiéndose a las cláusulas sobre empleo y condiciones de trabajo que ampara la Directiva 2004/18/CE, el Ayuntamiento de Landau, en el Palatinado alemán, estableció en el contexto de la adjudicación de un contrato público de servicios postales una cláusula por la cual imponía a los licitadores y a sus subcontratistas pagar un salario mínimo al personal que ejecutase las prestaciones objeto de esa licitación. RegioPost, una de las empresas que concurrió al concurso, consideró que dicha cláusula era ilegal y en su propuesta no respetó su contenido. Obviamente,

el Ayuntamiento no la tuvo en cuenta, y la decisión municipal fue impugnada ante los tribunales. En el curso del litigio, se estableció la cuestión prejudicial, para intentar determinar si la normativa europea era relevante en el caso estudiado, puesto que tanto la autoridad licitadora como la empresa (y las restantes empresas competidoras) se encontraban en Alemania.

Prueba de la importancia del asunto es la participación en el litigio, además de las partes implicadas, de los gobiernos alemán, danés, italiano, austríaco y noruego y de la Comisión Europea. Para salvar el obstáculo preliminar de las conexiones exclusivamente alemanas, el Tribunal de Justicia llevó a cabo una finta encuadrando el estudio del caso en la transposición de la Directiva 2004/18/CE y en los posibles efectos disuasorios que la normativa podría tener en prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros.

Primer gran contraste con el caso *Bundesdruckerei*: la sentencia consideró, sin el menor asomo de duda, que la cláusula descrita constituía una “condición especial en relación con la ejecución del contrato” referida a “consideraciones de tipo social” en el sentido del artículo 26 de la Directiva 2004/18/CE. Lo que en 2014 era una simple suposición, aquí se transformaba en afirmación rotunda. Procedía, pues, su examen de compatibilidad con el derecho de la Unión, condición a la que siempre quedan sometidas este tipo de cláusulas. La norma de contraste, parecía claro, debía ser la Directiva 96/71/CE.

El hecho de que el salario mínimo hubiese venido impuesto expresamente por una norma general con rango de ley favoreció, sin duda, que el primer examen del tribunal fuese positivo. Nada de lo dicho en *Rüffert* podía volver aquí a la luz, excepto para ser señalado expresamente como el modelo de actuación incorrecta por remisión. Examinando a continuación el contraste con el artículo 56 TFUE, con base en el argumento de *Rüffert* sobre la distinción entre aplicación a contratos públicos y privados, el tribunal no encontró obstáculo alguno a la validez de la norma. Constituía un zócalo mínimo justificado por la protección de los intereses de los trabajadores, y el hecho de que se aplicase a todos los contratos públicos le daba la suficiente naturaleza de generalidad para resistir el contraste con la doctrina jurisprudencial anterior.

En último lugar, la sentencia analizó la validez de la exclusión de la licitación que imponía la norma, considerada por la empresa como poco proporcionada. El tribunal no acogió esta alegación, empleando como criterio de ponderación el considerando 34 de la Directiva 2004/18/CE, que indica que la normativa laboral se debe respetar en la ejecución del contrato y que su incumplimiento puede dar lugar a la exclusión del contrato. Por otra parte, señaló que el cumplimiento de la obligación no resultaba gravoso en absoluto. En ocasiones anteriores, el tribunal había condenado medidas nacionales por la burocracia que implicaban<sup>46</sup>, pero no en ésta, ya que era de sencillo cumplimiento.

## 10 UN BOSQUEJO DE CONCLUSIÓN

El Tribunal de Justicia, en definitiva, dio indicaciones muy claras de cómo poner en práctica las cláusulas de contenido socio-laboral en la contratación pública, no para el agrado de todos, ciertamente<sup>47</sup>. No deja de sorprender que en esta ocasión la sala cuarta estuviese compuesta por las tres personas que formaban la sala novena, autora de *Bundesdruckerei*, y dos jueces más. ¿Tanto cambió el criterio de afectación al tráfico transnacional? ¿La legitimación del *dumping* a distancia que supuso la sentencia de 2014 encontraría la horma de su zapato? Esta sentencia puede representar, en conclusión, un importante impulso a la nueva regulación de las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en los contratos públicos que entrará en vigor en 2016.

La transposición de la Directiva 2014/24/UE ofrece ahora una oportunidad para introducir en el derecho español las bases de una contratación pública donde las cláusulas de empleo y condiciones de trabajo tengan una importancia considerable. El refrendo de la sentencia *Regiopost* a una dimensión social, llevada a cabo a través de herramientas de eficacia general, abre un panorama particularmente claro en nuestro ordenamiento, que se adapta a la perfección a las exigencias del tribunal.

El anteproyecto de Ley de contratos del sector público de abril de 2015 no llegó a prosperar en la pasada legislatura, y la incierta coyuntura política, con todo, no permite aventurar que esta tarea figure en las prioridades inmediatas del próximo Gobierno, sea cual sea su color político. Si la situación de indefinición persiste, España perderá formalmente la ocasión de llevar a cabo la transposición y será objeto, con toda probabilidad, de un recurso por incumplimiento expuesto por la Comisión Europea. Pero, lo más importante, perderá, materialmente, la posibilidad de incorporar una buena herramienta de tutela de los derechos de los trabajadores a su sistema de contratación pública.

## 11 BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Olea, M. 1994. *Introducción al derecho del trabajo*, 5ª ed. Madrid: Civitas.
- Bernete García, J. 2013 «Cláusulas sociales en la contratación pública: Nuevos instrumentos para el fomento del empleo a nivel local», *Cuadernos de Trabajo Social*, 26 (1), 85-94.
- Borjao Dacruz, E. 1996. *Introducción al derecho del trabajo*, 9ª ed. Madrid: Tecnos.
- Broche, A. 2015 «L'arrêt "Bundesdruckerei" ou l'effacement de la protection sociale des travailleurs face à la libre prestation de services», <http://blogs.u-paris10.fr/content/!%E2%80%99arr%C3%AAt-%C2%AB-bundesdruckerei-%C2%BB-ou-!%E2%80%99effacement-de-la-protection-sociale-des-travailleurs-face-%C3%A0> (08-01-2016).
- Comisión Europea, 2010 «Adquisiciones sociales. Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas», <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=es> (08-01-2016)
- Cosculluela Montaner, L. 2007 «La Ley de contratos del sector público», *Revista Española de Control Externo*, 27, 15-40.
- Costa Gonçalves, P. 2015 «A nova contratação pública. As diretivas de 2014», en M. Almeida Cerredá e I. Martín Delgado (dirs.), *La nueva contratación pública*, Santiago de Compostela: Campus na Nube.
- Federación Europea de la Construcción y la Madera, 2015 «Considérations sociales dans le cadre des marchés publics. Un choix politique! "Mieux vaut prévenir que guérir"», [http://www.efbww.org/pdfs/PublicProc\\_FINAL\\_FR1\\_GB2.pdf](http://www.efbww.org/pdfs/PublicProc_FINAL_FR1_GB2.pdf) (08-01-2016).
- Larrazábal Astigarraga, E. 2014 «Las cláusulas sociales en la contratación pública y la posibilidad de establecer un salario mínimo en la ejecución de los contratos», *Lan Harremanak*, 31, 135-156.
- Mazuyer, E. 2015 «Droit du travail et passation de marchés publics en Europe», *Observateur de Bruxelles*, 101, 8-12.
- Observatoire Social Européen, 2008 «Les clauses sociales dans les marchés publics», <http://www.ose.be/files/publication/fichesFEC/39-%20Clauses%20mp.pdf> (08-01-2016).
- Paniagua Zurera, M. 2013 «Las empresas de inserción sociolaboral y las cláusulas sociales en la contratación pública: dos instrumentos necesarios para la innovación social hacia el desarrollo», *Revista de Estudos Cooperativos*, 112, 176-212.
- Pélissier et al. 2002. *Droit du travail*, 21ª ed. París: Dalloz.
- Pérez-Illarbe, J. A. 2006 «Las cláusulas sociales en la reforma de la legislación de contratos del sector público», *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de Servicios Sociales*, 40: 21-30.
- Plataforma Social Europea, 2015 «Des marchés publics pour le progrès social. Guide de la Plate-forme sociale pour la Directive Européenne sur la passation des marchés publics», [http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public\\_procurement\\_for\\_social\\_progress\\_fr.pdf](http://www.socialplatform.org/wp-content/uploads/2015/10/Public_procurement_for_social_progress_fr.pdf) (08-01-2016).
- Porta, J. 2015 «Le salaire minimum, un instrument national pour lutter contre le dumping social?», *Montesquieu Law Review*, 3, 101-109.
- Renvoisé et al., 2013 «Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité des territoires et du logement», <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000044.pdf> (08-01-2016).

- Rodríguez Escanciano, S. 2009. *Cláusulas Sociales y Licitación Pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Román Vaca, E. 2006 «Las cláusulas sociales en la licitación pública y la aplicación del *zaberrante*? Derecho comunitario. El ejemplo sevillano», *Revista de Dereito Social*, 36, 193-228.
- Schulten *et al.*, 2012 «Pay and other social clauses in European public procurement. An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom», [http://www.boeckler.de/pdf/wsi\\_schulten\\_pay\\_and\\_other\\_social\\_causes.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/wsi_schulten_pay_and_other_social_causes.pdf) (08-01-2016).
- Semple, A. 2015 «Living wages in public contracts: A chance to reconsider Ruffert?», [http://www.procurementanalysis.eu/resources/Living+wages+in+public+contracts\\_RegioPost.pdf](http://www.procurementanalysis.eu/resources/Living+wages+in+public+contracts_RegioPost.pdf) (08-01-2016).
- Ureña Salcedo, J. A. 2011 «Libertades económicas y contratación pública», en J. M. Goerlich Peset (dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Vallecilla Gámez, M. R. 2008 «Cláusulas sociales y empresas de inserción: de las inciertas subvenciones a la creación de mercados tutelados», *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, 21, 17-38.
- Van den Abeele, E. 2014 «La nouvelle directive européenne 2014/24/EU: une évolution constructive», <http://clausesociale-bruxelles.be/?ailleurs-aussi> (08-01-2016).
- Vázquez Lacunza, E. 2015 «El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español», en M. Almeida Cerredá y I. Martín Delgado (dirs.), *La nueva contratación pública*. Santiago de Compostela: Campus na Nube.
- Villalba Pérez, F. 2014 «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del derecho comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, Nueva época*, 2, 1-20.
- Zúñiga Rial, G. 2008 «El tratamiento de las cláusulas sociales en la normativa reguladora de la contratación pública. Su consideración como criterios de adjudicación de los contratos administrativos», *Dereito*, 17 (2), 65-90.

## NOTAS

- 1 Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación DER2015-66922-R - La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del Tribunal de Justicia.
- 2 Péliissier *et al.*, 2002:58, «[Le Droit du travail] compose, avec le droit de la sécurité sociale et celui de l'aide sociale, un droit social ainsi nommé parce que né du souci de traiter la question sociale surgie avec la première révolution industrielle». Y matiza en la n. 33, *ibidem*, «Droit social n'a pas le même sens en France ou en Belgique, par exemple, qu'en Allemagne (où il s'agit essentiellement du droit de la protection sociale). L'expression n'a pas, non plus, le sens que lui attribuait G. Gurvitch pour désigner un genre de droit dans lequel le tout (groupe, classe) intervient dans l'enchaînement des prestations et des devoirs (...). Bien que les fondateurs de la revue *Droit social* n'aient pas emprunté à ce sociologue très original, les deux usages de l'expression ont quelque rapport». En la doctrina clásica española, Borrajo Dacruz, 1996:48, «La expresión "derecho social" puede ser equívoca, pues es multívoca: comprende, al menos, tres posibles acepciones, a saber: el Derecho es social en cuanto regula (...) relaciones sociales (...); el derecho se presenta como norma de *origen estatal* (legislación) y, a la vez, como norma de origen *social* (costumbres, usos sociales positivizados, etc.) (...); el derecho se inspira en la idea de justicia. *La idea social de la justicia* se manifiesta en el régimen jurídico del trabajo por cuenta ajena, y se habla así del derecho *social* del trabajo (...) la socialización del derecho es uno de los fenómenos característicos de nuestro tiempo, y no sólo del derecho de las relaciones de trabajo.» En contra, Alonso Olea, 1994:37, «Rechazar la afirmación *derecho social* con la mera afirmación de que se trata de un pleonismo porque todo derecho es social es ignorar las profundas implicaciones de lo que en su día se llamó problema o *cuestión social*».
- 3 COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011.
- 4 Schulten *et al.*, 2012:4, «In 2010, the public sector in the European Union (including public authorities at all levels, state agencies and state - owned enterprises) spent more than 2,400 billion Euros for works, goods and services. This amount corresponds to nearly one fifth (19.7 per cent) of total EU Gross Domestic Product (GDP) varying between 10.5 per cent of GDP in Cyprus and 30.6 per cent in the Netherlands. The money is spent by a very large number of more than 250000 contracting authorities in Europe. In recent years the economic importance of public procurement has even been growing as many European states have followed a policy of liberalization and privatization of public services, so that the state no longer provides such services itself directly but purchases them from private companies and other organizations».
- 5 Rodríguez Escanciano, 2009:159, «Muy significativo es también el hecho de que durante los trabajos de preparación de la Directiva 1993/37 (...) los Estados miembros se hubiesen manifestado explícitamente en contra de la introducción de criterios de carácter no estrictamente económico para la adjudicación de los contratos». En palabras de la abogada general Kokott, en sus conclusiones en el asunto C-368/10, «La persecución de objetivos medioambientales y de política social ha estado proscrita durante mucho tiempo por la legislación en materia de contratación pública, lo que se manifestaba, entre otras cosas, en el uso de la expresión "objetivos ajenos a la adjudicación"».
- 6 Observatoire Social Européen, 2008.
- 7 COM (96) 583, de 26 de noviembre de 1996.
- 8 COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998.

- 9 COM (2001) 566, de 15 de octubre de 2001.
- 10 Zúñiga Rial, 2008:72, «En todo caso, la Comisión se cuida de establecer que tales cláusulas o condiciones de ejecución habrán de atenerse al derecho comunitario y, en particular, no tener un efecto discriminatorio directo o indirecto para los licitadores de otros Estados, debiendo igualmente, y en aras del necesario cumplimiento del principio de transparencia, ser objeto de mención expresa en el anuncio del contrato, a fin de que los candidatos o licitadores tengan conocimiento de ellas».
- 11 Nótese que fueron aprobadas poco tiempo antes de la gran ampliación al centro y al este de Europa de 2004. Como señala el informe elaborado por Renvoisé *et al.*, 2013:7, «il est incontestable que la réflexion européenne structure celle conduite au plan national dans tous les États membres. C'est vrai pour la France qui a pourtant une tradition juridique bien établie, mais c'est vrai peut-être plus encore pour les nouveaux États membres, dont les marchés sont désormais ouverts à toutes les entreprises établies en Europe, et les entreprises françaises y sont très présentes. L'apport de la démarche européenne à la sécurité juridique souhaitée à juste titre par les entreprises est de ce point de vue indiscutable». Las directivas de 2004 podrían ser vistas, por tanto, como un intento de estructurar la competencia en mercados públicos que iban a abrirse a las grandes potencias industriales y de servicios europeas, alterando ligeramente el punto de vista. El mismo informe, p. 9, señalaba la decisiva importancia de la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia: «Et c'est à ces conditions que les deux types de clauses ont cessé définitivement d'être "étrangers aux marchés", autorisant d'utiliser la commande publique comme un levier de lutte contre le chômage et comme un levier de protection de l'environnement. Dans un souci de garantir la sécurité juridique, le législateur européen, profitant de la réforme/codification intervenue en 2004, a introduit pour la première fois en droit positif la possibilité de recourir aux clauses sociales dans les marchés publics».
- 12 Cosculluela Montaner, 2007:16.
- 13 Sobre la directiva en esta dimensión, Ureña Salcedo, 2011:108 y ss.
- 14 Costa Gonçalves, 2015:24.
- 15 Rodríguez Escanciano, 2009:21. En la p. 113: «Su principal finalidad debe ser la institucionalización de un modelo de competencia funcional, eficaz y efectiva, lo cual debe tomar en consideración los costes sociales reales que el propio sistema competitivo genera».
- 16 Observatoire social européen, 2008:4, «Les ministres ont notamment abouti à un compromis ambigu sur la possibilité de prendre en compte des considérations sociales lors de l'adjudication des marchés. Le texte de l'accord permet clairement la prise en compte de critères environnementaux lors des adjudications, en classant les caractéristiques environnementales parmi les critères d'attribution. Les cas des critères sociaux, comme l'emploi obligatoire de personnes handicapées ou exclues du marché du travail, est beaucoup plus ambigu».
- 17 Sobre la nueva Directiva de 2014, Larrazábal Astigarraga, 2014:142, «La directiva, como novedad respecto a su antecesora, aclara el significado de dicha vinculación: existirá siempre que el criterio de adjudicación haga referencia a cualquier factor que interviene en el proceso específico de producción, prestación o comercialización, incluyendo las condiciones relativas al proceso de ejecución del contrato».
- 18 Román Vaca, 2006:209-210, «Está claro que la oposición empresarial a este tipo de pliegos, como la de la Comisión Europea, pretende basarse en el sacrosanto principio de la libre competencia. Pero, con la debida transparencia, ¿en qué dañan las cláusulas sociales a la libre competencia? Debidamente publicitadas, todas las empresas son conocedoras de los criterios a utilizar por la Administración y todas podrán acomodarse a los mismos su política laboral para concurrir en igualdad de condiciones con los demás».
- 19 Pérez-Illarbe, 2006:24, «Salvando las posibles reservas para talleres protegidos destinados a personas con discapacidad, la Comunidad Europea ha optado por priorizar la libre competencia a escala europea en la contratación administrativa bajo su control. No será fácil que admita de verdad a escala europea criterios de adjudicación como, por ejemplo, el del porcentaje de empleo fijo en la empresa, puesto que el coste del despido difiere en cada país. Tampoco coinciden en todos los países conceptos como el de "grupos en riesgo de exclusión social", pongamos por caso».
- 20 Valleçilla Gámez, 2008:24-25, «Más explícita, con expresión de un gran número de matices resulta la definición desarrollada en el ámbito comunitario en el año 2004 (...) en el que contempla una definición muy extensa de partenariado público-privado, incluyendo, no solamente algunos contratos públicos, sino también partenariados institucionales del estilo de las sociedades de economía mixta, siendo este último el que realmente nos interesa desde la perspectiva de las empresas de inserción».
- 21 El propio texto indicaba como base el documento de la Comisión Europea, 2010.
- 22 Rodríguez Escanciano, 2009:169, «Vistas las previsiones de estas dos Directivas [2000/78/CE y 2006/54/CE], cabe llegar a la conclusión de que la inclusión de las cláusulas de calidad social entre los criterios de adjudicación de los contratos no constituye sino una acción positiva a favor de ciertos colectivos que no debe ser limitada, sino potenciada; no en vano intentan acelerar el proceso de igualdad de oportunidades y compensar una situación histórica y tradicional de inferioridad».
- 23 Bernete García, 2013:86, «Se trata de concebir la contratación administrativa como un instrumento que posibilite políticas públicas transversales. Es una herramienta innovadora que puede dar un nuevo impulso a las políticas de empleo, a la inserción laboral de colectivos excluidos del mercado de trabajo, como parte de las políticas sociales de lucha contra la exclusión. Conecta perfectamente con uno de los ejes de la Estrategia Europea de "Inclusión Activa" que hace referencia a la vinculación con medidas activas del mercado laboral propiciando mercados laborales inclusivos».
- 24 Schulten *et al.*, 2012:9, «In a recent evaluation report on the "impact and effectiveness of EU Public Procurement Legislation" the European Commission (2011a: ix) came to the conclusion that in practice public procurement is increasingly used to support the achievement of other policy objectives. This is true, in particular, for the promotion of environmental goals but also for the support of innovations and the development of social standards. The Commission's estimation is based on the so in the so – called "Adelphi - Study" which contains a broad empirical evaluation on the "strategic use of public procurement in Europe" (Kahlenborn *et al.*, 2011). According to this study, which carried out among others a web – based survey of contracting authorities (CAs) in Europe, 45 per cent of all surveyed CAs have said that they take into account some form of social considerations in their procurement policy».
- 25 Costa Gonçalves, 2015:20, sobre el asombroso modo de preparación de la transposición de la anterior normativa en Portugal, casi un auténtico ejemplo de su propia puesta en práctica: «Num ponto, existe, porém, a convicção de que se vai seguir um modelo diferente do que se adotou aquando da transposição das diretivas de 2004 e que conduziu à elaboração do atual Código dos Contratos Públicos: tudo

- parece indicar que o trabalho conducente à transposição será realizado diretamente por um organismo público do Estado, não repetindo o regime de outsourcing e a encomenda de tal tarefa a um gabinete de advogados».
- 26 COM (2010) 608, de 27 de octubre de 2010.
- 27 Villalba Pérez, 2014, «La nueva directiva sobre contratación pública (...) busca flexibilizar y simplificar los procedimientos contractuales poniendo a disposición de los poderes adjudicadores algunas técnicas o herramientas de contratación no previstas en la directiva de 2004».
- 28 COM (2011) 15 final, de 27 de enero de 2011.
- 29 Vázquez Lacunza, 2015:292, «Debido a que las directivas comunitarias en materia de contratación pública no regulaban las concesiones de servicios, fueron continuos los errores en la calificación de los contratos que incluían prestaciones de servicios. Esta situación motivó que las características diferenciadoras de las concesiones de servicios fueran consolidándose a través de numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). De ahí que el origen de la noción de concesión de servicios, que ha sido positivizada primero en la Directiva 2004/18/CE y posteriormente en la Directiva 2014/23/UE, derive de la jurisprudencia comunitaria».
- 30 Mazuyer, 2015:9.
- 31 Cfr. la valoración de la Plataforma Social Europea, 2015:8, «Cependant, les statistiques officielles montrent que les entreprises préfèrent souvent payer une amende plutôt que de respecter la loi. Ceci rend l'insertion des personnes handicapées dans le marché du travail très difficile. Mais en général, il n'y a pas de lois semblables pour les personnes défavorisées. C'est pourquoi la transposition de l'article 20 est d'une importance capitale».
- 32 Larrazábal Astigarraga, 2014:143, «Además de a los programas de talleres y empleos protegidos, se podrá reservar el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación o reservar su ejecución a otro tipo de entidades, tales como cooperativas o empresas de trabajo asociado. La reserva a estas entidades tendrá que efectuarse exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud que se recogen en su artículo 74 y que lleven determinados códigos. A pesar de ello, es necesario que se apruebe una norma que garantice dicha posibilidad, ya que la directiva deja en manos de los Estados miembros su ejercicio». También Bernete García, 2013:88, «El Comité Económico y Social Europeo (CESE) recomienda la adjudicación obligatoria de un número o porcentaje determinado de contratos específicos a Centros Especiales de Empleo en aquellos Estados miembros en los que exista un número importante de personas con discapacidad que pueden trabajar pero que siguen inactivas».
- 33 Plataforma Social Europea, 2015:18, «En pratique, les conditions d'exécution peuvent inclure tous les facteurs compris dans le processus de production spécifique, la fourniture ou la commercialisation de l'objet du contrat. Elles excluent les exigences liées aux politiques générales de l'entreprise, comme la responsabilité sociale des entreprises (RSE)».
- 34 La opinión esperanzada, pero vigilante, de la Federación Europea de la Construcción y la Madera, 2015:9, «Mais sans conception correcte, cette politique échouera. Par conséquent, la transposition doit être soigneusement suivie, et des mesures concrètes doivent être évaluées et contrôlées depuis la pré-jusqu'à la post-passation des marchés. Les initiatives doivent être bien préparées. Dans l'intervalle, les États membres ont lancé les préparatifs de transposition, et certaines initiatives sont prometteuses».
- 35 Cfr. el balance de Van den Abeele, 2014, «Certes, il reste encore un long chemin à parcourir pour avoir une législation qui soit totalement compatible avec le développement durable, le respect irréfragable d'un haut niveau de protection sociale et la définition de critères d'emploi de qualité. Mais l'évolution est encourageante notamment au regard du rapport de forces, qui ne penche pas nécessairement en faveur d'une Europe progressiste. Espérons que le nouvelle Commission Junker aura à cœur de confirmer la tendance».
- 36 Numeración que indica sin ningún género de duda el carácter prolijo de este reglamento.
- 37 El anexo correspondiente del reglamento recoge el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño; la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio; el Convenio relativo a la edad mínima de admisión al empleo (n.º 138); el Convenio relativo a la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (n.º 182); el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (n.º 105); el Convenio relativo a trabajo forzoso u obligatorio (n.º 29); el Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (n.º 100); el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (n.º 111); el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (n.º 87); el Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (n.º 98); y la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid.
- 38 ECLI:U:C:2008:189.
- 39 Mazuyer, 2015:8, «Dans un arrêt dit *Beentjes*, la Cour avait jugé valable dans son principe un critère d'attribution additionnel lié à la lutte contre le chômage, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire. Puis, elle avait admis la prise en considération de données sociales dans l'attribution des marchés publics à l'occasion de la passation de plusieurs marchés de travaux ayant pour objet la construction et la maintenance de bâtiments scolaires menées par la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord. Dans cet arrêt, l'exigence du lien avec l'objet du marché n'était pas posée. Enfin, dans l'arrêt *Concordia Bus Finland* de 2002, la Cour a reconnu que les critères pouvaient ne pas être tous de nature économique. Les critères d'attribution peuvent prendre la forme d'une combinaison de critères qualitatifs et économiques sous quatre conditions: 1. le critère doit être lié à l'objet du marché; 2. le critère doit être objectif et suffisamment précis, c'est-à-dire que son utilisation ne doit pas donner lieu à une liberté inconditionnée de choix pour le pouvoir adjudicateur; 3. le critère doit respecter les obligations de publicité; 4. le critère ne doit pas violer le principe de non-discrimination». Cf. la valoración de esta jurisprudencia de Paniagua Zurera, 2013:203, «No exageramos si afirmamos que el mayor impulso a los criterios sociales en la contratación pública armonizada se debe a la sensibilidad (social) y la valentía (jurídica) del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea».
- 40 [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-2404+0+DOC+XML+V0//ES \(08-01-2016\)](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2008-2404+0+DOC+XML+V0//ES (08-01-2016)).

- 41 ECLI:EU:C:2014:2235.
- 42 El acertado comentario de Porta, 2015:4, «A ce compte, il y a peu de règle du droit social qui ne soit susceptible d'être qualifiée de restriction à la libre prestation. Toute à l'idée libérale de la notion de restriction, la Cour paraît bien convaincue que le respect du droit (social) constitue en soi un péché économique, une externalité négative entravant la libre circulation. Or, si elle n'est pas fermée, la voie du rachat est étroite. Il faut aux autorités nationales justifier da poursuite strictement proportionnée d'un objectif europeo-compatible».
- 43 Broche, 2015, «Au niveau national, on note donc une difficulté à régler la matière sociale. Au niveau européen, on dénote une inaptitude et une insuffisance du droit dérivé en la matière. La directive 96/71 ne se révèle pas suffisamment adaptée aux deux objectifs énoncés ci-dessus et ne s'adresse qu'aux seuls travailleurs détachés, ne couvrant pas la sous-traitance exécutée dans un Etat membre autre que celui proposant la conclusion du marché».
- 44 ECLI:EU:C:2015:760.
- 45 Tanto era así que la opinión del Gobierno escocés ([http://www.scottish.parliament.uk/S4\\_InfrastructureandCapitalInvestmentCommittee/General%20Documents/Letter\\_from\\_Cabinet\\_Secretary\\_on\\_Prestwick\\_Airport.pdf](http://www.scottish.parliament.uk/S4_InfrastructureandCapitalInvestmentCommittee/General%20Documents/Letter_from_Cabinet_Secretary_on_Prestwick_Airport.pdf) (08-01-2016)) apostaba sin duda por la continuidad: «There is another case on which the Court of Justice of the European Union has been asked to provide a ruling; *RegioPost vs Stadt Landau* (C-115/14). The Court has been asked whether a public body can only award public contracts to contractors that agree to a condition set for public contract only (i.e. not including private contracts) to pay a specified rate of pay where there is an existing legal obligation to do so. We await the Court's findings on this issue, but have no reason to expect that it will differ substantially from previous rulings».
- 46 Entre otras, en la Sentencia de 7 de octubre de 2010, *Vitor Manuel dos Santos Palhota e outros*, asunto C-515/08, ECLI:EU:C:2010:589.
- 47 Sobre las conclusiones del abogado general Mengozzi, que anticipaban el resultado de la sentencia, véase la opinión contraria de Semples, 2015, «Mengozzi's opinion will be welcomed by those who support the use of living wages in public contracts, as it creates a line of argumentation which the CJEU may adopt to distance itself from Rüffert. Although he does not mention the 2014 directives, Mengozzi's reasoning appears to be more in line with the expanded ability to apply social considerations under the new directives, including the explicit ability to reject tenders which do not comply with applicable social or labour laws or collective agreements under Article 56.1 of Directive 2014/24/EU. I agree with the criticism (put forward by Albert Sánchez Graells in his timely blog here) that just because an authority has a competence to do something – in this case, to apply minimum wages in respect of workers on public contracts only – it does not necessarily have a commensurate ability to do that thing in the context of an EU regulated procurement».

## A potestade tributaria sobre os aproveitamentos das augas minerais e termais

### La potestad tributaria sobre los aprovechamientos de las aguas minerales y termales<sup>1</sup>

### Tax power on the mineral and thermal waters exploitation



MÓNICA SIOTA ÁLVAREZ

Profesora contratada doctora de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Vigo (Galicia, España)  
msiota@uvigo.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

**Resumo:** Este traballo ten como obxectivo principal analizar os distintos tributos –estatais, autonómicos e locais– que gravan os aproveitamentos das augas minerais e termais. Non obstante, e con carácter previo, será necesario estudar algunhas cuestións relativas ao particular réxime xurídico deste tipo de recursos naturais, como por exemplo a súa controvertida titularidade, ou a súa especial distribución constitucional de competencias, na medida en que son aspectos que condicionan o exercicio da potestade tributaria sobre as augas minerais e termais.

**Palabras clave:** augas minerais e termais, canons, bens de dominio público, taxas.

**Resumen:** Este trabajo tiene como objetivo principal analizar los distintos tributos –estatales, autonómicos y locales– que gravan los aprovechamientos de las aguas minerales y termales. Sin embargo, y con carácter previo, será necesario estudiar algunas cuestiones relativas al particular régimen jurídico de este tipo de recursos naturales, como por ejemplo su controvertida titularidad, o su especial distribución constitucional de competencias, en la medida en que son aspectos que condicionan el ejercicio de la potestad tributaria sobre las aguas minerales y termales.

**Palabras clave:** aguas minerales y termales, cánones, bienes de dominio público, tasas.

**Abstract:** The main subject of this study is to analyze state, regional and local taxes, which impose the mineral and thermal waters exploitation. However, and prior to this, it will be required to study certain issues of the particular legal regime, concerning this sort of natural resources. For instance, its controversial property or its special constitutional distribution of competences, these are aspects which determine the practice of tax power on the mineral and thermal waters.

**Key words:** mineral and thermal waters, charges, fees, public domain goods.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 La compleja delimitación conceptual de las aguas minerales y termales. 3 Algunas particularidades del régimen jurídico de las aguas minerales y termales. 3.1 La distribución constitucional de competencias en materia de aguas minerales y termales y su exclusión de la Ley de aguas. 3.2

La controvertida titularidad de las aguas minerales y termales. 4 Potestad tributaria sobre aguas minerales y termales. 4.1 Las aguas minerales y termales y la Directiva marco de aguas. 4.2 Análisis de las principales figuras tributarias que gravan los aprovechamientos de aguas minerales y termales. 4.2.1 Tributos estatales. 4.2.2 Tributos autonómicos. 4.2.3 Tributos locales. 5 Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

En la abundantísima bibliografía jurídica sobre aguas publicada en los últimos años, apenas existen referencias específicas al régimen jurídico de las aguas minerales y termales. Esta circunstancia es todavía más evidente si nos referimos a la fiscalidad de estas aguas: ninguna de las publicaciones que, en los últimos tiempos, ha profundizado sobre el régimen tributario del agua dedica un tratamiento específico a este tipo de recursos.

Sin embargo, las aguas minerales y termales presentan, además de un gran desarrollo en sus aprovechamientos y utilización –pensemos en el resurgimiento de la balneoterapia y en la creciente demanda de las aguas minerales naturales envasadas–, un singularísimo régimen jurídico<sup>2</sup> que las convierte en merecedoras de un estudio específico como el que pretendemos abordar.

La principal particularidad de este tipo de aguas reside en que el artículo 3.1 de la vigente Ley de minas de 1973 las incluye dentro de las sustancias minerales de la sección B. Esto es, aunque se trata de recursos hídricos de especiales características en cuanto a su composición química y temperatura de surgencia, y que, mayoritariamente, forman parte del ciclo hidrológico por ser aguas comunes que adquieren su mineralización a su paso por el subsuelo, jurídicamente van a ser consideradas recursos mineros. En este sentido, se ha dicho que se encuentran en un territorio fronterizo entre el derecho de aguas y el derecho de minas<sup>3</sup>.

La consideración como recursos mineros de este tipo de aguas y su separación, en general, del resto de aguas continentales condicionarán aspectos básicos de su régimen jurídico, como su distribución constitucional de competencias, su titularidad o, incluso, su propia delimitación conceptual. Sólo tras haber analizado estas cuestiones será posible abordar, con ciertas garantías de éxito, el principal objetivo de nuestro trabajo: identificar los distintos tributos que gravan los aprovechamientos de las aguas minerales y termales.

## 2 LA COMPLEJA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS AGUAS MINERALES Y TERMALES

La Hidrología se refiere a las minerales como aquellas aguas que presentan concentraciones muy elevadas de algunas sustancias químicas en disolución, o un residuo seco muy elevado. En cambio, las termales o termominerales son aguas que se caracterizan por presentar una elevada temperatura de surgencia, y que suelen añadir a su condición de termales la de aguas minerales, porque, gracias a su elevada temperatura, presentan un alto grado de mineralización, bien en origen, o bien adquirida por los terrenos a través de los que discurren hasta llegar a la superficie<sup>4</sup>.

Sin embargo, jurídicamente, la cuestión no es tan clara, ya que a lo largo de los últimos dos siglos distintas normas estatales de carácter sectorial se han referido tanto a las aguas minerales como a las termales, pero sin proporcionar una clara delimitación de éstas respecto del resto de aguas continentales, y sin hacer referencia a los concretos parámetros físicos y químicos que debían presentar para obtener la condición de minerales o termales. Con frecuencia, las diversas regulaciones sectoriales se limitaban a establecer distintas clasificaciones de este tipo de aguas

en función del ámbito de aplicación concreto que tuviesen, pero sin ofrecer un concepto unívoco de las aguas minerales y de las termales.

Así, y por lo que respecta a las aguas minerales, la Ley de minas de 1973, que tiene por objeto instituir el régimen jurídico de la investigación y aprovechamiento de los yacimientos minerales, no las define expresamente; sólo establece que, a los efectos de esa norma, las aguas minerales se clasifican en: aguas mineromedicinales, que son las alumbradas natural o artificialmente, y que por sus características y cualidades serán declaradas de utilidad pública; y aguas minero-industriales, que son las que permiten el aprovechamiento racional de las sustancias que contienen<sup>5</sup>. La ausencia de una definición jurídica precisa de las aguas minerales, y en particular de las mineromedicinales –al no hacerse mención a las características y cualidades que debían reunir para ser calificadas como tales–, llevó a la doctrina a afirmar que nos encontrábamos ante un “concepto jurídico indeterminado”<sup>6</sup>.

Junto a esta clasificación de las aguas minerales de la Ley de minas convivían otras dos. Por una parte, el Código alimentario de 1967, por el que se determinaban las condiciones mínimas que habían de reunir las aguas que se usaban como bebida, y que clasificaba las aguas en mineromedicinales –o simplemente minerales– y aguas de mesa. Y la reglamentación técnico-sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de las aguas de bebida envasada de 1981, que distinguía entre aguas mineromedicinales envasadas y aguas minerales naturales envasadas.

El panorama conceptual en relación con este tipo de aguas se ha aclarado considerablemente gracias a la influencia que la normativa comunitaria ha ejercido en nuestro ordenamiento jurídico. La Directiva 80/777/CEE, de 15 de julio de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la explotación y comercialización de aguas minerales naturales<sup>7</sup>, consiguió que los distintos países de la Unión Europea armonizaran sus definiciones jurídicas de aguas minerales<sup>8</sup>, permitiendo que en España se ofreciese una delimitación precisa de lo que debe entenderse por este tipo de aguas. Dicha directiva recoge una definición de aguas minerales que pone el acento en la pureza de tales aguas y en su composición. De ahí que el artículo 2.B.a) del Real decreto 1074/2002, de 18 de octubre, por el que se regula el proceso de elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasadas, y por el que actualmente se transpone a nuestro ordenamiento dicha directiva, defina las “aguas minerales naturales”, en términos muy similares a los de la directiva, como: «aquellas bacteriológicamente sanas que tengan su origen en un estrato o yacimiento subterráneo y que broten de un manantial en uno o varios puntos de alumbramiento, naturales o perforados. Estas aguas pueden distinguirse claramente de las restantes aguas potables: a) por su naturaleza, caracterizada por su contenido en minerales, oligoelementos y otros componentes y, en ocasiones, por determinados efectos; b) por su pureza original, características éstas que han sido conservadas intactas, dado el origen subterráneo del agua, mediante la protección del acuífero contra todo riesgo de contaminación».

De este modo, la calificación tradicional de la Ley de minas de “aguas mineromedicinales” actualmente sólo podría aplicarse respecto de las aguas minerales y termales empleadas en establecimientos balnearios, utilizándose la de “aguas minerales naturales” para las aguas minerales envasadas<sup>9</sup>.

Las aguas termales, sin embargo, fueron definidas por primera vez en la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas. Hasta ese momento, ninguna normativa se había ocupado específicamente de este tipo de aguas. La vigente Ley de minas no sólo las define como «aquellas cuya tempe-

ratura de surgencia sea superior en cuatro grados centígrados a la media anual del lugar donde alumbren»<sup>10</sup>, sino que, además, pretende distinguirlas de las minerales. Y es que, como ha puesto de manifiesto Barriobero Martínez, la escisión que lleva a cabo esta norma entre ambos tipos de aguas es más aparente que real<sup>11</sup>, ya que el artículo 30 de la propia Ley de minas dispone que «las aguas termales que sean destinadas a usos terapéuticos o industriales se considerarán como aguas minerales...». Por tanto, habría que suponer que si las aguas termales son usadas con fines terapéuticos podrían ser consideradas aguas mineromedicinales, y si son empleadas con fines industriales podrían calificarse como aguas minero-industriales<sup>12</sup>.

Tampoco ayuda a perfilar la delimitación conceptual de las aguas minerales y termales el hecho de que nuestro ordenamiento no aclare si las aguas de manantial pueden considerarse o no incluidas dentro de la categoría de las aguas minerales naturales, como una subespecie de éstas. Todo parece indicar que las aguas de manantial y las minerales, pese a tener distinta naturaleza –su composición y grado de mineralización es distinto–, comparten una serie de características comunes. Y aunque la doctrina se ha mostrado partidaria de considerar a las de manantial como aguas comunes<sup>13</sup>, lo cierto es que algunas Comunidades Autónomas, en el uso de sus competencias normativas, han incluido a las aguas de manantial entre las minerales y termales<sup>14</sup>.

Aunque, quizás, uno de los principales problemas a la hora de ofrecer un concepto jurídico de aguas minerales y termales es el de hallar al legislador competente para hacerlo<sup>15</sup>.

Las Comunidades Autónomas, como se analizará a continuación, pueden asumir competencias sobre las aguas minerales y termales en virtud del artículo 148.1.10ª de la Constitución, y todas ellas lo han hecho a través de sus respectivos estatutos de autonomía. Esta circunstancia ha determinado, en la práctica, que muchas de ellas hayan establecido diversas definiciones de aguas minerales y termales, a los efectos de su propia normativa.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que, teniendo en cuenta el título competencial “bases del régimen minero” del artículo 149.1.25ª de la Constitución, debería ser competencia exclusiva del legislador estatal establecer la definición de lo que, a efectos jurídicos, deba entenderse por dichas aguas<sup>16</sup>. En consecuencia, las Comunidades Autónomas tendrían que ajustarse, en sus respectivas normativas sobre la materia, a la definición y clasificación de las aguas minerales y termales que ofrezca el legislador estatal<sup>17</sup>.

### **3 ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS MINERALES Y TERMALES**

#### **3.1 La distribución constitucional de competencias en materia de aguas minerales y termales y su exclusión de la Ley de aguas**

Se ha afirmado que uno de los aspectos más trascendentales que presenta la regulación de las aguas minerales y termales es el régimen de distribución de competencias que para ellas establece la Constitución española de 1978<sup>18</sup>. Como consecuencia de éste, el régimen jurídico de estas aguas, y en especial su gestión, va a quedar completamente aislado del que resulta de aplicación para el resto de los recursos hídricos<sup>19</sup>.

De entrada, la Constitución dedica preceptos distintos a instaurar el régimen competencial de los recursos hídricos y de las aguas minerales y termales. Así, el artículo 149.1.22ª se ocupa de los primeros y el artículo 148.1.10ª se refiere a las segundas. Ello determina, además, que

las aguas minerales y termales presenten un sistema de distribución de competencias distinto al establecido para el resto de los recursos hídricos.

En opinión de Barriobero Martínez<sup>20</sup>, la singular consideración jurídica que, en pleno proceso de elaboración del texto constitucional, se tenía sobre las aguas minerales y termales habría influido notablemente en el constituyente a la hora de establecer el reparto competencial sobre las mencionadas aguas, si bien debe advertirse que, pese a considerarse tradicionalmente como recursos minerales, se hizo referencia a las aguas minerales y termales en un título competencial en materia de aguas y no de minas, materia que, por otra parte, no aparece en el artículo 148.1 de la Constitución española<sup>21</sup>.

El artículo 148.1.10<sup>a</sup> de la Constitución dispone que las Comunidades Autónomas “podrán asumir” competencias en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando sean de su “interés”, así como en materia de aguas minerales y termales, mientras que el artículo 149.1.22<sup>a</sup> establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas “discurran por más de una Comunidad Autónoma”.

El tenor de ambos preceptos, como ha expuesto la doctrina<sup>22</sup>, es de difícil armonización por lo que respecta a los aprovechamientos hidráulicos al utilizarse criterios no coincidentes para deslindar las respectivas competencias; a saber, el del interés para el caso de las posibles competencias autonómicas, y el territorial para determinar las competencias estatales. Además, los excesos cometidos por algunos estatutos de autonomía a la hora de asumir competencias en esta materia contribuyeron a introducir mayor confusión en el reparto competencial<sup>23</sup>.

Hubo que esperar a la aprobación de la Ley 29/85, de 2 de agosto, de aguas<sup>24</sup>, para deslindar de forma precisa las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de recursos hídricos<sup>25</sup>. Dicha norma reconoció el principio de unidad del ciclo hidrológico del que deriva, en relación con la cuestión competencial que estamos analizando, el principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas<sup>26</sup>, diferenciando entre cuencas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y las que se encuentren comprendidas íntegramente dentro del territorio de una de ellas. En el primer caso, el de las cuencas intercomunitarias, la gestión de los recursos hídricos corresponde al Estado, mientras que en el segundo, el de las cuencas intracomunitarias, la gestión podría corresponder a las Comunidades Autónomas.

El debate sobre la distribución de competencias en materia de recursos hídricos se cierra definitivamente con la famosa STC 227/88, de 29 de noviembre, por la que se confirma la constitucionalidad de la mayor parte de la Ley de aguas, y con ella de la cuenca hidrográfica como ámbito territorial de gestión de las aguas, al tiempo que sirve de criterio delimitador de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia.

En cualquier caso, la consideración de recursos mineros de las aguas minerales y termales<sup>27</sup> permitió que éstas permaneciesen al margen de la polémica suscitada en torno a la dificultad de armonizar los criterios de distribución de competencias empleados para el resto de aguas de los artículos 148.1.10<sup>a</sup> y 149.1.22<sup>a</sup> de la Constitución, atribuyéndose a las Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas minerales y termales, con independencia de su pertenencia o no al ciclo hidrológico<sup>28</sup>, y al tipo de cuenca en que se encontrasen radicadas, ya que, como afirma Álvarez Fernández, «no existe ninguna dificultad en reconocer la competencia de las Comunidades Autónomas sobre las aguas minerales y termales (...), competencia que deberá ejercerse conforme a las bases del régimen minero y energético»<sup>29</sup>.

Y así, desde la aprobación inicial de sus primeros estatutos de autonomía<sup>30</sup>, todas las Comunidades Autónomas han podido asumir competencias legislativas, reglamentarias y de ejecución en materia de aguas minerales y termales<sup>31</sup>. Aunque se ha dicho que el legislador autonómico debería ser particularmente cauteloso en esta materia<sup>32</sup>, sobre todo si se tienen en cuenta los intentos fallidos de regulación estatal de los últimos años<sup>33</sup>.

Como consecuencia natural del sistema de distribución de competencias previsto en la Constitución, estas aguas se verán excluidas, inicialmente, de los principios contenidos en la Ley de aguas<sup>34</sup>, los cuales rigen la ordenación del resto de recursos hídricos. Esta circunstancia ha sido abiertamente criticada por la doctrina<sup>35</sup>, teniendo en cuenta, además, que la Hidrología ha defendido la pertenencia de la mayoría de estas aguas al ciclo hidrológico<sup>36</sup>.

### 3.2 La controvertida titularidad de las aguas minerales y termales

La titularidad de las aguas termales ha sido, y es, una cuestión polémica entre la doctrina<sup>37</sup>, si bien últimamente, como apunta López Ramón<sup>38</sup>, las dudas sobre el carácter privativo o demanial de estas aguas surgen como consecuencia de la superposición de sucesivas remisiones normativas que, tras la Ley de aguas de 1985, han terminado por crear un agudo problema interpretativo, aunque para parte de la doctrina nos encontraríamos, en realidad, ante un problema integrativo al no existir ninguna norma que actualmente regule la titularidad de estas aguas.

Para conocer la cuestión en sus justos términos creemos conveniente realizar, en primer lugar, un breve recorrido histórico sobre la regulación jurídica de esta cuestión para, a continuación, analizar los principales argumentos que ha barajado la doctrina a la hora de pronunciarse sobre la titularidad de estas aguas.

Conforme al derecho de aguas del siglo XIX, y en particular a la Ley de aguas de 1879, la titularidad de las aguas dependía tanto de la forma en la que éstas se manifestaban en la naturaleza –aguas superficiales, aguas subterráneas...– como de la naturaleza jurídica del terreno donde nacían. Así, por ejemplo, en el caso de las aguas subterráneas, el criterio diferenciador era el de la condición pública o privada de los terrenos donde dichas aguas veían la luz, de modo que, si los terrenos donde las aguas surgían, natural o artificialmente, eran privados, las aguas eran de propiedad privada; y, si aquéllos eran públicos, las aguas tenían tal naturaleza. Las aguas minerales y termales –al ser de naturaleza mayoritariamente subterránea– no constituían una excepción a esta regla, asumiendo la misma condición jurídica que la del terreno sobre el que nacían o surgían<sup>39</sup>. Y dado que, en ese momento histórico, los predios de propiedad privada superaban ampliamente a los de propiedad pública, la mayor parte de las aguas minerales y termales eran de titularidad privada.

Posteriormente, la Ley de minas de 1944 mantuvo expresamente el régimen de propiedad que para estas aguas había establecido la Ley de aguas de 1879 y, en consecuencia, sólo podían ser explotadas mediante concesión administrativa las aguas minerales que tuviesen la consideración de aguas públicas, esto es, las alumbradas natural o artificialmente en predios de propiedad pública.

A continuación, el artículo 2.2 de la vigente Ley de minas de 1973, que incluye entre su objeto las aguas minerales y termales, estableció que, «en cuanto al dominio de las aguas, se estará a lo dispuesto en el Código civil y leyes especiales, sin perjuicio de lo que establece esta ley en lo relativo a su investigación y aprovechamiento». Así, el régimen de las aguas minerales y termales queda dividido en dos sectores normativos: el relativo al dominio de dichas aguas, contenido en

“el Código civil y leyes especiales”, y el correspondiente a “su investigación y aprovechamiento”, incluido en la Ley de minas. Para López Ramón, la finalidad de esta distinción era evitar que la genérica declaración de dominio público de los recursos mineros, llevada a cabo mediante el artículo 2.1 de la misma Ley de minas, afectara a las aguas minerales y termales, que podían, por tanto, seguir siendo calificadas como públicas o privadas conforme a los mismos criterios generales que entonces se aplicaban a todas las aguas<sup>40</sup>.

Así las cosas, ciertas previsiones normativas de la Ley de aguas de 1985 generarán importantes dudas a la hora de determinar la titularidad de las aguas minerales y termales, ya que, si por un lado el artículo 2.2 de la Ley de minas de 1973 sigue conteniendo la misma remisión al Código civil y a las leyes especiales en cuanto al dominio de las aguas minerales y termales<sup>41</sup>, por otro lado la legislación de aguas ha dispuesto, específicamente para las aguas minerales y termales, que “se regularán por su legislación específica”<sup>42</sup>. En consecuencia, la cuestión de la titularidad de las aguas minerales y termales aparece ahora remitida: en la legislación minera al Código civil y a “leyes especiales” –esto es, a la legislación de aguas–; y en la legislación de aguas a una “legislación específica” que, o bien se considera que no existe, generándose así una laguna que habría que colmar<sup>43</sup>, o bien se estima que dicha legislación es la minera –que no regula la titularidad de estas aguas–, o la normativa autonómica sobre las aguas minerales y termales –que no puede regular esta materia–, o el Código civil. Es evidente que este juego de remisiones no da solución directa al problema de la titularidad de esta agua, circunstancia ésta que será capital no sólo, como ya se ha indicado<sup>44</sup>, para determinar el título administrativo necesario para sus aprovechamientos, sino también, y por lo que a nosotros respecta, para determinar el posible establecimiento de ciertos tributos –concretamente, tasas– sobre sus aprovechamientos.

Tratando de resolver este dilema, la doctrina se ha posicionado, básicamente, entre dos grandes tesis: los que sostienen que las aguas minerales y termales son de dominio público, pudiendo distinguirse entre ellos, a su vez, a autores que vinculan la demanialidad de dichas aguas a la legislación minera y a autores que la relacionan con la legislación de aguas; y los que defienden que dichas aguas pueden ser de titularidad privada y de titularidad pública. A continuación trataremos de sintetizar los argumentos que dan unos y otros para sustentar sus respectivas posturas<sup>45</sup>.

Entre los autores que apuestan por la naturaleza demanial de las aguas minerales y termales, vinculando dicha naturaleza a la Ley de minas, se encuentra Bermúdez Sánchez<sup>46</sup>. Considera dicho autor que las aguas minerales y termales estarían integradas en el dominio público desde la Ley de minas de 1944, y, por ello, la remisión de la Ley de minas de 1973 al Código civil y a la legislación de aguas se referiría exclusivamente a las aguas comunes, y no a las minerales y termales. Sin embargo, esta tesis, además de pretender reavivar un debate que ya estaba cerrado en nuestro ordenamiento jurídico sobre la cuestión de la titularidad de las aguas minerales y termales conforme a la legislación vigente en el período 1944-1985<sup>47</sup>, parece obviar que, en la Ley de minas, sólo las aguas minerales y termales son objeto de una regulación específica sobre “su investigación y aprovechamiento”, y por tanto sólo a ellas –y no a las aguas comunes– ha de entenderse referida la remisión a otras leyes para determinar “su dominio”<sup>48</sup>.

De hecho, la mayoría de la doctrina que ha defendido el carácter de dominio público de estas aguas lo ha vinculado con la Ley de aguas<sup>49</sup>. Así, y teniendo en cuenta que la mayor parte de las aguas superficiales ya tenían la consideración de aguas públicas, y que el principio de unidad de ciclo hidrológico hacía aconsejable declarar el carácter demanial de todas las aguas<sup>50</sup>,

se considera por parte de ciertos autores que, en la declaración general de dominio público de todas las aguas subterráneas renovables del artículo 1.3 de la Ley de aguas<sup>51</sup>, estarían incluidas las aguas minerales y termales.

Pero, una vez más, estimamos que hay argumentos que demostrarían que esta posición doctrinal es errónea. En primer lugar porque no todas las aguas subterráneas tienen carácter demanial, ya que la Ley de aguas sólo declara como tales a las renovables<sup>52</sup>. Y aunque se ha cuestionado y criticado la razón misma de la no inclusión de las aguas subterráneas no renovables en el dominio público hidráulico, lo cierto es que, a la vista del artículo 2.a) del Texto refundido de la Ley de aguas, hay que entender que dichas aguas no están incluidas en la cláusula general de demanialidad<sup>53</sup>.

Y en segundo lugar porque, aun en el hipotético caso de encontrarnos en la naturaleza ante aguas minerales y termales que forman parte de las aguas subterráneas renovables incluidas en el ciclo hidrológico, jurídicamente hablando no sería posible sostener que las aguas minerales y termales son de dominio público. Como muy bien ha explicado López Ramón, «la exclusión de ese régimen para las aguas minerales y termales, con todo lo contradictorio y anticuado que pudiera parecer, está ordenada –refiriéndose al Texto refundido de la Ley de aguas– por partida doble: en el artículo 1.5 (“las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica”) y en el artículo 1.2 (al establecer que a las aguas minerales y termales se les apliquen las “normas básicas de protección”, pero “sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación”))»<sup>54</sup>. Se trataría, como este mismo autor reconoce, de una “incoherencia conscientemente mantenida por el legislador”<sup>55</sup>, ya que la Ley de aguas de 1985 renunció a regular en bloque, sin ningún tipo de precisión, las aguas minerales y termales y, en un segundo momento, tras la reforma de 2003 de esta norma, se precisó que, no obstante la exclusión del régimen de las aguas minerales y termales, a éstas se les aplican “las normas básicas de protección” establecidas en la Ley de aguas, indicando además, para evitar todo tipo de dudas, que tales normas básicas de protección no comprendían su calificación jurídica. Por ello, López Ramón afirma que «traicionaríamos la literalidad y el espíritu de la Ley de aguas si, a pesar de tan tajantes exclusiones, mantuviéramos que a las aguas minerales y termales les resulta de aplicación la calificación jurídica como bienes del dominio público cuando resulten ser aguas subterráneas renovables»<sup>56</sup>.

En definitiva, aunque pudiera ser cierto que, en términos físicos, la mayor parte de las aguas minerales y termales se encuentran confundidas con las aguas subterráneas renovables y que éstas constituyen dominio público, no hay argumentos normativos que nos permitan sostener que las aguas minerales y termales son de dominio público, al quedar éstas explícitamente excluidas de tal declaración. La Ley de aguas no altera el hecho físico de que las aguas subterráneas renovables puedan ser aguas minerales y termales, “lo que hace es establecer una calificación jurídica diferente para unas y otras”<sup>57</sup>.

Como indicábamos más arriba, son dos las tesis que baraja la doctrina a la hora de determinar la titularidad de las aguas minerales y termales. La segunda de ellas, y a la que nos sumamos, considera, en líneas generales, que a estas aguas les son aplicables los criterios de titularidad contenidos en el Código civil, basados en el principio de accesión, y en virtud de los cuales las aguas tendrán la misma titularidad que el fondo donde ven la luz o son alumbradas.

Su principal adalid es Martín-Retortillo Baquer<sup>58</sup>, quien, en primer lugar, reconoce que la exclusión de las aguas minerales y termales de la titularidad pública ordenada para las aguas

subterráneas renovables choca frontalmente con la Ley de aguas de 1985, y en especial con el principio de integración en el ciclo hidrológico. Pero, al mismo tiempo, advierte de la improcedencia de aplicar a las aguas minerales y termales el régimen establecido para las aguas subterráneas renovables en la Ley de aguas, ya que ésta excluye de su ámbito de aplicación dichas aguas, remitiendo a la legislación minera para definir su titularidad. Y dado que la Ley de minas de 1973, a su vez, remite la cuestión de la titularidad de las aguas minerales y termales tanto al Código civil como a la legislación especial de aguas, ante el silencio de ésta última, el autor propone aplicar lo establecido en los artículos 407 a 425 del Código civil, preceptos que sólo fueron derogados por la Ley de aguas de 1985 “en cuanto se opongan a lo establecido en esta ley”<sup>59</sup>. Por tanto, habrá que entender, mediante la interpretación de la normativa que resulta de aplicación, que las referencias del Código civil a la titularidad de las aguas subterráneas continúan en vigor, exclusivamente, para las aguas minerales y termales.

Así, y aunque algunos autores han considerado que para determinar la titularidad de las aguas minerales y termales nos encontraríamos ante una laguna normativa que el legislador tendría que colmar declarando la demanialidad de éstas mediante regulación expresa<sup>60</sup>, lo cierto es que actualmente hay ley aplicable<sup>61</sup>: son los artículos 407 y siguientes del Código civil<sup>62</sup>. De este modo, y combinando los mencionados artículos del Código civil y los artículos 23 y siguientes de la Ley de minas, o, lo que es lo mismo, los principios de ocupación y accesión con el de intervención administrativa, que garantiza el aprovechamiento racional del recurso, es posible distinguir un régimen jurídico para las aguas minerales y termales de titularidad pública, y otro distinto para las aguas minerales y termales cuando son de propiedad privada<sup>63</sup>. Y ello con independencia de que nos parezca más apropiado que el legislador estatal, en algún momento<sup>64</sup>, declare la demanialidad de las aguas minerales y termales<sup>65</sup>.

Algunos legisladores autonómicos se han pronunciado sobre la titularidad de estas aguas<sup>66</sup>; sin embargo, defendemos que la competencia para llevar a cabo esta operación sería única y exclusivamente del legislador estatal<sup>67</sup>, pues se trata de bienes que pertenecen al demanio natural. En este sentido, la STC 227/1988, de 29 de noviembre, reconoció que la declaración del carácter demanial de determinadas categorías o géneros enteros de bienes definidos por sus características físicas o naturales homogéneas corresponde al Estado, ya que la Constitución no ha ofrecido una lista cerrada de los bienes que forman parte de dicho demanio natural “pero sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración”. Esta doctrina del Tribunal Constitucional se completa con la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, en la que se afirma que «con la remisión a la ley que realiza el artículo 132.2 CE, hay que decir que la ley que incluya determinados bienes en el dominio público estatal sólo puede ser en nuestro ordenamiento complejo la ley del Estado. Y ello, en lo sustancial, por un doble orden de razones. La primera, porque la titularidad estatal del dominio determina potestades dominicales que sólo puede atribuirse y autoimponerse el propio Estado. La segunda, porque la demanialidad aparta a los bienes así calificados de las relaciones ordinarias entre particulares (artículo 132.1 CE), lo que remite a diversas competencias estatales».

## 4 POTESTAD TRIBUTARIA SOBRE AGUAS MINERALES Y TERMALES

### 4.1 Las aguas minerales y termales y la Directiva marco de aguas

La política de aguas es objeto de preocupación específica por parte de la Unión Europea<sup>68</sup>, como lo demuestra, entre otras disposiciones, la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (en adelante DMA)<sup>69</sup>.

La citada directiva nace con el objetivo de establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas, encaminado a: prevenir o reducir la contaminación; promover un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles; proteger el medio ambiente y el medio acuático; mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos y paliar los efectos de las inundaciones y sequías. Define, en consecuencia, la estrategia global de los objetivos y de las actuaciones prioritarias de una política de aguas de la Unión Europea y consagra el buen estado ecológico del agua como el objetivo primordial a conseguir antes de 2016<sup>70</sup>.

Aunque la DMA no contiene ninguna referencia expresa a las aguas minerales y termales<sup>71</sup>, lo cierto es que dichas aguas «se van a ver beneficiadas de los instrumentos generales de protección de las aguas previstos en la Directiva marco», de ahí que indirectamente se vean favorecidas por los instrumentos de protección de las aguas frente a la contaminación, previstos en la DMA<sup>72</sup>.

En este sentido, y desde la perspectiva del derecho tributario, interesa destacar que el artículo 9 de la DMA establece, como principio rector, el de recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales, y los relativos a los recursos, y en particular de conformidad con el principio de “quien contamina paga”.

Como se ha puesto de manifiesto, este principio de recuperación de costes de los servicios no aparece enumerado expresamente entre los principios comunitarios en materia de medio ambiente, pero deriva del principio de “quien contamina paga”, ya que «todo aquel que cause un daño medioambiental deberá asumir los costes de su prevención o de la compensación correspondiente»<sup>73</sup>.

En consecuencia, los distintos Estados miembros han establecido diversas exacciones que recaen sobre las diferentes fases del ciclo integral del agua, y que tienen como finalidad recuperar los costes correspondientes a cada una de dichas fases. Así, es posible distinguir: las que gravan la extracción y captación del agua; las relativas al uso o consumo de agua; y las concernientes a la contaminación derivada de los vertidos al recurso hídrico, donde el gravamen se establece en función de la cantidad y calidad de los efluentes<sup>74</sup>.

También nuestro país se ha visto obligado a asumir el principio comunitario de recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua por parte de todas las Administraciones intervinientes en el ciclo del agua.

La transposición de la DMA, en el ámbito estatal, se ha realizado a través del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, el cual da entrada, entre otros preceptos, al artículo 111.bis en el Texto refundido de la Ley de aguas. Pero la aplicación efectiva de la DMA también vincula a las Comunidades Autónomas y a las entidades locales, dentro de sus respectivos ámbitos competenciales, de modo que, cuando dichos entes públicos aprueben o modifiquen el régimen de los tributos vinculados a

las prestaciones de los servicios del ciclo del agua, deberán tener en consideración los mandatos comunitarios<sup>75</sup>.

## 4.2 Análisis de las principales figuras tributarias que gravan los aprovechamientos de aguas minerales y termales

Al igual que ocurre con el resto de aguas, las minerales y termales son susceptibles de ser gravadas por los tres niveles de gobierno que gozan de poder tributario (Estado, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos). Por ello, y a continuación, trataremos de sistematizar los diferentes tributos que gravan los aprovechamientos de dichas aguas atendiendo a quién es su acreedor.

En cualquier caso, llama la atención que la mayoría de figuras que se han creado para someter a gravamen a las aguas en general, y a las minerales y termales en particular, reciban la denominación de “cánones”<sup>76</sup>, sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 2.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria, establece que los tributos, “cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos”, y sin que podamos reconocer, en consecuencia, al canon como una cuarta categoría tributaria. Por tanto, y con independencia de cuáles hayan sido las razones por las que los legisladores –estatal y autonómicos– se han apartado de las categorías tributarias clásicas para crear, entre otras figuras, “cánones” sobre las aguas<sup>77</sup>, habrá que analizar el régimen jurídico de cada uno de ellos para tratar de encuadrarlos, en la medida de lo posible, en alguna de las figuras tributarias que reconoce nuestro ordenamiento: impuesto, tasa y contribución especial<sup>78</sup>. Porque, como ha señalado Herrera Molina, aun admitiendo que es posible crear nuevas figuras, «las categorías jurídicas tradicionales son caminos seguros y bien trazados. Si se abandonan debe ser porque existe una clara idea de a dónde se quiere llegar y por qué nuevos medios puede conseguirse con ventaja ese objetivo»<sup>79</sup>.

### 4.2.1 Tributos estatales

Quizás el tributo que, por definición, mejor podría gravar el aprovechamiento de las aguas termales sería la tasa, al integrarse tradicionalmente en su hecho imponible la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público. Sin embargo, actualmente, no sería posible establecer una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de las aguas minerales y termales, por no tener éstas la condición de demaniales.

Recordemos que, para que el legislador pueda crear este tipo de tributos, no sólo es necesario que el ente público impositor sea titular de dichas aguas, sino que además éstas deben tener la consideración de bienes de dominio público<sup>80</sup>. Al respecto, el artículo 132 de la Constitución dispone que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y de la plataforma continental». Por tanto, y además de los bienes específicamente clasificados por la Constitución como bienes de dominio público estatal, corresponde a la ley estatal no sólo establecer los bienes que van a tener la consideración de demaniales<sup>81</sup>, sino también determinar la titularidad de tales bienes, sea estatal, autonómica, etc.<sup>82</sup>.

Por ello se ha dicho que, en el caso de que se produjese la demanialización de las aguas minerales y termales, el Estado podría crear alguna figura tributaria como un canon de aprovechamiento de aguas minerales y termales. Cuestión distinta sería su gestión y recaudación, habida cuenta la competencia autonómica en la materia subyacente<sup>83</sup>, aunque el Tribunal Con-

stitucional ha admitido la posible disociación entre el titular del dominio público con poder tributario para establecer una tasa y el competente para la gestión del demanio y el otorgamiento de la correspondiente concesión. La STC 227/1988, relativa a la Ley de aguas de 1985, enjuició los artículos 104 y 105 de esta norma –actualmente artículos 112 y 113 del Texto refundido de la Ley de aguas– que establecían sendos cánones por la utilización de determinados bienes de dominio público hidráulico y la realización de vertidos en aguas públicas. Tales artículos fueron recurridos por distintas Comunidades Autónomas por considerar que, tratándose de aguas intracomunitarias –las que discurren íntegramente en el territorio de una Comunidad Autónoma–, la competencia para su exacción correspondía a la Comunidad Autónoma, por ser la titular de las competencias de ejecución y gestión de este aprovechamiento, y no al Estado, a pesar de tratarse de bienes integrantes del dominio público estatal. Teniendo en consideración el artículo 7.1 de la Ley orgánica de financiación de Comunidades Autónomas, que les otorga la competencia para establecer tasas sobre la utilización de su dominio público, el Tribunal Constitucional confirmó la competencia del Estado para establecer estas tasas, sin perjuicio de que, como dispone el Texto refundido de la Ley de aguas, los tributos regulados en los artículos 112 y 113 puedan ser gestionados, recaudados o percibidos por la Administración hidráulica de las Comunidades Autónomas, que podrá establecer, además, otras tasas por los procedimientos administrativos que desarrolle para el otorgamiento de la concesión<sup>84</sup>. Esta doctrina fue reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad presentados frente a la Ley 22/1988 de costas<sup>85</sup>.

En los últimos años hemos tenido conocimiento de dos proyectos normativos que, aunque no han prosperado, contemplaban la demanialización de las aguas minerales y termales, al tiempo que preveían distintos tributos con los que se gravaban sus aprovechamientos.

En primer lugar, el Anteproyecto de Ley de bases de las aguas minerales y termales del año 2007, que, tras declarar abiertamente la pertenencia al dominio público estatal de estas aguas, contemplaba una tasa cuyos sujetos pasivos eran los titulares de concesiones para su aprovechamiento. Se trataba del denominado “Canon de aprovechamiento de aguas minerales”, regulado en la disposición adicional cuarta del anteproyecto. Su hecho imponible venía determinado por el «uso privativo de las aguas minerales que pertenecen al dominio público estatal». En consecuencia, a través de este canon se gravaría tanto el aprovechamiento de las aguas mineromedicinales y termales en balnearios como cualquiera de las aguas enunciadas en el artículo 2 del anteproyecto (aguas minerales naturales para el consumo humano, aguas minero-industriales y aguas de manantial) mediante alguno de los usos previstos en el artículo 3<sup>86</sup>. Se trataba de una tasa estatal, aunque la normativa preveía que fuese recaudada por los municipios, al devengarse “a favor del municipio en el que se encuentre el aprovechamiento”. La exposición de motivos del anteproyecto justificaba que la tasa “revirtiera” en los Ayuntamientos “por ser la Administración más próxima a los aprovechamientos”.

En segundo lugar, el borrador del Anteproyecto de reforma de la Ley de minas, que se ha conocido en 2014, consideraba en su título VI, bajo la rúbrica “Normas tributarias”, dos nuevos tributos: un canon de superficie y un impuesto sobre el valor de la extracción de los recursos minerales y geológicos. Por lo que se refiere al canon de superficie, el artículo 67 del anteproyecto disponía que los «titulares de derechos mineros de la sección B de esta ley están obligados al pago del canon de superficie cuyo hecho imponible es el uso exclusivo de los recursos minerales y geológicos que son de dominio público»<sup>87</sup>, mientras que el artículo 68 del anteproyecto

se ocupaba de establecer los distintos elementos esenciales del impuesto sobre el valor de la extracción de los recursos minerales y geológicos, que se configuraba como un tributo de carácter directo y naturaleza real que gravaba el valor de los recursos minerales y geológicos de dominio público extraídos en el ámbito de aplicación del impuesto. Constituía su hecho imponible la extracción en territorio español de minerales y demás recursos geológicos, mediante las autorizaciones de explotación o concesiones de aprovechamiento a las que hacía referencia este anteproyecto de ley. La base imponible estaba constituida por el valor de la extracción de los recursos que formaban parte del ámbito objetivo del impuesto. Dicho valor se determinaba atendiendo al importe total que le correspondiese percibir al contribuyente por aquellos recursos que fuesen vendidos o entregados en el periodo impositivo.

Sin embargo, actualmente no existe ninguna tasa estatal que grave la utilización privativa o el aprovechamiento especial de las aguas minerales y termales. Por una parte, el canon por superficie de minas previsto en los artículos 40 a 43 de la Ley 6/1977, de fomento de la minería, se refiere sólo a los recursos mineros de la sección C) y no a los de la sección B), que es donde se encuentran clasificadas estas aguas. Y, como analizaremos a continuación, ni el canon de utilización de los bienes de dominio público hidráulico, previsto en el artículo 112 del Texto refundido de la Ley de aguas, ni el canon por la concesión o autorización de ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, contemplado en el artículo 84 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, someten a gravamen las aguas minerales y termales.

Ahora bien, en la medida en que físicamente este tipo de aguas son recursos hídricos, habrá que analizar si alguno de los tributos que prevé el Texto refundido de la Ley de aguas es susceptible de someter a gravamen las aguas minerales y termales. En principio, y teniendo en cuenta la rúbrica del título VI de dicho texto normativo "Del régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico", en el que se establecen distintos tipos de figuras tributarias relacionados con las aguas, pudiera parecer que las minerales y termales quedarían excluidas de todo gravamen al no formar parte, como ya se analizó, de dicho dominio público. Sólo tras un análisis más detallado de los distintos cánones que contempla el Texto refundido de la Ley de aguas, y por lo que respecta a alguna figura en concreto, podríamos llegar a una conclusión diferente.

Nos referimos, en particular, al canon de control de vertidos del Texto refundido de la Ley de aguas, regulado en su artículo 113. Tras esta figura, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que nos encontramos ante una tasa<sup>88</sup> que grava los vertidos<sup>89</sup>, sometidos a autorización<sup>90</sup>, que se realizan al dominio público hidráulico. En consecuencia, todo vertido de aguas minerales o termales, susceptible de contaminar<sup>91</sup>, que se realizase sobre dominio público hidráulico, estaría sujeto a este canon. Si el vertido, en lugar de en aguas continentales, se produjese en aguas marinas, resultaría de aplicación el canon por vertidos contaminantes, previsto en el artículo 85 de la Ley de costas<sup>92</sup>.

Por último, creemos conveniente aclarar que el canon de utilización de los bienes de dominio público hidráulico, regulado en el artículo 112 del Texto refundido de la Ley de aguas, es un tributo que grava la ocupación o aprovechamiento del dominio público hidráulico previsto en las letras b) y c) del artículo 2 del propio Texto refundido de la Ley de aguas, esto es, cauces de corrientes naturales y lechos de los lagos, lagunas y embalses, y, por tanto, no resultaría de aplicación a las aguas minerales y termales. Como ponen de manifiesto Adame Martínez y De Vicente García, este canon no somete a gravamen «la utilización privativa de aguas continen-

tales, lo que por cierto podría dar juego a imponer una tasa por ese concepto»<sup>93</sup>. Y es que, como señalan estos mismos autores, no existe ningún gravamen sobre el aprovechamiento del agua, ya que el artículo 61 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, que impone con carácter general una tasa sobre la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, excluye expresamente de su ámbito de aplicación, en su apartado 2.B), la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público hidráulico y marítimo-terrestre, que siguen rigiéndose por lo establecido en la Ley de aguas y en la Ley de costas, respectivamente. Añaden, además, que «dicha tasa debería tener en cuenta los principios fijados en la Ley 25/1998 para todo uso privativo del dominio público estatal, como, por ejemplo, la exclusión de gravamen de la utilización privativa cuando no lleve aparejada una utilidad económica para el concesionario o adjudicatario»<sup>94</sup>. Las mismas consideraciones podrían hacerse respecto del canon por la concesión o autorización de ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre, contemplado en el artículo 84 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas<sup>95</sup>.

#### 4.2.2 Tributos autonómicos

En el ámbito autonómico, y por lo que respecta a las tasas, la mayoría de Comunidades Autónomas las han establecido por la prestación de servicios administrativos vinculados a este tipo de aguas, al tener reconocidas, en sus estatutos de autonomía, competencias en materia de minas, o bien directamente en materia de aguas minerales y termales. Así, es común encontrarse con tasas por declaración de la condición de aguas minerales y termales, o por autorización o concesión de aprovechamiento de dichas aguas<sup>96</sup>.

Sin embargo, las Comunidades Autónomas no podrán establecer tasas por utilización privativa o aprovechamiento especial de las aguas minerales y termales, ya que, como se ha expuesto previamente, éstas no constituyen bienes de dominio público y, por tanto, no se podría verificar el aspecto material del elemento objetivo de su hecho imponible. De ahí que, entre otras razones, no podamos compartir con Gil Rodríguez que la tasa por la prestación de los servicios administrativos relativos a la ordenación, las concesiones, las autorizaciones preceptivas y la inspección de la actividad minera de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, cuando se refiere a las aguas minerales y termales<sup>97</sup>, tenga por objeto gravar la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público<sup>98</sup>.

En cualquier caso, y como ha indicado Cordero González<sup>99</sup>, el ámbito de aplicación de alguna de estas tasas se verá reducido tras la reforma de ciertos estatutos de autonomía, como los de Castilla y León o Andalucía, ya que han limitado las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas sobre las aguas minerales y termales a aquéllas que pertenezcan a cuencas de carácter intracomunitario, adoptando también para estas aguas el criterio de reparto de competencias establecido en el Texto refundido de la Ley de aguas para el resto de los recursos hídricos.

Junto a las tasas, las Comunidades Autónomas han establecido distintos cánones vinculados al uso, consumo y contaminación del agua, que compartirían ciertas características comunes<sup>100</sup>, si bien, y amparándose en el distinto modo en que el legislador autonómico ha asumido la transposición de las directivas comunitarias en la materia, cierta doctrina los ha agrupado en dos grandes modelos: los denominados cánones del agua y los denominados cánones de saneamiento<sup>101</sup>, de forma que los primeros gravarían el uso o consumo real o potencial de agua,

respondiendo a las exigencias de la directiva marco de aguas<sup>102</sup>, y los cánones de saneamiento serían impuestos cuyo establecimiento respondería a las necesidades de financiar las infraestructuras de tratamientos de aguas residuales<sup>103</sup>. Por esta razón, el hecho imponible de dichos cánones gira alrededor de los vertidos, y toma, en todo caso, el consumo de agua como indicador del vertido que luego tendrá lugar.

En principio, consideramos que las aguas minerales y termales son susceptibles de estar sujetas a estos cánones autonómicos, cánones que, además, serían compatibles con los estatales<sup>104</sup>. Pero, ante la imposibilidad de analizar cada uno de los hechos imponibles de los distintos cánones autonómicos –dicha tarea excedería las pretensiones iniciales de nuestro estudio–, hemos considerado oportuno referirnos al actual canon de saneamiento de Galicia, entre otros motivos porque es una de las primeras normas tributarias autonómicas que contempla un tratamiento específico para ciertos aprovechamientos de las aguas termales<sup>105</sup>.

La Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia, creó en su artículo 42, y con naturaleza de impuesto, el canon del agua como tributo propio de la Comunidad Autónoma<sup>106</sup>. Como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de dicha norma, «la definición positiva del aspecto material del elemento objetivo del hecho imponible del canon hace referencia al uso y consumo real o potencial del agua con cualquier finalidad, en razón de su potencial afección al medio, con lo cual se está dando paso al cumplimiento de los mencionados principios de la directiva marco (refiriéndose a la Directiva marco de las aguas)».

Pero éste no es el primer gravamen hidrológico propio de la Comunidad Autónoma de Galicia. Previamente, la Ley 8/1993, de 23 de junio, reguladora de la Administración hidráulica de Galicia, creaba el canon de saneamiento<sup>107</sup>, por el que se gravaba «la producción de vertidos de aguas y de productos residuales, realizados directa o indirectamente. En todo caso, se entiende realizado el hecho imponible por el consumo o por la utilización potencial o real del agua de cualquier procedencia»<sup>108</sup>, de modo que, como señaló Fernández López, el legislador, consciente de la relación causa-efecto existente entre consumo y vertidos, presumía *iuris et de iure* realizado el presupuesto de hecho del tributo por la simple utilización o consumo del agua<sup>109</sup>.

Lo cierto es que las empresas que explotaban establecimientos balnearios en Galicia, aun reconociendo que realizaban intensivos consumos de agua, se opusieron a la aplicación del canon por considerar que el agua utilizada en la actividad balnearia, y en particular la usada con fines terapéuticos, o bien se destinaba directamente a la ingesta o bien apenas producía vertidos. Y, en este sentido, algún autor propuso la configuración de una exención para el consumo de aguas en los tratamientos terapéuticos de este tipo de establecimientos, siempre que se constatare la inocuidad de la utilización de las aguas en dichos tratamientos y el mantenimiento de idénticos niveles de calidad respecto del momento de su captación<sup>110</sup>. Cabe indicar, al respecto, que la Ley 5/2000, de 25 de octubre, de aguas residuales de la Comunidad Autónoma de la Rioja, prevé en su artículo 35, y entre los consumos exentos de su canon de saneamiento: «La utilización de aguas termales en la actividad balnearia, cuando dispongan de instalaciones adecuadas y no se generen vertidos a la red de alcantarillado, todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen».

Sin embargo, el reciente canon del agua gallego, creado mediante la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia, se ha decantado por otro tipo de solución en la que, en última instancia, se ofrece un tratamiento fiscal beneficioso para ciertos aprovechamientos de las aguas termales<sup>111</sup>, al establecer para ellos un tipo de gravamen específico: superior al previsto para los

usos domésticos, pero inferior al establecido para los usos no domésticos<sup>112</sup>. Así, el artículo 59 de la Ley 9/2010 de aguas de Galicia prevé que, para usos de aguas termales y marinas en la actividad balnearia, la cuota del canon resultará de la adición de una parte fija y de una parte variable. La parte fija de cuota será de 2,5 euros por contribuyente y mes. Y el tipo de gravamen de la parte variable en las aguas termales y marinas destinadas a uso terapéutico será de 0,05 euros por metro cúbico.

De esta regulación queremos destacar un par de aspectos. En primer lugar, y desde nuestro punto de vista, no queda claro el ámbito de aplicación de la parte variable del tipo de gravamen por lo que a las aguas termales se refiere. ¿Se aplica dicho tipo de gravamen para todo tipo de usos de las aguas termales en la actividad balnearia, o sólo para los usos terapéuticos? Nuestras dudas surgen porque, si bien el artículo 59 de la Ley 9/2010 de aguas de Galicia lleva por título genérico “Usos de aguas termales y marinas en la actividad balnearia”, sin que se especifique un determinado tipo de uso, posteriormente, el apartado 3 de este mismo artículo dispone «el tipo de gravamen de la parte variable en las aguas termales y marinas *destinadas a uso terapéutico*»<sup>113</sup>. Y no sabemos si esta última expresión es la condición que han de reunir, en exclusiva, las aguas marinas para poder aplicar el tipo de gravamen estudiado, o es una condición común a las aguas termales y marinas.

La normativa de desarrollo tampoco nos ayuda a resolver esta cuestión. El artículo 45 del Decreto gallego 136/2012, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del canon del agua y del coeficiente de vertido a sistemas públicos de depuración de aguas residuales, establece las condiciones que deben cumplir las aguas para que tengan la consideración de aguas termales usadas en la actividad balnearia, indicando que «las aguas destinadas a la actividad balnearia serán aquellas que expresamente vengán recogidas en la autorización administrativa emitida por el órgano competente en materia de industria, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 402/1996, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de aprovechamiento de aguas mineromedicinales y termales y de los establecimientos balnearios de la Comunidad Autónoma de Galicia». Y aunque el artículo 2.2 de esta última norma establece que «son aguas termales, a los efectos previstos en este reglamento, aquellas aguas cuya temperatura de surgencia sea superior, al menos en cuatro grados centígrados a la media anual del lugar donde alumbren y sean declaradas de utilidad pública y aptas para usos terapéuticos en instalaciones balnearias situadas en las áreas de emergencia», el artículo 30 de este mismo reglamento dispone, en su apartado 1, que «los establecimientos balnearios son aquellos que, estando dotados de los medios adecuados, utilizan las aguas mineromedicinales o termales para usos terapéuticos declaradas de utilidad pública con fines terapéuticos y preventivos para la salud. Se considerarán establecimientos sanitarios y, como tales, quedan sujetos a lo dispuesto en la legislación sanitaria», y en su apartado 3, que «estos establecimientos podrán disponer de instalaciones de complemento turístico, de ocio e industriales, que quedarán sometidas a sus normativas específicas». Es decir, la normativa gallega considera los balnearios, fundamentalmente, como establecimientos sanitarios en los que se utilizan aguas termales y mineromedicinales con fines terapéuticos y preventivos, pero también reconoce la posibilidad de que en ellos se desarrollen actividades de ocio, industriales, etc., y que, en consecuencia, las aguas mineromedicinales y termales puedan ser utilizadas con esos fines; por ejemplo, ofreciendo tratamientos cosméticos con ellas, o elaborando productos como sales, cremas, productos de tocador, etc.

En todo caso, consideramos que únicamente debería aplicarse el tipo de gravamen previsto en el artículo 59 de la Ley 9/2010 de aguas de Galicia a las aguas termales destinadas a usos

terapéuticos. Son varias las razones por las que defendemos tal interpretación. En primer lugar, porque, si tenemos en cuenta la propia redacción de este artículo, creemos que, si se hubiese querido vincular la condición del uso terapéutico de las aguas exclusivamente a las marinas, se hubiese podido reflejar mediante comas<sup>114</sup>. En segundo lugar, porque el uso fundamental de las aguas termales en los balnearios es el terapéutico, como lo demuestra el hecho de que la autorización para aprovechar este tipo de aguas en los balnearios está vinculada a su declaración previa como aguas aptas para usos terapéuticos<sup>115</sup>. Y, por último, porque creemos que otro tipo de usos de las aguas termales podrían ser, con carácter general, más contaminantes y, en consecuencia, merecedores del tipo de gravamen más elevado que se aplica a los usos no domésticos. En cualquier caso, y por razones de seguridad jurídica, nos parece oportuno que se especifique en la normativa qué se entiende por usos terapéuticos. Si tenemos en cuenta la definición de “terapéutico” del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, los usos terapéuticos serían los relativos al tratamiento de enfermedades, pero muchas veces las aguas termales se usan con una mera finalidad preventiva o como práctica saludable, sin que a los usuarios de éstas se les haya diagnosticado una enfermedad.

Otro de los aspectos que ha llamado nuestra atención, al examinar el tipo de gravamen específico que prevé el artículo 59 de la Ley 9/2010 de aguas de Galicia, es el inexplicable silencio de la norma respecto de la utilización de las aguas mineromedicinales en la actividad balnearia, silencio que, además, no podrá ser colmado mediante analogía porque al tratarse de un tipo de gravamen reducido nos encontraríamos ante un beneficio fiscal, y el artículo 14 de la Ley general tributaria proscribiera el recurso a la analogía en estos supuestos. Desde nuestro punto de vista, las aguas mineromedicinales merecen el mismo trato fiscal que el de las aguas termales, siempre que se utilicen con finalidad terapéutica<sup>116</sup>. Y si el motivo último del legislador gallego para omitir toda referencia a las aguas mineromedicinales en este artículo era evitar que se pudiese aplicar a los supuestos en que éstas son envasadas para su consumo<sup>117</sup>, podría haberse indicado de forma expresa en la norma que ésta no resultaba de aplicación en dichos supuestos.

Recientemente, y quizás recogiendo el testigo de la norma gallega, la Comunidad Autónoma de Cantabria también ha establecido un tipo de gravamen reducido en su canon del agua residual<sup>118</sup> para ciertos usos de las aguas minerales y termales. Concretamente, el artículo 28.1.c) de la Ley 2/2014, de 26 de noviembre, de abastecimiento y saneamiento de aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, refiriéndose al tipo de gravamen del canon del agua residual doméstica, dispone: «Cuando se trate del aprovechamiento de aguas mineromedicinales o termales por parte de balnearios autorizados, se minorará en un 90% el tipo de gravamen general». En todo caso, se observan dos grandes diferencias respecto de la norma gallega: en primer lugar, la cántabra equipara el tratamiento de las aguas mineromedicinales a las termales; y, por otra parte, no vincula la aplicación del beneficio fiscal a los usos terapéuticos de las aguas mineromedicinales y termales, de modo que cualquier aprovechamiento de estas aguas en un balneario se beneficiaría del tipo de gravamen reducido.

### 4.2.3 Tributos locales

El artículo 20.3 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (en adelante TRLRHL) recoge una relación ejemplificativa de las distintas tasas que pueden establecer las entidades locales por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local. La letra c) del citado precepto se refiere a los «balnearios y otros disfrutes de aguas que

no consistan en el uso común de las públicas», como uno de los supuestos que legitiman la exigencia de este tipo de tasas.

Son escasas, sin embargo, las ordenanzas fiscales que imponen esta tasa en la actualidad<sup>119</sup>. Algunos Ayuntamientos, bajo la rúbrica “tasa de balnearios y otros disfrutes de agua”, vinculan este tributo con la prestación de determinados servicios de suministro de agua, alterando así el hecho imponible previsto en el TRLRHL para tal denominación. Otros Ayuntamientos exigen tasas por la entrada y prestación de servicios en balnearios y otras instalaciones deportivas municipales. Por tanto, su hecho imponible no consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, siendo discutible, además, su naturaleza de tasa, dado que generalmente se trata de servicios que se prestan con carácter voluntario y en concurrencia con el sector privado.

En opinión de Cordero González<sup>120</sup>, ello se debería a que el precedente histórico de esta tasa –el artículo 444 de la Ley de régimen local de 1950<sup>121</sup>– se incorporó a la Ley reguladora de haciendas locales sin tener en cuenta el cambio trascendental que la aprobación de la Ley de aguas de 1985 supuso sobre la titularidad de las aguas continentales. La Ley de aguas de 1879 integraba ciertas aguas en el dominio público local, circunstancia que justificaba la existencia de dicha tasa. Sin embargo, y en opinión de esta autora, a la vista del carácter estatal del dominio público hidráulico, la tasa del artículo 20.3.c) del TRLRHL sólo encontraría aplicación en relación con los regímenes transitorios previstos en el vigente Texto refundido de la Ley de aguas, que respetan los derechos adquiridos sobre las aguas bajo la legislación anterior, o en relación con ciertas aguas minerales y termales, siempre que prosperase la tesis de cierto sector doctrinal que considera que han quedado al margen de la demanialización operada por la Ley de aguas de 1985<sup>122</sup>.

Cabe preguntarse, entonces, si es posible actualmente configurar tasas como las previstas en el artículo 20.3.c). Para ello será necesario analizar, en primer lugar, sus posibles elementos esenciales, teniendo en cuenta, además, que se pueden distinguir dos supuestos o tasas distintas, aunque ambas tendrían el denominador común de tratarse de tributos que se exigen por la utilización privativa o aprovechamiento del dominio público local si atendemos a su ubicación en el TRLRHL: la tasa sobre los balnearios y la tasa sobre otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las públicas.

Por lo que respecta a la primera de ellas, la tasa sobre los balnearios, surge inicialmente la duda sobre qué tipo de bienes son los que motivan que su aprovechamiento o utilización pueda constituir el hecho imponible de una tasa. ¿Se trata del suelo sobre el que se asienta el balneario o el agua cuya explotación se cede a través de éste, siempre que se considerase de dominio público local y su instalación y aprovechamiento se otorgase mediante concesión administrativa? En opinión de Cordero González, debe prevalecer el aprovechamiento del agua sobre el del suelo, ya que, en otro caso, el artículo 20.3.c) hubiera aludido a la ocupación de terrenos de uso público local con un balneario, como en las letras g) y l) del mismo precepto<sup>123</sup>.

Una vez aclarado este punto, sólo se justificaría la exacción de una tasa sobre el aprovechamiento o uso privativo de las aguas minerales y termales si se pudiese afirmar que éstas son bienes de dominio público local. Al respecto, el artículo 3 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales, dispone que son bienes de uso público local, entre otros, «las aguas de fuentes o estanques (...) cuya conservación y policía sean de la competencia de la entidad local». Sin embargo, y aunque se

podiese verificar que manasen aguas minerales o termales de una fuente o estanque de dominio público local, y dicha fuente o estanque estuviesen integrados en las instalaciones de un balneario o fuesen explotados por un balneario, consideramos que no sería posible concluir que dichas aguas tienen la consideración de bienes de dominio público local. Como ya se ha puesto de manifiesto previamente, las aguas minerales y termales no sólo han quedado expresamente excluidas del dominio público hidráulico por la Ley de aguas de 1985, sino que, además, en la actualidad no existe ninguna otra ley que las declare bienes de dominio público. Por tanto, hoy por hoy, la tasa sobre los balnearios, concebida como tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, está vacía de contenido y no podría exigirse.

Algo semejante ocurre con el segundo supuesto que contempla el artículo 20.3.c) del TRLRHL, “otros aprovechamientos de las aguas que no consistan en el uso común de las públicas”, y que también se configura como una tasa cuyo hecho imponible es la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, ya que ninguna de las aguas que la doctrina ha identificado como recursos susceptibles de estar gravados por esta tasa –aguas minerales reguladas en la Ley de minas de 1973, pero distintas de las mineromedicinales y termales; aguas continentales y subterráneas, integrantes del dominio público hidráulico estatal; y aguas pertenecientes al dominio público marítimo estatal–<sup>124</sup> constituyen bienes de dominio público local.

Por tanto, podemos concluir que las tasas actualmente previstas en el artículo 20.3.c) del TRLRHL no resultarían exigibles, en caso de que se regulasen mediante la oportuna ordenanza fiscal, por estar vacías de contenido.

Sin embargo, las aguas minerales y termales sí podrían estar sujetas a ciertas tasas por prestación de servicios públicos locales relacionados con las aguas, y en particular a las tasas de saneamiento<sup>125</sup> previstas en el artículo 20.4. r) del TRLRHL<sup>126</sup>, ya que, si dichas aguas son evacuadas a la red de alcantarillado municipal y, posteriormente, tratadas para eliminar las sustancias contaminantes contenidas en ellas antes de su vertido al medio ambiente, estarían realizando el hecho imponible de dicho tributo<sup>127</sup>.

## 5 BIBLIOGRAFÍA

- Adame Martínez, F. 2007 «Régimen económico-financiero del agua», en VV. AA., *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua. Estudios de Derecho Judicial*, 97. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Adame Martínez, F. 2009 «Los cánones de saneamiento de las Comunidades Autónomas», en A. Embid Irujo (dir.), *Régimen económico-financiero del agua. Los precios del agua*. Cizur Menor: Civitas.
- Alcaín Martínez, E. 2007 «Voz Aguas subterráneas», en A. Embid Irujo (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*. Madrid: Iustel.
- Alonso González, L. M. 2012 «Los tributos estatales sobre el agua. Los tributos de la Ley de aguas», en L. M. Alonso González y H. Taveira Torres, H (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Álvarez Carreño, S. M. 2009 «Las aguas minerales y termales en el contexto de la Directiva marco de aguas», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Álvarez Fernández, M. 2007 «El nuevo enfoque estatutario sobre la distribución de competencias en materia de aguas», *Revista de Administración Pública*, 173, 317-353.
- Andrés Aucejo, E. 2012 «Principios rectores del régimen económico financiero comunitario de la gestión del agua ex “Directiva marco de aguas” (Directiva 2000/60/CE) y su transposición al ordenamiento jurídico español», en L. M. Alonso González y H. Taveira Torres, H. (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Barcelona Llop, J. 1996. *La utilización del dominio público por la Administración. Las reservas dominiales*. Pamplona: Aranzadi.
- Barriobero Martínez, I. 2002 «Causas y consecuencias jurídicas de la consideración como recursos mineros de las aguas minerales y termales», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 0, 9-35.

- Barriobero Martínez, I. 2006. *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.
- Barriobero Martínez, I. 2007 «Voz Aguas minerales y termales», en A. Embid Irujo (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*. Madrid: Iustel.
- Barriobero Martínez, I. 2009 «Régimen jurídico de las aguas minerales y termales. Discusión sobre su demanialidad», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Barriobero Martínez, I. 2010 «El régimen jurídico de las aguas minerales y termales», *Diario La Ley*, 7366.
- Bermúdez Sánchez, J. 2007. *Aguas comunales, minerales y termales*. Granada: Comares.
- Cañal García, F. 2012 «La potestad tarifaria de las entidades locales en el suministro de aguas», en L. M. Alonso González y H. Taveira Torres, H. (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. 2009 «Prólogo», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Cordero González, E.M. 2011 «Tasa sobre los balnearios y otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las aguas públicas», en P. Chico de la Cámara y J. Galán Ruiz (dirs.) *Las tasas locales*, Cizur Menor: Civitas-Thomson.
- Del Saz, S. 1990. *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo derecho de aguas*. Madrid: Marcial Pons.
- De la Rosa Jorge, M.ª C. y Mosso Romeo, M.ª A. 2000 «Diversidad microbiana de las aguas minerales y termales», en J. A. López Geta y J. L. Pinuaga Espejel (dirs.), *Panorama actual de las aguas minerales y mineromedicinales en España*. Madrid: Instituto Geológico y Minero de España.
- De Vicente García, J. y Adame Martínez, F. 2008. *Régimen fiscal del agua. Tributos estatales, autonómicos y locales*. Granada: Comares.
- Erice Baeza, V. 2013. *La protección de las aguas subterráneas en el Derecho español*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Fanlo Loras, A. 2009 «Prólogo», en I. Barriobero Martínez (dir.). *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.
- Fernández López, R. I. 1996 «La fiscalidad autonómica en materia medioambiental: su aplicación en Galicia», *Crónica tributaria*, 80, 9-38.
- Gallego López, J. B. 2012 «Las competencias de las distintas administraciones públicas en la prestación de los servicios hídricos y su conexión con la Directiva marco sobre Aguas: una perspectiva tributaria», en A. M. Aura y Larios de Medrano (coord.), *La política comunitaria de aguas: marco de la acción estatal y autonómica*. Madrid: Dyckinson.
- Gil Rodríguez, I. 2005 «Tasa en materia de minas», en VV. AA., *Comentario a la Ley de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Castilla y León*. Madrid: Dyckinson.
- González García, J. V. 2009 «Notas sobre el régimen general del dominio público», en J. V. González García (dir.), *Derecho de los bienes públicos. 2ª edición*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Herrera Molina, P. M. 2000 «Naturaleza de los cánones sobre el agua», en VV. AA., *Derecho de Aguas*. Murcia: Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua.
- López Díaz, A. 2009 «Competencias y tributación sobre el agua y sus aprovechamientos», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- López Ramón, F. 2008 «El debate sobre la titularidad de las aguas minerales y termales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 138, 171-187.
- Martín-Retortillo Baquer, S. 1997. *Derecho de aguas*. Madrid: Civitas.
- Martínez Sospedra, M. y Marco Marco, J. 2012, «Agua: Competencias estatales y autonómicas», en A. M. Aura y Larios de Medrano (coord.), *La política comunitaria de aguas: marco de la acción estatal y autonómica*. Madrid: Dyckinson.
- Melgosa Arcos, F. 2001 «Régimen jurídico-administrativo de las aguas mineromedicinales, termales y de los balnearios en Galicia», en VV. AA., *Curso de inspección turística*. Santiago de Compostela: Ed. Xunta de Galicia.
- Moreno Rebato, M. 2002 «El aprovechamiento de las aguas minerales y termales: el problema del título jurídico habilitante», *Revista de Administración Pública*, 158, 415-429.
- Nogueira López, A. 2009 «Gestión autonómica de las aguas minerales y termales: un nuevo marco normativo que difumina la dualidad jurídico-competencial», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Pagès y Galtès, J. 2005. *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.

- Perdigó I Solà, J. 2009 «Distribución competencial en materia de aguas minerales y termales», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Santamaría Pastor, J. A. 2004 «Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias», en C. Chinchilla Marín (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Sartorio Albalat, S. y Casanellas Chuecos, M. 2012 «La tributación autonómica del agua: cánones de saneamiento y cánones del agua», en L. M. Alonso González y H. Taveira Torres, H. (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Tovillas Morán, J. M.<sup>3</sup> 2012 «Tributación en la Ley de costas», en L. M. Alonso González y H. Taveira Torres (coords.), *Tributos, aguas e infraestructuras*. Barcelona: Atelier.
- Valencia Vila, S. 2009 «El encuadre competencial de las aguas minerales y termales: el caso de Galicia», en A. Nogueira López (coord.), *Titularidad, competencias y fiscalidad de las aguas minerales y termales. Marco comunitario de protección ambiental*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Vázquez Cobos, C. 2004 «La fiscalidad de las aguas en España», en VV. AA., *Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas*. Madrid: Civitas.
- Villar Ezcurra, J. L. 1980. *Régimen jurídico de las aguas mineromedicinales*, Madrid: Montecorvo.
- Villaverde Gómez, B. 2007 «El Canon de Saneamiento y la fiscalidad hidrológica en Galicia», *Noticias de la Unión Europea*, 274, 125-141.

## NOTAS

- 1 Este estudio se enmarca en el proyecto de investigación INOU14-10 relativo a la "La potestad tributaria sobre los aprovechamientos de las aguas termales y mineromedicinales", financiado por la Universidad de Vigo.
- 2 Como señalaba Martín-Retortillo Baquer, el régimen jurídico de las aguas minerales y termales «ha sido siempre cuestión polémica por demás, por otra parte nunca bien definida» (Martín-Retortillo Baquer, 1997:186).
- 3 Fanlo Loras, 2009:7.
- 4 Así se recoge en Barriobero Martínez, 2007:192; Barriobero Martínez, 2006:33-34.
- 5 Se trataría de aguas que son susceptibles de aprovechamientos industriales o mineralúrgicos, bien por la separación de elementos minerales que contienen en disolución, bien por su aplicación directa para la preparación de sales, gases, productos de tocador, etc. (Barriobero Martínez, 2010:2).
- 6 Villar Ezcurra, 1980:37. Y en este mismo sentido, López Ramón reconoce que la Ley de minas emplea conceptos jurídicos indeterminados para definir las distintas categorías de aguas minerales y termales, como, por ejemplo, reunir las "características y cualidades" propias de las aguas mineromedicinales (López Ramón, 2008:179).
- 7 La expresión "aguas minerales naturales" hace referencia a la denominación que, en el ámbito de la Unión Europea, adoptan las aguas minerales envasadas.
- 8 Explica Barriobero Martínez cómo, en el seno de la Unión Europea, y a propósito de las divergencias que surgieron en relación con esta directiva, se pusieron de manifiesto dos concepciones opuestas respecto del concepto de aguas minerales mantenido por los Estados miembros: de un lado los países de tradición latina, entre los que se encontraba España, y, de otro, los de tradición germánica. Los primeros definían las aguas minerales en atención a las "cualidades favorables a la salud" que presentaban en el momento de emerger a la superficie, eludiendo establecer una composición química y microbiológica para estas aguas. En cambio, en los países de tradición germánica, las aguas minerales eran definidas simplemente en función de su composición química (Barriobero Martínez, 2006:47-48).
- 9 Barriobero Martínez, 2010:3.
- 10 Artículo 23.2 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas.
- 11 Barriobero Martínez, 2006:43.
- 12 Ibidem: 43. De hecho, Barriobero Martínez, partiendo de la clasificación de la Ley de minas de 1973 entre "aguas mineromedicinales" y "aguas minero-industriales", sostiene que dentro de la primera categoría –la de aguas mineromedicinales– habría que distinguir dos posibilidades: en primer lugar, que dichas aguas se destinen a tratamientos balnearios, en cuyo caso serán empleadas con esta finalidad bajo las denominaciones "aguas mineromedicinales" o "aguas termales", contenidas en la Ley de minas; en segundo lugar, si las aguas mineromedicinales son explotadas y comercializadas como aguas envasadas, deberán cumplir los requisitos señalados en el Real decreto 1074/2002, y pasarán a denominarse "aguas minerales naturales", pudiendo comercializarse, en función de las operaciones a que hayan sido sometidas, bajo diversas variantes de esta denominación general. Si, en cambio, las aguas minerales y termales son destinadas a fines industriales, bien por utilizarse directamente en procesos industriales para la preparación de sales o gases, bien por la extracción de las sustancias minerales que llevan en disolución, tendrán la consideración de "aguas minero-industriales" (Ibidem: 57).
- 13 En opinión de Barriobero Martínez, las aguas de manantial no formarían parte de las aguas minerales y termales, sino que se trataría de aguas "comunes", porque, aunque están dotadas de ciertos componentes en disolución, la presencia de éstos es tan baja que no pueden ser elevadas a la categoría de minerales (Ibidem: 62).

- 14 Así, por ejemplo, la Ley de Castilla-La Mancha 8/1990, de 28 de diciembre, sobre el aprovechamiento, ordenación y fomento de las aguas minerales y termales, incluye dentro de la clasificación de las aguas minerales las aguas de manantial, definiéndolas como «aguas subterráneas alumbradas natural o artificialmente cuyo contenido en minerales, oligoelementos y otros componentes, cumplen las normas de potabilidad vigentes y que, por su pureza bacteriológica natural, son susceptibles de utilización como aguas de bebidas envasadas».
- 15 Carro Fernández-Valmayor, 2009:13.
- 16 Entre otros, Barriobero Martínez, 2006:63-64; Martín-Retortillo Baquer, 1997:193; Moreno Rebato, 2002:428.
- 17 Precisamente Martín-Retortillo Baquer, a propósito de la normativa autonómica sobre aguas minerales y termales, ya cuestionó la posibilidad de que las leyes autonómicas estableciesen clasificaciones de estas aguas distintas de las contenidas en la normativa estatal, apuntando la posibilidad de que la clasificación de las aguas minerales y termales formase parte de la legislación básica de minas y, por tanto, fuese inalterable para el legislador autonómico (Martín-Retortillo Baquer, 1997:194, nota al pie 237).
- 18 Se ha dicho que la cuestión competencial en materia de aguas minerales y termales no es una cuestión de interés en sí misma, en el sentido habitual de conflicto entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. El interés de la cuestión competencial, en palabras de Perdigó I Solà, está, más bien, en lo que aporta a la naturaleza y régimen jurídico de estas aguas: recurso hídrico o recurso minero, susceptibles de propiedad privada o bienes de dominio público, dominio público hidráulico o dominio minero, etc. (Perdigó I Solà, 2009:85).
- 19 Barriobero Martínez, 2006:127-128.
- 20 Ibidem: 134-135.
- 21 Perdigó I Solà indica, además, que la desvinculación constitucional de las aguas minerales con respecto a las minas se manifiesta en el hecho de que, de acuerdo con el artículo 149.1.25ª de la Constitución, la competencia del Estado sobre las bases del régimen de la minería implicaba, inicialmente, que sólo podían asumir competencias de desarrollo las Comunidades Autónomas “históricas” de la disposición transitoria 2ª de la Constitución y las que accedían a la autonomía por la vía del artículo 151 de la Carta Magna. Y en cambio, al amparo del artículo 148.1.10ª de la Constitución, todas las Comunidades Autónomas asumieron competencias en materia de aguas minerales y termales (Perdigó I Solà, 2009:86).
- 22 Erice Baeza, 2013:91-92.
- 23 Así lo pone de manifiesto Barriobero Martínez, 2006:131.
- 24 Actualmente, se regula en el Real decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de aguas.
- 25 Aunque para Martínez Sospedra y Marco, esta ley operó una auténtica mutación constitucional al cambiar, al menos en lo que al alcance competencial se refiere, el significado de los enunciados constitucionales relativos a la materia hídrica. Así, mientras por un lado se amplía la competencia estatal, por otro, el criterio de cuenca introducido por la Ley de aguas afecta de forma secundaria a la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma (Martínez Sospedra y Marco, 2012:25-26).
- 26 El artículo 16 del Texto refundido de la Ley de aguas define la cuenca hidrográfica como «la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta».
- 27 Las causas que, en opinión de Barriobero Martínez, explican la inclusión de las aguas mineromedicinales y termales entre los recursos mineros son de diversa naturaleza, destacando especialmente tres aspectos: en primer lugar, porque una parte de las aguas minerales –las aguas minero-industriales a las que se refiere la Ley de minas– se dedican al aprovechamiento industrial de las sustancias que contienen, o a su empleo directo en procesos industriales relativos a la preparación de sales o gases, circunstancia que ha permitido asociar las aguas minerales a la explotación minera; en segundo lugar, y pese a que la mayor parte de las aguas minerales y termales se destinen al uso y consumo humano, bien como aguas de bebida, bien en forma de baños, el hecho de que estas aguas tengan mayoritariamente una naturaleza subterránea y sean fácilmente vulnerables ha requerido el empleo de facultativos del ramo minero y técnicas mineras para su investigación, alumbramiento y protección; finalmente, y en relación con lo anterior, la división de nuestra Administración pública en cuerpos de funcionarios permitió la progresiva atracción de competencias sobre las aguas minerales y termales por parte del Cuerpo de Ingenieros de Minas (Barriobero Martínez, 2002:9-35).
- 28 El *Libro blanco del agua* define el ciclo hidrológico como «el conjunto de transferencias de agua entre la atmósfera, el mar y la tierra en tres estados, sólido, líquido y gaseoso».
- 29 Álvarez Fernández, 2007:320, nota al pie núm. 4.
- 30 Sobre el tratamiento que los distintos estatutos de autonomía dan a las aguas minerales y termales, véase Perdigó I Solà, 2009:87 y ss.
- 31 Si bien, en opinión de Barriobero Martínez, dichas competencias no podrán ser ejercidas con carácter exclusivo por las Comunidades Autónomas, pues su ejercicio hay que ponerlo en conexión con diversos títulos competenciales que atribuyen al Estado la competencia para dictar la legislación básica de determinadas materias relacionadas con el aprovechamiento, la protección y la comercialización de las aguas minerales y termales.

En particular, el Estado puede intervenir a través de su competencia para establecer las bases del régimen minero y energético, definiendo lo que deba entenderse por aguas minerales y termales, y estableciendo los requisitos esenciales que deben observarse en los procedimientos para declarar la condición de aguas minerales y autorizar su explotación. Además, teniendo en cuenta los usos a los que se destinan estas aguas, el Estado también podrá intervenir en la regulación de su aprovechamiento, a través de sus competencias en materia sanitaria, comercio exterior, bases y coordinación general de la actividad económica, y propiedad industrial, entre otras (Barriobero Martínez, 2006:136 y ss.).

Sin embargo, Fanlo Loras considera que el título competencial en virtud del cual el Estado debe establecer la legislación básica en materia de aguas minerales y termales es el relativo a las aguas continentales y no, como propone Barriobero Martínez, el del artículo 149.1.25ª (bases del régimen minero y energético) (Fanlo Loras, 2009:9).

32 Nogueira López, 2009:24.

33 En primer lugar, nos encontramos con un Anteproyecto de Ley de bases de las aguas minerales y termales, elaborado por el Ministerio de Industria a comienzos de 2007. En él se afirmaba: «esta ley se dicta al amparo del artículo 149.1.25 de la Constitución, que recoge como competencia exclusiva del Estado las bases del régimen minero, sin perjuicio de las competencias exclusivas que las Comunidades Autónomas han asumido en esta materia a través de sus respectivos estatutos de autonomía». Y más recientemente, en el año 2014, se ha conocido un Anteproyecto de reforma de la Ley de minas, que será analizado más adelante.

34 Aunque el artículo 1.4 de la Ley de aguas disponía que «las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica», excluyendo así del ámbito de aplicación de esta norma las aguas minerales y termales. Posteriormente, a través del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, se procedió a modificar, entre otros, el artículo 1.4 del Texto refundido de la Ley de aguas –que pasa a ser el actual artículo 1.5–, permitiendo que las aguas minerales y termales se beneficien de las normas básicas de protección de los recursos hidráulicos contenidas en el Texto refundido de la Ley de aguas.

35 Así, por ejemplo, Martín-Retortillo Baquer reconoce, a propósito de la exclusión que la Ley de aguas de 1985 realiza de las aguas minerales y termales, que, “a la vista de los presupuestos de los que parte la ley, no parece que tenga la debida coherencia ni la debida apoyatura técnica” (Martín-Retortillo Baquer, 1997:582).

Y Barriobero Martínez pone de manifiesto la conveniencia de que fuese una misma Administración –la Administración hidráulica, es decir, los organismos de cuenca– la competente para gestionar todas las aguas, incluidas también las minerales y termales que formen parte del ciclo hidrológico, pertenecientes a una misma cuenca (Barriobero Martínez, 2002:11).

36 El principio de unidad de ciclo hidrológico implica que las aguas, independientemente de la forma bajo la cual se manifiesten en la naturaleza, bien como aguas superficiales, bien como aguas subterráneas, constituyen un recurso unitario. Pero existe una pequeñísima porción de aguas que, en el momento de su nacimiento, no forman parte del ciclo hidrológico, si bien con posterioridad acaban integrándose en él. Se trata de las denominadas aguas juveniles, aguas formadas en las profundidades de la tierra que tienen su origen en procesos magmáticos y metamórficos ocurridos en el interior de la corteza terrestre, por lo que no han estado nunca en la superficie.

La mayoría de las aguas minerales y termales forman parte del ciclo hidrológico, bien porque provienen de aguas superficiales infiltradas en el subsuelo, las cuales ya forman parte del citado ciclo desde antes de su infiltración, o bien porque son el resultado de la mezcla de aguas de infiltración con aguas profundas. Únicamente en el supuesto de que se trate de aguas profundas “en estado puro” se podría afirmar que las aguas minerales y termales no forman parte del citado ciclo, aunque el verdadero problema, en este caso, radicaría en la verificación técnica de esta realidad. Todas estas cuestiones son explicadas con mayor detalle en Barriobero Martínez, 2006:165 y ss.

37 Así lo pone de manifiesto, entre otros, Bermúdez Sánchez, 2007:55.

38 López Ramón, 2008:173.

39 Barriobero Martínez, 2009:55-66.

40 López Ramón, 2008:173.

41 Como señala Barriobero Martínez, la mencionada remisión tenía todo su sentido en el momento de aprobarse la normativa minera, pues permanecía vigente la Ley de aguas de 1879, que regulaba la titularidad de las aguas; pero el problema surge con la aprobación de la Ley de aguas de 1985 porque ésta crea un vacío normativo en lo que se refiere a la titularidad de las aguas minerales y termales (Barriobero Martínez, 2010:3).

42 Artículo 1.5 del Texto refundido de la Ley de aguas, coincidente con la redacción dada en el artículo 1.4 de la Ley de aguas de 1985.

43 Erice Baeza, 2013:202.

44 Barcelona Llop, 1996:251.

45 Para ello seguimos, en líneas generales, a López Ramón, 2008:174 y ss.

46 Una síntesis de su tesis se explica en Bermúdez Sánchez, 2007:116 y ss.

47 Al respecto véase López Ramón, 2008:175-176, y Barriobero Martínez, 2009:60-66.

48 Moreno Rebato, 2002:416. Y, en el mismo sentido, Barriobero Martínez, 2009:71.

49 Entre otros: Del Saz, 1990:22; Alcaín Martínez, 2007:214.

50 En todo caso, López Ramón sostiene que el principio de unidad del ciclo hidrológico no impone necesariamente la universalidad del dominio público hidráulico. Así lo demuestran, en opinión de este autor, las disposiciones transitorias de la propia Ley de aguas, de las que cabe deducir que se ha llevado a cabo una limitada demanialización de las aguas subterráneas (López Ramón, 2008:185).

51 Artículo que actualmente se corresponde con el 1.3 del Texto refundido de la Ley de aguas, y que dispone: «Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico».

52 Como explica Martín-Retortillo Baquer, la Ley de aguas asume la diferenciación entre aguas subterráneas, renovables y fluyentes, y las no renovables o estancadas. Esta distinción se establece como determinante del régimen jurídico, y también del régimen de aprovechamiento de unas u otras aguas, si bien este mismo autor advierte, a continuación, que la mayor parte de las aguas subterráneas son aguas fluyentes, aguas que circulan subterráneamente, aguas renovables, como las califica la ley. Y las aguas subterráneas no renovables, esto es, las que no circulan, las que están simplemente almacenadas, las aguas que están en espacios absolutamente estancos, aguas fósiles, como también se les llama, son cuantitativamente muy reducidas. E incluso se ha cuestionado técnicamente la existencia misma de caudales subterráneos no sometidos a renovación alguna (Martín-Retortillo Baquer, 1997:158-159).

53 Erice Baeza, 2013:202. También Barriobero Martínez considera que las aguas minerales y termales quedan excluidas del listado de bienes que integran el dominio público hidráulico estatal contenido en el artículo 2 del Texto refundido de la Ley de aguas, al tiempo que considera poco rigurosas las interpretaciones doctrinales que, con carácter general, justifican sin ningún tipo de razonamiento la demanialidad

de todas las aguas minerales y termales por serles de aplicación directa el artículo 1.3 del Texto refundido de la Ley de aguas. Sin embargo, y a continuación, este autor sostiene, basándose en el citado artículo, la demanialidad de las aguas minerales y termales, pero únicamente cuando éstas se hayan formado a partir de aguas que antes de su mineralización ya formaban parte del ciclo hidrológico (Barriobero Martínez, 2009:70-71).

- 54 López Ramón, 2008:177.  
 55 Ibidem: 177.  
 56 Ibidem: 178.  
 57 Ibidem: 178.  
 58 Martín-Retortillo Baquer, 1997:185 y ss. También defiende la misma tesis López Ramón, 2008:186.  
 59 Disposición derogatoria 1ª.1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas.  
 60 Así, por ejemplo, Fanlo Loras es partidario de que dicho vacío se colme mediante regulación expresa que declare la demanialidad de todas las aguas, sin perjuicio del respeto de los derechos adquiridos nacidos al amparo de la legislación anterior (Ley de 1879) (Fanlo Loras, 2009:9).  
 61 Así lo pone de manifiesto López Ramón, 2008:184.  
 62 Dichos artículos combinan los principios de accesión y de ocupación. El principio de accesión lleva a establecer que son de dominio público las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos (artículo 407.7º) y de dominio privado las aguas subterráneas que se hallen en predios de dominio privado (artículo 408.3º). En cambio, el principio de ocupación se refleja en la regla que atribuye la propiedad de las aguas subterráneas “al que las alumbra” (artículo 419), bien por ser “el propietario de un predio u otra persona con su licencia para investigar”, bien por contar “con licencia administrativa” en terrenos de dominio público (artículo 417).  
 63 Según explica López Ramón, en el caso de las aguas minerales y termales de dominio público –que será cuando se encuentren en terrenos de dominio público–, el principio de ocupación lleva a establecer un derecho preferente para el aprovechamiento de éstas a favor de su alumbrador, legalmente identificado como «la persona que hubiere instado el expediente para obtener la declaración de la condición mineral de las aguas» (artículo 25.2 de la Ley de minas). Las restantes reglas aplicables se justifican, en cambio, por el principio de la intervención administrativa. Y, en este sentido, el derecho preferente de aprovechamiento del alumbrador prescribe si no se ejerce en el año siguiente a la declaración administrativa de la naturaleza especial de las aguas (artículo 25.3 de la Ley de minas). En tal supuesto, el aprovechamiento de las aguas minerales y termales se saca a concurso público (artículo 27.2 de la Ley de minas). En estos casos, el ejercicio de los derechos de aprovechamiento se sujetan siempre a concesión administrativa.

En cambio, cuando nos encontramos ante aguas minerales y termales de propiedad privada, el derecho preferente para su aprovechamiento se atribuye al propietario de tales aguas, «quien podrá ejercerlo directamente en la forma y condiciones que en este título se determinan o cederlo a terceras personas» (artículo 25.1 de la Ley de minas). El derecho preferente de aprovechamiento prescribe si no se ejerce en el año siguiente a la declaración administrativa de la naturaleza especial de las aguas (artículo 25.3 de la Ley de minas). En ese supuesto, al igual que si se produce un inadecuado ejercicio del derecho de aprovechamiento por el propietario, se aplica el principio de ocupación, de modo que en los siguientes seis meses se otorga un segundo derecho de preferencia al alumbrador (artículo 27.1 de la Ley de minas). Por último, el principio de intervención administrativa lleva a prever que, en caso de no ejercicio de las anteriores preferencias o de caducidad de la correspondiente autorización, el aprovechamiento de las aguas minerales y termales se saque a concurso público (artículo 27.2 de la Ley de minas). En estos casos, y con la finalidad de garantizar el ejercicio efectivo y racional del derecho de aprovechamiento, se impone la necesidad de autorización de la administración minera (Ibidem: 186-187).

- 64 En este sentido, y en los últimos años, se han conocido dos intentos legislativos de demanialización de las aguas minerales y termales por parte del legislador estatal.

En primer lugar, el Anteproyecto de Ley de bases de las aguas minerales y termales, elaborado por el Ministerio de Industria a comienzos de 2007, que procedía a demanializar las aguas minerales y termales, al amparo del artículo 149.1.25 de la Constitución. Así, el artículo 4 del citado anteproyecto señalaba que “a los efectos del artículo 132.2 de la Constitución, las aguas minerales existentes en el territorio del Estado español son dominio público estatal”. El citado texto no llegó, sin embargo, a aprobarse como ley.

Y más recientemente, en el año 2014, se ha conocido un borrador de anteproyecto de reforma de la Ley de minas en cuyo artículo 3.1 se establece que «a los efectos del artículo 132.2 de la Constitución son bienes de dominio público estatal los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, incluidas las aguas minerales y termales, existentes en el territorio del Estado y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que estén bajo la soberanía del Reino de España, conforme a la legislación vigente y a los convenios y tratados internacionales de los que sea parte». Sin embargo, la prensa económica especializada reconocía a finales de 2014 que este borrador no iba a prosperar por la oposición del poderoso *lobby* de embotelladores de agua. Distintas multinacionales del sector se habrían mostrado abiertamente contrariadas porque el nuevo anteproyecto de ley, aunque garantizaba las concesiones actuales, limitaba los años que podían durar las nuevas concesiones y, además, aumentaba la presión fiscal al crear un impuesto sobre el valor de la extracción de los recursos minerales y geológicos.

- 65 Es de la misma opinión Moreno Rebato, 2002:428-429.  
 66 Así, la Ley de Castilla-La Mancha 8/1990, de 28 de diciembre, de aguas minerales y termales, establece, en su artículo 1, que «las aguas minerales y termales constituyen un recurso declarado de utilidad pública, que forma parte del dominio público del Estado en los términos que establecen las legislaciones básicas estatales de aguas y minas».

También la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, incluye dentro de su ámbito de aplicación las aguas minerales, y sostiene que dichas aguas «forman parte del dominio público en los términos que establece la disposición básica de aguas y de minas».

Sin embargo, la Ley 5/1995, de 7 de junio, de regulación de las aguas minerales, termales y de manantial y de los establecimientos balnearios de la Comunidad Autónoma de Galicia, mantiene, en la órbita del régimen minero, las aguas minerales y termales y una titularidad

dependiente de la propiedad de la finca en la que nacen o se extraen las aguas: pública en los terrenos públicos, privada en las fincas privadas.

67 Así lo consideran: Eric Baeza, 2013:204; López Ramón, 2008:187; Moreno Rebato, 2002:428-429; Barriobero Martínez, 2009:78.

68 Sobre la evolución del derecho de aguas en Europa, véase Álvarez Carreño, 2009:114 y ss.

69 Para un análisis más profundo de esta norma, Andrés Aucejo, 2012:141 y ss.

70 Al respecto, Álvarez Carreño, 2009:118 y ss.

71 Según Barriobero Martínez, la causa radicaría en que la principal preocupación mostrada por la Unión Europea en relación con estas aguas –lograr la uniformidad respecto de las condiciones que deben reunir para que puedan ser consideradas como minerales, así como las condiciones de su embotellado y venta al público– ya había sido lograda mediante la Directiva 80/777/CEE (Barriobero Martínez, 2006:342, nota al pie núm. 1035).

72 Ibidem: 342, nota al pie núm. 1035.

73 Villaverde Gómez, 2007:126.

74 Gallego López, 2012:148.

75 Así, por ejemplo, el artículo 64 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas para Andalucía, dispone que: «Las Administraciones Públicas competentes, en relación con todos los recursos que conforman el régimen económico-financiero contenido en este título, atenderán a los principios derivados de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

En particular, las Administraciones tendrán en cuenta el principio de recuperación de costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas, incluyendo los costes ambientales y del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 bis.3 del Texto refundido de la Ley de aguas».

76 En este sentido, De Vicente García y Adame Martínez, 2008:3.

77 Para De Vicente García y Adame Martínez, quizás dichos legisladores han querido utilizar el término “canon” para eludir su responsabilidad fiscal y en última instancia el coste electoral que deriva del establecimiento de impuestos, tasas o contribuciones especiales. «La palabra “canon” parece tener connotaciones menos negativas que las tres anteriores» (Ibidem: 3).

78 López Díaz, 2009:153.

79 Herrera Molina, 2000:1054. Y, en el mismo sentido, Gallego López, 2012:172.

80 El artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone que: «Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales».

81 Aunque López Díaz sostiene que, dado que el artículo 128.2 de la Constitución reconoce, sin atribuirlo con exclusividad al Estado, que mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, determinados estatutos de autonomía atribuyen a la Comunidad la posibilidad de reservar recursos al sector público, lo que, en algunos casos, puede incidir sobre la titularidad demanial de ciertos bienes (López Díaz, 2009:148).

82 En este sentido, se ha afirmado que, «aunque en ocasiones se entremezcle su tratamiento, la cuestión de la competencia para demanializar bienes no es una consecuencia necesaria de la titularidad de éstos, por lo menos en lo que afecta a los que están incluidos en el artículo 339.1 del Código civil. En efecto, en relación con estos bienes, la competencia de demanializar la posee en exclusiva el Estado» (González García, 2009:78). Y, por su parte, Santamaría Pastor, criticando el actual criterio de deslinde entre bienes patrimoniales y bienes de dominio público, propone acudir al de la calificación legal expresa de los bienes de dominio público. Y ello responde a dos razones: «En primer lugar, a la realidad evidente de que el régimen de los bienes de dominio público constituye una singularidad en el marco general del derecho patrimonial, que, por lo mismo, debe ser excepcional en su extensión y debe ser, también, objeto de una decisión consciente del legislador. Ésta es, por lo demás, la idea que late en la doctrina que el Tribunal Constitucional expuso en el fundamento jurídico 7º de su notoria STC 227/1988, sobre la Ley de aguas de 1985 (...) y, posteriormente, con mayor claridad, en la STC 149/1991, sobre la Ley de costas. (...) Y, en segundo lugar, la razón igualmente elemental de que el artículo 132.2 CE establece una reserva de ley para la regulación de los bienes de dominio público y, por tanto, para decidir formalmente cuáles merezcan esta calificación» (Santamaría Pastor, 2004:43-109).

83 Valencia Vila, 2009:100-101.

84 El criterio de la cuenca hidrográfica es el que se aplica para gestionar el dominio público hidráulico, de manera que las aguas pertenecientes a cuencas intercomunitarias son gestionadas por el Estado a través de los llamados organismos de cuenca, las confederaciones hidrográficas, y los recursos pertenecientes a cuencas que discurren íntegramente en el territorio de una Comunidad Autónoma serán gestionados por la Administración autonómica.

85 En dicha sentencia se analizó, en particular, la constitucionalidad del artículo 84 de esta ley, que establecía el denominado canon de ocupación del dominio público marítimo-terrestre, según el cual «toda ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre estatal en virtud de una concesión o autorización, cualquiera que fuere la Administración otorgante, devengará el correspondiente canon a favor de la Administración del Estado, sin perjuicio de los que sean exigibles por aquélla». Esta norma fue recurrida por diversas Comunidades Autónomas, al considerarse sujetos activos del canon en aquellos casos en los que el dominio público les hubiera sido adscrito para las vías de comunicación o los puertos de su competencia, correspondiendo también a la Comunidad Autónoma el otorgamiento de las oportunas concesiones. El Tribunal Constitucional destaca, reiterando su doctrina anterior, que «el presupuesto o hecho imponible de esta exacción es la utilización del dominio público marítimo-terrestre, no la realización de las actividades encaminadas a adjudicar la concesión o la autorización que hace posible dicha utilización, pues estas actividades darán lugar, en su caso, a tasas como las previstas por el artículo 86 (...). De ahí se desprende que es indiferente, al valorar el canon que establece el artículo 84.1, que sea la Administración del

- Estado o la de una Comunidad Autónoma quien expida el título administrativo que permite la ocupación o el aprovechamiento gravados. Lo determinante es que es el Estado quien posee la titularidad del dominio público por cuya utilización se exige el canon (...), por lo que es al legislador estatal a quien corresponde establecer el canon demanial en cuestión. No se desnaturaliza así la figura de la adscripción de bienes de dominio público estatal a las Comunidades Autónomas, pues tal adscripción no altera la titularidad dispuesta por el artículo 132.2 CE en favor del Estado, como señala expresamente el artículo 49.1 de la Ley de costas».
- 86 En dicho artículo se distingue entre usos de las aguas minerales y usos de las aguas termales. Entre los primeros se recogían los siguientes: aguas mineromedicinales, usos tópicos y/o hidropínicos en instalaciones balnearias, así como para envasar por sus propiedades medicamentosas; aguas minero-industriales, usos industriales para la extracción de sales disueltas u otros componentes, como salmueras, fabricación de cosméticos, sales o jabones y el agua del mar utilizada en centros de talasoterapia; aguas minerales naturales, aguas de bebida envasada y para la elaboración de bebidas refrescantes analcohólicas, y aguas de manantial, aguas de bebida envasada y para la elaboración de bebidas refrescantes analcohólicas. Y, en el caso de las aguas termales, se hacía referencia a aplicaciones balneoterapias o para la obtención de energía calorífica con usos industriales.
- 87 El párrafo segundo del artículo 67 disponía que el canon debía exigirse por área minera y año con arreglo a las siguientes tarifas:
- Tarifa primera. Permisos de investigación otorgados con arreglo a legislaciones anteriores a la Ley 22/1973. Por cada hectárea o fracción y año se pagará 1 € por hectárea. Otorgados con arreglo a la Ley 22/1973; por cada cuadrícula y año se pagará: -Las primeras 150 cuadrículas, 30 € por cuadrícula. -A partir de la cuadrícula 151, 40 € por cuadrícula. Otorgados con arreglo a esta ley; por cada año y área se pagará: -Las primeras 300 cuadrículas, 7,5 € por área. -A partir de la cuadrícula 301, 10 € por área.
- Tarifa segunda. Concesiones de aprovechamiento otorgadas con arreglo a legislaciones anteriores a la Ley 22/1973; por cada hectárea o fracción y año se pagará: 13 € por hectárea. Otorgadas con arreglo a la Ley 22/1973; por cada cuadrícula y año se pagará: -Las primeras 50 cuadrículas, 400 € por cuadrícula. -A partir de la cuadrícula 51, 800 € por cuadrícula. Otorgadas con arreglo a esta ley; por cada área y año se pagará: -Las primeras 100 cuadrículas, 100 € por área. -A partir de la cuadrícula 101, 200 € por área.
- 88 De Vicente García y Adame Martínez, 2008:78; Pagès y Galtès, 2005:28; López Díaz, 2009:164. Configurándose para Alonso González como una tasa por ocupación del dominio público (Alonso González, 2012:17-26).
- 89 Según el artículo 100 del Texto refundido de la Ley de aguas, «se considerarán vertidos los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada. Queda prohibido, con carácter general, el vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización administrativa».
- 90 Para López Díaz, nos encontraríamos ante una utilización privativa del dominio público como destino de los vertidos. «No se trata de la ocupación física del dominio público con instalaciones físicas, sino del agotamiento de las posibilidades de asunción de vertidos por las aguas continentales o del dominio público marítimo-terrestre según proceda. Esta utilización privativa está sometida a un régimen de autorización, pero sin que pueda considerarse ésta como el hecho generador del tributo. Ello determina que pueda exigirse canon siempre que se realicen vertidos, aun cuando no se cuente con la preceptiva licencia» (López Díaz, 2009:164).
- 91 «Las aguas minerales termales de los balnearios son uno de estos hábitats extremos, ya que tienen altas temperaturas y elevadas concentraciones de sales, condiciones desfavorables para la vida de muchos seres vivos. Sin embargo, desde hace tiempo se conoce que estas aguas minerales, como cualquier ambiente acuático natural, poseen una población microbiana autóctona que suele ser característica de cada tipo de agua y que depende de sus propiedades fisicoquímicas (temperatura, pH, sales minerales, nutrientes). También pueden encontrarse en ellas microorganismos alóctonos, procedentes de otros hábitats (suelo, heces, vegetales), considerados contaminantes, pero que coexisten con los anteriores, adaptándose a las condiciones adversas, siendo los de mayor interés sanitario *Salmonella*, *Escherichia coli*, *Clostridium perfringens*, *Pseudomonas aeruginosa* y *Legionella*» (De La Rosa Jorge y Mosso Romeo, 2000:154).
- 92 Y ello aunque nos encontremos con que esta norma adolece de falta de definición. No se define expresamente el hecho imponible, ni el sujeto pasivo, ni el devengo, ni el sistema de gestión (Tovillas Morán, 2012:125).
- 93 De Vicente García y Adame Martínez, 2008:9. Sobre la posibilidad de establecer un gravamen por el aprovechamiento del agua, véase también Vázquez Cobos, 2004:172.
- 94 De Vicente García y Adame Martínez, 2008:10.
- 95 Sobre el canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre (Tovillas Morán, 2012:121 y ss.).
- 96 Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley 7/2008, de 13 de noviembre, de regulación de tasas en materia de industria, energía y minas de Castilla-La Mancha, establece diversas tasas cuyo hecho imponible está constituido por la «prestación por los órganos competentes de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de los servicios y actuaciones administrativas relativas a la ordenación de las actividades mineras que se mencionan a continuación: a) La expedición de autorizaciones de explotación y aprovechamiento de recursos minerales, sus cambios de titularidad y otras incidencias relacionadas con ellas (...)». Tasas semejantes se establecen en la Ley 4/1988, de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo artículo 150.5 se refiere a la tasa por «Autorización de aprovechamiento o concesiones de la sección B, aguas minerales y termales, y yacimientos de origen no natural».
- 97 Dicha tasa se regula en el artículo 147 de la Ley 12/2001, de tasas y precios públicos de Castilla y León.
- 98 Para Gil Rodríguez, nos encontraríamos ante una tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público en la que, sin embargo, y a la hora de establecer su cuantificación, el legislador ha optado por cifrar el valor del aprovechamiento o utilidad señalando cuotas fijas en euros no dependientes de bases imponibles o parámetros, en lugar de tener en cuenta sus dimensiones –que son perfectamente medibles y graduables en unidades de tiempo y espacio– si lo que se quiere gravar es el valor del aprovechamiento (Gil Rodríguez, 2005:423-438).
- 99 Cordero González, 2011:365.
- 100 Adame Martínez, 2007:274-275.

- 101 Al primer grupo pertenecerían los cánones vigentes en Cataluña, Galicia y el País Vasco, mientras que al segundo, los cánones establecidos por las Comunidades Autónomas de Aragón, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Valencia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra y Principado de Asturias, aunque también existirían modelos autonómicos de tributación del agua que no se inscriben estrictamente dentro de estos dos grupos de cánones (Sartorio Albalat y Casanellas Chuecos, 2012:28).
- 102 Con estas figuras se trata de dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva marco de aguas, que obliga a los Estados miembros a garantizar, no más tarde del 31 de diciembre de 2010, que la política de tarificación incite a los consumidores a utilizar los recursos de forma eficiente y a que los diferentes sectores económicos, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, contribuyan a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que “quien contamina paga” (Adame Martínez, 2009:167-233).
- 103 La justificación de la existencia de tributos autonómicos sobre saneamiento y depuración se encontraría en la transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo, relativa a la recogida, el tratamiento y el vertido de las aguas residuales urbanas y el tratamiento y vertido de las aguas residuales procedentes de determinados sectores industriales. En concreto, el Plan nacional de saneamiento y depuración de aguas residuales urbanas 1995-2005 exige que las Comunidades Autónomas garanticen la calidad de la depuración y del vertido de las aguas urbanas. Con tal finalidad, dicho plan fomenta que estas Administraciones territoriales introduzcan cánones específicos que, preferentemente, cubran los costes de establecimiento y explotación de las infraestructuras necesarias para aplicar la mencionada Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo (De Vicente García y Adame Martínez, 2008:139).
- 104 Al respecto, véase: Adame Martínez, 2007:276 y ss.; De Vicente García y Adame Martínez, 2008:231 y ss.
- 105 Ello quizás se deba a que la oferta balnearia de Galicia es una de las más ricas de España (Melgosa Arcos, 2001:254-295).
- 106 Téngase en cuenta, además, el Decreto 136/2012, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del canon del agua y del coeficiente de vertido a sistemas públicos de depuración de aguas residuales.
- 107 Para un análisis de dicha figura, véase Villaverde Gómez, 2007:125 y ss.
- 108 Así se recogía en el artículo 34.1 de la Ley 8/1993, de 23 de junio, reguladora de la Administración Hidráulica de Galicia
- 109 Fernández López, 1996:20. Aunque para López Díaz el consumo de agua no era el hecho imponible del canon, sino una presunción legal *iuris tantum* de producción de tal realidad imponible –vertidos–, que obedecía a la evidencia de que la producción de aguas residuales sólo podría llevarse a cabo si previamente existía un consumo de dicho elemento, de modo que, según este autor, si se acreditaba que el consumo de agua, aunque elevado, no producía vertido alguno de aguas residuales, ese consumo de agua no resultaba gravado por el canon (López Díaz, 2009:170-171).
- 110 Nogueira López, 2009:44-45.
- 111 Según manifiestan Sartorio Albalat y Casanellas Chuecos, la aplicación de un tratamiento fiscal beneficioso estaría amparado por la Directiva marco del agua, ya que ésta, si bien ordena una contribución adecuada de los diversos usos del agua a la recuperación de costes, contempla la posibilidad de que los Estados miembros exceptúen su aplicación para un determinado uso, siempre y cuando ello “no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos de esta directiva” (Sartorio Albalat y Casanellas Chuecos, 2012:41-42).
- 112 Según dispone el artículo 2 de la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia, y a los efectos de la aplicación del principio de recuperación de costes, los usos del agua habrán de considerar, al menos, el consumo para uso doméstico, los usos industriales y los usos agrarios.
- Indicando que serán usos domésticos del agua: los usos particulares que se corresponden con el uso del agua para beber, para sanitarios, duchas, cocina y comedor, lavados de ropa y de vajillas, limpiezas, riegos de parques y jardines, refrigeración y acondicionamientos domiciliarios sin actividad industrial, y con otros usos del agua que puedan considerarse consumos inherentes o propios de la actividad humana no industrial, ni comercial, ni agrícola, ni ganadera, ni forestal.
- Mientras que serán usos no domésticos del agua: los correspondientes a las actividades incluidas en la Clasificación nacional de actividades económicas, aprobada por Real decreto 475/2007, de 13 de abril, excepto que se asimilen a usos domésticos.
- Y se asimilan a usos domésticos los usos no domésticos de agua indicados en el párrafo anterior que usen un volumen total de agua en un año natural inferior a los 2.000 metros cúbicos, excepto que de su carga contaminante vertida resulte una cuota del canon del agua en esta modalidad superior en un 20% de la resultante a sí se aplicara en la modalidad de volumen.
- 113 Las cursivas son nuestras.
- 114 En ese caso, estimamos que la redacción del artículo 59 de la Ley 9/2010 de aguas de Galicia tendría que haber sido: «el tipo de gravamen de la parte variable en las aguas termales, y marinas destinadas a uso terapéutico, será...».
- 115 Nogueira López, 2009:49.
- 116 De hecho, el artículo 22 de la Ley 5/1995, de 7 de junio, de regulación de las aguas minerales, termales, de manantial y de los establecimientos balnearios de la Comunidad Autónoma de Galicia, dispone que «los establecimientos balnearios son aquellos que, estando dotados de los medios adecuados, utilizan las aguas mineromedicinales declaradas de utilidad pública con fines terapéuticos y preventivos para la salud», esto es, la ley gallega se refiere exclusivamente a las mineromedicinales como las aguas que son objeto de aprovechamiento por los balnearios. Posteriormente, el Decreto 402/1996, de 31 de octubre, por el que aprueba el Reglamento de desarrollo de dicha ley, es el que admite que tanto las aguas termales como las mineromedicinales sean aprovechadas con finalidad terapéutica en los balnearios.
- 117 Téngase en cuenta que el artículo 2.1 del Decreto 402/1996, de 31 de octubre, por el que aprueba el Reglamento de aprovechamiento de aguas mineromedicinales, termales y de los establecimientos balnearios de la Comunidad Autónoma de Galicia, establece que: «Son aguas mineromedicinales las aluminadas natural o artificialmente y que por sus características y cualidades sean declaradas de utilidad pública y aptas para tratamientos terapéuticos.
- Las aguas mineromedicinales sólo podrán ser aprovechadas para usos terapéuticos en instalaciones balnearias situadas en las áreas de emergencia.

También podrán envasarse para su consumo siempre que cumplan los requisitos señalados en el Real decreto 1164/1991, de 22 de julio, por el que se aprueba la reglamentación técnica sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasada».

- 118 De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 2/2014, de 26 de noviembre, de abastecimiento y saneamiento de aguas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, constituye el hecho imponible de este canon: «la generación de agua residual que se manifiesta a través del consumo real o potencial de agua, cualquiera que sea su procedencia, en el caso de las aguas residuales domésticas, y de la carga contaminante vertida en el caso de las aguas residuales industriales, sin perjuicio de los supuestos de exención y no sujeción previstos en el artículo 25 de esta ley».
- 119 Cordero González, 2011:355.
- 120 Ibidem: 354.
- 121 Concretamente, el artículo 444 de dicha norma señalaba que se entenderán comprendidas en los aprovechamientos del dominio público señalados en el párrafo segundo del artículo 435 «las concesiones o licencias para establecer balnearios u otros disfrutes de aguas que no consistan en el uso común de las públicas».
- 122 Ibidem: 354, y en especial 365 y 366.
- 123 Ibidem: 355.
- 124 Ibidem: 366-367.
- 125 Como explica Cañal García, la actividad de saneamiento comprende el alcantarillado y los sistemas colectores (o saneamiento en baja) y la depuración (o saneamiento en alta) (Cañal García, 2012:108).
- 126 Dicho precepto señala: «conforme a lo previsto en el apartado 1 anterior, las entidades locales podrían establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades de competencia local, y en particular por los siguientes: (...) r) servicios de alcantarillado, así como de tratamiento y depuración de aguas residuales, incluida la vigilancia especial de alcantarillas particulares».
- 127 Aunque todavía hoy se discute sobre cuál es la naturaleza jurídica de la contraprestación que satisface el usuario de estos servicios, llegando unos a encuadrarlos bajo la figura de la tasa, otros en los precios públicos y algunos en los precios privados. Sobre esta discusión, véase De Vicente García y Adame Martínez, 2008:328-348.

## O grupo do código de conduta sobre fiscalidade das empresas, un mecanismo de *soft law* ao servizo da Unión Europea

## El grupo del código de conducta sobre fiscalidad de las empresas, un mecanismo de *soft law* al servicio de la Unión Europea

## The group of the code of conduct on business taxation, an updated soft law instrument at the service of the European Union

JOSÉ MIGUEL MARTÍN RODRÍGUEZ

Profesor ayudante doctor  
Universidad Pablo de Olavide (Andalucía, España)  
jmmarrod1@upo.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

**Resumo:** A finais dos 90, creceu na Unión Europea a preocupación polos efectos da competencia fiscal prexudicial. O principal resultado foi a aprobación do Código de conduta sobre fiscalidade das empresas (1997).

O obxectivo orixinal do código era eliminar as medidas de competencia fiscal prexudicial vixentes nos Estados membros. O éxito no desmantelamento destas primeiras medidas sinaladas no coñecido como “Informe Primarolo” levou ao Grupo do Código a reformularse en 2006 cal debería ser o seu papel no futuro. Desde o ano 2006, mediante unha interpretación expansiva do mandato inicial, este instrumento de *soft law* converteuse nun instrumento fundamental para entender as cuestións de maior actualidade do panorama fiscal comunitario.

**Palabras clave:** Código de conduta, competencia fiscal, híbridos, *patent box*, *rulings*.

**Resumen:** A finales de los 90, creció en la Unión Europea la preocupación por los efectos de la competencia fiscal perjudicial. El principal resultado fue la aprobación del Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas (1997).

El objetivo original del código era eliminar las medidas de competencia fiscal perjudicial vigentes en los Estados miembros. El éxito en el desmantelamiento de estas primeras medidas señaladas en el conocido como “Informe Primarolo” llevó al Grupo del Código a replantearse en 2006 cuál debería ser su papel en el futuro.

Desde el año 2006, mediante una interpretación expansiva del mandato inicial, este instrumento de *soft law* se ha convertido en un instrumento fundamental para entender las cuestiones de mayor actualidad del panorama fiscal comunitario.

**Palabras clave:** Código de conducta, competencia fiscal, híbridos, *patent box*, *rulings*.

**Abstract:** At the end of the 90s, the concerns about the effects of harmful tax competition grew up in the European Union. The main outcome of this concern was the Code of Conduct on Business Taxation (1997).



The original aim of the Code was to eliminate harmful tax competition measures in force in the Member States. Success in the dismantling of these first measures identified by the “*Primarolo Report*” led the Group to rethink in 2006 what its role should be in the future.

Since 2006 through an expansive interpretation of the initial mandate this soft law instrument has emerged as an essential platform to understand the main issues of European taxation such as hybrids, patent boxes, rulings, etc.

**Key words:** Code of Conduct, tax competition, hybrids mismatches, patent box, rulings.

**Sumario:** 1 Enfoque del estudio: evolución de los trabajos del Código de conducta desde 2006. 2 Resumen de los aspectos fundamentales del código. 3 El proceso de desmantelamiento y los trabajos del grupo previos a 2006. 4 El informe de mayo de 2006. 4.1 Continuación con la vigilancia de los compromisos de *rollback* y *standstill*. 4.2 Ampliación del ámbito de trabajo del Código de conducta. 4.3 Clarificación de la relación con el régimen de ayudas de Estado. 5 Informes 2006-2015: La evolución del código de conducta. 5.1 El año 2007. 5.2 El año 2008. 5.3 El año 2009. 5.4 El año 2010. 5.5 El año 2011. 5.6 El año 2012. 5.7 El año 2013. 5.8 El año 2014. 5.9 El año 2015. 6 Presente y futuro del código de conducta: un instrumento de *soft law* más vivo que nunca. 7 Bibliografía.

## 1 ENFOQUE DEL ESTUDIO: EVOLUCIÓN DE LOS TRABAJOS DEL CÓDIGO DE CONDUCTA DESDE 2006

El informe “La fiscalidad de la Unión Europea”, de 20 de marzo de 1996, SEC (96) 487 final, conocido como “Primer informe Monti”, dio el pistoletazo de salida para la aprobación siete años después del “Paquete de lucha contra la competencia fiscal”, el mejor ejemplo de la estrategia comunitaria de coordinación en materia de imposición directa. Al respecto, es preciso advertir que, si bien los términos de armonización y coordinación pueden llegar a emplearse indistintamente para hacer referencia a la acción no normativa de las instituciones comunitarias que desemboca en propuestas formales (ya que las acciones de coordinación pueden derivar en la creación de instrumentos estrictamente armonizadores como las directivas), el uso del término coordinación, a nuestro modo de ver, permite enfatizar el respeto al principio de subsidiariedad y es mejor acogido por los Estados miembros (Hinneken, 1997:44).

Cuando los Estados participan en el proceso de coordinación, la soberanía fiscal de los mismos, lejos de ser un obstáculo para la consecución de los objetivos comunitarios, se transforma en su mejor baluarte (Altintag, 2009:349). Los Estados autolimitan su capacidad de acción a cambio de cesiones equivalentes por parte de otros Estados y con la garantía (o el miedo) de que la participación comunitaria puede activar en cualquier momento los instrumentos coactivos presentes en los tratados.

Pues bien, esta estrategia de coordinación en el campo de la fiscalidad empresarial tuvo fructíferos resultados: las directivas 2003/48/CE<sup>1</sup> y 2003/49/CE<sup>2</sup> y la aprobación del Informe final del Grupo del Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas (en adelante, el Grupo), con su lista de 66 medidas perjudiciales<sup>3</sup>. El hecho de que se vinculase el destino de las directivas con la aprobación del informe en que se enumeraban las medidas perjudiciales fue un acierto, ya que contribuyó a que los Estados fueran más flexibles y estuvieran dispuestos a ceder desde sus posiciones iniciales para lograr un acuerdo común (Mors, 2003:135).

El Código de conducta en concreto (en adelante, el código) ha sido el pilar, junto con el régimen de ayudas de Estado, de la lucha contra la competencia fiscal perjudicial en la UE. De hecho, como instrumento de *soft law* con el máximo apoyo, el código sirvió para legitimar un giro sustancial en la aplicación de las ayudas de Estado a las medidas fiscales (Dos Santos, 2009:563).

De esta manera, para dotar de mayor poder disuasorio a los trabajos del código, la Comisión se comprometía en el mismo código (letra J) a aplicar los preceptos en materia de ayudas de Estado cuando las medidas perniciosas, como ayudas de índole fiscal, pudieran ser perseguidas por este procedimiento. Bajo esta amenaza, materializada en la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, de 12 de diciembre de 1998 (98/C 384/03), el poder coactivo del código ha sido mucho mayor. Amparar los trabajos del código con un régimen bajo la protección directa del Tribunal de Justicia supuso un espaldarazo para un instrumento de *soft law* como el Código de conducta, cargado de buenas intenciones y de un relativo consenso, pero sin fuerza jurídica vinculante para su defensa (Lamadrid de Pablo, 2005:42).

Conviene recordar, en todo caso, la advertencia de Alonso García en relación con el *soft law* de la Unión: «la ausencia de efectos vinculantes no implica *per se* ausencia de efectos jurídicos (...) el *soft law* puede servir de parámetro interpretativo del *hard law* (...)». Un instrumento como el código, tal como ha quedado demostrado casi veinte años después, estaba llamado en realidad a producir los denominados efectos *ad extra* sobre los propios Estados miembros y los ciudadanos (Alonso García, 2001:64-65).

Desde el 1 de diciembre de 1997, en que se aprobó la primera versión del código, el trabajo en el seno del Grupo ha sido incesante. Después del Informe de 1999, que señalaba las medidas perjudiciales (aprobado en 2003 con cesiones a algunos Estados en forma de regímenes transitorios), el Grupo retomó su papel al evaluar los sistemas fiscales de los NEM al hilo de la ampliación de la UE, tanto en 2003 como en 2006 y 2014. Desde entonces, sin embargo, los trabajos del código han permanecido bastante en la sombra.

Nuestro objetivo en este trabajo no es reevaluar los éxitos pasados del código, sino examinar su actividad y su transformación desde el año 2006 hasta nuestros días. Después de este análisis, el lector podrá entender por qué el Consejo el pasado 8 de diciembre de 2015 reafirmó su utilidad y eficiencia para evaluar las medidas fiscales de los Estados miembros (Consejo de la Unión Europea, 2015:2) o por qué la Comisión, en su reciente COM(2016) 23 final “Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE”, de 28 de enero de 2016, lo sitúa como una herramienta alternativa a los instrumentos legislativos para luchar contra la elusión fiscal (Comisión Europea, 2016:4). Más adelante veremos algunos ejemplos claros de esta labor de “coordinación en la sombra”.

Antes de nada, creemos oportuno realizar una breve exposición de los principios básicos del código. De este modo, tendremos los medios para entender el papel clave de la evaluación contenida en el primer informe de 2006, en el que tanto los Estados miembros como la Comisión expresaron su parecer respecto al futuro del código de conducta. Después de analizar este hito, examinaremos brevemente los sucesivos informes publicados en que se hacen constar los trabajos del código hasta la fecha de cierre de esta investigación. En último término, expondremos una serie de ideas conclusivas, centrándonos en la evolución del rol del Grupo desde su creación y en su papel en las nuevas líneas de trabajo abiertas por la Comisión.

## 2 RESUMEN DE LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL CÓDIGO

El objetivo original del código era eliminar las medidas de competencia fiscal perjudicial vigentes en los Estados miembros. Este concepto debe identificarse, como indica el código (letra A), con todo tipo de medidas (legales, reglamentarias o administrativas) que influyan o puedan influir en la localización de la actividad empresarial. Serán, además, potencialmente perjudiciales aquellas que “impliquen un nivel impositivo considerablemente inferior, incluido el tipo cero, al aplicado habitualmente en el Estado miembro de que se trate” (letra B). En la evaluación del carácter pernicioso de las medidas, el código de conducta apunta a cinco criterios a tener en cuenta:

1) Que las ventajas se otorguen sólo a no residentes, o con respecto a las operaciones realizadas con no residentes.

2) Que las ventajas están totalmente aisladas de la economía nacional, de manera que no afecten a la base fiscal nacional (*ring fencing*).

3) Que las ventajas se otorguen, aun cuando no exista ninguna actividad económica real, ni presencia económica sustancial, dentro del Estado miembro que ofrezca dichas ventajas fiscales.

4) Que las normas para determinar los beneficios derivados de las actividades internas de los grupos de empresas multinacionales no se ajusten a los principios internacionalmente reconocidos por la OCDE.

5) Que las medidas fiscales carezcan de transparencia y, en particular, que las disposiciones legales se apliquen con escaso rigor a nivel administrativo.

Conforme a estos criterios, el Grupo (Consejo de la Unión Europea, 1998) se encargó de elaborar durante dieciocho meses el conocido como “Informe Primarolo” con la evaluación de los sistemas fiscales de los Estados y territorios implicados, presentándolo al Consejo ECOFIN de 29 de noviembre de 1999. De las 271 medidas examinadas, 66 se identificaron como perjudiciales<sup>4</sup>. Cabe destacar que 23 de ellas correspondían a territorios dependientes o asociados de los Estados miembros.

La clave de bóveda del funcionamiento del código residía en dos procesos paralelos para eliminar estas medidas fiscales perjudiciales del panorama de la UE. En primer lugar, los Estados aceptaban dismantelar aquellos regímenes señalados como perjudiciales por el Grupo, el conocido como proceso de *rollback*. Complementariamente, los Estados se comprometían a no establecer nuevas medidas fiscales perniciosas conforme a los criterios del código: la cláusula de *standstill*. Para que este sistema funcionara, los Estados miembros acordaron suministrarse recíprocamente información sobre medidas vigentes o pendientes de adopción que pudieran entrar en conflicto con el código (letras E y F). De este modo, después de realizar el informe final sobre esta primera evaluación, las funciones del Grupo han sido controlar el citado proceso de *rollback* y continuar revisando el cumplimiento de la cláusula de *standstill* por todos los Estados y territorios implicados.

Nadie discute que el código era un instrumento netamente político. De hecho, su funcionamiento estaba poco institucionalizado, con gran respeto por las decisiones gubernamentales y con una suerte de derecho de veto implícito igual para todos los Estados miembros (Florindo Gijón, 2003:117). Por ello resultó crucial para dotarlo de fuerza jurídica que la Comisión se comprometiera, como ya hemos destacado, a la rigurosa aplicación de la normativa en materia de ayudas de Estado cuando las medidas perniciosas, como ayudas de índole fiscal, pudieran ser perseguidas por este procedimiento.

Por último, queremos hacer mención también al ámbito territorial de aplicación del código. Como señaló la Comisión en su “Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal” del año 2012, la lucha contra la competencia fiscal perjudicial no puede ser efectiva sin la implicación de otros Estados y territorios, sin hacer de la causa un combate global. Por ello, entre la batería de medidas que proponía (reforma de los CDI, adopción de normas de buena gobernanza, compromisos en el ámbito de la tributación del ahorro, intercambio de información, etc.), se incluía la propuesta de extender los criterios de evaluación del código a otros Estados y territorios especialmente cercanos, por ejemplo Suiza y Liechtenstein.

Del mismo modo, en el momento de elaboración del código ya se era consciente de que uno de los principales focos de competencia fiscal eran los territorios dependientes o asociados a algunos Estados miembros, fundamentalmente a Gran Bretaña, los Países Bajos y Francia. En principio, estos territorios no son parte integrante de la UE y no han ratificado el Tratado (y por tanto, no les resulta de aplicación el régimen de ayudas de Estado), sin embargo, gozan generalmente de CDI muy beneficiosos que les permiten ser lugares preferentes de localización de capitales y empresas. Uno de los mayores logros del código fue obtener el compromiso de los Estados miembros para velar por el cumplimiento de sus principios en dichos territorios.

Antes de pasar a analizar la evolución del código a raíz del crucial informe de mayo de 2006, queremos hacer un breve repaso del proceso de desmantelamiento de las medidas y de los trabajos previos a dicha fecha, único modo en que entenderemos la relevancia de su contenido.

### 3 EL PROCESO DE DESMANTELAMIENTO Y LOS TRABAJOS DEL GRUPO PREVIOS A 2006

Respecto al proceso de desmantelamiento o *rollback*, la oposición de países como Bélgica, Holanda e Irlanda a la calificación como perjudicial de algunas de sus medidas obligó (por el retraso que suponía y con el objetivo de alcanzar un acuerdo) a una importante flexibilización del proceso de desmantelamiento, cuya fecha límite inicial era el 1 de enero de 2003.

La parálisis inicial de este proceso negociador se hizo patente en el informe de situación presentando por el Grupo al Consejo el 26 de noviembre de 2002 (SN 14812/02), en el que se apreciaba un estancamiento en el desmantelamiento de las medidas. En respuesta al mismo, el Consejo ECOFIN, inicialmente en su reunión de Bruselas de 21 de enero de 2003 (ECOFIN, 2003a:27) y finalmente en la reunión de Luxemburgo de 3 de junio de 2003 (ECOFIN, 2003b:20-21), conjuntamente con las otras dos directivas del “paquete fiscal”, previó la ampliación del plazo hasta el 1 de enero de 2004 a la par que reconocía, en un gesto hacia los países reticentes, un plazo especial para algunas medidas<sup>5</sup>. Adicionalmente, a 11 regímenes de territorios asociados o dependientes, con el fin de fomentar su desmantelamiento y a cambio de impedir el acceso a nuevos sujetos, se les permitió mantener su vigencia, en algunos casos, hasta el año 2019.

Acordados los plazos para las medidas de *rollback* de los Estados miembros, el código mantenía la función de vigilar la adecuación de las medidas estatales a los principios del código. En primer lugar, hubo de evaluar las medidas y cambios planteados por los Estados para sustituir o corregir las calificadas como perjudiciales, unas medidas que quedaron por entero convalidadas en el propio Consejo ECOFIN de 3 de junio de 2003. Posteriormente, le ha correspondido evaluar por completo los sistemas de los trece Estados incorporados a la Unión Europea desde

entonces. La adaptación o eliminación de estas medidas constituía en su momento un criterio favorable dentro de los compromisos para la adhesión de los nuevos Estados miembros, obligados en todo caso a asumir las obligaciones propias del ya nombrado “paquete fiscal”.

Como conclusión a este pequeño repaso, podemos considerar que el proceso de desmantelamiento de las medidas originariamente calificadas como perniciosas fue un éxito. Un éxito de la estrategia de coordinación que superó problemas que no tenían respuesta en los instrumentos institucionalizados de la Unión. Aunque es cierto que nunca llueve a gusto de todos, los trabajos del código hasta 2006 gozaron del apoyo casi unánime de los Estados. Sin embargo, este año 2006 supuso un punto de inflexión en el futuro del código. Tanto los Estados como la Comisión tuvieron que hacer frente a la pregunta de qué hacer con este proyecto cuyo mandato parecía agotarse. El informe de mayo de 2006 es crucial para entender la evolución de los trabajos del código hasta nuestros días.

## 4 EL INFORME DE MAYO DE 2006

En el año 2006 el Grupo afrontó sus tres primeras reuniones bajo la presidencia austriaca. En estas reuniones, aparte de plantearse las habituales cuestiones en relación con el proceso de *rollback* y *standstill*, se discutió acerca del futuro de los trabajos del Grupo. El informe trasladado al Consejo recogió la posición pública del mismo Grupo, de varios Estados e incluso de la Comisión. Las alternativas eran tres: su desaparición o, como ya había advertido años atrás la doctrina, una evolución, bien hacia una mayor institucionalización manteniendo su carácter de foro informal, bien hacia una cierta armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad de las empresas (Florindo Gijón, 2003:118). A continuación, exponemos un breve resumen de las opiniones vertidas por los diferentes agentes en las principales áreas de debate:

### 4.1 Continuación con la vigilancia de los compromisos de *rollback* y *standstill*

Existía un consenso más o menos generalizado respecto al éxito de los trabajos del código hasta entonces (Grupo del Código de Conducta, 2006:37). Sin embargo, varios Estados (entre ellos España, los Países Bajos o Polonia) y la propia Comisión eran partidarios de limitar las reuniones del Grupo de Alto Nivel para dejar paso a un perfil más técnico, siempre que el trabajo se limitara a controlar el proceso de *rollback* y el compromiso de *standstill*. El trasfondo de estas propuestas, en cambio, era diferente. Mientras que España o la Comisión apuntaban a la necesidad de reducir las reuniones políticas a los asuntos imprescindibles, los Países Bajos proponían poner punto final a la labor del Código de conducta, limitando sus funciones a cuestiones meramente técnicas. Según el Estado neerlandés, los instrumentos de *soft law*, por su alto contenido político, no contribuían a la creación de un *level playing field* en la UE, meta que únicamente podría alcanzarse mediante un acuerdo legislativo sobre unos estándares comunes mínimos (Grupo del Código de Conducta, 2006:19 y ss.). En último extremo, criticaban, el código perjudicaba la competitividad interna de la UE con el exterior, especialmente la de los Estados miembros de menor tamaño.

## 4.2 Ampliación del ámbito de trabajo del Código de conducta

En primer lugar, hay que señalar que los Estados con políticas más agresivas en el campo de la fiscalidad empresarial se oponían frontalmente a la ampliación de los trabajos del código, entre ellos: Bélgica, Irlanda, los Países Bajos y Estonia (Grupo del Código de Conducta, 2006:11). En cambio, otros muchos Estados veían una clara oportunidad para su expansión, tanto material como geográfica. Austria, por ejemplo, advertía de la necesidad de controlar los regímenes ventajosos de tributación de los ingresos pasivos (intereses, dividendos y cánones) y proponía la adopción de unas directrices mínimas. Alemania, por su parte, insistía en la necesidad de reconocer el carácter pernicioso de los regímenes de impatriados. En este sentido también se pronunció Portugal, que adelantó otras dos cuestiones que ocupan hoy el debate de las instituciones comunitarias: ampliar la influencia geográfica del Código a terceros países y controlar las medidas que pueden provocar doble no imposición.

Faltaba por conocer la posición de la Comisión, clave si tenemos en cuenta su poder de iniciativa en la UE. Pues bien, en primer lugar consideró que ampliar el ámbito de actuación a nuevos campos relacionados con la fiscalidad empresarial no exigiría, en principio, realizar cambios en el Código (Grupo del Código de Conducta, 2006:42). De hecho, la Comisión proponía una cierta flexibilidad que permitiera dar respuesta a medidas estatales contrarias al espíritu del Código pero que, en un sentido literal, estarían en principio fuera de su alcance. Aparte de poner el foco sobre los propios regímenes de impatriados, sin apenas resultados como demuestra la doctrina (Martín Rodríguez, 2014:37-45), la Comisión advertía que desde la aprobación del Código se habían desarrollado nuevas formas de competencia como los instrumentos híbridos, mientras que otras habían continuado evolucionando al estar en permanente mutación, como las prácticas administrativas arbitrarias o *rulings*. Finalmente, en lo que responde al alcance geográfico del Código (Grupo del Código de Conducta, 2006:45), la Comisión admitía que para evitar un efecto huida hacia territorios terceros era necesario que los principios del mismo fueran incluidos en las relaciones de la UE con terceros países, condicionando de este modo la adopción de acuerdos económicos y comerciales al respeto a estas reglas de juego.

## 4.3 Clarificación de la relación con el régimen de Ayudas de Estado

Una de las cuestiones más sensibles del trabajo del código es su relación con el régimen de ayudas de Estado, con el *hard law stick*, como lo ha llegado a calificar la doctrina (Bratton y McCahery, 2001:688). En un primer momento ambos caminaron de la mano. De hecho, como ya indicamos anteriormente, el código recogía en su letra J el compromiso de la Comisión con la citada Comunicación con las directrices para la aplicación de las normas sobre ayudas de Estado a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, una comunicación que se aprobó apenas un año después.

El papel preponderante que adoptó el régimen de ayudas de Estado respecto al propio Código (y su oposición a que continuaran los trabajos de este último) llevó a los Países Bajos y a Bélgica a solicitar que, para no superponer esfuerzos, el código dejara de emplearse para perseguir de forma simultánea algunas medidas. Como veremos en los informes posteriores, el código ha implementado en parte esta práctica, esperando a la resolución del procedimiento de ayudas de Estado antes de evaluar una medida (Grupo del Código de Conducta, 2006:36). En todo caso, la Comisión quiso también recordar que cada proceso cuenta con un espacio y principios propios, de manera que una medida perjudicial puede no ser declarada ayuda de Es-

tado y viceversa. Es decir, aunque estén relacionados, no debemos perder de vista que estamos ante compartimentos diferenciados con objetivos muy diferentes y “en ningún caso resultan intercambiables entre sí” (Malvárez Pascual, 2012:159).

## 5 INFORMES 2006-2015: LA EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO DE CONDUCTA

El completo informe de mayo de 2006, en el que se recogió el parecer tanto de los Estados como de la propia Comisión, fue un punto de inflexión para orientar el futuro del código. Desde entonces, gracias a los diferentes informes semestrales del Grupo al Consejo, hemos podido realizar un seguimiento de la labor del mismo. A continuación, sin entrar en detalle de las medidas señaladas como perjudiciales y en su proceso de desmantelamiento, queremos destacar los hitos que marcan la reorientación de los trabajos del Grupo para adaptarlos al nuevo escenario de competencia fiscal internacional.

### 5.1 El año 2007

En los informes de 2007 queremos destacar en primer lugar cómo el Grupo paralizó su examen del *Interest Box* de los Países Bajos hasta que no hubiese finalizado el procedimiento abierto en materia de ayudas de Estado contra esta medida (Grupo del Código de Conducta, 2007:6). Por otro lado, el primer informe de junio contenía también una importantísima declaración respecto al futuro del código, al proponer seis campos concretos en los que desarrollar un programa de trabajo adicional a la revisión de los dos compromisos clásicos. Estos seis campos (cuya inclusión en el programa del Grupo estaba aún entonces pendiente) son:

- a) Procedimiento y papel del precedente y de la comparación;
- b) Actuación en caso de que medidas evaluadas estén incursas en un procedimiento por ayudas de Estado;
- c) Búsqueda de una posición común en materia de normas antiabuso, especialmente en relación con el concepto de *genuine economic activity*;
- d) Transparencia e intercambio de información en materia de precios de transferencia, evaluando la implantación en los Estados de la propuesta del año 2002<sup>6</sup>;
- e) Revisar hasta qué punto las prácticas administrativas (*rulings*) pueden ser consideradas perjudiciales;
- f) Proponer soluciones a los Estados para promocionar el código respecto a terceros países.

### 5.2 EL AÑO 2008

Durante el año 2008 el principal hito fue la aprobación el 28 de noviembre por el Consejo ECOFIN del definitivo *Future Work Package* (con los mismos seis elementos previstos en el año 2007 y que enumeramos anteriormente). Además, dentro de esta declaración el Grupo aportó la solución a los dos primeros aspectos procedimentales de dicho *Future Work Package*. Entre ellos cobra especial importancia el papel del precedente y los criterios de comparabilidad que podrían invocarse para su aplicación. En concreto, el documento aprobado por el ECOFIN admite la importancia de recurrir al precedente, para cuyo empleo propone una serie de pautas. La más importante, una tabla de comparabilidad entre las medidas conforme a los diferentes

criterios del código que, eso sí, no debe conducir a una equiparación absoluta entre ambas para la aplicación del precedente (Grupo del Código de Conducta, 2008:3-4).

### 5.3 El año 2009

El hecho más destacado en 2009 fue la intensa actividad del Grupo en relación con su nuevo programa de trabajo. Tras la aprobación de los aspectos procedimentales del mismo, eran cuatro las cuestiones que seguían integrándolo (Grupo del Código de Conducta, 2009:5 y ss.):

#### 1) Normas antiabuso

Para un estudio más especializado, se creó un subgrupo específico en materia de normas antiabuso, orientando su trabajo a dos campos: el trasvase de resultados (*inbound* y *outbound*) y las discordancias entre ordenamientos (*mismatches*), especialmente por acción de las entidades híbridas o los *profit participation loans*.

#### 2) Transparencia e intercambio de información en materia de precios de transferencia

En este campo el Grupo se percató, tras examinar las respuestas de los Estados miembros a un cuestionario, que los acuerdos pactados en 2002 no habían sido implementados por la inexperience en el intercambio espontáneo de información entre los Estados. Por ello, la principal propuesta fue ofrecer una mayor asistencia técnica en el contexto del programa Fiscalis. Este informe puso punto final a los trabajos en relación con esta materia.

#### 3) Prácticas administrativas (rulings)

Esta cuestión, tan de actualidad en la Unión, fue tratada ya por el Grupo en 2009, cuando solicitó a los Estados miembros que informaran de los acuerdos firmados y su alcance. Las principales cuestiones observadas en estos primeros meses de trabajo fueron la falta de una definición común de *rulings*, la necesidad de mejorar la transparencia y la conveniencia de intercambiar esta información cuando estos acuerdos pudieran afectar a bases imponibles de otros Estados miembros.

#### 4) Vínculos con terceros países

La implicación de terceros países para el futuro de la lucha contra la competencia fiscal en la UE es fundamental. Para promocionar los principios del código, el Grupo propuso en sus reuniones de 23 de septiembre y 28 de noviembre de 2009 identificar y valorar el carácter perjudicial y las medidas a adoptar contra aquellos regímenes que pudieran influir en mayor manera sobre los Estados miembros. Para ello, invitó a la Comisión a establecer contactos bilaterales con algunos Estados y a incluir, en el marco de sus negociaciones sobre la buena gobernanza con otros Estados, un análisis de las posibles medidas perjudiciales de sus sistemas fiscales<sup>7</sup>.

### 5.4 El año 2010

Una vez cerrados los trabajos en relación con el intercambio de información en materia de precios de transferencia, eran tres las áreas del nuevo programa de trabajo que mantuvieron su curso. En el ámbito de las normas antiabuso el subgrupo que examinaba la cuestión obtuvo pronto resultados en materia de *inbound profits transfers* (dividendos entrantes) desde países terceros. Era manifiesto que existía un serio problema cuando se transferían dividendos a la UE desde un Estado tercero que practicaba una nula o baja tributación en la fuente. La variedad de CDI permitía a las sociedades filiales de una matriz residente elegir el Estado de entrada para minimizar la tributación y, una vez en la UE, transferir libremente los beneficios a la matriz aprovechándose de los instrumentos de la Directiva Matriz-Filial. Tras barajar diversas opciones, el

Grupo acabó aprobando la siguiente recomendación (Grupo del Código de Conducta, 2010:6): «*Member States may opt to tax inbound profit transfers or to operate a participation exemption. Member States which operate a participation exemption should either ensure that the profits which give rise to foreign source dividends are subject to effective anti-abuse or countermeasures, or apply switch-over provisions targeted at ensuring effective taxation. The first could be achieved through a Member State having CFC-legislation or other anti-abuse provisions which ensure that profits artificially diverted from that Member State which may give rise to foreign source dividends are appropriately taxed.*».

No debemos olvidar que, si un solo Estado miembro se muestra laxo al permitir la entrada de dividendos desde territorios terceros, serán inútiles los esfuerzos de los demás en este ámbito porque el nivel de protección de la UE es el nivel del Estado que lo fije a un nivel más bajo.

En materia de *rulings* el Grupo comenzó por brindar una definición de los mismos calificándolos como: «*(T)he advance interpretation or application of tax provisions by the tax administration to a specific fact pattern of a specific taxpayer*». Sin embargo, para identificarlos invitaba a los Estados miembros a denunciar aquellas prácticas, incluso sospechosas, de otros Estados miembros. La operatividad de estos “chivatazos” se mostró muy limitada: si los *rulings* ya son opacos dentro de un mismo ordenamiento, aún más lo serán de cara al exterior. De hecho, el principal impulso para alcanzar el acuerdo de intercambiar obligatoriamente los *rulings* (Propuesta de directiva aprobada el pasado 6 de octubre de 2015, 12774/15) no ha sido otro que la conocida filtración del llamando asunto *LuxLeaks*, que supuso una carga de profundidad contra los propios cimientos de la Unión.

En relación a los *vínculos con terceros países* el Grupo identificó Suiza y Liechtenstein como los países terceros que debían constituir una prioridad para tratar de promocionar los principios del Código de conducta por su cercanía geográfica y sus tradicionales políticas fiscales agresivas.

## 5.5 El año 2011

Al margen de continuar su labor de mantenimiento del *statu quo*, el Grupo centró su trabajo durante estos meses en combatir el abuso y en mejorar los vínculos con terceros países. Además, ante el éxito de la aprobación del *Future Work Package* en 2008 como guía programática para expandir sus actuaciones, el Grupo acordó el nuevo *Work Package 2011*, consumando así la firme apuesta por ampliar el alcance de los trabajos del Grupo del Código de Conducta más allá de su misión tradicional de controlar el cumplimiento de los compromisos de *rollback* y *standstill*. Son tres las nuevas líneas de trabajo propuestas:

1. Controlar la implementación de las recomendaciones del Grupo (*guidance notes*) por parte de los Estados miembros.

2. Preparar nuevas recomendaciones que permitan trasladar las evaluaciones individuales realizadas a principios generales que puedan emplearse como guía en el futuro. Como punto de partida, los esfuerzos en este ámbito se centrarán en los regímenes sobre el capital móvil y sobre las zonas económicas especiales.

3. Fondos de inversión. El objetivo será examinar las medidas aplicadas por los Estados que puedan propiciar una planificación fiscal perjudicial por parte de las multinacionales, tratando de ofrecer soluciones comunes que impidan su empleo abusivo.

Uno de los principales problemas señalados por el Grupo ya en 2011 eran los instrumentos híbridos de financiación, cuya disparidad de calificación y trato fiscal entre los Estados miembros

creaban *mismatches* que podían fomentar la práctica de arbitraje fiscal en busca de situaciones de doble no imposición. Sin embargo, las propuestas realizadas por el Grupo para solucionar las lagunas observadas en materia de uno de estos instrumentos, los *Profit Participating Loans* (operaciones híbridas en las que la retribución del préstamo está ligada a los beneficios de la sociedad prestataria) quedaron paralizadas. Un claro ejemplo de la conflictividad de esta materia es la desaparición de los párrafos que resumían los avances en las diferentes versiones públicas de los informes (Nouwen, 2012:8).

## 5.6 El año 2012

En el año 2012 se corrobora de nuevo cómo la labor habitual del Grupo (*rollback & stands-till*) ha ido pasando paulatinamente a un segundo plano. Como hito principal de los trabajos en ese año queremos destacar los avances en materia de *mismatches*, para lo cual el Grupo tomó como referencia inicial, para evitar duplicidades, los trabajos desarrollados en el seno de la OCDE, en concreto el documento *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax policy and compliance issues*, publicado el 5 marzo de 2012. Aunque es evidente la ventaja de partir de un documento ya elaborado, resulta paradójico que apenas se haga mención a la consulta pública lanzada por la propia Comisión una semana antes (el 29 de febrero) con el título *Mercado interior: ejemplos concretos de casos de doble no imposición*, TAXUD D1 D(2012). De hecho, aunque su formato de cuestionario cerrado ha limitado la utilidad de las contribuciones, es un documento más ambicioso respecto a las situaciones fronterizas potencialmente perjudiciales que pretende vigilar, tal como se puede observar en la tabla 1.

**Tabla 1.** Comparación del ámbito de las iniciativas de la UE y la OCDE en materia de doble no imposición

UE	OCDE
Hybrid entities	Hybrid entities
Hybrid Instruments	Hybrid Instruments
Application of Double Tax Conventions	Hybrid transfers
Transfer pricing and unilateral Advance Pricing Arrangements	Dual residence entities
Entities with no or low taxation	
Debt financing of tax-exempt income	
Different treatment of passive and active income	

Fuente: *Global Tax Policy and Controversy Briefing*, Vol. 10, 2012, p. 36

El carácter prioritario de esta materia se pudo constatar de nuevo en la *Recomendación sobre la planificación fiscal agresiva* de 6 de diciembre de 2012, C (2012) 8806 final, en la cual se propone una cláusula específica para solucionar situaciones de doble no imposición por la interacción entre CDI.

## 5.7 El año 2013

En los dos informes de este año se aprecian importantes avances en materia de *rulings*. El Grupo por ejemplo propuso incluir en el futuro intercambio de *rulings* los acuerdos previos de

precios de transferencia (Grupo del Código de Conducta, 2013:6), cuestión que posteriormente se ha incorporado al artículo 8 bis de la citada Propuesta de directiva aprobada el pasado 6 de octubre de 2015, 12774/15 para el intercambio automático y obligatorio de *rulings*.

Otro aspecto destacable este año son las optimistas negociaciones con Suiza para que asuma los principios del código en las que el país helvético muestra su disposición a considerar cinco medidas fiscales sobre las que el grupo tendría reservas (Grupo del Código de Conducta, 2013:7).

## 5.8 El año 2014

En diciembre de 2013 el Consejo ECOFIN pidió al Grupo que reexaminara a la luz del tercer criterio del código (que las ventajas se otorguen a entidades sin presencia económica sustancial) los regímenes de *patent box* de todos los Estados miembros teniendo presentes los avances en el seno de la iniciativa BEPS de la OCDE. De este modo el Grupo en su primer informe de 2014 somete a examen las tres fórmulas propuestas por la OCDE: *value creation approach*, *transfer pricing approach* y *modified nexus approach*, siendo esta última la que recibe un mayor respaldo por parte de los representantes de los Estados miembros (Grupo del Código de Conducta, 2014a:4). Una buena prueba del difícil equilibrio en el seno del Grupo y de las sensibles negociaciones que lleva a cabo es la eliminación en este informe del apartado relativo a los avances en materia de vinculación con terceros países, seguramente Suiza (Grupo del Código de Conducta, 2014a:7).

El segundo informe de 2014 es posiblemente en el que quede más de manifiesto la labor que ha realizado el Grupo del Código de Conducta en la última década. En este informe se contienen en el anexo dos propuestas de gran relevancia en la lucha contra la competencia fiscal perjudicial y la planificación fiscal abusiva, fundamentales para solucionar problemas críticos de la fiscalidad comunitaria.

El primer documento es un importantísimo compromiso en relación con la aplicación del *modified nexus approach* en los *patent box* por parte de todos los Estados miembros, exigiendo la adaptación paulatina al mismo de todos los regímenes existentes (Grupo del Código de Conducta, 2014b:7-8). La otra propuesta incorpora una recomendación en materia de híbridos que afecten a dos Estados miembros (Grupo del Código de Conducta, 2014b:9-10) a la que se añaden unas extensas notas aclaratorias.

No solo eso, el 14 de octubre de 2014 Suiza y la Unión Europea firmaban una histórica declaración conjunta de mutuo entendimiento en materia de fiscalidad societaria por la cual se sientan los principios para una negociación abierta y sin obstáculos para acabar principalmente con la competencia fiscal perjudicial desde el país helvético y las medidas antiabuso en respuesta por parte de los Estados miembros. Las negociaciones en el seno del Grupo han contribuido sin duda a este primer éxito que deberá consolidarse en próximos años.

## 5.9 El año 2015

Este último año el Grupo ha continuado con su labor recibiendo además un fuerte espaldarazo mediante la aprobación de un nuevo *Work Package 2015*. En el primer informe semestral se incorpora una recomendación en materia de establecimientos permanentes híbridos y los problemas generados por su diferente calificación en dos Estados miembros (Grupo del Código de Conducta, 2015a:6-7); al igual que en el caso de la recomendación sobre productos híbridos que afectarían a dos Estados miembros, se añaden unas amplias notas aclaratorias. En el segun-

do informe se incluye asimismo una recomendación y sus respectivas notas aclaratorias sobre híbridos que afecten a un Estado miembro y a países terceros (Grupo del Código de Conducta, 2015b:6-7).

El futuro del Grupo ha sido sin duda alguna el principal punto de la agenda en este año 2015. Este informe contiene las cinco diferentes propuestas (Irlanda, Comisión, Austria, Luxemburgo y el G-5) sobre la orientación que debían adoptar los trabajos en su seno, propuestas que se han materializado en la aprobación en el segundo informe del *Work Package 2015*. El Grupo está más vivo que nunca.

En concreto, el renovado mandato del Grupo hace especial hincapié en:

- Controlar la adecuación de los regímenes de *patent box* al compromiso acordado en el año 2014 sobre la aplicación del *modified nexus approach*.
- Promover la aplicación de los principios y criterios del código a Estados terceros.
- Vigilar el cumplimiento de las recomendaciones acordadas y de aquellas fruto del trabajo en el seno del proyecto BEPS de la OCDE.
- Elaborar nuevas recomendaciones sobre la aplicación de los criterios del código a aspectos conflictivos de la fiscalidad comunitaria e internacional.

## 6 PRESENTE Y FUTURO DEL CÓDIGO DE CONDUCTA: UN INSTRUMENTO DE *SOFT LAW* MÁS VIVO QUE NUNCA

Desde su creación y hasta nuestros días, el Grupo del Código de Conducta ha realizado una labor muy destacada en la identificación, valoración y eliminación de medidas fiscales perjudiciales. Más de 400 medidas han sido evaluadas y más de 100 de ellas han sido eliminadas o modificadas tras recibir el calificativo de perjudiciales, consiguiendo además romper de forma excepcional una de las grandes barreras invisibles de la UE: el control sobre los territorios dependientes o asociados a los Estados miembros.

Sin embargo, poco a poco, dado su propio éxito, la misión primigenia encomendada al Grupo de controlar el proceso de desmantelamiento de las medidas (*rollback*) y vigilar los ordenamientos estatales para asegurar el cumplimiento de los principios del Código (*standstill*) ha ido perdiendo relevancia.

El Grupo, en cambio, ha sabido reinventarse. Mediante una interpretación expansiva del mandato inicial y con el Informe de mayo de 2006 como resorte, se ha erigido como plataforma de debate de algunas de las cuestiones de mayor actualidad del panorama fiscal comunitario. De este modo, con mayor o menor influencia, han pasado por sus manos las relaciones de la UE con terceros Estados, la adopción de medidas antiabuso, la limitación a los *patent box*, el intercambio automático de *rulings* o la solución al problema de los híbridos. El Grupo del Código, a pesar de irse de la primera plana de la política comunitaria, ha servido como foro al más alto nivel dando un paso adelante apoyado por el Consejo desde el año 2006. Con 15, con 28 o con 30 Estados miembros el Grupo es, ha sido y será un punto de encuentro abierto al diálogo que, al realizar gran parte del *trabajo sucio*, facilita acuerdos de mayor calado. De hecho, así lo reconoce recientemente la Comisión en el Paquete de lucha contra la elusión fiscal.

No podemos dejar de mostrarnos esperanzados porque los Estados acepten la expansión de los trabajos del Grupo más allá de la concepción estricta de la fiscalidad empresarial. Una vez que ha entrado de lleno en el examen de medidas antiabuso o que ha retomado una cuestión

aplazada desde su creación como los fondos de inversión, creemos firmemente, como ya indicó Monti en su informe de 2010: *A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society*, que el código puede asumir funciones en relación con algunos aspectos de la fiscalidad personal con incidencia en la competencia fiscal perjudicial (Monti, 2010:82). Del mismo modo, como eje de la coordinación comunitaria, creemos que está legitimado y capacitado para examinar de modo transversal cuestiones de gran complejidad y casuística, como los supuestos de doble no imposición.

Como principales conclusiones de este trabajo podemos extraer dos. En primer lugar, que los trabajos del Grupo tienen una gran legitimidad derivada de la participación de todos los Estados en sus deliberaciones, aunque, para dotar de valor a sus soluciones, es necesario elevar el nivel político de sus discusiones. Los trabajos en el seno del Grupo, en contraposición a la parálisis de los grandes proyectos de armonización de la Comisión (principalmente la BICCS), dan voz a todos los Estados miembros, legitimidad que permite superar las reticencias de la subsidiariedad y el fantasma de la unanimidad, amparando la discusión de soluciones flexibles a algunas de las cuestiones más candentes de la fiscalidad comunitaria. Al margen de ampliar su renovado campo de acción, este perfil técnico de los trabajos debe completarse con una participación política a mayor nivel que dote de mayor fuerza a las propuestas y soluciones alcanzadas.

Además, nos atrevemos a señalar que la entrada en escena del Código de Conducta, junto con el activismo de la Comisión en materia de ayudas de Estado, han modificado las pautas de competencia fiscal entre los Estados miembros.

Ya existe muy poco espacio para que una sociedad se aproveche de un régimen especial concreto de un Estado, por lo que ha proliferado un arbitraje fiscal mucho más complejo que aprovecha la descoordinada (intencionada o no) interacción entre elementos macro de diferentes sistemas. La infinita red de CDI, las disparidades de tipos y las diferencias de tratamiento y calificación de las rentas pasivas (intereses, dividendos, cánones) provocan un sinfín de combinaciones que multiplican las oportunidades de arbitraje fiscal.

Los dos focos más incontrolables de esta nueva forma de competencia son, por un lado, la consentida conexión con paraísos fiscales cuyas operaciones se "lavan" al canalizarse a través de un Estado miembro. Sin una respuesta común o coordinada, cualquier puerta entreabierta se convierte en un billete de primera clase para disfrutar de las libertades comunitarias.

El segundo, la aprobación de *rulings* opacos que conceden un trato preferente a las multinacionales. No nos engañemos, estos acuerdos *ad hoc* han sido la respuesta de algunos Estados miembros ante la forzada eliminación de regímenes preferenciales señalados por el código hace ya más de diez años. Nunca olvidemos mirar atrás, de aquellos barros vienen estos lodos.

## 7 BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, R. 2001. «El Soft Law comunitario», *Revista de Administración Pública*, 154, 63-94.
- Altindag, S. 2009. *La concurrence fiscale dommageable. La coopération des États membres et des autorités communautaires*. París: L'Harmattan.
- Bratton, W.W. y Mcmahery, J. A. 2001 «Tax coordination and tax competition in the European Union: evaluating the Code of Conduct on business taxation», *Common Market Law Review*, 38, 677-718.
- Comisión Europea, 2012 «Comunicación: Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal», COM (2012) 722/2.
- Comisión Europea, 2016 «Comunicación: Paquete de lucha contra la elusión fiscal: próximos pasos para lograr una imposición efectiva y una mayor transparencia fiscal en la UE», COM(2016) 23 final.

- Consejo de la Unión Europea, 1998 «Conclusiones del Consejo de 9 de marzo de 1998 sobre la creación del Grupo del Código de Conducta (fiscalidad de las empresas)», 98/C 99/01.
- Consejo de la Unión Europea, 2015 «8 de diciembre de 2015 (OR. en)», 15148/15 FISC 184 ECOFIN 964.
- Dos Santos, A. C. 2009. *L'Union européenne et la regulation de la concurrence fiscale*. París: Bruylant.
- ECOFIN, 2003a «Sesión núm. 2480 del Consejo ECOFIN en Bruselas. 21 de enero de 2003», Documento 5506/03 (Presse 15).
- ECOFIN, 2003b «Sesión núm. 2513 del Consejo ECOFIN en Bruselas, 3 de junio de 2003», Documento 9844/03 (Presse 149).
- Florindo Gijón, F. 2003 «El Código de conducta sobre fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen Comunitario de control de las ayudas estatales», *Crónica Tributaria*, 109, 101-118.
- Grupo del Código de Conducta, 2006 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 7 de junio de 2006», Doc. 9655/06 LIMITE FISC 73.
- Grupo del Código de Conducta, 2007 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 5 de junio de 2007», Doc. 9047/07 LIMIT FISC 62.
- Grupo del Código de Conducta, 2008 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 2 de diciembre de 2008», Doc. 16084/1/08 REV 1 LIMIT FISC 166.
- Grupo del Código de Conducta, 2009 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 2 de diciembre de 2009», Doc. 16233/09 LIMITE FISC 163.
- Grupo del Código de Conducta, 2010 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 7 de diciembre de 2010», Doc. 16766/10 LIMITE FISC 139.
- Grupo del Código de Conducta, 2013 «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 21 de junio de 2013», Doc. 11465/13 LIMITE FISC 134.
- Grupo del Código de Conducta, 2014a «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 6 de junio de 2014», Doc. 10608/14 LIMITE FISC 95.
- Grupo del Código de Conducta, 2014b «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 11 de diciembre de 2014», Doc. 16553/1/14, REV 1 LIMITE FISC 225.
- Grupo del Código de Conducta, 2015a «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 11 de junio de 2015», Doc. 9620/15 LIMITE FISC 60.
- Grupo del Código de Conducta, 2015b «Report: Code of Conduct, Group of Business Taxation to ECOFIN Council. 23 de noviembre de 2015», Doc. 14302/15 LIMITE FISC 159.
- Hinneken, L. 1997 «The Monti Report: the uphill task of harmonizing direct tax system of EC Member States», *EC Tax Review*, 1, 31-49.
- Lamadrid de Pablo, A. 2005 «El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado», *Documento de Trabajo - Instituto de Estudios Europeos, Serie Unión Europea*, 3.
- Malvárez Pascual, L. 2012 «La compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de las medidas tributarias destinadas a favorecer la competitividad de las empresas españolas en el marco de un modelo de economía sostenible», *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales*, 13, 149-166.
- Martín Rodríguez, J. M. 2014 «Competencia fiscal en la tributación de las personas físicas en la Unión Europea», *Estudios financieros. Revista de contabilidad y tributación: Comentarios, casos prácticos*, 377-378, 5-56.
- Monti, M. 2010 «A new strategy for the single market. At the service of Europe's economy and society», *Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*.
- Mors, M. 2003 «Tax competition in Europe - an EU perspective», en Wolfgang Schön (coord.), *Tax Competition in Europe*. Amsterdam: IBFD.
- Nouwen, T. 2012 «Recent results and trends reported by the Code of Conduct Group on Business Taxation», *EU direct tax news*, 46, 5-13.

## NOTAS

---

- 1 Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.
- 2 Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

- 3 *Report to the Ecofin Council on 29 November 1999, SN 4901/99.*
- 4 Las medidas se clasificaron para su examen en seis grupos: servicios financieros, financiación de grupo y pago de *royalties*; seguro, reaseguro y seguros cautivos; servicios intragrupo; sociedades *holding*; sociedades exentas y *off shore*; y medidas misceláneas.
- 5 Hasta el 31 de diciembre de 2010: Bélgica (Centro de Coordinación), Irlanda (Ingresos procedentes del extranjero), Luxemburgo (Sociedades *holding* con arreglo a la Ley de 1929) y Países Bajos (Financiación internacional). Hasta el 31 de diciembre de 2011: Portugal (Zona franca de Madeira).
- 6 Propuesta recogida en el anexo 2 del doc. 14812/02, Informe al Consejo ECOFIN de 26 de noviembre de 2002.
- 7 La preocupación de las instituciones comunitarias por esta materia quedó reflejada en la publicación de la Comunicación *Fomento de la buena gobernanza en el ámbito fiscal*, de 28 de abril de 2009, COM (2009) 201 final, en la que se refleja claramente la vocación internacional de esta iniciativa.

## Análise da futura Lei de servizos sociais de Andalucía

## Análisis de la futura Ley de servicios sociales de Andalucía

## Analysis of the future Law of Social Services of Andalusia



ANDREA GARRIDO JUNCAL

Profesora contratada interina de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)  
andrea.garrido@usc.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

**Resumo:** Preténdese ofrecer unha exposición panorámica das principais novidades que ofrece o Proxecto de Lei de servizos sociais de Andalucía, atendendo ás alegacións presentadas no transcurso da súa elaboración e relacionando o proxecto normativo coa aprobación de Lei 27/2013, do 27 de decembro, de racionalización e sustentabilidade da Administración local, así como coa entrada en vigor da cuarta xeración de directivas comunitarias sobre contratación pública.

**Palabras clave:** servizos sociais, Andalucía, reforma local, concerto social, liberdade de empresa.

**Resumen:** Se pretende ofrecer una exposición panorámica de las principales novedades que ofrece el Proyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía, atendiendo a las alegaciones presentadas en el transcurso de su elaboración y relacionando el proyecto normativo con la aprobación de Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, así como con la entrada en vigor de la cuarta generación de directivas comunitarias sobre contratación pública.

**Palabras clave:** servicios sociales, Andalucía, reforma local, concierto social, libertad de empresa.

**Abstract:** This paper aims at giving a general overview of the main developments of the Bill of social services of Andalusia, taking into account not only the discussions conducted in the drafting process but also the Law 27/2013 of 27 December, on rationalization and sustainability of local government as well as the entry into force of the fourth generation of EU Directives on public procurement.

**Key words:** social services, Andalusia, local reform, social partnership, entrepreneurial freedom.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 La concepción de los servicios sociales en Andalucía. 3 Las competencias de las administraciones en materia de servicios sociales. 4 La colaboración de la iniciativa privada en materia de servicios sociales. 4.1 Límites a la libertad de empresa. 4.2 El concierto social. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

El 12 de enero de 2016 el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía acuerda aprobar el Proyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía (PLSSA), que, salvo disconformidad del Parlamento de esta Comunidad Autónoma, reemplazará a la Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía. En palabras de la consejera de Igualdad y Políticas Sociales, estamos ante una «norma pionera en España que convertirá a Andalucía en la primera Comunidad Autónoma que blinda con rango legal las coberturas básicas en esta materia, además de establecer nuevos derechos como la libre elección». Se anuncia que el futuro texto legal introducirá, como principales novedades, «la ampliación de derechos, el establecimiento de un catálogo de prestaciones básicas garantizadas, que podrán ser exigibles por la ciudadanía, la creación de la Historia Social y de la Tarjeta Social Digital para cada persona, y la constitución del Comité de Ética de los Servicios Sociales de Andalucía»<sup>1</sup>.

Ante las declaraciones transcritas y, en particular, el uso del adjetivo “pionera”, el propósito de este artículo es averiguar si realmente estamos ante una regulación innovadora del cuarto pilar del Estado del bienestar y, por tanto, con capacidad para impulsar la cuarta generación de leyes autonómicas de servicios sociales. En esta línea, es oportuno recordar que el ordenamiento jurídico aplicable a esta parcela de la actividad administrativa se distingue por una notable dinamicidad y una excesiva dispersión. El hecho de que este servicio público tenga como misión mejorar la calidad de vida de la ciudadanía y de que su atención por parte de los responsables políticos se instrumentalice como reclamo electoral son, a nuestro juicio, las dos razones fundamentales que explican la constante intervención legislativa en este ámbito.

Así las cosas, y trasladando las consideraciones anteriores al territorio andaluz, resulta obvio, tal como establece la exposición de motivos del proyecto normativo que analizamos en estas páginas, que «el transcurso del tiempo, la experiencia adquirida, la evolución de la sociedad y la aparición de nuevas y crecientes necesidades hacen aconsejable la aprobación de una nueva ley de servicios sociales que pueda responder a las nuevas exigencias y permita al sistema adaptarse mejor a las circunstancias actuales y a las previsiones futuras». Ahora bien, otro motivo que podría quizá explicar la presentación de este proyecto de ley son los resultados de las últimas elecciones andaluzas, tras los cuales el PSOE continúa gobernando sin una mayoría absoluta.

Después de estos comentarios iniciales, anunciamos que este estudio se sistematiza en tres partes. La primera aborda la significación de la terminología «servicios sociales». La segunda trata la distribución competencial entre Administraciones en esta materia. Y la tercera examina la regulación de la iniciativa privada en la provisión de las prestaciones de los servicios sociales, deteniéndose, al menos someramente, en dos aspectos: uno, los límites a la libertad de empresa; y otro, la introducción de la figura del concierto social.

## 2 LA CONCEPCIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA

En la tarea de la conceptualización de los servicios sociales nos encontramos, a pesar de la familiaridad de la expresión, ante un auténtico reto. Dado que los conceptos no constituyen meros actos del lenguaje en el ordenamiento jurídico y poseen una capacidad para transformar las realidades a las que se refieren, entendemos que la reducción de las vacilaciones semánticas es uno de los primeros desafíos a afrontar. Resulta adecuado insistir en que el derecho positivo no siempre utiliza una terminología jurídicamente depurada. Sería inocente pensar que el poder

legislativo utiliza siempre un vocabulario exacto y académicamente riguroso; a veces sí, otras no. Puesto que los defectos o la falta de finura en la redacción de los textos normativos no afectan a la validez de los mismos, pero sí tienen implicaciones jurídicas, reiteramos la importancia del esclarecimiento del significado de la locución «servicios sociales»<sup>2</sup>.

Paralelamente, resaltamos que resulta llamativo que en el artículo 2 del PLSSA, que lleva por rúbrica «Definiciones», no se incluyera una aclaración al respecto<sup>3</sup>. En este precepto nos encontramos sólo una alusión a «las prestaciones de los servicios sociales». El título II del PLSSA se dedica a esclarecer la naturaleza jurídica, los principios rectores, la estructura funcional y otros aspectos del «sistema público de los servicios sociales de Andalucía». De este modo, la primera duda que se nos plantea es si «los servicios sociales», «las prestaciones de los servicios sociales» y «el sistema público de los servicios sociales» son tres denominaciones que se pueden utilizar de forma indistinta.

La exposición de motivos del PLSSA comienza señalando: «Los servicios sociales son el conjunto de servicios, recursos y prestaciones orientados a satisfacer el derecho de todas las personas a la protección social, en los términos recogidos en las leyes, y tienen como finalidad la prevención, atención o cobertura de las necesidades individuales y sociales básicas de las personas en su entorno, con el fin de alcanzar o mejorar su bienestar. Estos servicios, configurados como un elemento esencial del Estado de bienestar, están dirigidos a alcanzar el pleno desarrollo de los derechos de las personas en la sociedad y a promocionar la cohesión social y la solidaridad»<sup>4</sup>.

El artículo 2 del PLSSA establece que «las prestaciones del sistema público de servicios sociales de Andalucía son las actuaciones concretas y personalizadas que se ofrecen a la persona o unidades de convivencia en respuesta a sus necesidades de atención»<sup>5</sup>.

El artículo 23 del PLSSA declara que «el sistema público de servicios sociales de Andalucía es el conjunto de servicios, recursos y prestaciones de las Administraciones públicas de Andalucía, orientados a garantizar el derecho de todas las personas en Andalucía a la protección social, en los términos recogidos en el Estatuto de autonomía para Andalucía, en esta ley y en el resto de la normativa vigente en la materia».

A tenor de lo expuesto, consideramos que es relevante subrayar, en primer lugar, que los servicios sociales se describen como un conjunto de elementos (servicios, recursos y prestaciones), entre los que sobresalen las últimas, puesto que éstas son objeto de un amplio tratamiento en el capítulo II del título II del PLSSA. En segundo y último lugar, es pertinente anotar que no todos los servicios sociales –ni las prestaciones que los integran– componen el llamado sistema público de servicios sociales y que el antedicho dato es fundamental, pues la aplicación de la futura ley se gradúa en función de ello. Del tenor literal del artículo 3 del PLSS, se deduce que el sometimiento será pleno en el caso de que los servicios sociales se incluyan en el sistema público de servicios sociales de Andalucía y parcial en el supuesto de que los servicios sociales no se encuadren en el mencionado sistema<sup>6</sup>.

Con la intención de comprender la relación entre los servicios sociales y el sistema público de servicios sociales, importa realizar también una lectura analítica del artículo 23 del PLSSA. De esta manera, podemos concluir que el sistema público de servicios sociales es la suma de servicios, recursos y actividades que se ofrecen desde la Administración de la Junta de Andalucía, desde las entidades locales de esta Comunidad Autónoma, desde los entes instrumentales de las dos Administraciones territoriales anteriormente citadas y desde la iniciativa privada previa celebración de un contrato público. Consecuentemente, es necesario poner de relieve que esta

definición del sistema público de servicios sociales de Andalucía excluye a aquellos servicios que provienen de entidades privadas a las que se les conceden subvenciones u otras ayudas públicas<sup>7</sup>.

### 3 LAS COMPETENCIAS DE LAS ADMINISTRACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

La Ley orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de autonomía para Andalucía (en adelante, EAA) dispone, en su artículo 61.1, que «corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública. b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social. c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación»<sup>8</sup>. A partir del título competencial reproducido, constatamos cómo la Comunidad Autónoma de Andalucía, al igual que la Comunidad Autónoma de Cataluña<sup>9</sup>, se atribuye una amplia diversidad de potestades en relación con los servicios sociales, lo cual motiva en numerosas ocasiones una conflictividad entre éstas y el Estado. A tales efectos, y a título meramente ejemplificativo, podemos nombrar las sentencias del Tribunal Constitucional 33/2014, de 27 de febrero de 2014, y 78/2014, de 28 de mayo de 2014, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2015, que resuelven discrepancias sobre el encuadramiento competencial de las subvenciones.

El artículo 84 del EAA señala, en su apartado 1, que «la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar todos los servicios relacionados con educación, sanidad y servicios sociales y ejercerá la tutela de las instituciones y entidades en estas materias, sin perjuicio de la alta inspección del Estado, conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo», y detalla, en el apartado 2, que «la Comunidad Autónoma de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en las materias expresadas en el apartado anterior a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca». Respecto de este precepto, debemos hacer dos puntualizaciones.

La primera consiste en precisar que ni la actual ley de servicios sociales de Andalucía ni el cuerpo normativo que, en principio, la sustituirá atribuyen competencias en materia de inspección al Estado. Sin embargo, ello no quiere decir que la intervención estatal no se produzca en este ámbito. Como explica la Exposición de motivos del PLSSA, en virtud de la asunción de competencias que la propia Constitución posibilita, a tenor de lo dispuesto en su artículo 148.1, las Comunidades Autónomas han regulado y desarrollado los servicios sociales, pero «reservándose en el artículo 149.1.1 de la Constitución, como competencia exclusiva del Estado, la regulación de las condiciones que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales». En este sentido, nos llama la atención la omisión de otro título competencial sobre el que la intervención del Estado en esta materia suele fundamentarse, el artículo 149.1.17 de la Carta Magna.

En segundo lugar, de lo preceptuado en el artículo 85 del EAA es remarkable la importancia que reviste la participación de los interesados, los sindicatos de los trabajadores y asociaciones empresariales en el ejercicio de las competencias referente a los servicios sociales. Una de las notas más características de las leyes autonómicas de servicios sociales radica en la inclusión de los principios que las inspiran. En la mayoría de los casos esta inclusión se lleva a cabo en el propio articulado, donde no sólo se mencionan los principios, sino que se aporta una pequeña explicación de cada uno, normalmente de la finalidad que se persigue con su incorporación en la normativa. Pues bien, entre estos principios, siempre figura el de la participación. El PLSSA lo define, en el artículo 24, del siguiente modo: «las Administraciones públicas actuarán bajo el principio de la efectiva participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y en el desarrollo y evaluación de las políticas sociales, prestando especial atención a la población más vulnerable, como son las personas menores de edad, las personas mayores y todas aquellas que tengan dificultades para hacer valer su acción y opinión». Desde nuestra óptica personal, el énfasis puesto en la teorización de este principio queda desvirtuado por la parvedad de las funciones atribuidas a los órganos que sirven de cauce para la participación<sup>10</sup>, los cuales, a mayor abundamiento, ni siquiera se convocan<sup>11</sup>.

Centrándonos en las competencias de las entidades locales, ha de señalarse que el EAA garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad. De esta forma, el artículo 92.2.c) de la norma institucional básica de la Comunidad Autónoma de Andalucía establece que los ayuntamientos tienen, en los términos que determinen las leyes, competencias propias sobre, entre otras materias, «la gestión de los servicios sociales comunitarios»<sup>12</sup>. Con el fin de comprender la reserva que se realiza sobre la gestión de estos servicios a favor de los ayuntamientos, resulta imprescindible entender con carácter previo cuál es su estructura funcional.

Los servicios sociales se estructuran, desde sus orígenes y en todas las Comunidades Autónomas, en dos niveles de actuación: servicios sociales de base, básicos, generales, comunitarios o de atención primaria, y servicios sociales específicos, especializados o de atención especializada<sup>13</sup>.

Interesa reparar en que a los primeros se les llama comunitarios porque son los primeros servicios sociales que recibe cualquier ciudadano (van dirigidos al conjunto de la población) y su titularidad corresponderá, con carácter predominante, a los municipios. Por otra parte, los servicios sociales especializados son aquellos cuyas prestaciones implican intervenciones de carácter sectorial, atendiendo a la tipología de las necesidades, y requieren una especialización técnica o la disposición de unos recursos determinados. El acceso a ellos se producirá generalmente por derivación de los servicios sociales comunitarios y su gestión recaerá generalmente en la Administración de la Comunidad Autónoma.

En aras de evitar las duplicidades administrativas, el Consejo de Concertación Local, que es un órgano adscrito a la Consejería de Administración Local y Relaciones institucionales de la Junta de Andalucía, informa de que, dado que la distribución competencial se asienta en la distinción entre servicios sociales comunitarios y especializados, habría de identificarse de forma más nítida cuáles de estos servicios corresponden a uno y otro espacio. De otra manera, desde su punto de vista, quedaría siempre la duda de si, por ejemplo, un centro de día de la tercera edad corresponde a una u otra categoría, ya que las funciones que se desarrollan en los mismos se pueden encuadrar abstractamente entre los que persiguen unas y otras políticas. Este órgano

observa que, hoy en día, este tipo de centros están gestionados unos por la Junta de Andalucía y otros por las entidades locales con apoyo en la normativa actual y que esa situación podría perpetuarse con la normativa que se proyecta<sup>14</sup>. Por esta razón, recomienda que, para concretar qué servicios y centros corresponden a los servicios sociales comunitarios o a los especializados, sirva como ejemplo lo previsto en el artículo 14 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores de Andalucía<sup>15</sup>.

Para terminar, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL), ha reabierto el debate sobre las competencias municipales en materia de servicios sociales, al prever su disposición transitoria segunda el traspaso de una buena parte de estas prestaciones a las Comunidades Autónomas con una doble condicionalidad: una formal (la fecha de 31 de diciembre de 2015) y otra material (en los términos de las normas reguladoras del sistema de financiación autonómico y local). De todos modos, al no haberse aprobado tales normas de financiación, el plazo del 31 de diciembre pierde todo tipo de efecto<sup>16</sup>. Si bien el referido traspaso no se ha producido, un sector doctrinal ha discutido la viabilidad constitucional de su propuesta<sup>17</sup> y las Comunidades Autónomas han procedido a desarrollar la LRSAL con la intención de aclarar el trato que se le deberá dar a las competencias locales en materia de servicios sociales<sup>18</sup>. Sobre este asunto se realiza, a continuación, una apretada síntesis. En primer lugar, en relación con los efectos de las variaciones del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LBRL), se rechaza su interpretación rigurosamente literal, esto es, que la labor de los ayuntamientos deba reducirse a las materias recogidas en el apartado 2 de este precepto. En segundo lugar, ante la sustitución de la previsión «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social» (apartado k) como competencia propia de los municipios por el enunciado «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social» (apartado e) efectuada en el artículo 25.2 de la LBRL, se insiste en que el legislador estatal sólo puede recortar competencias municipales allí donde posea alguna competencia específica. En el caso de los servicios sociales, tratándose de una competencia autonómica exclusiva, esta operación de recorte de competencias municipales únicamente podría llevarla a cabo los legisladores autonómicos. En tercer lugar, atendiendo a la posible conversión de las competencias propias que antes de la LRSAL estaban conferidas a los municipios en competencias delegadas en virtud del artículo 27.3 c) de la LBRL, es plausible la posición de subordinación de los municipios que postula la LRSAL. En la nueva redacción del artículo 27 de la LBRL, se introducen nuevas e importantes exigencias para proceder a la delegación de competencias estatales o autonómicas en los municipios, entre las que podemos destacar que será preceptiva la correspondiente dotación presupuestaria, la delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, su duración no será inferior a cinco años y la Administración que delega se reservará los mecanismos de control precisos para asegurar la adecuada prestación del servicio delegado.

En lo atinente a las competencias de los municipios en materia de servicios sociales, puede decirse que, si bien el legislador estatal relativiza la regla de la máxima proximidad como principio básico inspirador de la distribución competencial mediante la aprobación de la LRSAL, el legislador andaluz pretende todo lo contrario bajo el pretexto de una mayor eficacia y rentabilidad social de los recursos disponibles. De esta forma, el artículo 56 del PLSSA declara que

son competencias propias de los municipios «las competencias generales establecidas en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, las que se determinan como competencias propias en la Ley 5/2010, de 11 de junio, y aquellas que así estén definidas por la normativa sectorial». Según este mismo precepto, dichas competencias serán ejercidas por los municipios, por sí mismos o asociados, o a través de las fórmulas de colaboración interadministrativa previstas en la legislación sobre régimen local. Con la pretensión de controlar el déficit público, el Estado sugiere que la prestación de los servicios sociales, como uno de los ámbitos materiales en los que el municipio ejercía competencias propias, pasara a ser una competencia municipal ejercida por delegación (apartado c del artículo 27.3 de la LBRL). Pues bien, el artículo 56.5 del PLSSA establece: «Una vez garantizados los servicios sociales comunitarios en su municipio, los Ayuntamientos, de acuerdo con su capacidad financiera, podrán prestar los servicios sociales especializados que consideren necesarios, de acuerdo con los requisitos previstos en la legislación estatal y autonómica en el marco de la planificación establecida por la Comunidad Autónoma, conforme a lo previsto en la legislación aplicable». A nuestro juicio, esta previsión es otra muestra más de la falta de entendimiento entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo concerniente a la identificación del escalón administrativo más eficiente para prestar los servicios sociales.

Como colofón, cabe anotar que, a pesar de que los servicios sociales se estructuran en dos niveles de actuación, ello no impide la cohesión de dicho servicio público. Los servicios sociales básicos y los servicios sociales especializados funcionarán de forma coordinada y con criterios de continuidad y complementariedad. Con este fin, el PLSSA apuesta por la creación de la Comisión de Coordinación y Colaboración de los Servicios Sociales (artículo 52), la asignación de un profesional de referencia para cada persona o unidad de convivencia que acceda al sistema de servicios sociales (artículo 30), y dos instrumentos técnicos, la tarjeta social y la historia social (artículo 46). En consecuencia, creemos conveniente subrayar que, si el problema a erradicar es que varias Administraciones están realizando las mismas tareas con el consiguiente aumento del gasto público, existen otras soluciones, además de la reducción de las competencias municipales. En nuestra opinión, el Estado debería explorar otras alternativas para promover su idea “una Administración, una competencia” y ser consciente también de la enorme influencia de la potestad normativa autonómica en esa dirección. En resumen, el defecto de la coordinación interadministrativa podría solventarse en cierta medida, por ejemplo, con una descripción exacta de las funciones de los servicios sociales básicos y de los servicios sociales especializados en la normativa sectorial o investigando las potencialidades de la implantación de la tarjeta social y la historia social.

## **4 LA COLABORACIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES**

### **4.1 Límites a la libertad de empresa**

El título IV del PLSSA aborda a lo largo de sus cuatro capítulos la regulación de la iniciativa privada y de la iniciativa social en la provisión de los servicios sociales. Según relata la exposición de motivos del PLSSA, «esta regulación es novedosa en Andalucía toda vez que la Ley 2/1988, de 4 de abril, no entró a ordenar este sector, reconociendo en todo momento la libertad de empresa». A pesar de la reiteración del reconocimiento de la libre actividad de la iniciativa pri-

vada en la prestación de estos servicios en el artículo 95 del PLSSA, lo cierto es que se imponen limitaciones a la libre competencia.

El Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía ha puesto de manifiesto tres barreras de acceso al mercado: la obligatoriedad de la posesión de autorizaciones e inscripciones registrales para operar en el sector sin una motivación suficiente; las excesivas remisiones a desarrollos reglamentarios con una merma en la seguridad jurídica; y la concesión de un tratamiento discriminatorio positivo a determinadas entidades privadas frente a otras<sup>19</sup>.

### **A) La obligatoriedad de autorizaciones y de inscripciones en un registro de entidades, centros y servicios sociales**

En cuanto al régimen de autorizaciones, resulta interesante traer a colación el artículo 81 del PLSSA, que dispone, en el apartado 1: «Los centros de servicios sociales comunitarios, los centros y servicios de día y los centros y servicios de atención residencial, en tanto desarrollan algunas prestaciones ligadas a la salud pública y por razones imperiosas de interés general como son la seguridad y protección de las personas destinatarias, precisarán autorización administrativa, en los siguientes supuestos: a) para su puesta en funcionamiento; b) para las modificaciones sustanciales que afecten a la estructura física de las instalaciones o a la estructura funcional» y que señala, en el apartado 4: «Dado que concurren razones imperiosas de interés general, transcurrido el plazo previsto reglamentariamente para resolver y notificar sobre la solicitud presentada, sin haberse notificado la resolución expresa correspondiente, las personas interesadas podrán entender desestimadas sus solicitudes».

Desde la perspectiva de la Dirección General de Planificación y Organización de los Servicios Públicos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía<sup>20</sup> y del Gabinete Jurídico de Servicios Centrales de la Junta de Andalucía<sup>21</sup>, la sujeción de determinados servicios sociales a una autorización administrativa, así como la aplicación del silencio negativo, pueden conculcar la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; y la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas. En su opinión, dicha actuación administrativa tendría que estar justificada siempre como un medio de intervención necesario y proporcionado, y las razones imperiosas de interés general alegadas deberían ser minuciosamente detalladas.

Atendiendo a los razonamientos esgrimidos, se critica también el registro de entidades, centros y servicios sociales, aunque con algún leve matiz. Conforme al artículo 83 del PLSSA, tanto las entidades titulares o prestadoras de servicios sociales como aquellas que desarrollen programas e intervenciones de servicios sociales y los centros o servicios dependientes de las mismas que hayan obtenido autorización administrativa, o hayan sido objeto de comunicación, están obligadas a inscribirse en este registro. Además, se advierte que esta anotación constituye una condición ineludible para la celebración de conciertos, la concesión de subvenciones o cualquier clase de ayuda de la Administración de la Junta de Andalucía.

En palabras del Gabinete Jurídico de los Servicios Centrales de la Junta de Andalucía, el registro autonómico podría infringir el artículo 18.2 a) de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado<sup>22</sup>. No obstante lo dicho, se resalta que la conexión entre las actuaciones objeto de subvención y los servicios sociales de Andalucía podría apoyar que algunos de los criterios de conexión territorial que se previeran para conceder las subvenciones en

cuestión no constituyeran requisitos discriminatorios para obtener ventajas desde el punto de vista de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En este sentido, una mención especial merece el criterio interpretativo sentado en la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Dirección General de Relaciones Institucionales y Parlamentarias, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación, Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con esta última ley, publicado el 29 de octubre de 2014 en el *Diario Oficial de Galicia*, y en virtud del cual, «en relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 18.2.a), ambas partes coinciden en interpretar que su contenido no obsta a que se pueda exigir el ejercicio de una actividad económica en el territorio para la obtención de ventajas económicas vinculadas a políticas de fomento, sin que ello implique discriminación por razón de la nacionalidad o domicilio social de la empresa». Sentado lo anterior, el Gabinete Jurídico de los Servicios Centrales de la Junta de Andalucía sostiene que la procedencia del registro analizado dependerá de cómo éste se delimite definitivamente.

Finalmente, resta apuntar que la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de unidad de mercado, exige también un replanteamiento acerca de la existencia de diecisiete regímenes de registro, autorización y acreditación en España. Sería necesario quizá arbitrar medidas que corrigieran esta sobreabundancia normativa que, en la práctica, supone tener que someterse hasta a diecisiete regulaciones distintas para operar en nuestro país. Con la finalidad de asegurar la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio y de dar contenido al artículo 139 de la CE, convendría, por ejemplo, impulsar una ley inspirada en el principio de licencia única y legislación de origen. En base a ella, se incentivaría la inversión extranjera, se aumentaría la seguridad jurídica y las empresas se beneficiarían de las economías de escala. Ahora bien, tampoco hay que pensar que la aplicación de este tipo de medidas está exenta de dificultades. En concreto, podría producirse un “dumping regulatorio”, esto es, que todos los legisladores autonómicos comenzaran a competir en rebajas intervencionistas para atraer la instalación de los operadores a su territorio, para que desde el mismo puedan extender su actividad en todo el Estado ya libres de todo control ulterior<sup>23</sup>. Como manifestó el Consejo Económico y Social, en su Dictamen 5/2013, «la posibilidad de ir hacia un proceso de homogeneización normativa puede producir la convergencia hacia normativa de mínimos o ausencia de norma y, al establecer el principio de territorio de origen, se puede introducir un incentivo a la localización empresarial en los territorios con menor regulación o con aquella más favorable para su actividad».

### **B) Las excesivas remisiones a desarrollos reglamentarios**

En incontables ocasiones, el PLSSA decide aplazar la regulación de relevantes cuestiones a la aprobación de una norma de carácter reglamentario. Esta práctica se defiende alegando que el reglamento es la figura más idónea para las regulaciones pormenorizadas, como la de las prestaciones, y argumentando que su procedimiento de modificación es menos rígido que el de una ley y, por tanto, más eficaz para adaptar las disposiciones jurídicas a la constante evolución de las necesidades sociales. Ahora bien, sin perjuicio de la veracidad de lo explicado con anterioridad, no es posible olvidar los efectos nocivos de la construcción de un marco jurídico incompleto e impredecible.

En esta dirección, es preciso recordar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos midió en 1997 los beneficios de la aplicación de la política de *better regulation* y, con posterioridad, en nuestro derecho interno, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, dedicó a la mejora de la calidad de la regulación su capítulo I. La Comisión Nacional

de la Competencia insistió igualmente, en un informe titulado «Trabajando por la competencia. Recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia», en que la dispersión de normas restaba transparencia y funcionaba como una barrera de entrada al mercado que protegía a los ya establecidos en detrimento de los entrantes, menos conocedores del marco normativo, de sus lagunas y de sus peculiaridades (p. 34). Por tanto, y a modo de resumen, no podemos tildar de ejemplar el esquema regulatorio que se esboza con el PLSSA y debiera sopesarse la utilización de las remisiones normativas, máxime si éstas son de carácter reglamentario.

### **C) La prioridad de las entidades sociales frente a las entidades mercantiles**

El artículo 96 del PLSSA dispone: «la iniciativa privada, preferentemente la de carácter social, podrá colaborar con las administraciones públicas de Andalucía para la provisión de prestaciones de carácter público mediante cualquier figura prevista en el ordenamiento jurídico, con sujeción a los objetivos señalados en la planificación general de la Junta de Andalucía». Sin embargo, los efectos de la antedicha preferencia parecen acotarse en el precepto siguiente, en el que se indica: «para el establecimiento de los conciertos y los contratos previstos en el apartado 1 del presente artículo, las administraciones públicas competentes darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, a las entidades de la iniciativa social» (artículo 97.4).

La iniciativa social trae causa del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la CE), entronca con el derecho de asociación (artículo 22 de la CE) y con el derecho de fundación (artículo 34 de la CE), aun sin carácter exclusivo, y, de un modo más amplio, con los valores de solidaridad social que forman parte del ordenamiento comunitario (artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Por otra parte, la iniciativa mercantil encuentra su fundamento en la libertad de ejercicio profesional y de empresa (artículos 35 y 38 de la CE), que, a su vez, engarza con las libertades económicas de establecimiento y de prestación de servicios que garantizan los Tratados de la Unión Europea (artículos 26.2, 49, 56 y concordantes TFUE)<sup>24</sup>.

Apoyándose precisamente en la fundamentación jurídica de la iniciativa social, las leyes autonómicas de servicios sociales han optado por reconocerle un papel privilegiado y un peso específico<sup>25</sup>. En los últimos tiempos, se ha debatido si las fórmulas de preferencia o de reserva de contratos a favor de las entidades sociales eran admisibles. Al respecto, pueden ser de gran utilidad las aportaciones del Dictamen del Consejo Económico y Social Vasco sobre el «Proyecto de decreto por el que se regula el régimen del concierto del sistema vasco de los servicios sociales», emitido el 29 de junio de 2012, y el Informe 1/12, de 20 de noviembre, relativo a la «Aplicación de preferencias a favor de empresas vinculadas con la atención de personas en situación de dependencia o de reservas de contratos, además de la establecida en la disposición adicional séptima. Prestación de servicios sociales mediante convenio de colaboración», elaborado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

El Dictamen del Consejo Económico y Social del País Vasco se pronuncia sobre el artículo 13 del Proyecto de decreto por el que se regula el régimen del concierto del sistema vasco de los servicios sociales, el cual declara que «las administraciones públicas vascas reservarán la participación de al menos un 30% sobre el total del importe presupuestario anual destinado a la nueva concertación de servicios sociales para las entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro declaradas de interés social». El órgano consultivo advierte de la falta de justificación de tal disposición normativa así como del peligro de su inclusión. Sus concretas palabras al respecto son:

«Entendemos que esta reserva del importe presupuestario anual no debe realizarse sin analizarse las condiciones de atención y calidad aplicables a cada concierto y, en todo caso, siempre atendiendo a las consideraciones de singularidad de la actividad, especialización en la atención a los colectivos a los que se dirija, carácter innovador y experimental, y carácter urgente del servicio. Además, debería preverse la posibilidad de inexistencia de entidades de esas características en disposición de prestar el servicio, para garantizar la continuidad o creación del mismo por parte de otras entidades».

El Informe 1/12, de 20 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado resuelve varias dudas referidas a la aplicabilidad de los principios de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LAPAD) a los contratos de gestión de servicios públicos. La LAPAD proclama, en su exposición de motivos, que «es un hecho indudable que las entidades del tercer sector de acción social vienen participando desde hace años en la atención a las personas en situación de dependencia y apoyando el esfuerzo de las familias y de las corporaciones locales en este ámbito. Estas entidades constituyen una importante malla social que previene los riesgos de exclusión de las personas afectadas»; suscribe en su artículo 3 n) que la ley se inspira en «la participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia», y establece en su artículo 16, apartados 2 y 4, que «las Comunidades Autónomas concretarán el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados. En su incorporación a la red se tendrán en cuenta de manera especial los correspondientes al tercer sector» y que «los poderes públicos promoverán la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia, a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector».

Al amparo de las precedentes frases insertadas en el texto legal, la Federación Empresarial de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo aboga con innegable lógica por defender una adjudicación de contratos preferente o una reserva de los mismos a favor de las entidades del tercer sector. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado rechaza estas acciones argumentando no la derogación de los artículos de la LAPAD, sino su carácter de ley especial. Desde su punto de vista, «nada hay que oponer a la vigencia del citado principio (artículo 3 n) de la LAPAD). Ahora bien, su aplicación en el ámbito de los contratos de gestión de servicios públicos que formalicen las administraciones públicas debe realizarse de forma compatible con los preceptos que regulan la contratación de las administraciones públicas en general y los del contrato de gestión de servicios públicos en particular. Desde esta perspectiva, artículos como los señalados en el escrito de consulta (actuales 150 y disposición adicional cuarta del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público) pueden resultar útiles para hacer efectiva la participación del tercer sector en estos servicios. Respecto a la cuestión planteada en concreto, relativa a si la aplicación de la citada ley, por su carácter de ley especial, puede justificar el otorgamiento de alguna forma de preferencia o la reserva de algunos contratos a las entidades del sector social, con independencia de las posibilidades de reserva potestativa contempladas en la DA 7ª LCSP, la respuesta debe ser negativa».

Teniendo en cuenta la respuesta negativa de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, pensamos que resulta interesante realizar una breve remisión al sistema jurídico

de Portugal, donde el artículo 82 de la Constitución de la República Portuguesa garantiza tres sectores de medios de producción: el sector público, el sector privado y el sector cooperativo y social<sup>26</sup>. Para Licínio Lopes Martins, las instituciones particulares sin fines lucrativos han sido objeto de una extensa intervención legislativa en el derecho interno portugués, la cual es imprescindible coherente con la cuarta generación de directivas comunitarias sobre contratación pública. La Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, acoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una doble perspectiva: por un lado, a través de la previsión de exclusiones específicas de su régimen, siendo inaplicable a los contratos celebrados entre las organizaciones sin fines lucrativos y la Administración pública e independientemente de su valor<sup>27</sup>; por otro, a través de un régimen procedimental específico para la adjudicación de los contratos con esas mismas organizaciones<sup>28</sup>, pero que sólo tendrá que ser observado cuando su valor sea igual o superior a un determinado límite financiero (750 mil euros)<sup>29</sup>. Basándose en los dictados del derecho comunitario y de la Constitución de la República Portuguesa<sup>30</sup>, este autor no ve razones para que el legislador nacional, en el proceso de transposición, tenga que mudar los particulares principios de cooperación entre el Estado y las entidades del sector social y solidario que se adoptaron en la *Lei 30/2013, de 8 de maio, de bases da economia social*, y en el *Decreto-lei 120/2015, de 30 de Junho*. En mérito de lo expuesto, se deduce que el próximo Código de contratos públicos de Portugal recogerá un régimen más blando para la prestación de los llamados «servicios atinentes a las personas»<sup>31</sup>.

En nuestro país, las reglas de la contratación pública aplicables a los servicios sociales no se han flexibilizado ni parece que se vaya a hacer<sup>32</sup>. Como previene el Informe 1/12, de 20 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, los márgenes de maniobra de los poderes públicos los marca primero el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP); esto es, el Estado y no las Comunidades Autónomas<sup>33</sup>. Aprovechando que actualmente está en trámite el Anteproyecto de ley de contratos del sector público, pensamos que es el momento de que el legislador estatal asuma la tarea de establecer una regulación específica sobre los contratos en esta materia, alejada de una perspectiva económica o de mercado, pues este paso se reclama, a nuestro entender, desde la legislación autonómica sectorial, desde el nuevo paquete de directivas comunitarias sobre la contratación pública y desde la jurisprudencia comunitaria<sup>34</sup>.

## 4.2 El concierto social

La participación de la iniciativa privada en la provisión de los servicios del sistema de servicios sociales se podrá efectuar acudiendo a la gestión indirecta prevista en la legislación general de contratación del sector público<sup>35</sup> o recurriendo al concierto social cuyo régimen se perfila en el PLSSA y será completado reglamentariamente.

Dada la vocación de permanencia indefinida de la ley proyectada, debería plantearse si es oportuno incluir, entre los requisitos de acceso al régimen del concierto social, que las entidades solicitantes acrediten su presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio (artículo 101 del PLSSA). Tampoco nos parece acertado declarar que, en el establecimiento de los conciertos sociales para la prestación de los servicios sociales, se atenderá al arraigo de la persona en el entorno de atención social (artículo 103 del PLSSA). Sería también adecuado re-

plantearse la inclusión de la siguiente declaración: «las Administraciones públicas incorporarán, en los procedimientos de adjudicación de contratos para la gestión de servicios del Catálogo de prestaciones de servicios sociales de Andalucía cláusulas sociales (...) debiendo otorgarse una consideración especial a la presencia previa de las entidades en la zona en que se vaya a prestar el servicio» (artículo 106.1 del PLSSA). Dichas previsiones podrían colisionar con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Numerosas resoluciones de este órgano administrativo estiman que no se puede dar una respuesta general a la admisión o no de un supuesto de arraigo territorial, sino que debe acudir a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar su justificación<sup>36</sup>. En definitiva, la Administración contratante tiene que evaluar en cada caso si la presencia de la empresa licitadora en el lugar en el que se presta el servicio supone una discriminación a la hora de elegir la mejor oferta proporcionada o desproporcionada.

## 5 CONCLUSIONES

El PLSSA no puede calificarse como una regulación innovadora del cuarto pilar del Estado del bienestar. En nuestra opinión, el texto propuesto “copia” el contenido de las últimas leyes autonómicas dictadas en materia de servicios sociales sin valorar la posibilidad de su mejora o la adaptación a los recientes cambios normativos. En los Estados como el nuestro, de estructura territorial compleja, con el objetivo de ofrecer unas prestaciones a los ciudadanos con eficacia y a un coste razonable, se requiere un esfuerzo de coordinación y una cooperación permanente entre todas las Administraciones y también se recomienda que las funciones de cada nivel administrativo estén claramente definidas en el marco jurídico. Al hilo de lo anterior, criticamos del PLSSA la ausencia de una delimitación conceptual de los servicios sociales en la parte dispositiva y la confusa distinción entre los servicios sociales comunitarios y los servicios sociales especializados. En último lugar, respecto de las disposiciones del PLSSA que afectan a la iniciativa privada, insistimos en la idea de que los poderes públicos deben garantizar el principio de libre iniciativa económica. Al amparo de dicho principio, puede discutirse, en primer lugar, la existencia de diecisiete regímenes de registro, autorización y acreditación en España y, en segundo lugar, la incorporación de cláusulas de arraigo territorial en los procedimientos de contratación.

## 6 BIBLIOGRAFÍA

- Almeida Cerredá, M. 2014. «La redelimitación de las competencias de los municipios en materia de educación, sanidad, salud y servicios sociales y su transferencia parcial a las Comunidades Autónomas», en A. B. Casares Marcos (coord.), T. Quintana López (dir.), *La reforma del régimen local*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Arias Martínez, M.ª A. 2014. «Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», *Revista de Administración Pública*, 194, 373-410.
- Arimany Lamoglia, E. 2009. «Público y privado en la Ley catalana de servicios sociales», *Cuadernos de Derecho Local*, 21, 156-180.
- Aymerich Cano, C. 2014. «Los servicios sociales tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (LRSAJ)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 88, 333-366.
- Ciriza Ariztegui, L. y Purroy Irurzun, E. 2010. «La colaboración de las entidades de iniciativa social en la prestación de servicios sociales: análisis comparado de las leyes de servicios sociales», *Revista Tercer Sector*, 14, 159-165.
- Costa Gonçalves, P. 2016. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina.

- Gimeno Feliú, J.<sup>a</sup> M. 2015 «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales», *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/chk.2db1ece0e8318b305b9c49e70f-9ca1ec> (20-01-2016).
- Gimeno Feliú, J.<sup>a</sup> M. 2016 «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias», *Observatorio de la Contratación Pública*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/relmenu.3/chk.4a30670fc-07c63b53f7cecc2e60ad8dd> (10-02-2016).
- Jiménez Asensio, R. 2015 «¿Quién prestará los servicios sociales el 1 de enero de 2016?», <http://rafaeljimenezasensio.com/2015/11/08/quien-prestara-los-servicios-sociales-el-1-de-enero-de-2016/> (4-02-2016).
- Lopes Martins, L. 2014-2015 «Breves nómulas sobre o “novo estatuto” das instituições particulares de solidariedade social no Direito nacional e no Direito da Unio Europeia», *Revista Cooperativismo e Economia Social*, 37, 139-164.
- Tornos Más, J. 2013 «La Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado: una reforma discutible», <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013/12/la-ley-202013-de-garantia-de-la-unidad.html> (20-01-2016).
- Villar Rojas, F. 2012 «La iniciativa privada y prestación de los servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales», en A. Ezquerro Huerva (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España. Realidad actual y perspectivas de futuro*. Barcelona: Atelier.

## NOTAS

- 1 Las declaraciones de la sesión del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía pueden consultarse en <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/consejo/sesion/detalle/74046.html> (21-01-2016).
- 2 A estos efectos, se propone, por ejemplo, la siguiente definición. Los servicios sociales son un servicio público de carácter no monopolístico que incluye prestaciones técnicas, tecnológicas y económicas encaminadas al cumplimiento de cuatro funciones: la promotora, la preventiva, la protectora y la asistencial.
- 3 Respecto de esta crítica, que es formulada también por el Consejo Económico y Social de Andalucía, la respuesta que se ofrece es la siguiente: «se estima que, así como no es necesario definir en las correspondientes leyes sectoriales conceptos como “salud” o “educación” o “cultura”, tampoco lo es reflejarlo en la ley de servicios sociales. Por otra parte, habría que poner de manifiesto la dificultad de construir una definición que abarque de manera amplia y concisa todos los aspectos implicados en los servicios sociales. Sería una definición más teórica que empírica y más ajustada al ámbito académico» (Véase el Informe de valoración del Dictamen 6/2015 del Consejo Económico y Social de Andalucía al Anteproyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía).
- 4 Es preciso establecer claramente qué son los servicios sociales y, a estos efectos, pensamos que la exposición de motivos no es la parte más adecuada, pues es conveniente que no tienen validez jurídica las declaraciones efectuadas en los preámbulos de las normas. (STC 31/2010, de 28 de junio).
- 5 Consideramos que la reiteración de esta definición en el artículo 39.1 del PLSSA resulta superflua.
- 6 Según el artículo 3 del PLSSA, a los servicios sociales no integrados en el sistema público les serán de aplicación las disposiciones que regulen:
  - a) Los derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales que se definan.
  - b) La autorización, el registro y la inspección y control de entidades, servicios y centros como garantía del cumplimiento de los requisitos materiales, funcionales y de personal que les sean de aplicación.
  - c) El régimen de infracciones y sanciones.
  - d) Aquellas otras disposiciones que expresamente se establezcan.
- 7 Esta concepción del sistema público de servicios sociales es más restringida que la que figura, por ejemplo, en el artículo 4.1 de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, la cual indica: «El Sistema Público de Servicios Sociales está integrado por el conjunto de prestaciones y equipamientos de titularidad pública organizados en red, así como de titularidad privada con los que la Administración establezca alguna forma de colaboración, de las previstas en la presente ley y en la normativa que sea de aplicación».
- 8 Los apartados 2, 3 y 4 de este artículo señalan:
  - «2. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de voluntariado, que incluye, en todo caso, la definición de la actividad y la regulación y la promoción de las actuaciones destinadas a la solidaridad y a la acción voluntaria que se ejecuten individualmente o a través de instituciones públicas o privadas.
  3. Corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de menores:
    - a) La competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal.
    - b) La participación en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal que incida en la competencia de menores a través de los órganos y procedimientos multilaterales a que se refiere el apartado 1 del artículo 221 de este Estatuto.
  4. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de promoción de las familias y de la infancia, que, en todo caso, incluye las medidas de protección social y su ejecución».

- 9 Véase el artículo 166.1 de la Ley orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña.
- 10 Véase el capítulo II del título I del PLSSA, dedicado a la participación del ciudadano.
- 11 Esta afirmación se realiza en el Informe de 18 de agosto de 2014, del Consejo de los Consumidores y Usuarios de Andalucía al Anteproyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía.
- 12 En el mismo sentido, el artículo 9.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía establece que, entre las competencias propias de los municipios, está «la gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye:
- a) Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios.
  - b) Gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios.
  - c) Promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial».
- 13 El sistema gallego de servicios sociales se estructura conforme a dos niveles de actuación: servicios sociales comunitarios y servicios sociales especializados. Los primeros comprenden, a su vez, dos modalidades: servicios sociales comunitarios básicos y servicios sociales comunitarios específicos (artículo 8.1 de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia).
- 14 Véase el acuerdo adoptado en la sesión celebrada con fecha 23 de octubre de 2014.
- 15 Este precepto declara: «1. Los servicios sociales especializados, en cuanto instrumentos para la atención a las personas mayores dirigidos a posibilitar su integración social, habrán de procurar estructurarse en los ámbitos más próximos al ciudadano, evitando situaciones de desarraigo, y se estructurarán a través de:
- Centros de día.
  - Unidades de estancias diurnas.
  - Viviendas tuteladas.
  - Centros residenciales.
  - Otras alternativas.
2. Los servicios sociales especializados tenderán a estructurarse en los ámbitos más próximos a las personas a quienes prestan servicio, evitando situaciones de desarraigo».
- 16 Véase Jiménez Asensio, 2015.
- 17 Nos remitimos, entre otros, a los trabajos de Almeida Cerredá, 2014; de Arias Martínez, 2014; y de Aymerich Cano, 2014.
- 18 Véase el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la LRSAL.
- 19 Véase el Informe núm. 09/2014, sobre el Anteproyecto de la Ley de servicios sociales de Andalucía.
- 20 Véase el Informe del Anteproyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía de 29 de octubre de 2014.
- 21 Véase el Informe SSP100017/15, sobre el Anteproyecto de Ley de servicios sociales de Andalucía.
- 22 Este precepto establece: «serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el capítulo II de esta ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular: 1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio; 2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio; 3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio; 4.º que su personal, los que posean la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio; 5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente».
- 23 Véase Tornos Más, 2013.
- 24 Véase Villar Rojas, 2012:90.
- 25 Dicha postura la encontramos claramente reflejada, por ejemplo, en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña. Tanto en el párrafo final del apartado IV del preámbulo («es preciso reconocer el papel esencial de las entidades del tercer sector en la creación del modelo de servicios sociales en Cataluña y de la extensa red que ponen al alcance de las personas en situación de exclusión social, de riesgo o de vulnerabilidad. Por ello, es preciso garantizar el establecimiento de un modelo de cooperación y concertación público y privado que las fomente y les dé estabilidad»), como en una multiplicidad de sus preceptos, entre los que podemos destacar el artículo 78, que, a modo de cierre del título VI, y bajo la rúbrica «Acción de fomento de la iniciativa social», proclama, en sus dos primeros párrafos: «1. Las entidades de iniciativa social son un elemento definitorio del sistema de servicios sociales y un elemento clave en el fomento de los servicios sociales. 2. La Administración de la Generalitat y los entes locales, a los efectos de lo establecido por el presente título, deben fomentar de modo preferente la creación y participación de las entidades sin ánimo de lucro en la realización de actividades de servicios sociales». (Véase Arimany Lamoglia, 2009:157).
- Otras leyes autonómicas de servicios sociales contemplan la colaboración de la iniciativa social como un principio básico inspirador para la construcción del sistema de servicios sociales o como un objetivo esencial de la norma. Así lo hacen, a título ejemplificativo, el artículo 5 de la Ley 3/2003, de 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la Región de Murcia; el artículo 5 de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón; el artículo 2 de la Ley foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales de Navarra; el artículo 1 de la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; y el artículo 3 de la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Islas Baleares. (Véase Ciriza Ariztegui y Purroy Irurzun, 2010:162-163).

- 26 El sector cooperativo y social comprende específicamente: «a) Los medios de producción de propiedad y administrados por cooperativas, en obediencia a los principios cooperativos, con sujeción a las especificaciones establecidas por la ley para las cooperativas con la participación del público que se justifica por su naturaleza especial; b) las instalaciones de producción comunitaria, propiedad y gestionados por las comunidades locales; c) los medios de producción sujetos a la explotación colectiva de los trabajadores; d) los medios de producción de propiedad y administrados por personas jurídicas, de carácter no lucrativo, que tienen como objetivo de la solidaridad social, a saber, la naturaleza recíproca de las entidades de capital» (artículo 82.4).
- 27 El artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE declara, en su apartado h), que «no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para servicios de defensa civil, protección civil y prevención de riesgos laborales prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro e incluidos en los siguientes códigos CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9; 85143000-3, salvo los servicios de transporte en ambulancia de pacientes».
- Esta medida se justifica en el considerando 28 de la Directiva 2014/24/UE de la siguiente manera: «La presente directiva no debe aplicarse a determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los proveedores de servicios tuvieran que elegirse con arreglo a los procedimientos establecidos en la presente directiva. Con todo, la exclusión no debe ampliarse más allá de lo estrictamente necesario».
- 28 Véanse los artículos 74 a 77 de la Directiva 2014/24/UE.
- 29 Véase Lopes Martins, 2014-2015:146.
- 30 El artículo 63.5 exige al Estado «apoyar y supervisar, en virtud de la ley, la actividad y el funcionamiento de las instituciones privadas de solidaridad social y de otras de reconocido interés público sin ánimo de lucro, en la búsqueda de objetivos de solidaridad social indicados en este artículo, en el apartado b) del núm. 2 del artículo 67, en el artículo 6, en el apartado e) del número 1 del artículo 70 y los artículos 71 y 72».
- 31 Sobre las innovaciones más significativas de la Directiva 2014/24/UE, puede verse Costa Gonçalves, 2016:57-68.
- 32 El Anteproyecto de ley de contratos del sector público puede consultarse en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Normativa%20y%20doctrina/NormasEnTramitacion/Paginas/normasentramitacion.aspx>. Se recomienda la lectura de la disposición adicional cuarta, que permite fijar porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a centros especiales de empleo y a empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.
- 33 En la misma dirección, el Consejo Consultivo de Andalucía afirma, en su Dictamen 826/2015, que no se puede perder de vista la regulación del legislador básico, que respetando las directivas podría introducir soluciones diferentes o condiciones más exigentes para que pueda operar la prioridad que se concede a las entidades de iniciativa social. La Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril, aconseja estar al resultado de la transposición de las directivas, y a las novedades que el legislador básico pueda introducir desde la óptica propia de sus competencias en la materia.
- 34 Véase Gimeno Feliú, 2015. Y también Gimeno Feliú, 2016.
- 35 Desde el punto de vista del derecho comunitario, no se reconoce el género de los contratos de gestión de servicios públicos y, de las diferentes especies que lo integran en el ordenamiento jurídico español, sólo ha merecido la atención la concesión. Por estas razones se desconoce qué pasará en el futuro con las restantes figuras que conforman este contrato; concretamente, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, una vez que la transposición de la cuarta generación de directivas sobre contratación pública se produzca, es decir, falta saber si el Estado español cuando transponga el derecho comunitario seguirá contemplando estas modalidades de gestión de los servicios públicos no existentes en el ámbito europeo o hará una regulación verdaderamente adaptada a la normativa comunitaria.
- 36 Véase el fundamento de derecho sexto de la Resolución núm. 644/2015.

## Os criterios de graduación na potestade sancionadora da Administración en materia de seguridade alimentaria

### Los criterios de graduación en la potestad sancionadora de la Administración en materia de seguridad alimentaria

### The criteria to rate each penalty on the Administration's Power to Impose Penalties in Relation to Food Security



SERGIO DOMINGO BAAMONDE BOQUETE

Dr. Área de Derecho Financiero y Tributario  
Funcionario del Cuerpo Superior de la Administración de la Xunta de Galicia (España)  
sergio.domingo.baamonde.boquete@xunta.gal

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

**Resumo:** Este traballo ten por obxecto analizar a principal manifestación do principio de proporcionalidade na potestade sancionadora da Administración, que non é outra que a existencia dos denominados criterios de graduación das sancións.

En concreto, o estudo céntrase na previsión normativa dos ditos criterios na área da seguridade alimentaria, con referencia ás normas estatais vixentes na materia tras o estudo da regulación contida na recentemente aprobada Lei 40/2015, do 1 de outubro, de réxime xurídico do sector público.

Con esta análise, preténdese comprobar o grao de implementación que o antedito principio tivo na nosa normativa sanitaria, así como describir o comportamento de todos os criterios de graduación previstos mediante a explicación de composición e alcance e coa necesaria exposición dos seus puntos críticos.

**Palabras clave:** Proporcionalidade, criterios, graduación, sancións, Administración.

**Resumen:** Este trabajo tiene por objeto analizar la principal manifestación del principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de la Administración, que no es otra que la existencia de los denominados criterios de graduación de las sanciones.

En concreto, el estudio se centra en la previsión normativa de dichos criterios en el área de la seguridad alimentaria, con referencia a las normas estatales vigentes en la materia, previo estudio de la regulación contenida en la recientemente aprobada Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Con este análisis, se pretende comprobar el grado de implementación que el antedicho principio ha tenido en nuestra normativa sanitaria, así como describir el comportamiento de todos los criterios de graduación previstos mediante la explicación de composición y alcance y con la necesaria exposición de sus puntos críticos.

**Palabras clave:** Proporcionalidad, criterios, graduación, sanciones, Administración.

**Abstract:** This study tries to analyze the main component of the proportionality principle, which is the existence of certain criteria to rate each penalty, on the Administration's power to impose penalties.

To be precise, the research stresses the regulation of these criteria on food security in reference to Spain's current legal norms regarding this particular issue. There is a prior study of laws contained in the recently passed Act 40/2015 of the Public Administration from the first of October.

With this analysis, we attempt to test the degree of implementation that the prior principle has had in our legal sanitary norms. Likewise we want to describe the behavior of all graduated criteria through the explanation of the composition and range and the exposition of the critical points.

**Key words:** Proportionality, criteria, graduation, penalties, Administration.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 Los criterios de graduación en la potestad administrativa sancionadora en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. 2.1 Panorámica general de la regulación. 2.2 La regla de no beneficio. 2.3 Los criterios de graduación en particular. 3 La recepción de los criterios de graduación en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad. 4 Los criterios de graduación en la legislación de seguridad alimentaria. Especial referencia al Real decreto 1945/1983, de 22 de junio. 4.1 El volumen de ventas. 4.2 La cuantía del beneficio ilícito obtenido. 4.3 El efecto perjudicial que la infracción haya podido producir sobre los precios, el consumo o el uso de un determinado producto o servicio o sobre el propio sector productivo. 4.4 El dolo, la culpa y la reincidencia. 4.4.1 El dolo y la culpa. 4.4.2 La reincidencia. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna los criterios de graduación son la principal manifestación del principio de proporcionalidad relativa a la potestad sancionadora, principio que, en cuanto considerado cláusula del Estado de derecho<sup>1</sup> a partir de la aprobación de la Constitución Española de 1978<sup>2</sup>, va a afectar a toda intervención del sector público, con independencia de cuál sea la naturaleza de la acción, es decir, que va a estar presente en toda la actividad pública, sea "normativa o de aplicación e interpretación del derecho"<sup>3</sup>. Ello va a dar lugar a dos tipos de proporcionalidad<sup>4</sup>: la proporcionalidad subjetiva y la proporcionalidad abstracta.

La proporcionalidad subjetiva es aquella que impone al órgano sancionador encargado de la aplicación singular de la norma la observancia de una relación causa-efecto, con lo que se garantizará la elección de la medida más adecuada, mediante una ponderación de las circunstancias concurrentes<sup>5</sup> que modulará el castigo.

Por su parte, la proporcionalidad abstracta exige al legislador que observe en las normas punitivas la coherencia entre los motivos determinantes del ilícito y las sanciones a imponer, es decir, que se va a exigir el respeto de los postulados del principio de proporcionalidad tanto a la hora de clasificar las infracciones en las distintas categorías o niveles de infracciones como a la hora de determinar las sanciones con las que se deban castigar dichas infracciones. Esta es la llamada proporcionalidad en la ley y será de la que nos ocupemos a continuación para tratar de ver si los criterios de graduación de las sanciones previstas en la normativa reguladora de la seguridad alimentaria son o no suficientes para dar cumplimiento a las exigencias del principio de proporcionalidad.

## 2 LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN EN LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA EN LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

### 2.1 Panorámica general de la regulación

Pero, para ello, antes debemos partir de la regulación general de dichos criterios en nuestro derecho administrativo y se puede afirmar que el principal punto normativo de referencia de nuestro ordenamiento en esta materia lo ha constituido durante años la LRJAP-PAC y, en concreto, su artículo 131. Y decimos que lo era porque, como es bien sabido, dicha ley ha sido derogada por las leyes 39/2015<sup>6</sup> y 40/2015, de 1 de octubre. En concreto, el régimen contenido en el citado artículo 131 LRJAP-PAC ha sido recogido en el artículo 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP), en cuyo análisis nos detendremos a continuación centrándonos en lo que a los criterios de graduación se refiere y apoyándonos para ello, en gran parte, en las opiniones vertidas por la doctrina acerca del antedicho artículo 131 LRJAP-PAC, pues las mismas continúan siendo válidas en todo lo que se refiere a gran parte del artículo 29 de la LRJSP, al haber reproducido este prácticamente todo el contenido de aquél.

El referido artículo 29 concreta dichos criterios en su apartado 3 al decir que *«en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las administraciones públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:*

*a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*

*b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*

*c) La naturaleza de los perjuicios causados.*

*d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa».*

A ello se debe añadir que el apartado 2 consagra la denominada regla de no beneficio cuando señala que *«el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas».*

Denunciaba Santamaría Pastor<sup>7</sup> la excesiva simpleza de la regulación legal del principio de proporcionalidad que acometía la LRJAP-PAC, mientras que Sarmiento Ramírez-Escudero<sup>8</sup>, por su parte, calificaba de confusa la redacción del artículo 131, puesto que, en su opinión, se enunciaban en el mismo *«una serie de normas que no responden al contenido del principio (...) pues no representan el principio de proporcionalidad, sino que son muestras aplicativas del mismo».*

Quizá algunas de estas críticas carezcan ya de sentido en tanto que el actual artículo 29 ha profundizado en la regulación de este principio, si bien es cierto que lo ha hecho sin haber realizado grandes cambios en la determinación de los criterios de graduación. Veamos si es así.

### 2.2 La regla de no beneficio

En relación con el apartado 2, decíamos que recoge la regla de no beneficio, de gran importancia para la eficacia de las sanciones que se impongan, pues implica la necesidad de que al infractor no le resulte más ventajoso infringir la norma, aun pagando la sanción, que observar la

norma en cuestión. En otras palabras, la entidad de la sanción ha de ser tal que logre disuadir al posible infractor de incumplir el mandato normativo, aunque con la limitación impuesta por la imprescindible adecuación entre la cuantía de la sanción y la gravedad de los hechos.

Es esta regla una previsión acertada, aunque creemos que quizá peca de cierta ingenuidad en cuanto al cálculo que se haya hecho de sus posibilidades de aplicación, y así ya señalaba en su momento Santamaría Pastor que lo más aconsejable hubiese sido poner de relieve “no sólo la suficiencia de la sanción y su carácter ablatorio, sino también el principio opuesto de su restricción al importe estrictamente necesario para cumplir su función”<sup>9</sup>.

Otra crítica que puede hacerse de la redacción de este precepto es que, como ponía de relieve Parada Vázquez con relación al artículo 131 de la LRJAP-PAC, esta previsión parece estar únicamente dirigida al legislador pues el artículo 40 dice que la referida regla debe ser observada “en el establecimiento de las sanciones pecuniarias”, pero nada dice de la aplicación de dichas sanciones por el órgano administrativo competente<sup>10</sup>. Es evidente que el citado autor no se refería a los casos en que el legislador prevé una cuantía fija para cada sanción a imponer sino únicamente a aquellos supuestos en los que la ley prevé un abanico de posibles sanciones o prevé que las multas puedan oscilar entre determinadas cantidades, de manera que corresponda al órgano competente decidir el *quantum* de la sanción. Dicho de otro modo, entendemos que quiso poner de manifiesto el incomprensible olvido del legislador acerca de aquellos supuestos en que la Administración goza de cierta discrecionalidad para la elección de la cantidad de la sanción a imponer, supuesto para el que lo deseable es que también impere la regla de la proporcionalidad.

Es, en cualquier caso, una medida necesaria para paliar los efectos perniciosos que la ausencia de una regla tan contundente en esta materia había ocasionado, principalmente en el ámbito del derecho administrativo sancionador medioambiental<sup>11</sup>.

### 2.3 Los criterios de graduación en particular

Por su parte, el apartado 3 positiviza las dos manifestaciones más clásicas del principio de proporcionalidad en el derecho español<sup>12</sup>: la adecuación de la cuantía de la sanción a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la elección del medio menos restrictivo para los derechos y libertades.

Lo cierto es, sin embargo, que no lo hace de forma muy afortunada, sino más bien farragosa, evidenciando un sorprendente desconocimiento de la estructura del principio de proporcionalidad, pues el legislador ha dado a entender que considera que idoneidad y adecuación son elementos autónomos<sup>13</sup>, cuando, por el contrario, es una realidad asentada tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia<sup>14</sup> que ambos no son otra cosa que caracteres confluyentes del mismo juicio o subprincipio conocido comúnmente como de idoneidad, pero que también recibe el nombre de subprincipio de utilidad o adecuación<sup>15</sup>.

Pero al margen de este desliz, queda claro que el legislador ha consagrado expresamente en este apartado la regla de la adecuación, la cual conlleva que sería contraria al principio de proporcionalidad la imposición de una sanción de una cuantía considerable para castigar unos hechos constitutivos de una infracción ínfima<sup>16</sup> y viceversa. Esta regla ha dado lugar a la previsión de unos criterios de graduación que permitirán a la Administración determinar el importe de la sanción más adecuado al caso concreto según las circunstancias que concurren.

Para cada categoría de infracciones (muy graves, graves o leves) la ley establecerá unos topes máximo y mínimo y, dentro de ese abanico, corresponderá a la Administración decidir la cuantía de cada sanción, lo que deberá hacer caso por caso, debiendo utilizar los criterios de graduación para tomar esa decisión. Con ello se delimita la discrecionalidad administrativa en este ámbito de actuación y se impide cualquier atisbo de arbitrariedad.

Es importante incidir en que los topes son máximo y mínimo, lo que significa que ni se podrá rebasar el máximo ni tampoco imponer una sanción por debajo del tope mínimo, pues esto último, aunque pudiese parecer una medida más beneficiosa, tal como pone de relieve Gallardo Castillo, también supondría una vulneración del principio de proporcionalidad en tanto que con esta actuación «se llegaría a la inoperancia de la sanción, privándola sustancialmente de los efectos persuasivos que la misma pudiera ofrecer como prevención general...»<sup>17</sup>.

Se había puesto en tela de juicio si tales criterios eran suficientes en la LRJAP-PAC o si lo más conveniente sería que el legislador se hubiese detenido un poco más en esta cuestión. En opinión de Alejandro Nieto, la regulación prevista era loable, aunque consideraba que la enumeración del artículo 131 no era muy acertada, pues, si bien es cierto que son todos los que están, no están todos los que son<sup>18</sup>. Del mismo modo, Santamaría Pastor califica los mencionados criterios de toscos y resalta su «escasa virtualidad limitativa de la discrecionalidad»<sup>19</sup>. Con la LRJSP se ha añadido algún criterio más con relación a los que ya había en la LRJAP-PAC (en concreto el de la continuidad o persistencia en la conducta infractora), pero no parece que ello fuese a ser suficiente para hacer cambiar de opinión a la doctrina, y es que, además, en opinión del propio Alejandro Nieto, el legislador tampoco había estado demasiado acertado en la redacción de los supuestos que enumera, criticando especialmente la inclusión del criterio de la intencionalidad, ya que, si ésta funciona como un parámetro de graduación, «ello significa que existen infracciones sin intencionalidad, con lo cual la ley replantea toda la cuestión de la culpabilidad, enturbiando lo que ya comenzaba a estar claro»<sup>20</sup>. Dicho de otro modo, la ley no podría considerar a un mismo elemento como básico e imprescindible para poder imponer una sanción y, al mismo tiempo, como un elemento cuya concurrencia implicaría una agravación de la propia sanción. Es ilógico exigir la concurrencia de un requisito para poder imponer un castigo y luego afirmar que, si concurre dicho requisito en la conducta, esta será objeto de una sanción mayor que si no concurre.

En este punto concreto discrepamos, sin embargo, de dicho autor, ya que creemos que la ley está manejando un concepto estricto de la culpa e identificando la intencionalidad no con la actuación culposa, sino con una conducta dolosa. De hecho, con la redacción de la nueva ley se ha matizado este criterio al definirlo como «el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad» lo que parece querer reforzar esta idea. Si esto es así, el legislador no estaría incurriendo en la incoherencia que supondría incluir como un criterio de graduación un elemento que se halla en la médula misma de la responsabilidad.

En nuestra opinión, el legislador parte del respeto del aforismo de *nulla poena sine culpa*, de manera que entiende que, para que la Administración pueda imponer una sanción, es imprescindible que se demuestre que el sujeto pasivo es el responsable de haber cometido la infracción, aun a título de simple negligencia, pero no exige que haya intencionalidad en la infracción para que la conducta pueda ser reprendida. Ahora bien, si lo que ocurre es que, además de apreciar la responsabilidad del infractor, la Administración logra probar que la infracción no ha sido el resultado de la mera imprudencia del autor de la infracción, sino que ha mediado dolo

en la producción del daño, entonces el legislador estima que lo más apropiado es que la sanción se agrave y que el castigo que se deba imponer sea más severo.

Pero si esta regulación no fue bien recibida por parte de la doctrina, también existen, por el contrario, autores que entienden que la regulación de la proporcionalidad hecha en la ley de procedimiento es impecable. Así, por ejemplo, Quirós Lobo sostenía que estos criterios son suficientes puesto que una ley «no es más perfecta cuanto más ata; al contrario, ha de dejar campo a la ponderación jurisdiccional»<sup>21</sup>, y es que estamos naturalmente ante un *numerus apertus* que es consecuente con la naturaleza del principio de proporcionalidad y sus fines, tratándose de un principio que tiene uno de sus principales fundamentos en que en la práctica pueden darse situaciones que, aun subsumiéndose en un supuesto de hecho similar, poseen unas características específicas que las distinguen entre sí.

Sea como fuere, lo que sí es indiscutible es que la existencia de estos y otros criterios están vinculados a la discrecionalidad del operador jurídico a la hora de fijar el importe de una sanción cuando dicho importe no venga determinado en la ley, discrecionalidad que va a operar en un doble sentido: a la hora de determinar si alguno o varios de los criterios de graduación resultan aplicables y a la hora de cuantificar la intensidad con la que deban ser utilizados.

### 3 LA RECEPCIÓN DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN EN LA LEY 14/1986, DE 25 DE ABRIL, GENERAL DE SANIDAD

Analizada la LRJSP, cabe referirse ahora a la normativa vigente en el ámbito sanitario, ámbito en el que existen multitud de normas que contienen mandatos y reglas relativas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, y la primera ley que se debe considerar en este ámbito a nivel estatal es la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (en adelante LGS), que, pese a no proclamar el principio de proporcionalidad, sí lo consagra en su artículo 34 cuando señala que «las infracciones se califican como leves, graves y muy graves, atendiendo a los criterios de riesgo para la salud, cuantía del eventual beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración sanitaria y social producida, generalización de la infracción y reincidencia».

Es esta la única vertiente del principio de proporcionalidad (la abstracta) que se contempla en dicha norma puesto que, por el contrario, a la hora de dar unas pautas acerca de cómo debe decidir la Administración el importe exacto de la sanción, la LGS inexplicablemente no aporta prácticamente nada. Para ser exactos las únicas manifestaciones del principio de proporcionalidad en torno a la determinación del importe de las sanciones que encontramos son muy indirectas y son dos.

En primer lugar, podemos apreciar una aplicación muy concreta del deber de adecuar la entidad de la sanción a la gravedad de la infracción en el hecho de que el legislador haya decidido reservar las sanciones consistentes en «el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años» para el castigo de infracciones muy graves, adjudicando además la posibilidad de su imposición al acuerdo del órgano de mayor jerarquía de la Administración, que no es otro que el Consejo de Ministros o los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, tal como se recoge en el artículo 37.2.

Por otro lado, tenemos otra manifestación que se refiere a la obligación de adecuación del importe de la sanción, no ya a la gravedad de la infracción sino a la realidad socioeconómica

del tiempo en que han de ser aplicadas. En concreto, señala el artículo 36.3 que «las cuantías señaladas anteriormente deberán ser revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno, por real decreto, teniendo en cuenta la variación de los índices de precios para el consumo».

Resulta notoria la necesidad de contar con unos criterios de graduación que permitan orientar la labor sancionadora de la Administración en la materia, ya que las diferencias entre los topes máximos y mínimos previstos para las multas de las infracciones (especialmente para las muy graves) tipificadas en dicha ley son enormes<sup>22</sup>. En esta línea, apunta Rebollo Puig que la defectuosísima técnica de tipificación de las infracciones llevada a cabo en esta ley es la que justifica la existencia de lo que considera una excesiva discrecionalidad de la Administración a la hora de decidir el importe de la sanción<sup>23</sup>, lo que convierte en más clamorosa todavía la ausencia de unos criterios de graduación.

Por el contrario, lo que esta regulación demuestra es el claro desconocimiento que en el año 1986 existía acerca de las consecuencias y la necesidad de la implantación del principio de proporcionalidad, puesto que los criterios de graduación que el antedicho artículo 34 recoge para la calificación de las infracciones son en realidad los que el legislador debería haber previsto para orientar la labor de fijación de la sanción de la Administración. Al fin y al cabo, si lo que el legislador quería era explicar o dar a conocer las razones en las que se había basado para decidir incluir una determinada infracción en la categoría de leve, grave o muy grave, el sitio natural para hacerlo era en la exposición de motivos de la ley y no en la parte dispositiva de la misma. Tan sólo tiene sentido recoger los criterios de graduación de las infracciones en una ley que, como la LRJSP, vaya a servir de guía para la determinación del régimen sancionador que se vaya a llevar a cabo en otras leyes, pero no en una ley sectorial donde ya deben quedar perfectamente delimitadas todas las conductas que sean merecedoras de castigo y la naturaleza de cada una de ellas, acompañando a dicha delimitación los criterios que el operador jurídico debería usar para concretar, dentro del rango de importe mínimo y máximo que la ley prevea, la cuantía exacta de la sanción que proceda imponer en cada caso.

Este inexplicable lapsus debe ser salvado, en opinión de autores como el propio Rebollo Puig, mediante la aplicación analógica de los criterios de “graduación” de las infracciones para ser usados como criterios de graduación de las sanciones. Así, señala el citado autor, a modo de ejemplo, en el caso de que lo que concurra sea la infracción consistente en la reincidencia en la comisión de infracciones leves en los últimos tres meses que determinará que la conducta sea tipificada como una infracción grave en virtud de lo señalado por el artículo 35 B 7º LGS, «posiblemente resulte proporcionado imponer la sanción en cuantía superior que si tales antecedentes no existieran», a lo que añade que «en la comisión de unos hechos que de por sí constituyen infracción muy grave la reincidencia no podrá determinar una superior calificación, pero sí imponer la sanción en grado máximo»<sup>24</sup>.

Como quiera que fuese, no parece, en realidad, que haya sido el contexto de reciente aceptación en nuestro país del principio de proporcionalidad el que haya determinado esta grave tara de la LGS, pues otras leyes mucho más modernas que ésta en este ámbito incurrir todavía en este error. Pensemos, por ejemplo, en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública (en adelante LGSP), que adolece de los mismos defectos que la LGS y en la que también existen grandes márgenes entre los topes mínimo y máximo de las sanciones<sup>25</sup>, o en la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición (en adelante LSAN), que en su artículo 51 se pronuncia en idénticos términos a los señalados por la LGS.

Lo que sí resulta paradójico de estas dos últimas normas es que, pese a haber sido aprobadas el mismo año, presentan una gran diferencia, pues mientras que la LGSP suple la carencia de unos criterios de graduación con la acertada remisión expresa a la aplicabilidad de los previstos por la LRJAP-PAC (remisión que se debe entender hecha ahora a la LRJSP), la LSAN no lo hace. Lo que sí prevé la LSAN, en cambio, es la posibilidad de imponer sanciones accesorias, y lo hace contemplando la posibilidad de dar publicidad a las sanciones que se impongan «siempre que concurra riesgo para la salud o seguridad de los consumidores, reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción» (artículo 53 LSAN).

#### **4 LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN EN LA LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD ALIMENTARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL REAL DECRETO 1945/1983, DE 22 DE JUNIO**

Para salvar el vacío que supone no haber previsto en la ley ningún tipo de pauta o criterio al que deba someterse la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora, al menos la LSAN ha tomado la precaución de remitirse a lo dispuesto por el Real decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria tal como se puede ver en la disposición final tercera de aquella ley, que señala que en lo no previsto expresamente en la propia ley será de aplicación dicho real decreto, sin perjuicio de sus ulteriores modificaciones o adaptaciones por el Gobierno.

Sin duda, y en lo que al principio de proporcionalidad concierne, lo más interesante de este real decreto es que completa el régimen jurídico de la LSAN, puesto que aquella norma sí recoge los criterios de graduación de las sanciones. En concreto, señala su artículo 10.2 que la cuantía de la sanción se graduará de conformidad con una serie de criterios que son los que pasamos a analizar.

##### **4.1 El volumen de ventas**

Las razones que explican su inclusión como un criterio de graduación son básicamente tres<sup>26</sup>.

En primer lugar, se apunta una razón de justicia social reflejada en la idea muy extendida de que es justo que quien más tenga más pague. Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria<sup>27</sup>.

Esta razón ha sido objeto de varias críticas basadas en que la conducta infractora ha de ser reprendida en base al daño causado al bien jurídico protegido y a la culpabilidad del sujeto activo, pero no porque el negocio del infractor vaya mejor o peor. Además, se ha dicho que este criterio desconoce que el volumen de ventas no revela la verdadera capacidad económica del sujeto, pues la capacidad económica debe equipararse a los rendimientos obtenidos y no al simple ejercicio de una actividad<sup>28</sup>. En tal sentido, es posible que una empresa cuente con un volumen de ventas alto y que, sin embargo, la rentabilidad que obtenga sea mínima o incluso es posible que el infractor cuente con poca liquidez<sup>29</sup>.

Pero, al margen de dichas críticas, lo cierto es que, como ha dicho la Audiencia Nacional, «el volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma me-

dida, permite calcular *a priori* la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él. A la “situación económica del culpable” se refieren asimismo los artículos 50 y 52 del Código penal a los efectos de la imposición de las multas. Y en cuanto factor de cálculo, es también utilizado en otros sectores del derecho administrativo sancionador, como es el caso de ciertas infracciones tributarias»<sup>30</sup>.

En segundo lugar, se alude también a la necesidad de encontrar fórmulas para dar cumplimiento al mandato contenido en el ya transcrito artículo 29.2 de la LRJSP, es decir, mecanismos que ayuden a evitar que la comisión de las infracciones tipificadas resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

Finalmente, se entiende que una tercera razón radicaría en el interés en lograr que las multas impuestas puedan ser efectivamente pagadas por el infractor.

Cuando el infractor es una empresa pequeña y, por tanto, su capacidad económica es limitada, el hecho de que le sea impuesta una multa de una entidad considerable podría conducirle al cierre del negocio, por no tener capacidad suficiente para afrontar el pago de la misma, lo que además supondrá que la multa quedará sin cobrar. Por el contrario, si la empresa que ha cometido la infracción posee una cierta entidad, como norma general, se le presume también una cierta capacidad de afrontar el pago de una multa más elevada sin que ello ponga en peligro su continuidad.

¿Y qué es lo que se debe entender exactamente por volumen de ventas? La Audiencia Nacional<sup>31</sup> ha señalado que la virtualidad del propio principio de proporcionalidad impide extender los efectos punitivos de la sanción a aquellas actividades que serían ajenas al ámbito de la infracción, por lo que, si la entidad sancionada se dedica a más actividades además de a aquella cuyo desarrollo supuso la comisión de la infracción, a la hora de considerar la aplicación de este criterio de graduación deberá tenerse en cuenta únicamente el volumen de ventas generado en la concreta actividad que dio lugar a la infracción. Únicamente si el legislador hubiese añadido el adjetivo de “total” (es decir, que no hablase de “volumen de ventas” sino de “volumen de ventas total”) se podría interpretar que afectaría a todos los sectores de actividad de la entidad sancionada, pero, no siendo así, debe, como decimos, ceñirse a la actividad causante de la infracción.

Señala la propia Audiencia Nacional<sup>32</sup> que «se han puesto de relieve en ocasiones ciertas consecuencias “disfuncionales” de esta opción legislativa, como serían, entre otras, suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo indirecto a la creación de grandes conglomerados empresariales que incluyan actividades diversificadas. Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden más bien a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos, bastan para negar la validez de la opción del legislador».

Por otro lado, la propia Audiencia Nacional<sup>33</sup> ha delimitado el período de referencia que se ha de tomar en consideración para determinar el alcance del criterio examinado, y lo que ha dicho es que «el volumen de negocios que ha de considerarse es el del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

## 4.2 La cuantía del beneficio ilícito obtenido

Se trata de un criterio frecuentemente recogido por el legislador y, sin duda, responde a la necesidad de que la infracción no le resulte beneficiosa al infractor. Es un criterio que permite

llegar a imponer sanciones de cuantía distinta a una empresa grande y a una pequeña cuando en realidad la infracción que se castigue sea la misma y haya sido cometida en idénticas circunstancias, pero ello viene justificado por el hecho de que la capacidad económica que una y otra tienen para afrontar el pago de la multa también es distinta<sup>34</sup>, lo que entendemos que ha de tenerse en cuenta precisamente para conseguir que al infractor no le resulte más beneficioso incumplir la norma pese a la sanción que cumplirla.

Sin embargo, este criterio (al igual que el del volumen de ventas) se ha articulado defectuosamente cuando la norma no considera la posibilidad de que el umbral máximo de la sanción resulte inferior al beneficio obtenido. Ello no ocurre en el Real decreto 1945/1983, de 22 de junio, pues, a los efectos de no suscitar en el posible infractor la sensación de que le compensa infringir porque lo máximo que vaya a perder sea el beneficio obtenido, se prevé que pueda desbordarse el umbral máximo de sanción previsto. Así, el artículo 10 señala, para las infracciones graves y muy graves, que se podrá rebasar el tope fijado para las multas con las que se pueden castigar unas y otras hasta alcanzar el quíntuplo y el décuplo respectivamente del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

Pese a lo afortunado de esta previsión, voces como la de Gómez Tomillo opinan que ni siquiera en este caso estaría garantizado un correcto efecto preventivo, puesto que en el caso de que el beneficio efectivo sea reducido (con lo que también lo sería la sanción) al infractor le puede seguir interesando infringir, dado que la sanción sería pequeña y que además puede confiar en la posibilidad de no ser descubierto o que el beneficio esté mal calculado<sup>35</sup>, si bien el propio autor apunta a la posibilidad de que se recurra para evitarlo a tasaciones de expertos, cuyo coste debería ser asumido por el propio infractor.

Respecto de qué es lo que se debe considerar como “beneficio”, autores como Blanco Cordero opinan que el beneficio a tener en cuenta ha de ser el bruto<sup>36</sup>, esto es, sin descontar los gastos en los que se hubiera podido incurrir para conseguirlo, pero frente a esto tenemos sentencias del TS<sup>37</sup> que sostienen justo lo contrario, esto es, que defienden que el beneficio ha de ser el neto, el beneficio obtenible «una vez deducidos los gastos inherentes a la obtención del producto».

#### **4.3 El efecto perjudicial que la infracción haya podido producir sobre los precios, el consumo o el uso de un determinado producto o servicio o sobre el propio sector productivo**

Se trata de una adaptación del criterio de la naturaleza de los perjuicios causados, criterio cuya inclusión de por sí no ha tenido una gran aceptación, y es que un sector de la doctrina entiende poco afortunada su consideración como circunstancia que pueda modular la responsabilidad del infractor, tratándose más bien de un criterio que guarda mayor relación con el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

Señala Sempere Navarro<sup>38</sup> que, en primer lugar, ha de plantearse si este perjuicio es real, es decir, «si debe haberse producido efectivamente o si puede tratarse de un perjuicio potencial», concluyendo que, «aunque existen argumentos para sostener la posición restrictiva, la jurisprudencia entiende que no es necesario que se haya producido un perjuicio real y efectivo», sino que basta con que concurren las condiciones necesarias para que se produzca para que resulte de aplicación.

Por otro lado, se deben entender comprendidos aquí todo tipo de efectos perjudiciales, económicos o no, que la infracción pueda producir en el sector en general y en el mercado en particular sobre los precios, el consumo o uso de un producto o servicio. Piénsese, por ejemplo, en las repercusiones de la apreciación de residuos contaminantes en frutas u hortalizas, el quebranto a la fiabilidad de las exportaciones o, como refiere la STSJ de Galicia 575/2005, de 20 de julio<sup>39</sup>, «la alarma social producida como consecuencia de la aparición de la encefalopatía espongiforme bovina», etc.

En tal sentido, puede volver a citarse la STS de 1 de octubre de 1997<sup>40</sup>, que no estima la gravedad de alteración social en la manipulación indebida de un producto intervenido (pimientos rojos con índices elevados de toxicidad por la presencia de residuos de metamidofos con límites superiores a los admitidos), cuya inmovilización se había producido para evitar la exportación de la mercancía a un país en el que resulta prohibida en razón del índice de toxicidad apreciado.

#### **4.4 El dolo, la culpa y la reincidencia**

El real decreto objeto de análisis recoge en un último apartado lo que en realidad son tres criterios diferentes, aunque relacionados, especialmente el dolo y la culpa. Pero por sus diferentes cualidades debemos analizarlos por separado.

##### **4.4.1 El dolo y la culpa**

Respecto del dolo, debemos remitirnos a lo ya explicado al analizar el artículo 29.2 LRJSP, en tanto que no deja de ser el propio criterio de intencionalidad. De hecho, la gran diferencia entre el dolo y la culpa se encuentra en la determinación de si el sujeto infractor ha actuado con intención de infringir (dolo) o no (culpa). Siguiendo a Zugaldia Espinar<sup>41</sup>, podemos afirmar que la gran diferencia entre uno y otro criterio es que, para poder apreciar que se ha producido una actuación dolosa, es necesario que el infractor quiera incumplir la norma o al menos acepte su violación como algo inevitable, mientras que para poder apreciar la existencia de una actuación culposa basta con que exista una falta de consideración por parte del infractor hacia el bien jurídico protegido que la norma protege. Dicho de otro modo, estamos ante una actuación culposa cuando el infractor no desea infringir la norma ni acepta su violación como algo inevitable, sino que, simplemente, o no piensa que su conducta pueda suponer un peligro para el bien jurídico protegido por la norma (culpa inconsciente) o, aun pensando que su conducta es peligrosa, no piensa que, en efecto, pueda llegar a producirse el daño (culpa consciente).

Estas categorías no son absolutamente puras y, de hecho, existe una figura híbrida entre ambas que es el dolo eventual. En el dolo eventual el infractor asume como posible el resultado infractor, si bien no lo desea directamente. La gran diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente radica en que, para que pueda hablarse de dolo eventual, es necesario que el autor de los hechos sea realmente consciente de que es muy probable que su conducta lesione el bien jurídico protegido por la norma y que, aun así, decida igualmente actuar, mientras que en el caso de la culpa consciente el sujeto entiende que es posible que se produzca un daño, pero no actuaría en el caso de verlo como algo muy probable.

Cabe señalar, además, que las circunstancias examinadas no sólo son determinantes de la imposición de una u otra sanción según concurran o no, sino que la propia normativa las valora como elementos a considerar para tipificar una conducta con el carácter de leve, grave o muy grave. Así, por ejemplo, en el artículo 35 LGS se establece que, cuando la infracción se haya cometido mediando simple negligencia, tendrá la consideración de leve «siempre que la altera-

ción o riesgo sanitarios producidos fueren de escasa entidad», si bien, y sin aclarar convenientemente la discordancia que produce, el artículo 36 considera que «la falta de las precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate» determinará que la infracción sea grave. Ante la falta de cualquier tipo de aclaración complementaria que nos permita entender cuando la infracción será leve o grave habrá que interpretar que la falta de precauciones exigibles será constitutiva de una infracción leve (y no grave) si la alteración o riesgo sanitarios producidos fuesen de escasa entidad y grave en caso contrario.

Esto es lo que a la culpa se refiere, pero también la LGS contempla el dolo como una circunstancia determinante de la categorización de una conducta dentro de un tipo de infracciones; en concreto, de las infracciones muy graves, al decir el propio artículo 35 que serán infracciones muy graves, entre otras, «las que se realicen de forma consciente y deliberada, siempre que se produzca un daño grave».

Con estas previsiones pierde ya su sentido e incluso podría resultar contraria a derecho la utilización del dolo y la culpa como criterios de graduación de las sanciones, especialmente en lo que al uso del dolo se refiere, pues no parece muy acertado agravar el importe de una sanción basándose en que la actuación se ha realizado de forma consciente y deliberada cuando precisamente dicha circunstancia ya se tuvo en cuenta para tipificar la conducta como muy grave en lugar de darle la consideración que, ordinariamente y de conformidad con el listado de infracciones recogido en la ley, le correspondería. Afortunadamente la LGSP no ha caído ya en este error.

#### 4.4.2 La reincidencia

Con este criterio se pretende que el castigo impuesto al infractor sea más severo por haber cometido infracciones con anterioridad, lo cual no resulta incompatible con la prohibición del *bis in idem*, puesto que, para que juegue esta prohibición, es necesario que concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (artículo 31 LRJSP<sup>42</sup>), y ello no sucede en el caso de agravar una sanción basándose en una sanción previa por los mismos hechos. A este respecto debemos traer a colación la paradigmática STC 150/1991, de 4 de julio, en la que el TC concluyó que con la agravante de reincidencia no se vuelve a castigar el hecho anterior, sino única y exclusivamente el hecho posterior<sup>43</sup>.

La aplicación de la reincidencia pretende que la sanción que resulte sea todavía más coactiva que la ordinaria y consiga amenazar al infractor con una represalia que sea de tal entidad como para que, en lo sucesivo, su comportamiento sea respetuoso con las obligaciones que le han sido legalmente impuestas.

Su aplicación, según lo que se deduce del artículo 29 LRJSP, requiere del cumplimiento de cuatro requisitos.

1. El infractor ha de haber sido sancionado anteriormente.

El problema es que no se prevé ninguna regla para los supuestos de multirreincidencia, bien sea porque el imputado haya sido sancionado en varias ocasiones anteriormente por la misma infracción o que lo haya sido por la comisión de infracciones de la misma naturaleza, pero no necesariamente por la misma infracción.

Por tanto, la normativa ha sido indulgente con aquellos que ya hayan infringido la ley en varias ocasiones, echándose de menos alguna medida que posibilite la imposición de un castigo más severo para aquel que con su *modus operandi* demuestre un mayor desprecio por el bien jurídico protegido que para aquel que ha infringido la norma por segunda vez (*vbg.* mediante el

establecimiento de alguna escala progresiva en virtud de la cual se fuese incrementando la sanción en mayor o menor medida en función de cuantas fuesen las infracciones que se hubiesen cometido con anterioridad en el período de referencia), pues la regulación actual transmite al infractor la percepción de que, una vez que se ha cometido la segunda infracción, que incurra en una tercera o una cuarta no le será especialmente reprochable.

Sí existe una graduación en el ámbito sanitario, pero no se refiere a la graduación de las sanciones, sino a la de las infracciones, pues se prevé que la reincidencia en la comisión de infracciones determinará que la conducta será castigada como una infracción de grado superior. Así, la LGS dispone en su artículo 35 que la reincidencia en la comisión de infracciones leves dará lugar a castigar una acción que se tipifique como infracción leve como si fuese una infracción grave, mientras que el artículo 36 prevé lo mismo respecto de la reincidencia en la comisión de infracciones graves que convertirá la infracción cometida en una de tipo muy grave.

Mayor desconcierto nos producen, sin embargo, las previsiones de la LSAN, que, a la hora de agravar las infracciones leves o graves, lo hace (artículo 51 en sus apartados 2 y 3<sup>44</sup>) ciñendo la conducta infractora anterior únicamente a la comisión de la misma infracción, desviándose con ello del verdadero objetivo de esta agravante, que es el de conseguir que el infractor habitual deje de serlo y el de crear una conciencia en el administrado de respeto por las normas.

2. Ha de existir una identidad de naturaleza entre la infracción anterior y la que se sanciona.

Esta es la principal característica que nos permitía diferenciar la reincidencia de la reiteración, ya que no se exigía para esta última, aunque ello ya no resulta útil, puesto que la figura de la reiteración, que ya había desaparecido del ámbito penal con la aprobación del actual Código penal de 1995, ha desaparecido también del administrativo sancionador con la LRJSP.

Lo que sí resulta relevante de esta característica es que introduce una importante diferencia entre la reincidencia y el resto de agravantes, pues, si estas son de apreciación automática, no teniendo en ellas demasiada cabida la discrecionalidad, en el caso de la reincidencia en algunos casos puede no darse esta inminente aplicación de la agravante. Nos referimos a aquellos supuestos en los que para poder apreciar la reincidencia sea preciso que el órgano competente compare la conducta que se pretende sancionar con infracciones anteriormente cometidas por el imputado a fin de determinar si las infracciones comparadas participan o no de la misma naturaleza.

3. Necesidad de resolución firme en vía administrativa.

Es necesario que las infracciones que se vayan a utilizar como antecedentes hayan sido objeto de una sanción firme en vía administrativa, lo que significa que se valora si el infractor, en el momento de cometer la infracción, era consciente de la firmeza de la infracción anterior<sup>45</sup> y, por tanto, de que su conducta era ilícita (punto este en el que el criterio de reincidencia se conecta con el del dolo), lo cual resulta positivo desde el punto de vista de la proporcionalidad, pues es más reprochable la infracción de un sujeto plenamente consciente de que su conducta está prohibida que la conducta de aquel cuya primera infracción aún es objeto de discusión y que, por este motivo, aún no sabe si su conducta es o no conforme a derecho.

La firmeza que se exige es administrativa y no jurisdiccional, lo cual entraña el peligro de que en el caso de que la sanción impuesta por la primera infracción –y tomada en cuenta para agravar la sanción impuesta por la segunda infracción– sea posteriormente anulada en vía jurisdiccional, el sancionado se verá obligado a acudir a la vía contencioso-administrativa no ya para impugnar la segunda sanción basándose en que su conducta no merezca ser sancionada, sino para impugnarla basándose en una indebida aplicación de la agravante de reincidencia.

Cierto que esta eventualidad se evitaría exigiendo la firmeza en vía jurisdiccional, pero este no sería el único camino para lograrlo y, además, esta opción nos conduciría a otro problema si cabe todavía más grave, que sería la ineficiencia funcional de la propia agravante, pues no podemos ignorar que en la actualidad la duración media de tramitación de los procedimientos y resolución de los litigios es de 12,6 meses para los juzgados de lo contencioso-administrativo y 23,7 meses en los tribunales superiores de justicia<sup>46</sup>. En tal escenario, si el recurrente agotase todas las instancias judiciales, una sanción no adquiriría firmeza jurisdiccional hasta pasados de media unos 36 meses, por lo que, con la exigencia de una firmeza jurisdiccional, ocurriría que durante ese período medio de 3 años la agravante de reincidencia no podría ser aplicada dejando con ello sin amenaza al infractor.

Podría evitarse el perjuicio descrito en aquellos casos en que la Administración tenga noticia de la anulación de la sanción correspondiente a la primera de las infracciones durante la tramitación del procedimiento en virtud del cual se vaya a imponer la segunda, ya que, dado que aún no se ha impuesto la segunda de las sanciones, todavía estaría a tiempo el imputado de alegar esta circunstancia para que sea tenida en cuenta por la Administración al fijar el importe de la segunda sanción. Pero en el resto de supuestos, que probablemente sean los más comunes, se produciría ese indeseable incremento de la litigiosidad y ello requiere de una solución.

Existiría otra posibilidad que no acarrea, en principio, un notable coste para el perjudicado, y es la de que el sancionado se oponga a las sanciones firmes en vía administrativa a través del denominado recurso extraordinario de revisión, invocando, en el caso que nos ocupa, el segundo apartado del artículo 125 de la LPAC<sup>47</sup>. Pero, aun siendo este recurso de interposición gratuita, la solución adecuada sería exigir que la Administración aprecie de oficio esta circunstancia cuando concurra y rebaje la sanción a su cuantía correspondiente. En este sentido, debemos recordar que se ha previsto en la LPAC la institución de los procedimientos de revisión y, entre ellos, la revocación de actos desfavorables o de gravamen.

#### 4. Plazo de 1 año desde la sanción de las anteriores infracciones.

Debemos considerar este plazo de 1 año con independencia de si en ese período se hubiese cometido o no la infracción que se toma como referencia e incluso con independencia de si la sanción se hubiese impuesto o no dentro de ese período, pues lo que se tiene en cuenta es que la sanción que se le hubiese impuesto haya adquirido firmeza en ese período.

Así pues, tenemos dos fechas de referencia: la de la comisión de la nueva infracción (*dies ad quem*) y la de la fecha en la que la resolución por la que se impuso al infractor una sanción anterior por la comisión de una infracción de la misma naturaleza que la que ahora se ha cometido y se va a sancionar se convierte en inatacable (*dies a quo*), bien sea porque el recurso que haya interpuesto haya sido desestimado agotando así la vía administrativa o bien porque, habiendo transcurrido el plazo para interponer el correspondiente recurso, no lo hizo.

## 5 CONCLUSIONES

Si bien las proyecciones del principio de proporcionalidad y, más en concreto, la necesidad de dotar a la Administración de unos criterios que le permita fijar el importe de la sanción que resulte más adecuado a las circunstancias concretas de cada caso no fueron debidamente absorbidas por el legislador en la LGS, las restantes normas vigentes en materia de seguridad alimentaria han tratado de paliar esta insostenible carencia. Pese a ello, podemos afirmar que tal

labor no ha sido del todo fructífera, y es que una revisión de los criterios de graduación presentes en la referida normativa nos descubre la existencia de unos criterios abiertos y cuestionados de los que deriva una indeseable multitud de problemas prácticos que se presentan a la hora de su aplicación.

De lo que debería ser una regulación que contribuyese a contar con unos instrumentos que aporten seguridad jurídica y la realización de un ideal de adecuación de la gravedad de una conducta a la severidad de su castigo, nos encontramos con que la técnica utilizada por el legislador se revela en ocasiones confusa e incluso anticuada al no haber respondido de forma suficientemente coherente a los patrones introducidos por la LRJAP-PAC y consolidados por la actual LRJSP.

Con todo y pese a que se debe subrayar la necesidad de que se acometa una actualización de dicha regulación conforme a dicha normativa de referencia, se debe agradecer la existencia de unos mecanismos que permitan la graduación de las sanciones en una materia tan delicada como la de la seguridad alimentaria.

## 6 BIBLIOGRAFÍA

- Barnes Vázquez, J. 1994 «Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario», *Revista de Administración Pública*, 135, 495-538.
- Blanco Cordero, I. 2011 «El comiso de ganancias ¿brutas o netas?», *Diario la Ley*, 7569, 1631-1649.
- Brealey, R. 2015. *Principios de finanzas corporativas*. México DF: Ed. Mc Graw-Hill.
- Coronado Sierra, M. 2004. «La potestad sancionadora», en A. Menéndez Moreno (dir.), *Visión práctica de la nueva Ley general tributaria*. Valladolid: Ed. Lex Nova.
- Fernández de Soto Blass, M. L. 2007. «El principio de proporcionalidad en la Administración pública y sus implicaciones tributarias», en C. Albiñana García-Quintana (coord.), *Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala*. Madrid: Ed. Dykinson.
- Gallardo Castillo, M. J. 2008. *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*. Madrid: Ed. Iustel.
- Gómez Tomillo, M. 2012. «Comiso del beneficio ilícito y sanción en el derecho administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, 31, 1-16.
- López González, J. I. 1988. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla: Ed. Instituto García Oviedo.
- Nieto García, A. 2002. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Nieto García, A. 2005. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Quirós Lobo, J. M. 1996. *Principios de derecho sancionador*. Granada: Ed. Comares.
- Parada Vázquez, R. 1999. *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30 /1992 de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Póveda Blanco, F. 2005 «La imposición sobre las actividades económicas en la hacienda local a los 25 años de la Constitución», *Documentos. Instituto de Estudios Fiscales*, 4, 3-31.
- Ramírez, G. 2015 «El volumen de negocio del infractor como criterio de graduación de la sanción», <http://www.puntozero.es/blog/el-volumen-de-negocio-del-infractor-como-criterio-de-graduacion-de-la-sancion> (21-12-2015).
- Rebollo Puig, M. 1989. *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*. Madrid: Ed. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rosembuj Erujimovich, T. R. 1994. *El tributo ambiental*. Barcelona: Ed. Iuris Minor.
- Santamaría Pastor, J. A. 2002. *Principios de la potestad sancionadora*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D. 2004. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Sempere Navarro, V. 2001. *Derecho sancionador público del trabajo*. Madrid: Ed. Colex.
- Trayter Jiménez, J. M. y Aguado I Cudola, V. 1995. *Derecho administrativo sancionador: materiales*. Barcelona: Ed. CEDECS.

VV. AA. 2015. *Memoria anual Consejo General del Poder Judicial para el año 2015 Panorámica de la Justicia*.

Zugaldía Espinar, J. M. 1986. «La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2 (39), 395-422.

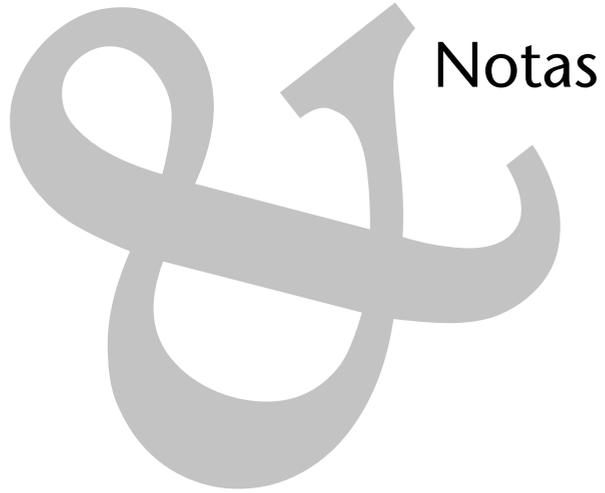
## NOTAS

---

- 1 Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:410 y ss.
- 2 López González, 1988:19 y ss.
- 3 Barnes Vázquez, 1994:511.
- 4 Trayter Jiménez y Aguado I Cudola, 1995:89 y ss.
- 5 Quirós Lobo, 1996:39.
- 6 Esta es la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante LPAC).
- 7 Santamaría Pastor, 2002:391 y ss.
- 8 Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:414-415.
- 9 Santamaría Pastor, 2002:393 y ss.
- 10 Parada Vázquez, 1999:414.
- 11 De hecho esta previsión se puede considerar como una regla complementaria del principio de “Quien contamina paga”. Sobre este principio y sus implicaciones fiscales, *vid.* Rosembuj Erujimovich, 1994:14 y ss.
- 12 Fernández de Soto Blass, 2007:337 y ss.
- 13 Dice el comentado artículo en este punto que «se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción».
- 14 Sirva por todas la expresiva STS de 13 de abril de 2009, que condensa los susodichos test o juicios del siguiente modo: «... y finalmente la estricta observancia del principio de proporcionalidad concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). Del mismo modo y reproduciendo esta doctrina, SSTC 234/1997, de 18 de diciembre; 70/2002, de 3 de abril; y 25/2005, de 14 de febrero».
- 15 *Vid.* Sarmiento Ramírez-Escudero, 2004:317 y ss.
- 16 Trayter Jiménez y Aguado I Cudola, 1995:89 y ss.
- 17 Gallardo Castillo, 2008:227.
- 18 Nieto García, 2002:242 y ss.
- 19 Santamaría Pastor, 2002:391 y ss.
- 20 Nieto García, 2005:246.
- 21 Quirós Lobo, 1996:41.
- 22 Dispone el art. 36 LGS que las infracciones muy graves serán sancionadas con multas «desde 2.500.001 a 100.000.000 de pesetas, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción», es decir, que el mínimo es de 15.025, 30 € y el máximo de 601.012,10 €.
- 23 Rebollo Puig, 1989:739 y ss.
- 24 Rebollo Puig, 1989:751.
- 25 En el caso de las infracciones muy graves, se prevé una horquilla de entre 60.001 hasta 600.000 euros.
- 26 Ramírez, 2015. El volumen de negocio del infractor como criterio de graduación de la sanción en el blog publicado en la web <http://www.puntozero.es/blog/el-volumen-de-negocio-del-infractor-como-criterio-de-graduacion-de-la-sancion> (21-12-2015).
- 27 Sobre esta cuestión resulta paradigmática la controvertida STC 76/1990, de 26 de abril. En dicha sentencia señalaba el TC que, si bien cuando el constituyente consagra en el art. 31 CE el principio de capacidad económica «está pensando en el ingreso público y no en las sanciones tributarias (...) de ahí no cabe deducir una prohibición de aplicar dichos principios a otro ámbito. Pues una cosa es establecer mandatos constitucionales y otra bien distinta formular prohibiciones...» y, lo que es más, añade que la desatención del principio de la capacidad contributiva en el ámbito sancionador «llevaría al resultado absurdo de una sanción impuesta sin posibilidades reales de pago».
- 28 Póveda Blanco, 2005:138 y ss.
- 29 Sobre la relación entre los conceptos de volumen de ventas, rentabilidad y liquidez *vid.* Brealey, 2015.
- 30 Sentencia de 10 de marzo de 2015, dictada en el recurso 696/2012.
- 31 Sentencia de 6 de marzo de 2013, dictada en el recurso 619/2010.

- 32 Sentencia de 10 de marzo de 2015, dictada en el recurso 696/2012.
- 33 Sentencia de 30 de noviembre de 2012.
- 34 Rebollo Puig, 1989:739 y ss.
- 35 Gómez Tomillo, 2012:1 y ss.
- 36 Blanco Cordero, 2011:1631 y ss.
- 37 Como la de 01-10-1997, ROJ 5801/1997.
- 38 Sempere Navarro, 2001:210.
- 39 ROJ 1800/2005.
- 40 ROJ 5801/1997.
- 41 Zugaldía Espinar, 1986:395 y ss.
- 42 Según dicho artículo, «no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».
- 43 El TC ve compatibles ambas figuras y subraya que, si bien es indudable que la reincidencia «presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos...».
- 44 El referido artículo 51 en sus apartados 2 y 3 lista las conductas que se entenderán constitutivas de infracciones graves y muy graves respectivamente y cierra la primera de dichas enumeraciones previendo que será infracción grave «la reincidencia en la misma infracción leve en el último año» y la segunda estableciendo que será infracción muy grave «la reincidencia en la misma infracción grave en el último año».
- 45 Coronado Sierra, 2004:243 y ss.
- 46 Datos obtenidos de la *Memoria anual del Consejo General del Poder Judicial para el año 2015. Panorámica de la Justicia*.
- 47 Es decir, interpone el recurso basándose en «que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida».







## O estado da igualdade de xénero na UE

### El estado de la igualdad de género en la UE

### The state of gender equality in the EU



CRISTINA ARES CASTRO-CONDE

Profesora contratada doctora de Ciencia Política y de la Administración  
Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España)  
cristina.ares@usc.es

Recibido: 15/11/2015 | Aceptado: 08/03/2016

**Resumo:** O índice europeo de igualdade do Instituto Europeo para a Igualdade de Xénero, con medidas para os anos 2005, 2010 e 2012, alerta sobre a ralentización da progresión cara á igualdade para as mulleres en Europa, e mesmo detecta retrocesos nalgúns Estados membros. Este traballo repasa a evolución da política de xénero da UE, pon o foco nalgunhas das súas limitacións, e pregúntase como reformar o seu marco co obxectivo de mellorar o impacto desta política.

**Palabras clave:** Unión Europea, índice europeo de igualdade de xénero, política de xénero da UE, políticas de austeridade, método aberto de coordinación.

**Resumen:** El índice europeo de igualdad del Instituto Europeo para la Igualdad de Género, con medidas para los años 2005, 2010 y 2012, alerta sobre la ralentización de la progresión hacia la igualdad para las mujeres en Europa, e incluso detecta retrocesos en algunos Estados miembros. Este trabajo repasa la evolución de la política de género de la UE, pone el foco en algunas de sus limitaciones, y se pregunta cómo reformar su marco con el objetivo de mejorar el impacto de esta política.

**Palabras clave:** Unión Europea, índice europeo de igualdad de género, política de género de la UE, políticas de austeridad, método abierto de coordinación.

**Abstract:** The European Gender Equality Index from the European Institute for Gender Equality, that provides measures for 2005, 2010 and 2012, warns of a general slowing down in the trend toward greater gender equality across Europe; indeed, it shows a setback in various Member States. This piece reviews the evolution of the EU gender policy; it sheds light on some of its pitfalls; and it poses a question about how to reframe EU gender policy in order to improve its impact.

**Key words:** European Union, European Gender Equality Index, EU gender policy, austerity policies, open method of coordination.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 La Unión Europea, aliada en la lucha por la igualdad para las mujeres. 3 La igualdad de género en la UE, un objetivo lejano: ¿cada día más? 3.1 Presencia de mujeres en las instituciones de la Unión. 3.2 Índice europeo de igualdad de género. 4 Conclusiones.

“Avanzar hacia la igualdad para las mujeres –en casa y en la familia, en el lugar de trabajo, y en posiciones de poder político– sigue siendo uno de los principales retos a los que se enfrentan los gobiernos en el siglo XXI” (Inglehart y Norris, 2003:164)<sup>1</sup>

“La cultura importa, y de hecho importa mucho” (*ídem*: 8)<sup>2</sup>

## 1 INTRODUCCIÓN

En 2003, los profesores Inglehart y Norris (2003) llamaban la atención sobre el hecho de que a lo largo del siglo XX, con diferencias debidas, entre otros factores, a la edad y a la riqueza de sus países, muchas mujeres en distintas regiones del mundo habían experimentado en sus entornos familiares y laborales una mejora en la igualdad en relación con los hombres. Los procesos de modernización, si bien condicionados por la cultura y las instituciones de cada sociedad, por ejemplo el legado del comunismo, afectaban a las actitudes hacia la igualdad de género; este cambio actitudinal propiciaba, de una parte, la organización del movimiento feminista y en general la movilización de grupos defensores de la igualdad de género, y, de otra, el apoyo ciudadano a políticas públicas de refuerzo a este cambio cultural.

Durante la primera década del siglo XXI, observando solo la evolución de los datos de igualdad de género en la Unión Europea (UE), una de las regiones más comprometidas con el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres, nos preguntamos si la tendencia global hacia una mayor igualdad de género sufre una ralentización coyuntural o más bien nos encontramos ante el inicio del camino de vuelta hacia mayores cotas de desigualdad de género.

En primer lugar, este artículo retrata el compromiso de la Unión con la igualdad para las mujeres, así como la evolución de la política de género de la UE. La Comisión Europea, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia de la UE, el Lobby Europeo de Mujeres, y determinados Estados miembros, entre otros actores, han jugado el rol de emprendedores normativos y logrado la hegemonía de un marco favorable a la igualdad de género en la elaboración de políticas en la UE. Cosa bien distinta es, de una parte, el predominio de este marco normativo en todos los niveles de toma de decisiones, dadas las diferencias culturales e institucionales que persisten en los Estados miembros, y, de otra, el impacto de estas políticas de género.

En segundo lugar, revisamos la presencia de las mujeres en instituciones de la Unión y analizamos la preocupante evolución del índice europeo de igualdad de género desde 2005 (primer año para el que tenemos datos); y damos cuenta de las limitaciones de la actual política de género de la UE, debidas, en parte, a las escasas atribuciones de las instituciones de la Unión en materia de bienestar. Además, la igualdad de género ha perdido protagonismo en la agenda política europea, así como en la agenda de investigación de los estudiosos de la UE.

Este texto finalizará con sus conclusiones y bibliografía.

## 2 LA UNIÓN EUROPEA, ALIADA EN LA LUCHA POR LA IGUALDAD PARA LAS MUJERES

Las instituciones europeas, dentro de su ámbito competencial, han promovido siempre la igualdad para las mujeres. Inicialmente, el Tratado de Roma (1957) hablaba de igualdad de salario, en relación con la unificación del mercado, objetivo principal de la Comunidad Económica Europea. Posteriormente, el progresivo aumento del número de asuntos sobre las cuales las ins-

tituciones de la Unión tienen atribuidas competencias de forma más o menos extensa supuso la ampliación también de las bases jurídicas de los tratados que versan sobre igualdad de género.

De acuerdo con la distribución de competencias entre los niveles europeo y estatal, a día de hoy, los tratados reconocen la igualdad como valor fundamental de la Unión, común a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 2 TUE); y plantean fomentar la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo (artículo 3.3 TUE): en todas las acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombre y mujer y promover su igualdad (artículo 8 TFUE).

El artículo 23 de la *Carta de los derechos fundamentales de la UE* dice que deberá garantizarse la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución; y también que este principio no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

El Tratado de funcionamiento de la UE incluye bases jurídicas para: i) garantizar el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (artículo 157.3); y ii) luchar contra la trata de mujeres (artículo 79.2).

Finalmente, la Declaración 19 aneja al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, indica que combatir la violencia doméstica en todas sus formas constituye un objetivo transversal de las políticas europeas.

En estas referencias de los tratados a la igualdad de género observamos cómo la política de género de la UE, partiendo de la sola mención a la igualdad de retribuciones, ha adoptado el marco de género hegemónico para hablar de igualdad de oportunidades en todos los terrenos personales y profesionales y considerar la igualdad para las mujeres como un objetivo transversal de las políticas públicas de la UE.

Así, la actual Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2009-2015 subraya la contribución de la igualdad al crecimiento económico y el desarrollo sostenible, en línea con los objetivos estratégicos de Europa 2020; y en el Foro sobre el Futuro de la Igualdad de Género en la UE, celebrado en Bruselas los días 20 y 21 de abril de 2015, la actual comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de Género, Vera Jourova, fijó como prioridades en materia de igualdad para el próximo período no solo el acceso de más mujeres a puestos directivos o la reducción de la violencia contra las mujeres, sino también los permisos de paternidad y la lucha contra los estereotipos de género.

Gracias a la movilización de los grupos feministas y en general de las organizaciones de interés público defensoras de la igualdad entre hombres y mujeres, la receptividad e incluso el impulso de estos grupos por parte de la Comisión y el Parlamento europeos, y la propia labor de estas instituciones europeas como emprendedoras normativas, a lo largo del proceso de integración, no solo han aumentado las referencias a la igualdad de género en los Tratados y se ha ampliado el concepto de igualdad entre hombres y mujeres, sino que también ha crecido la variedad de las actuaciones a escala europea para la promoción de la igualdad para las mujeres.

La naturaleza de la acción de la UE ha sido necesariamente diversa. Mientras en algunos asuntos relativos a la igualdad, como las condiciones en el lugar de trabajo o los requisitos para recibir financiación del presupuesto de la UE, la Unión detenta amplias competencias y puede legislar bajo el método comunitario, en otros temas únicamente cuenta con el recurso al méto-

do abierto de coordinación y, por tanto, la posibilidad de, en lugar de legislar, emitir orientaciones y recomendaciones a los Estados.

Si buscamos la palabra "mujer" en el buscador de actos de la UE EUR-Lex, encontraremos 666 reglamentos, 93 directivas y 753 decisiones, del mismo modo que 637 opiniones y 151 recomendaciones. También, cuando repasamos el orden del día de las reuniones de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, nos hallamos con temas tanto de competencia exclusiva como compartida de la Unión e incluso exclusiva de los Estados, como violencia de género.

Conviene tener en cuenta, no obstante, que, en un ámbito como la igualdad para las mujeres tan condicionado por factores de índole cultural, las decisiones europeas adoptadas bajo el método abierto de coordinación pueden llegar a influir en la elaboración de políticas a nivel estatal y, en definitiva, sobre el terreno tanto como las tomadas bajo el método comunitario. El impacto territorial de las leyes de la UE variará en función de la cultura y las instituciones estatales; y las recomendaciones y orientaciones de la UE pueden influir sobre las ideas de forma similar a las directivas y reglamentos.

En cualquier caso, el tamaño del presupuesto de la UE, solo el 1% de la riqueza de la Unión y el 2,5% de su gasto público total, impide desarrollar a escala europea programas de gasto, como los relativos a servicios de guardería, atención a personas dependientes o incluso de apoyo a víctimas de violencia de género, que parecen ineludibles para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres. Además, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, en general, las llamadas políticas de austeridad han impuesto restricciones a la capacidad de gasto de los Estados que, en muchos casos, han derivado en recortes en políticas sociales relevantes para la igualdad entre hombres y mujeres.

A pesar de la complicidad de instituciones europeas como la Comisión o el Parlamento, el reconocimiento en los tratados y el número de actividades desarrolladas por la Unión para favorecer la igualdad para las mujeres, la política de género de la UE en el momento actual del proceso de integración es insuficiente para mantener la progresión hacia mayores cotas de igualdad entre hombres y mujeres.

En el siguiente apartado examinaremos la evolución de la presencia de las mujeres en instituciones de la Unión y analizaremos los resultados del índice europeo de igualdad de género en el período para el cual tenemos datos: 2005-2012.

### **3 LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA UE, UN OBJETIVO LEJANO: ¿CADA DÍA MÁS?**

#### **3.1 Presencia de mujeres en las instituciones de la Unión**

Para valorar la presencia de mujeres en las instituciones de la UE nos centramos en la Comisión y el Parlamento, las dos instancias más afines al marco de género y que han demostrado una mayor implicación en la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres. En ambos casos, constatamos tanto un incremento paulatino del porcentaje de mujeres como la lejanía de la perseguida paridad e incluso un estancamiento en la incursión de más mujeres en las instituciones.

**Tabla 1.** Mujeres en la Comisión Europea (1989-2014)

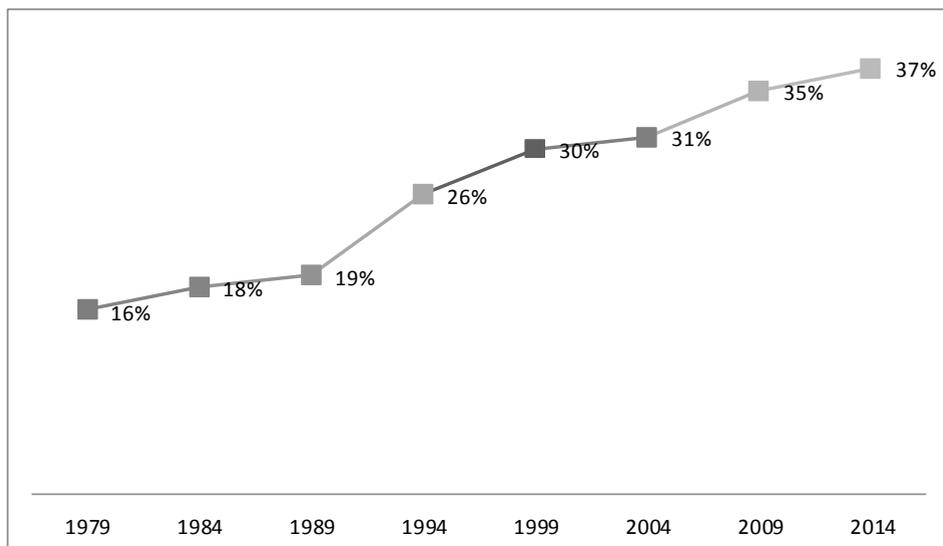
	1989	1993	1995	1999	2004	2009	2014
<i>Miembros</i>	17	17	20	20	27	27	28
<i>Mujeres</i>	2	1	5	5	8	9	9
<i>Porcentaje de mujeres</i>	12	6	25	25	30	33	32
<i>Presidenta</i>	no						

Fuente: elaboración propia

Como muestra la tabla número 1, nunca hasta la fecha una mujer ha sido elegida presidenta de la Comisión. El primer Colegio de Comisarios de la UE nacida en Maastricht (1992) contaba con una única mujer (6%) mientras que de la Comisión Barroso II (2009-2014) formaron parte 9 (33%). Sin embargo, pese a la insistencia del actual presidente de la institución, Jean-Claude Juncker, a los gobiernos estatales para que propusiesen candidatas mujeres, incluso a cambio de Carteras de mayor peso político, el actual colegio no cuenta con más comisarias (32%) que el anterior.

En lo que respecta al Parlamento Europeo, el porcentaje de mujeres, además de mostrar una evolución positiva, como refleja el gráfico 1, se ha situado históricamente sin excepción por encima del dato de la cámara baja de los parlamentos estatales (Fortin-Rittberger y Rittberger, 2014a; 2014b). Con todo, ni tras las últimas elecciones al Parlamento Europeo de mayo de 2014 se ha alcanzado la paridad, ni siquiera sumar el 40% del total de miembros de la Eurocámara.

**Gráfico 1.** Mujeres en el Parlamento Europeo (1979-2014)



Fuente: elaboración propia

Otro dato que confirma las dificultades para situar a mujeres en puestos de poder en la Unión es la elección de la figura de presidente del Consejo Europeo introducida en la reforma de los Tratados de Lisboa (2009). Dos varones fueron elegidos para este puesto, Herman van Rompuy y Donald Tusk; en ambas ocasiones, para buscar un cierto equilibrio de género, se recurrió a la figura del alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de inferior de rango, que ocupó Catherine Ashton durante el período anterior y detenta Federica Mogherini actualmente.

### 3.2 Índice europeo de igualdad de género

En 2013, el Instituto Europeo de Igualdad de Género puso en marcha el índice europeo de igualdad de género, previsto en el documento estratégico sobre igualdad entre hombres y mujeres del período 2010 (Comisión Europea, 2006). Este índice se construye a partir de un concepto amplio de igualdad que permite medir las diferencias entre hombres y mujeres en un extenso abanico de áreas relevantes desde el punto de vista de las políticas de la UE. Se trabaja con ocho dimensiones de la noción de igualdad de género, seis combinadas en un índice central (trabajo, dinero, conocimiento, tiempo, poder y salud), y dos dimensiones de carácter satélite debido a que no pueden aplicarse al conjunto de la población (violencia y desigualdades que se entrecruzan).<sup>3</sup>

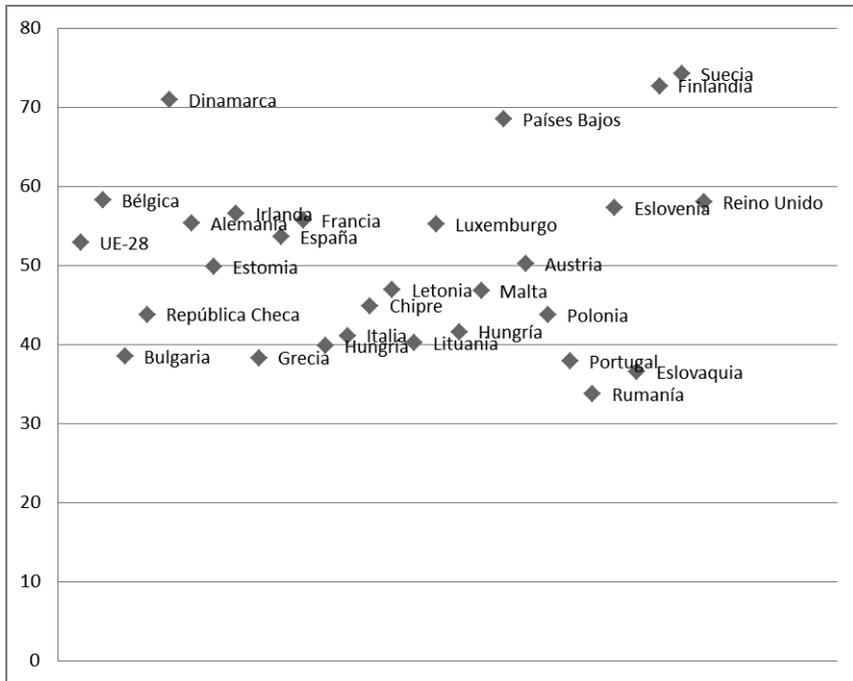
En 2015, el índice europeo de igualdad de género cuenta con puntuaciones para 2005, 2010 y 2012, con lo que por primera vez es posible realizar un análisis diacrónico tanto para la Unión en su conjunto como individualmente en relación con cada Estado miembro. La próxima actualización estará disponible en 2017.

Destacamos tres resultados. En primer lugar, el objetivo de igualdad para las mujeres en la UE está muy lejos de lograrse; siendo 100 la plena igualdad, el índice en 2012 para los 28 Estados miembros se sitúa en 52,9. En segundo lugar, los avances de 2005 a 2012 son muy modestos; en estos siete años, la progresión en el índice ha sido de tan solo 1,6 puntos para el conjunto de la UE, de 51,3 en 2005 a 52,9 en 2012. En tercer lugar, de 2005 a 2012 se producen retrocesos en el camino hacia la igualdad real entre hombres y mujeres en varios Estados.

El gráfico número 2 ilustra las diferencias en igualdad entre hombres y mujeres entre los actuales 28 Estados miembros de la Unión. Observamos tres grandes grupos de países en relación a la igualdad para las mujeres: los líderes son solo 4 países nórdicos; los intermedios suman 8; y el grupo más numeroso es el de los rezagados, compuesto por 15 de los 28 Estados. Mientras que los líderes presentan puntuaciones próximas a 70 sobre 100 [Suecia (74,2), Finlandia (72,7), Dinamarca (70,9) y Países Bajos (68,5)], los rezagados, entre los que se encuentran todos los países de las ampliaciones habidas desde 2004 inclusive y los mediterráneos salvo España, puntúan por debajo de 50, entre 50 y 30.

Al grupo intermedio tanto en puntuación, que oscila entre 60 y 50, como en tamaño, 9 de los 28, pertenecen, en orden decreciente de puntuación, Bélgica (58,2), Reino Unido (58), Eslovenia (57,5), Irlanda (56,5), Francia (55,7), Alemania (55,3), Luxemburgo (55,2), España (53,6) y Austria (50,2).

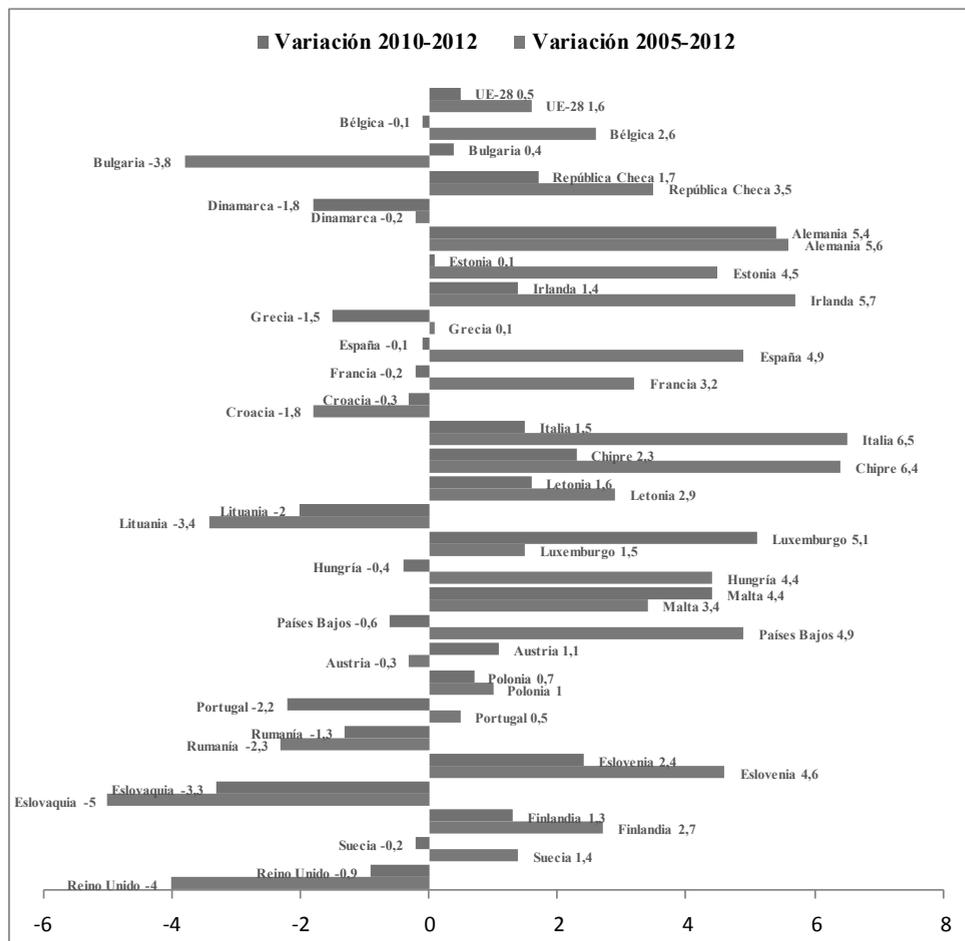
**Gráfico 2.** Las tres Europas de la igualdad para las mujeres (índice de igualdad de género 2012)



Fuente: elaboración propia

El gráfico número 3, por su parte, refleja los cambios en el índice europeo de igualdad de género por Estado miembro, de una parte, a lo largo de todo el período para el que tenemos datos, entre 2005 y 2012, y, de otra, solo entre 2010 y 2012.

Desde 2005, llama la atención el contraste entre países que avanzan notablemente hacia la igualdad, como Italia, Irlanda o Alemania, y Estados que retroceden significativamente, como Eslovaquia, el Reino Unido o Bulgaria.

**Gráfico 3.** Movimientos en el índice europeo de igualdad de género entre 2005 y 2012

Fuente: elaboración propia

Empleando los criterios, avance/retroceso desde 2005 y avance/retroceso en los dos últimos años para los que tenemos datos (2010-2012), podemos clasificar a los 28 estados miembros en 4 tipos: i) Estados en los que se avanza hacia la igualdad entre hombres y mujeres desde 2005; ii) países en los que se progresa a partir de 2005, pero se retrocede en los últimos años, de 2010 a 2012; iii) Estados en los que se retrocede desde 2005, aunque se avanza de 2010 a 2012; y iv) países en los que se retrocede a partir de 2005, como se muestra en la tabla número 2.

**Tabla 2.** Tipos de Estados miembros en función de los movimientos en el índice europeo de igualdad de género de 2005 a 2012

<i>Avanzan hacia la igualdad entre hombres y mujeres desde 2005</i> República Checa, Alemania, Estonia, Irlanda, Italia, Chipre, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Eslovenia, Finlandia	<i>Avanzan hacia la igualdad entre hombres y mujeres desde 2005, a pesar de que retroceden en los últimos años</i> Bélgica, Grecia, España, Francia, Hungría, Países Bajos, Portugal, Suecia
<i>Retroceden desde 2005, aunque avanzan de 2010 a 2012</i> Bulgaria, Austria	<i>Retroceden desde 2005</i> Dinamarca, Croacia, Lituania, Rumanía, Eslovaquia, Reino Unido

Fuente: elaboración propia

Vemos así como 20 de los 28 Estados miembros mejoran en igualdad de género desde 2005. También que 8 de estos 20 tienen dificultades a partir de 2010 para mantener el nivel alcanzado; entre ellos, dos de los países líderes, Suecia y Holanda, así como España, Grecia y Portugal. Observamos igualmente cómo entre los Estados que retroceden de 2005 a 2012 se hallan Dinamarca y el Reino Unido, países con puntuaciones elevadas todavía en 2012, y también Estados como Rumanía, Eslovaquia y Lituania, en el vagón de cola de la igualdad entre hombres y mujeres.

#### 4 CONCLUSIONES

A lo largo del proceso de integración europea se han ido ampliando los asuntos sobre los que la Unión puede actuar conjuntamente, también los vinculados a la igualdad entre hombres y mujeres en sus distintas dimensiones: profesional, sanitaria, de tiempo, etc.; y las instituciones de la Unión han adoptado y contribuido a difundir un marco favorable a la igualdad de género en la elaboración de políticas.

Sin embargo, los datos de igualdad entre hombres y mujeres no solo nunca han resultado lo suficientemente satisfactorios sino que han empezado a evolucionar de forma inquietante.

En 2014, por vez primera en la historia de la Unión, el porcentaje de mujeres en la Comisión Europea (32%) es inferior al del período anterior. Ese año tampoco se elige a una presidenta del Consejo Europeo, y el porcentaje de mujeres electas como miembros del Parlamento Europeo (37%), aunque no retrocedió y sigue situándose por encima del mismo dato en los parlamentos estatales, continúa alejado de la paridad.

En 2015, conocemos las puntuaciones para 2012 y la variación entre 2010 y 2012 del índice europeo de igualdad de género. Estos datos nos confirman, en primer lugar, la lejanía del objetivo de plena igualdad entre hombres y mujeres; la última puntuación, de 2012, es de 52,9 sobre 100. En segundo lugar, constatamos la ralentización de la marcha hacia la igualdad en la UE-28; desde 2005 solo se ha avanzado 1,6 puntos. Finalmente, detectamos cómo la desigualdad entre hombres y mujeres crece desde 2005 en varios Estados miembros.

Por todo lo anterior, nos preguntamos si, en la propia Unión Europea, a pesar del compromiso de las instituciones europeas con la igualdad para las mujeres, se ha iniciado el camino de vuelta hacia mayores cotas de desigualdad de género.

En el contexto de unas políticas de austeridad que se resisten a morir, y se suman al desde siempre reducido tamaño del presupuesto de la UE y la ausencia de un presupuesto propio para

la eurozona, así como la limitación de las competencias de la Unión en materia de sanidad, educación o bienestar social, resulta verdaderamente difícil garantizar la igualdad para las mujeres a través de acciones a escala europea.

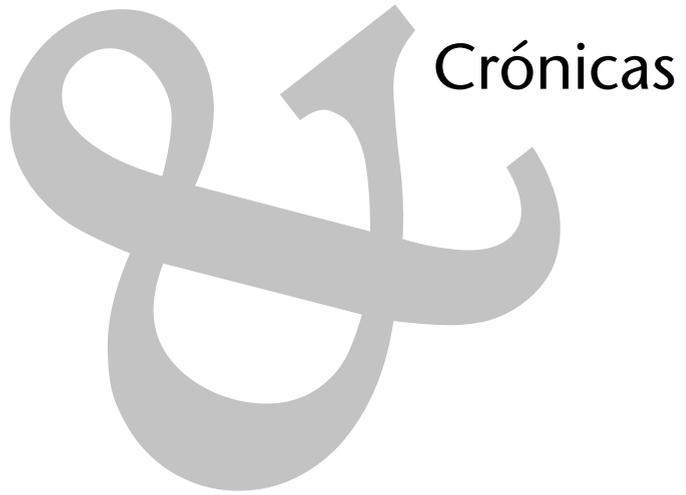
Datos como la persistente infrarrepresentación de las mujeres en las posiciones directivas y sobrerrepresentación en los sectores peor pagados de la economía, el incremento de las mujeres pobres y en riesgo de exclusión, la perpetuación de los estereotipos de género, que incluso provocan nuevas desigualdades entre hombres y mujeres, parecen reclamar no solo una actualización de los instrumentos, sino también del propio marco de las políticas de igualdad de género. También, la distribución de competencias en relación a los programas de gasto en el seno de la Unión.

Para combatir la lentitud en el proceso de eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres e incluso impedir la consolidación de una tendencia regresiva en materia de igualdad de género en la UE, parece necesario reivindicar la permanente centralidad del objetivo de igualdad entre hombres y mujeres en la agenda política de la Unión en todos los niveles de toma de decisiones, mantener la actividad de las organizaciones de mujeres, así como acrecentar las actuaciones públicas y privadas de refuerzo de valores y actitudes favorables a la igualdad.

## NOTAS

---

- 1 Las citas han sido traducidas por la autora.
- 2 Cursiva en el original.
- 3 La definición y operacionalización del concepto de igualdad de género, así como la construcción del índice se explican en el Instituto Europeo de Igualdad de Género (2015).





## Congreso Derecho ambiental para unha economía verde

### Congreso Derecho ambiental para una economía verde

### Environmental Law for a Green Economy



JENNIFER SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Investigadora predoctoral de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña (Galicia, España)  
j.sanchezg@udc.es

Los días 19 y 20 de noviembre de 2015 tuvo lugar en el Rectorado de la Universidad de A Coruña el CONGRESO DERECHO AMBIENTAL PARA UNA ECONOMÍA VERDE, actividad científica de la “Red Mercado y medio ambiente. Propuestas jurídicas para una economía verde” (ECOVER), plataforma de colaboración académica integrada por profesores universitarios especializados en derecho ambiental.

El congreso se centró en el análisis de las técnicas de protección ambiental como instrumentos para la realización de una economía verde. Se realizó un análisis crítico y propositivo sobre el régimen jurídico tanto de las técnicas de intervención administrativa como de los instrumentos de mercado destinados a orientar e impulsar a los agentes económicos hacia un comportamiento socialmente responsable.

La finalidad del congreso fue presentar los estudios realizados por la Red ECOVER durante el año 2015 y contrastar y discutir sus conclusiones y propuestas con los asistentes y ponentes participantes a través de mesas paralelas.

Esta cita contó con la colaboración de ilustres ponentes y expertos en derecho ambiental tanto en su vertiente académica como práctica.

La inauguración y presentación del Congreso fue llevada a cabo por Xosé Luís Armesto, rector de la Universidad de A Coruña; Xulio Xosé Ferreiro Baamonde, alcalde de A Coruña; Justo de Benito, secretario general de Calidade e Avaliación Ambiental; Sonia Rodríguez Campos, directora de la EGAP; José Manuel Busto Lago, decano de la Facultad de Derecho de la Univer-

sidad de A Coruña; y Francisco Javier Sanz Larruga, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de A Coruña.

La conferencia inaugural fue impartida por Fernando López Ramón y versó sobre “Derecho ambiental y economía verde”.

Por lo que respecta a la primera sesión, en ella tuvieron lugar dos mesas paralelas, una en el paraninfo del Rectorado y la otra en la sala del Consejo de Gobierno. La mesa del paraninfo se abrió con la intervención de Juan José Pernas García, coordinador de la misma; Jesús Jordano Fraga y Jesús Serrano expusieron la “Ordenación ambiental de la actividad económica en tiempos de crisis”. En ella se habló de la pérdida de peso de las políticas ambientales y de la clara prevalencia de los objetivos de reactivación de la actividad económica y de garantía de unidad de mercado. Se hizo mención también a la percepción del derecho ambiental como un “obstáculo” y a la desregulación como consecuencia de los excesos en la ampliación de los objetivos de liberalización económica y del test de proporcionalidad.

Por su parte, la mesa de la Sala del Consejo de Gobierno contó con la intervención de Francisco Javier Sanz Larruga (como coordinador), Luis Jiménez Herrero, Gabriel Doménech Pascual y Fernando González Laxe. Esta mesa llevaba por título “Cuestiones jurídicas y económicas sobre el consumo colaborativo”. Luis Jiménez Herrero planteó la importante cuestión de cómo se pasa de la insostenibilidad a la sostenibilidad y señaló que para ello se necesita tiempo de adaptación y estrategia de cambio. Además habló de “economía de sostenibilidad integral” que debe englobar tanto la economía como el ámbito ambiental, el social y el institucional, sin poder entender como sinónimos la sostenibilidad y el desarrollo sostenible. Por último, hizo mención a la economía de la ecoeficiencia y de la suficiencia. Por su parte, Gabriel Doménech, hizo referencia a la reducción de los costes de transacción y las asimetrías informativas que permite llevar a cabo la economía colaborativa. Fernando González Laxe habló del concepto de economía verde y señaló que abarca la sostenibilidad, equidad, etc., mencionando también que la economía ambiental es un sistema cerrado basado en externalidades.

Por la tarde se celebraron dos mesas paralelas. La mesa celebrada en el paraninfo fue a cargo de Lucía Casado Casado (como coordinadora), Agustín García Ureta, M.<sup>a</sup> Dolors Masoliver Jordana y José Francisco Alonso Picón. En ella se trató “La inspección ambiental en el actual contexto de liberalización de las actividades económicas”. Agustín García Ureta expuso la situación de la potestad de inspección, haciendo referencia tanto al derecho de la Unión Europea como a la situación en las comunidades autónomas, llegando a la conclusión de que la Unión Europea se refiere a la inspección pero obvia controlarla. M.<sup>a</sup> Dolors Masoliver habló sobre la necesidad de las entidades colaboradoras, haciendo referencia a la necesidad de garantías para la externalización a estas entidades y exponiendo la situación de éstas en Cataluña. Por su parte, José Francisco Alonso Picón se centró en un análisis de la “Red Redia” y de la situación de la inspección ambiental en la Xunta de Galicia, llegando a la conclusión de que la inspección ambiental se encuentra consolidada y sigue los procedimientos estándar que establecen tanto la “Red Redia” como la “Red Impel”.

La mesa, celebrada en la sala del Consejo de Gobierno, estuvo integrada por Ángel Ruiz de Apodaca (que actuó como coordinador), José Antonio Razquin Lizarraga y Manuel Menéndez Prieto. Esta mesa llevó por título “Planificación ambiental y evaluación ambiental estratégica”. Ángel Ruiz de Apodaca dio comienzo a las ponencias planteando si tiene sentido una declaración ambiental estratégica favorable o desfavorable. José Antonio Razquin comentó la evalua-

ción ambiental estratégica como procedimiento instrumental, diferenciando entre ordinaria y simplificada, y exponiendo las fases que ella contiene. Manuel Méndez, por su parte, habló de los objetivos de esta evaluación, mencionando la integración de aspectos ambientales, la selección de alternativas viables y el fomento de la participación pública en la toma de decisiones.

Por lo que se refiere al segundo día de congreso, la mañana contó con dos sesiones, teniendo cada sesión dos mesas paralelas.

La primera mesa celebrada en el paraninfo fue coordinada por Alba Nogueira López y estaba integrada por Xavier Fernández Pons y José Manuel Marraco Espinós. En ella se habló de “Globalización económica, libre mercado y protección ambiental”. Las conferencias comenzaron con las palabras de Alba Nogueira sobre la “*smart regulation*” de la Unión Europea, que hace prescindibles las normas, sobre todo las ambientales. José Manuel Marraco habló de reflexión desde la práctica, exponiendo las dificultades reales del acceso a la justicia ambiental. Por último, Xavier Fernández Pons, centró su ponencia en dos temas clave: en primer lugar, la relación entre liberalización del comercio y protección del medio ambiental; y, en segundo lugar, las medidas ambientales (TREM). Sobre el primer tema señaló la posibilidad de combinar ambos ámbitos, aunque en la actualidad las normas de globalización económica tengan un peso mayor. En relación al segundo tema, comentó que existen medidas ambientales establecidas por acuerdos internacionales y medidas unilaterales, siendo estas últimas las más polémicas debido al debate entre proteger el mercado nacional y la protección del medio ambiente.

A la vez que se llevaban a cabo en el Paraninfo estas conferencias, en la Sala del Consejo de Gobierno tenía lugar la mesa “Custodia del territorio, bancos de conservación y pago por servicios ambientales”, coordinada por Blanca Soro Mateo, en la que participaron Carlos Javier Durá Alemañ, que habló de la situación en Estados Unidos, haciendo mención a la importancia del paisaje, y Dionisio Fernández de Gatta, que analizó la relación entre los aspectos económicos, sociales y ambientales.

A continuación tuvieron lugar las otras dos mesas paralelas de la mañana. En el paraninfo tuvo lugar la mesa “Compra verde y consumo responsable”, coordinada por Juan José Pernas García, en la que se contó además con Gorane Ibarra González, Martín María Razquin Lizarraga y, a través de videoconferencia desde Bruselas, Stefania Ministrini. Y en la sala del Consejo de Gobierno se trató el “Mercado de gestión de recursos naturales”, bajo la coordinación de Manuela Mora, y con las ponencias de Íñigo Sanz Rubiales e Ignacio Sánchez García. En ella se hizo referencia a la búsqueda de protección ambiental en los mercados de gestión, además de la búsqueda de eficiencia, siendo ambas búsquedas a veces contrarias, lo que conlleva la necesaria corrección artificial del mercado para la protección ambiental.

En lo que respecta a la sesión de tarde, en primer lugar se llevó a cabo la conferencia de clausura, titulada “Libre circulación de mercancías y protección ambiental”, a cargo de Nicolas de Sadeleer, y seguidamente se dio paso a la mesa de conclusiones, en la que participaron, además de Nicolas de Sadeleer, Francisco Javier Sanz Larruga y Fernando López Ramón. En esta mesa de conclusiones se fomentó la participación de los asistentes al congreso, consiguiendo con ello un debate dinámico sobre los temas vistos en las sesiones anteriores.

Por último, para finalizar la jornada y cerrar el congreso, tuvo lugar el acto de clausura, en el que se contó con la presencia de Valentín González Formoso, presidente de la Diputación de A Coruña; Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, director del Grupo de Investigación Derecho Público Global; y Juan José Pernas García, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de A Coruña.



## Proceso de selección e avaliación dos orixinais

A selección dos textos responderá a criterios de orixinalidade, novidade, relevancia, rigor e calidade metodolóxica. Os orixinais que non se atean estritamente ás normas de publicación que se indican a continuación serán devoltos aos autores para a súa corrección antes de seren enviados aos avaliadores externos. Unha vez que a Secretaría comprobe o cumprimento das normas de publicación, os responsables da súa autoría recibirán un aviso de recepción dos orixinais remitidos coa indicación da duración aproximada do proceso de avaliación. Os textos serán sometidos á revisión de dous expertos alleos ao equipo editorial (doutores ou outras persoas de recoñecido prestixio) do rexistro de avaliadores da revista, seguindo o sistema para o anonimato de dobre cego. Os responsables da avaliación disporán de quince días para presentaren o resultado do estudo, que poderá ser positivo, positivo con modificacións ou negativo. No caso de que os responsables da avaliación propoñan modificacións de forma motivada na redacción do orixinal, será responsabilidade da revista –unha vez informado o autor– do seguimento do proceso de reelaboración do traballo. O autor disporá de dez días para incorporar as suxestións manifestadas polo equipo avaliador. No suposto de non ser aceptado para a súa edición, o orixinal seralle devolto ao seu autor xunto cos ditames emitidos polos avaliadores. Antes da súa publicación, os autores recibirán por correo electrónico a versión definitiva do artigo para facer as correccións oportunas das probas de imprenta no prazo de dez días (non se aceptarán cambios substanciais, soamente modificacións sobre a versión enviada).

A revista componse de dúas seccións fixas: Artigos e Recensións, crónicas e notas. Os artigos son traballos de investigación de interese científico nas áreas da Ciencia Política, Administración, Socioloxía, Economía e Políticas Públicas. As recensións son comentarios de libros editados preferentemente no ano anterior ao da publicación do correspondente número da revista.

## Normas de publicación

- 1 As propostas de colaboración coa revista *Administración & Cidadanía* remitiranse en formato editable como arquivo adxunto nunha mensaxe de correo electrónico ao seguinte enderezo electrónico: [ac.egap@xunta.gal](mailto:ac.egap@xunta.gal).  
No correo, o autor/a ou os autores/as deberán indicar que coñecen as normas de publicación, así como que o traballo presentado é un texto orixinal e non está incluído noutro proceso de avaliación.
- 2 Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os dous números anuais. As datas de remisión e aceptación do orixinal figurarán nun lugar visible da revista.
- 3 Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
  - a) Ser inéditos e non estar incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
  - b) Estar redactados en calquera dos seguintes idiomas: galego, español, portugués, francés, italiano ou inglés.
  - c) Conter un mínimo de 30.000 caracteres con espazo e un máximo de 45.000 no caso dos “Artigos”; entre 20.000 e 35.000 caracteres con espazo nas “Notas”; e entre 3.000 e 10.000 caracteres nas “Recensións” e “Crónicas”.
- 4 Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
  - a) Un título descritivo do contido e a súa tradución ao inglés. Ademais, incorporarse a información de todos os autores do texto (nome, apelidos, profesión ou cargo, o nome da institución de adscrición, o país da institución e o enderezo de correo electrónico).
  - b) Un resumo (dun máximo de 120 palabras) no idioma en que se presenta o texto principal e a súa tradución ao inglés de non ser esta a lingua utilizada para a súa redacción.
  - c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión en inglés, de non ser esta a lingua empregada para a súa redacción.

- d) Un sumario seguindo a estrutura da CDU (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
- e) O corpo principal do texto.
- f) A bibliografía.
- g) As táboas, os diagramas e cadros (máximo de 7).
- 5 Os traballos deberán ser coidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
- a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo e medio, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 12.
- b) As notas figurarán ao final do documento, a un espazo, con formato de fonte *Times New Roman*, tamaño 10, e gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo. As referencias bibliográficas incluíranse en formato abreviado (Exemplo: Peters, 2002:123).
- c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, indícaranse o título e o número do volume ou a parte correspondente), segundo o sistema Harvard.
- LIBRO: Alesina *et. al.* 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambridge: MIT Press.
  - CAPÍTULO: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», en F. G. Castles (ed.), *The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States*. Londres: Addison Wesley.
  - REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
- d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo, incluíndo a data de consulta (días-mes-ano). Por exemplo:  
<http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Dereitos de autoría. Unha vez que o Consello Editorial acepte publicar calquera material recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma ou país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).

## Proceso de selección y evaluación de originales

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia, rigor y calidad metodológica. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación serán devueltos a los autores para su corrección antes de ser enviados a los evaluadores externos. Una vez que la Secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los responsables de su autoría recibirán acuse de recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) del registro de evaluadores de la revista, siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. Los responsables de la evaluación dispondrán de quince días para presentar el resultado del estudio, que podrá ser positivo, positivo con sugerencias o negativo. En el caso de que los responsables de la evaluación propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad de la revista –una vez informado el autor– del seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. El autor dispondrá de diez días para incorporar las sugerencias manifestadas por el equipo evaluador. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de diez días (no se aceptarán cambios sustanciales, solamente modificaciones sobre la versión enviada).

La revista se compone de dos secciones fijas: Artículos y Recensiones, crónicas y notas. Los artículos son trabajos de investigación de interés científico en las áreas de la Ciencia Política, Administración, Sociología, Economía y Políticas Públicas. Las recensiones son comentarios de libros editados preferentemente en el año anterior al de la publicación del correspondiente número de la revista.

## Normas de publicación

- 1 Las propuestas de colaboración con la revista *Administración & Ciudadanía* se remitirán en formato editable como archivo adjunto en un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección electrónica: ac.egap@xunta.gal.  
En el correo, el autor/a o los autores/as deberán indicar que conocen las normas de publicación, así como que el trabajo presentado es un texto original y no está incluido en otro proceso de evaluación.
- 2 Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números anuales. Las fechas de remisión y aceptación del original figurarán en un lugar visible de la revista.
- 3 Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
  - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
  - b) Estar redactados en cualquiera de los siguientes idiomas: gallego, castellano, portugués, francés, italiano o inglés.
  - c) Contener un mínimo de 30.000 caracteres con espacio y un máximo de 45.000 en el caso de los “Artículos”; entre 20.000 y 35.000 caracteres con espacio en las “Notas”; y entre 3.000 y 10.000 caracteres en las “Recensiones” y “Crónicas”.
- 4 Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
  - a) Un título descriptivo del contenido y su traducción al inglés. Además, se incorporará la información de todos los autores del texto (nombre, apellidos, profesión o cargo, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección de correo electrónico).
  - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés de no ser esta la lengua utilizada para su redacción.
  - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal,

y su versión en inglés si no es esta la lengua empleada para su redacción.

- d) Un sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).
  - e) El cuerpo principal del texto.
  - f) La bibliografía.
  - g) Las tablas, los diagramas y cuadros (máximo de 7).
- 5 Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo y respetarán además los siguientes requisitos:
- a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio y medio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.
  - b) Las notas figurarán al final del documento, a un espacio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 10, y guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Las referencias bibliográficas se incluirán en formato abreviado (Ejemplo: Peters, 2002:123).
  - c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de

una serie, se indicarán el título y el número del volumen o la parte correspondiente), según el sistema Harvard.

- LIBRO: Alesina et. al. 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambridge: MIT Press.
  - CAPÍTULO: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», en F. G. Castles (ed.), *The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States*. Londres: Addison Wesley.
  - REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
- d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar la URL respectiva, incluyendo la fecha de consulta (día-mes-año). Por ejemplo:  
<http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Derechos de autoría. Una vez que el Consejo Editorial acepte publicar cualquier material recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma o país serán transferidos a la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP).

## Selection of contributions and evaluation process

The selection of texts that will be included in the *magazine of Administration & Citizenship* is based on the following criteria; originality, novelty, relevance, accuracy and methodological quality. Original texts that do not meet requirements listed below will be returned to the authors to be corrected before being submitted for evaluation. Once originals have been received and checked that comply with publication requirements, the Secretary will confirm that the original texts have been received and give an estimated date to be accepted. Texts will be reviewed by two (Phd or equivalent) experts from out of the editorial board. Evaluation process will be anonymous. The evaluation responsible will have fifteen days for doing de analysis of the text, that as result could be accepted, accepted with modifications or rejected. In the case the text is accepted with modifications, the A&C team will be in charge of following up the resubmission of the text from the author who will have ten days to include this modifications. In the case of the text being rejected, the original will be returned to the author together with the evaluation assessment. Before the text is published the author will receive by email a final copy to make any changes on the final edition if needed in the next ten days (Not substantial changes will be accepted).

The texts would be integrated in the "Articles" section or in the "Review", "Chronicles" and "Notes" section.

## Publication requirements

- 1 Proposals of collaboration with the *magazine of Administration & Citizenship* will be sent in an editable format as an attached file to the following electronic address: [ac.egap@xunta.gal](mailto:ac.egap@xunta.gal).  
In the email, the author/s should indicate that have read the publication requirements and that the text is original and it is not included in any other evaluation process.
- 2 The original texts will be received before 15<sup>th</sup> of May and before 15<sup>th</sup> of November for the two annual issues. Dates of reception and acceptance will appear in a visible place of the magazine.
- 3 The texts should meet the following requirements:
  - a) Be original and not being included in any other evaluation process.
  - b) Be written in Galician, Spanish, English, Portuguese, Italian or French.
  - c) A minimum number of 30.000 characters and a maximum of 45.000 characters with spaces for works classified as "Articles"; a minimum number of 35.000 characters and maximum of 20.000 characters with spaces for works catalogued as "Notes"; and, a minimum of 3.000 characters and a maximum of 10.000 characters with spaces for those published as "Reviews" or "Chronicles".
- 4 The works proposed as articles will include in the following order:
  - a) A title describing contents and its translation to English together with name, surname, profession or position, name and country of the institution, and email address of the author(s).
  - b) A summary (maximum of 120 words) in the language in which the main text is submitted and translation to English language if this wasn't the language of choice.
  - c) A minimum of five key words, and a maximum of ten, stressing the contents of the main text. They will be translated to the English language if this wasn't the language of choice.
  - d) Index would follow a CDU structure. (Example: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

- e) Text's main body.
  - f) Bibliography.
  - g) The tables, diagrams and charts (7 maximum).
- 5 The works should be checked carefully by the author(s) in regards with style. In addition, the originals should comply with the following requirements:
- a) All the works should be presented in *Times New Roman*, size 12.
  - b) Notes will appear should be at the end of the document and keeping a correlative numeration order in all the work. The bibliography references should appear in a short format (Example: Peters, 2002:123).
  - c) Bibliography must include all information sources consulted and mentioned in the work (authorship, completed title, editor, city and year of publication; should the source belongs to a serie, the number of the volume will be also included), following the Harvard's system.
- BOOK: Alesina *et. al.* 1997. *Political Cycles and the Macroeconomy*. Cambridge: MIT Press.
  - CHAPTER: Castles, F. G. 1982. «Politics and Public Policy», in F. G. Castles (ed.), *The Impact of Parties. Politics and Polices in Democratic Capitalist States*. Londres: Addison Wesley.
  - MAGACINE: Peters, G. e Pierre, J. 1998. «Governance without Government? Rethinking Public Administration», *Journal of Public Administration*, 8 (2): 223-243.
- d) Documents, online sources and/or databases will contain its URL and date of last. For example: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).
- 6 Author's copyright. Once the Editorial Team decides to publish any text (article or review), the exclusive and unlimited rights to reproduce and distribute these pieces works in any form of reproduction, language and country will be transferred to the Galician School of Public Administration (EGAP).









galicia

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.



XUNTA DE GALICIA

de Administración Pública

stración & cidadanía.