

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EN LA UNIÓN EUROPEA¹

Jaime Rodríguez-Arana

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de A Coruña.
Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas

- **Resumo:** *No Estado social e democrático de dereito o cidadán ocupa unha posición central no sistema de Dereito Administrativo. Na Unión Europea, a Carta Europea dos Dereitos Fundamentais de 2000 reconece o dereito fundamental da persoa a unha boa Administración pública. Este dereito fundamental significa, entre outras cousas, que as Autoridades Públicas deben resolver os asuntos públicos obxectivamente, con equidade e nun prazo razoable.*

Palabras clave: *Dereito administrativo. Posición xurídica do cidadán. Poderes. Dereitos fundamentais. Control da Administración. Motivación. Discrecionalidade.*

- **Abstract:** *Within the social and democratic rule of law, citizens are at the centre of the system of Administrative Law. In the European Union, the Charter of Fundamental Rights dating from the year 2000, acknowledges people's fundamental right to good Public Administration. This fundamental right means, among other things, that the Public Authorities must resolve public matters objectively, fairly and within a reasonable period of time.*

Keywords: *Administrative Law. Legal Position of Citizens. Powers. Fundamental Rights. Control of the Administration. Motivation. Discretionality.*

- **Resumen:** *En el Estado social y democrático de Derecho el ciudadano ocupa una posición central en el sistema de Derecho Administrativo. En la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2000 reconoce el derecho fundamental de la persona a una buena Administración pública. Este derecho fundamental significa, entre otras cosas, que las Autoridades Públicas deben resolver los asuntos públicos objetivamente, con equidad y en plazo razonable.*

Palabras clave: *Derecho Administrativo. Posición jurídica del ciudadano. Poderes. Derechos fundamentales. Control de la Administración. Motivación. Discrecionalidad.*

¹ Texto de la conferencia impartida por el autor, el 6 de noviembre de 2009 en Buenos Aires, en el Congreso Internacional de Abogacía pública organizado por la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina.

- **Índice:** I. Introducción. II. Un nuevo derecho administrativo. III. Servicio objetivo al interés general y derecho a la buena administración pública. IV. Del servicio público al servicio de interés general. V. El derecho a la buena administración en el derecho administrativo constitucional. VI. El derecho fundamental a la buena administración en la carta europea de derechos fundamentales. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Administrativo del Estado social y democrático de Derecho es un Derecho del poder público para la libertad, un Ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar orientadas al servicio objetivo del interés general, tal y como proclama solemnemente el artículo 103 de la Constitución española de 1978. Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad o el poder como esquemas unitarios desde los que plantear el sentido y la funcionalidad del Derecho Administrativo.

En este tiempo en que nos ha tocado vivir, toda la construcción ideológico-intelectual montada a partir del privilegio o la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica, más humana también, desde la que el Derecho Administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del Derecho Público.

El lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el Derecho Administrativo. En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del Derecho Administrativo y la Administración pública proporcionan el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena administración señalado en el proyecto de la Constitución europea(artículo II-101), de acuerdo con el artículo 41 de la Carta Europea de los derechos fundamentales. La persona, el ciudadano, el administrado o particular según la terminología jurídico administrativa al uso, ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía, gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas, una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en que se constituyó tantas veces el Estado. El problema, como veremos en

estas apretadas líneas, reside en intentar construir una concepción más justa y humana del poder, que cómo consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, se erijan en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general, tal y como establece categóricamente el artículo 103 de la Constitución española.

II. UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

La perspectiva abierta y dinámica del poder, ordenado a la realización de la justicia, a dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, ayuda sobremedida a entender que el principal atributo del Gobierno y la Administración pública sea, en efecto, un elemento esencial en orden a que la dirección de la cosa pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto, entendido como la generalidad de los ciudadanos.

El Derecho Administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, por mor de su inserción en el Estado social y democrático de Derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de Derecho, debe determinarse, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en una sentencia de 7 de febrero de 1984, a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales. En efecto, el interés general, que es el interés de toda la sociedad, de todos los integrantes de la sociedad, ya no es patrimonializado por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la Administración. Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado teniendo presente la multiforme y variada conformación social. El problema es que todavía, al menos por estos lares, la ciudadanía vive un tanto temerosa de la política porque aún no ha caído en la cuenta de que el titular, el propietario de la política y sus instituciones es el pueblo soberano. Y, por otra parte, los políticos todavía no aciertan a comprender que los poderes que gestionan son del pueblo y que su función es administrar esos poderes al servicio objetivo de

todos dando cuentas permanentemente de cómo gestionan esos poderes que se les son entregados por el pueblo soberano.

El Derecho Administrativo, tal y como ha sido concebido por un jurista malagueño de pro como es el profesor Francisco González Navarro, es el Derecho del poder público para la libertad ciudadana. Es decir, la Administración pública del Estado social y democrático de Derecho ha de promover las condiciones que hagan posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo o impedimento que impida su despliegue solidario tal y como manda la Constitución de 1978 en su artículo 9.2 a los poderes públicos. En este contexto, el ciudadano, que ocupa un lugar estelar en la acción administrativa, tiene un elemental derecho a que la Administración, como proclama la Constitución de 1978 en su artículo 103, sirva con objetividad el interés general. En esta idea de servicio objetivo encontramos un presupuesto claro de la obligación de la Administración de administrar adecuadamente los asuntos públicos. Obligación de la Administración de la que se desprende, como corolario necesario, el derecho fundamental de la persona a que el quehacer de las Administraciones públicas se realice en el marco del servicio objetivo al interés general.

III. SERVICIO OBJETIVO AL INTERÉS GENERAL Y DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tratar sobre buena administración constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, que son exigibles a quien ejerce el poder en la Administración pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Es decir, tal y cómo he señalado en mi libro "El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas" es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible.

El nuevo Derecho Administrativo, que parte de la idea de servicio objetivo al interés como suprema tarea encargada a la Administración pública, incorpora una nueva visión del sentido de las instituciones, categorías e instituciones de nuestra disciplina. Por ejemplo, los dogmas de la ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa han de ser replanteados desde la luz que proyecta el principio, y derecho fundamental de la persona, de la tutela judicial afectiva. Los poderes, denominados por el legislador, privilegios y pre-

rrogativas de la Administración en materia de contratos públicos, han de ser operados exclusivamente cuando así lo requiera el servicio objetivo al interés general. Es decir, en los casos en los que sea menester ejercer la potestad de modificar los contratos, será necesaria una previa declaración motivada, argumentada, de la propia Administración explicando las razones que aconsejan en el caso concreto tal poder. Motivación que puede ser objeto de impugnación o de paralización cautelar. Ahora la Administración no dispone de una posición de supremacía por definición que le permite operar en un mundo de exorbitancia. Ahora los poderes han de estar previstos expresamente, ya no hay poderes implícitos. Esto como regla general, lo que no excluye que pueda haber algún supuesto en el que sea necesario, para asegurar el servicio objetivo al interés general, el ejercicio, motivado y justificado, de una determinada potestad.

En realidad, el nuevo Derecho Administrativo nos plantea una nueva funcionalidad de la institución de la motivación, que ahora tendrá una mayor relevancia, especialmente cuando de acudir a las cláusulas exorbitantes se trate. La razón de esta nueva manera de contemplar el Derecho Administrativo se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena Administración. Concepto que para nosotros, en nuestro Derecho, podría resumirse diciendo que la buena Administración es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés general.

Tratar sobre el derecho fundamental de la persona a una buena administración significa plantear la cuestión desde la perspectiva del ciudadano: el Derecho Administrativo considerado desde la posición central del ciudadano. Este punto de vista, y cómo ha señalado agudamente Crozier no hace mucho, ha sido tradicionalmente superado por la concentración de aproximaciones y dimensiones sobre la propia Administración pública de carácter cerrado, endogámico o inmanente, todavía bien presentes en el panorama académico. La explicación no es compleja porque hasta hace poco tiempo, relativamente, la centralidad en los estudios y comentarios sobre la función de la Administración pública se centraba en exceso en la propia organización administrativa, que se analizaba hasta la saciedad desde diferentes ángulos, olvidándose, esto es lo sorprendente, del destinatario natural y propio de las políticas públicas, de los poderes públicos: la ciudadanía. Por qué o cómo haya acontecido esta situación en el tiempo no es materia para este breve comentario. Ahora sólo me interesa constatar que así ha sido durante muchos años y que, afortunadamente, en nuestro tiempo ha cobrado especial fuerza e intensidad la consideración central del ciudadano y la perspectiva instrumental de la Administración pública como organización pública de servicio objetivo a los intereses generales en la

que se incardina, como correlato de esta obligación administrativa de naturaleza constitucional, el derecho fundamental a la buena Administración pública.

En la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin y recupera su conciencia de institución de servicio esencial a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender el carácter capital que tiene el derecho ciudadano a una buena administración pública. Derecho que supone, insisto, como corolario necesario, la obligación de la Administración pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretas y determinadas que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general.

El Derecho Administrativo, tal y cómo se nos presenta en la cotidianeidad en nuestros países, es, lo sabemos bien, un producto cultural que hunde sus raíces en la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder, que trae causa de aquel magnífico compromiso con la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos que fue la revolución francesa. En efecto, el Derecho Administrativo, tal y como lo conocemos hoy, es una respuesta comprometida a la necesidad de objetivizar el poder público, antaño, en el Antiguo Régimen, expuesto al capricho y a la pura voluntad de mando del Soberano. Derecho Administrativo, sin embargo, ha habido siempre porque siempre ha existido la necesidad de organizar según el Derecho los intereses colectivos, unas veces con más acierto que otras.

Pues bien, hoy, en los albores de un nuevo siglo del que tanto se espera en tantos sentidos, el Derecho Administrativo adquiere una gran relevancia pues asistimos al intento, desesperado a veces, del fundamentalismo económico, o de la lógica del poder por el poder, por arrumbar, por abatir las más nobles aspiraciones de justicia a favor del beneficio empresarial, el dominio político o la utilidad, que son hoy los nuevos ídolos ante los que legiones de seres humanos hincan sus rodillas en señal de veneración. Pues bien, frente a este intento de teñir el interés general bajo consideraciones parciales, se levanta hoy el nuevo Derecho Administrativo como un dique de contención frente a tanto atentado contra el bienestar general e integral del pueblo como se perpetra a diario en nombre de un pensamiento único que desdice de la esencia, de la naturaleza, del alma de un Ordenamiento jurídico construido para que el poder público actúe a través de la senda del derecho consciente de su función de servicio objetivo al interés general.

Desde este punto de vista destaca la necesaria caracterización constitucional de Derecho Administrativo pues desde este punto de vista encontramos unas sólidas bases que nos permiten pensar con cierto optimismo en la tarea que tiene todavía por delante un sector del Derecho Público que encontró en la lucha contra las inmunidades del poder, como diría García de Enterría, su principal seña de identidad. En este contexto, en este marco de centralidad de la posición jurídica del ciudadano adquiere especial sentido el denominado derecho fundamental a la buena Administración. Derecho que desde la Constitución española, aunque no se reconoce expresamente en el catálogo de derechos fundamentales, puede considerarse una derivación lógica de la tarea de servicio objetivo que debe caracterizar a la actuación de las Administraciones públicas. Obviamente, las referencias al que denomino Derecho Administrativo Constitucional se harán a partir de la Constitución española. En efecto, la caracterización del Derecho Administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios, que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-Providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el Derecho Administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva o a la mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho Público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático o único.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del Derecho Administrativo del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien otro, como también es bien diferente el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el

Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto Mayer que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento. Claro está, cuando me refiero al Estado, me refiero también "mutatis mutandis" a los diferentes Entes territoriales que disponen de autonomía para la gestión de sus intereses propios, porque en España Comunidades Autónomas y Entes locales, cómo ha sancionado el Tribunal Constitucional, disfrutan de naturaleza jurídica estatal en la medida en que son partes integrantes del propio Estado.

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general a partir de la Constitución española de 1978 va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Marco en el que se comprende mejor el alcance del hoy denominado derecho fundamental a la buena Administración pública. La perspectiva iluminista del interés público, de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente, la burguesía, que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy quizás no sea compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quienes la componen, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su "statu quo", deben estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional, el Derecho Administrativo en cuanto iluminado por el derecho fundamental de la persona a la buena Administración pública, plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Lo que está cambiando es, insisto, el papel del interés general que, desde

los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, aconseja el trabajo, ya iniciado hace algunos años entre nosotros, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución "in toto" de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará más adelante, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar, no sin radicalidad, que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de garantizar y asegurar los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad (González Navarro).

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, que no es poca, que la Norma fundamental encierra en orden a configurar un Derecho Administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todos aquellos privilegios y prerrogativas que no se compadecen ya con una Administración que trabaja sólo desde la unilateralidad.

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución: "sirve con objetividad los intereses generales". Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento

y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional español en la ya citada sentencia de 7 de febrero de 1984, tan célebre cómo aislada, a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

La participación de los ciudadanos en el espacio público está, poco a poco, abriendo nuevos horizontes que permiten, desde la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pasando por la presencia ciudadana en la definición de las políticas públicas, llegar a una nueva forma de entender los poderes públicos, que ahora ya no son estrictamente comprensibles desde la unilateralidad, sino desde una pluralidad que permite la incardinación de la realidad social en el ejercicio de las potestades públicas.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, "potestas variandi", potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia, llegamos, por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad

de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad, a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un Estado de Bienestar estático que se agotó en si mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares. En Brasil, un gran país por tantos conceptos, existe una práctica relevante de participación de la que todos podemos y debemos aprender para que, en efecto, el núcleo central de los intereses generales esté más conectado con las necesidades colectivas de los ciudadanos.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del Derecho Administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la mejor, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse por interés general, ahora en el marco de un modelo de Estado que la Constitución califica de social y democrático de Derecho. Más que la presencia de una Administración pública, que ciertamente es importante, para mí lo verdaderamente determinante del Derecho Administrativo es la existencia de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como me gusta caracterizar el Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general, desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible, la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del Derecho Administrativo moderno como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general, también para los servicios culturales y sociales, o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucen, por ejemplo, algunas novelas de Pío Baroja sobre la actuación de funcionarios que vejaban y humillaban a los administrados desde su posición oficial, hoy es agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado y mucho, y en términos generales para bien. Siendo esto así, insisto, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra

vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver, me parece, con incrustar en el alma de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad que vaya abandonando la idea de que la explicación del entero Derecho Administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido clarividente y pionero un trabajo del profesor García de Enterría del año 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el Derecho Administrativo en el que afirmaba que el interés general se encuentra precisamente en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el Derecho Comunitario Europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo Derecho Administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes, desde el que este nuevo entendimiento del interés general está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es bien sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues, como sentenció hace tiempo Ihering, el gran problema de las reformas administrativas se halla en la inercia y la resistencia a los cambios que habita en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque el debate conceptual ni se plantea en estos términos ni es verdad que el Derecho Administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que está ocurriendo es que está emergiendo un nuevo Derecho Administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes. Pero, al fin y al cabo, Derecho Administrativo.

IV. DEL SERVICIO PÚBLICO AL SERVICIO DE INTERÉS GENERAL

Efectivamente, la transformación del concepto del servicio público o, si se quiere, su adaptación a los nuevos tiempos, reclama un estudio especial. En efecto, el servicio público, lo sabemos muy bien, es un tema clásico del Derecho Administrativo que sirvió como punto cardinal para explicar el significado mismo de nuestra disciplina. Para Duguit y su escuela de Burdeos, precisamente del "Servicio Público", éste constituyó el fundamento y límite de la soberanía, el centro neurálgico del Derecho Público.

La pretensión de buscar un criterio único, de validez universal y de carácter atemporal para fundamentar el Derecho Administrativo, pone de manifiesto la imposibilidad real de levantar todo el edificio del Derecho Administrativo bajo un solo y único concepto: el servicio público, elaborado, además, desde la atalaya del privilegio y de la prerrogativa. Más bien, esta tarea nos invita a situarnos en otros parámetros y, asimismo, nos interpela sobre la caracterización de nuestra área de conocimiento como temporal, relativa y profundamente integrada en el contexto constitucional de cada momento.

La misma mutabilidad de las instituciones, categorías y conceptos del Derecho Administrativo en función del marco constitucional y del entendimiento que se tenga del interés general, demuestra el distinto alcance y funcionalidad que pueden tener las técnicas jurídicas del Derecho Administrativo en cada momento.

Quizás por ello, durante la década de los cincuenta del siglo pasado, se admitió la tesis de la "noción imposible" para señalar las obvias e insalvables dificultades para perfilar un concepto estático y unilateral del servicio público como paradigma del Derecho Administrativo.

El advenimiento del Estado social colocó de nuevo al servicio público, ahora desde una perspectiva más amplia, en el lugar central. Es el tiempo de la expansión de las actividades estatales en la sociedad y aparecen, por ello, bajo la rectoría del Estado, los servicios de educación, sanidad, transportes, entre otros tantos.

Simplificando mucho las cosas, se puede afirmar que la construcción del concepto del servicio público siempre despertó una penetrante y aguda polémica con las libertades públicas y los derechos fundamentales. Es más, la tensión entre poder y libertad siempre corrió pareja al binomio, a veces en grave confrontación dialéctica, Estado – Sociedad. Y, es lo más probable, de esta dicotomía nacerían tanto la técnica autorizatoria como la institución concesional, fieles reflejos del diferente grado de intervención que se reservaba el Estado en relación con la vida social. Ciertamente, el nacimiento de la conce-

sión administrativa como modo indirecto de gestión de los servicios públicos se inscribe en el proceso de deslinde, desde el marco de la exclusividad, de titularidad y gestión de la actividad, toda vez que llegó un momento en pleno Estado liberal en que el Estado no se consideraba digno de mediar en el mundo de la economía, sector que debía gestionarse aguas arriba del propio Estado.

En fin, la crisis del Estado de Bienestar, por situarnos en fechas más próximas para nosotros, junto a las consabidas explicaciones fiscales, obedece también a la puesta en cuestión de un modelo de Estado, que, al decir de Forsthof todo lo invade y todo lo controla "desde la cuna hasta la tumba". Ciertamente, al menos desde mi particular punto de vista, la subvención debe replantearse, como todas las técnicas del fomento en su conjunto. Este modelo estático al Estado de Bienestar situó a los servicios públicos y al propio Estado como fin, no como medio para el bienestar de los ciudadanos. De ahí su agotamiento y, por ello, su crisis.

La confusión entre fines y medios ha tenido mucho que ver con las aproximaciones unilaterales y tecnoestructurales del interés general que, en este enfoque se reduce a autocontrol y la conservación del "statu quo".

Hoy, desde los postulados del Estado dinámico del Bienestar el servicio público en sentido técnico – jurídico apenas cuenta mientras que la realidad manifiesta la emergencia de los servicios de interés general, o los servicios de interés económico general y, por ende, se produce una vuelta al Derecho Administrativo, por supuesto diferente al del siglo pasado, más desafiante si cabe en su papel esencial de construir técnicas jurídicas que garanticen el bienestar integral de los ciudadanos. O, lo que es lo mismo, se trata de construir un Derecho Público que haga posible el libre desarrollo de los ciudadanos y, por ello, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas. Aparece así, en mi opinión, el Estado garantizador y, con él, toda una serie de nuevos conceptos, categorías e instituciones que nacen de una nueva forma de aproximarse al Derecho Administrativo: el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, que no es sino la dimensión jurídica de los nuevos enfoques reinantes hoy en las Ciencias Sociales.

El Estado, pues, ya no es un mero prestador de servicios públicos. El Estado es, sobre todo y ante todo, garantizador de derechos y libertades ciudadanas, para lo cual goza de un conjunto de nuevas técnicas jurídicas que le permiten cumplir cabalmente esa función. El Estado, a través de la Administración, ha de garantizar los derechos fundamentales. El artículo 53 de la Constitución así lo señala obligando a que el quehacer de la entera actividad de la Administración discorra en esta dirección.

Por tanto, el concepto del servicio público, deudor de una concreta y peculiar manera ideológica de entender las relaciones Estado – Sociedad, pierde su sentido jurídico – administrativo al desvanecerse el marco general que le servía de apoyo. Se reduce notablemente en su configuración por cuánto ahora lo normal y ordinario es la realización de determinadas actividades de relevancia pública en régimen de libertad, en régimen de competencia. Por ello, insisto, en un nuevo marco, aparecen nuevos conceptos que ponen en cuestión la versión clásica de la noción del servicio público.

V. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de Derecho sobre la funcionalidad de la Administración pública y encuentra soporte en lo que Meilán Gil denomina desde hace bastante tiempo Derecho Administrativo Constitucional, que en mi opinión, es el sustrato sobre el que se construye la idea de buena Administración como Administración al servicio objetivo del interés general.

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo Derecho Administrativo? En mi opinión, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno Derecho Administrativo.

El artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los Poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside precisamente en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, en remover los obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho en nuestro tiempo que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos por todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia donde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de Derecho.

El artículo 24.1 proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del

Derecho Administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto público no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos y, los funcionarios, no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy breve glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero:

"La Administración pública sirve con objetividad, los intereses generales (...) y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración pues la utilización del término "sirve" alimenta esta explicación sin mayores dificultades. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración pública es una persona jurídico - pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajase en la Administración en relación con el interés general: representar, defender, gestionar..., pero la realidad es que se quiso deliberadamente configurar la Administración pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, la Administración pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, de acuerdo con los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: "servicio objetivo al interés general", que, aplicado al Estado social y democrático de Derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.1 de la Constitu-

ción de 1978 se refiere a la Administración pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado, como de la Administración autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración pública actúa con "sometimiento pleno a la ley y al Derecho". Ordinariamente, será el Derecho Administrativo su matriz normativa de referencia pero, en ocasiones, el aparato público actuará sujeto al Derecho Privado. Ahora bien, en estos casos en que su Derecho regulador es el privado, en modo alguno significa, solo faltaría, que se quedaran al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.

VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Estas consideraciones constitucionales pienso que van a permitirnos entender mejor el sentido que para nosotros puede tener esa expresión de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de derecho fundamental a la buena Administración, recogida ya, por cierto, en los catálogos de derechos establecidos en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía de este tiempo.

¿Es previo este derecho a la buena Administración pública, o es corolario necesario de la necesidad de que los asuntos comunes, colectivos, deban ser atendidos de determinada manera? Esta es una cuestión relevante, porque de su contestación se deducirá la naturaleza y el sentido de la función de la administración pública. Existen instituciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Y existen intereses comunes, sanidad, educación, porque las personas en conjunto, e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, es la persona y sus necesidades colectivas quienes explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios de forma y manera que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, integral, de todos, no de una parte, por importante y relevante que esta sea.

La buena administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de forma y manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en su conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar

conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena administración, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales.

La buena administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano, de naturaleza fundamental. ¿Por qué se proclama como derecho fundamental por la Unión Europea?. Por una gran razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son de propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día, con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas, dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianeidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de dónde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la Administración pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés general. Así las cosas, si consideramos que el ciudadano ha dejado de ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser "enchufado" a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho.

En efecto, el ciudadano es ahora, no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y, por ello, aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque éstos se definen, en el Estado social y democrático de Derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde al libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona en cuanto tal requiere que lo público, que el espacio de lo general, esté atendido de forma y manera que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones.

A continuación, voy a reflexionar sobre dos dimensiones de la buena administración que me parecen básicas: la apertura a la realidad y la cuestión de la caracterización de las políticas públicas. Finalmente, se comentará brevemente el sentido del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, asumida en el propio proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en el artículo II-101.

Desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y com-

plementario, podríamos decir que la apertura a la realidad, la aproximación abierta y franca a las condiciones objetivas de cada situación, y la apertura a la experiencia son componentes esenciales, actitudes básicas del talante ético desde el que deben construirse las nuevas políticas públicas. En ellas se funda la disposición permanente de corregir y rectificar lo que la experiencia nos muestre como desviaciones de los objetivos propuestos o, más en el fondo, de las finalidades que hemos asignado a la acción pública. Por ella, la técnica británica de las "políticas públicas a prueba" es sumamente interesante. La buena administración, el buen gobierno, como anteriormente se ha comentado, tienen una deuda pendiente con la realidad, pues sólo desde ella se puede mejorar el presente para construir un mejor futuro.

Pensar la complejidad de la realidad y acercarse a ella desde el supuesto de la propia limitación, al tiempo que acaba con todo dogmatismo, rompe también cualquier tipo de prepotencia en el análisis o en el dictamen de soluciones a la que el responsable público pueda verse tentado. Éste debe tener claro que no es infalible, que sus opiniones, sus valoraciones están siempre mediatizadas por la información de que parte, que es siempre limitada, necesariamente incompleta. Abordar un conocimiento auténtico de esa realidad exige una mentalidad abierta que se traduce en la capacidad de desarrollar un pensamiento que sea dinámico y compatible.

El pensamiento dinámico lo planteo como condición para acceder a la comprensión de las relaciones entre la persona y la sociedad. El individuo, la persona concreta, contribuye al bien general de la sociedad, y al tiempo, la sociedad se debe orientar a las personas, al ser la dignidad de la gente prioritaria y fundante de la propia sociedad. Ahora bien, la dignidad de la persona se actualiza justamente cuando la persona colabora al bien común de la sociedad. De este modo la existencia de la persona puede ser definida como co-existencia.

Esta forma de abordar la realidad humana –personal y social– hace derivar su fuerza no tanto de su propia constitución como de la ruptura de los rígidos principios de oposición individualistas-comunitaristas, que carecen de capacidad de retroalimentarse y que se cierran sobre sí mismos, mostrándose incapaces de explicar la dimensión personal del hombre y su carácter social. Tal cerrazón provoca una tensión que se ve liberada por esta comprensión dinámica de las relaciones persona-sociedad, y que canaliza estas tensiones hacia concepciones equilibradas que, al tiempo que afirman radicalmente la condición individual del hombre, ni niegan ni menoscaban su dimensión social. Todo ello se traduce en que el individuo percibirá de forma habitual el bien de los demás hombres y mujeres como un bien también auténticamente suyo.

Un pensamiento que quiera abordar con éxito la comprensión de la realidad tal y como la perfilamos debe ser también, necesariamente, un pensamiento compatible. Se trata de un pensamiento que no encaja en los modelos rígidos y planos, y que tiene capacidad -precisamente porque trata de comprender al ser humano en todas sus dimensiones- de conciliar lo personal y lo social, lo estatal y lo civil, la libertad y el ordenamiento, el mercado competitivo y la regulación político-económica.

Quizás sobran estas pretendidas oposiciones y tantas otras que podríamos enumerar. De lo que se trata es, en este contexto, de buscar convergencias de las que pueden surgir sinergias, afloramientos de energías que no se agoten en enfrentamientos estériles, por falsos. Por una parte que cada persona o asociación aporte servicios en función de las demandas y de las necesidades sociales, desarrollando libremente sus iniciativas; y por otra que el Estado actúe de acuerdo con su función imprescindible de subsidiariedad, arbitraje y custodia de la competencia, en un intento real de conseguir cotas más altas de justicia y equidad, y de abrir nuevos campos operativos para la efectiva iniciativa personal y social.

Las prestaciones del Estado a los más desfavorecidos serán simples dádivas si se quedan sólo en una redistribución de bienes y no inducen una mayor libertad y autonomía. La cuestión sigue siendo enseñar a pescar y no dar peces.

Cuando abrimos los ojos y miramos, la realidad somete nuestra inteligencia a la dura prueba de la vibración caleidoscópica de sus singularidades. Entonces nuestra comprensión se ve agotada ante la complejidad de sus inextricables estructuras, y nuestra necesidad de modelos conceptuales se ve desbordada por los inéditos desarrollos que la historia manifiesta.

Rendirse a nuestra incapacidad para agotar su comprensión significa aceptar nuestra limitación pero también empeñarnos en una aproximación cada vez más completa. Sin embargo, cabe también la posibilidad de afirmar la soberanía de nuestro pensamiento. Esta es la disposición que lleva al nacimiento de lo que llamo ideología cerrada, que entiendo aquí como un pensamiento sistemático-cerrado sobre la realidad social que se toma como presupuesto de la actividad política.

La expresión "pensamiento sistemático cerrado" la uso aquí en el sentido preciso de que parte de postulados, de aseveraciones no demostradas y sin base empírica; se desenvuelve deductivamente; es omnicomprensivo, abarca todos los aspectos de la realidad; es proyectivo, tiene capacidad para predecir cara a donde, cómo y por dónde camina la realidad social. Por eso puede decirse que la ideología cerrada cumple la aspiración fáustica -es la ciencia que

domina plenamente el mundo- y se resuelve al final en el amargo despertar del aprendiz de brujo. Porque, no lo olvidemos, parece que la realidad sigue siendo terca.

La constitución española de 1978, como ya he señalado, define la Administración como una organización que sirve con objetividad intereses generales (Artículo 103.1 CE), la Carta Magna nos recuerda que las reformas administrativas deben levantarse en función de las personas y no en función de los intereses burocráticos o tecnocráticos. ¿Por qué? Porque, como también señala la Constitución, corresponde a los poderes públicos -artículo 9.2 CE- promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En efecto, el Estado vive un momento de tránsito que se viene prolongando el tiempo suficiente para considerar el cambio como algo permanente y, en consecuencia, la capacidad de adaptarse a él como un auténtico rasgo definitorio del Estado moderno. Desde los nuevos espacios públicos se puede afirmar que el propio futuro del ejercicio democrático del poder pasa necesariamente, por hacer de su capacidad de adaptación a los cambios, una condición esencial de su propia existencia. Cambios que, es obvio, deben partir de la posición central de los ciudadanos y de la necesidad de facilitar el ejercicio de la libertad solidaria de cada persona.

La ingente tarea que supone este aspecto de la vida pública requiere profundizar en las ideas que lo sostienen: asegurar las libertades reales de la gente. Desde las nuevas políticas públicas, la Administración pública aparece como uno de los elementos clave para asegurar que las aspiraciones de los españoles puedan hacerse realidad. Por lo tanto, el gobierno y la administración nunca podrán ser aparatos que se cierren a la creatividad, o la impidan con cualquier tipo de trabas, ni tampoco podrán dejar -especialmente a los más débiles- al arbitrio de intereses egoístas. La buena administración se realiza desde esta consideración abierta, plural, dinámica y complementaria de los intereses generales, del bienestar integral de los ciudadanos.

El modelo de las nuevas políticas públicas en relación con la Administración pública, apuesta por la libertad, que es apostar por la sociedad, por confiar en el hombre, por confiar en la capacidad, en las energías, en la creatividad de los ciudadanos.

El pensamiento compatible permite que, al tiempo que se hace una política de impulso de la sociedad civil, no haya compuertas que limiten una acción de

la Administración pública que asegure la libertad de disfrutar, por ejemplo, de una justa y digna jubilación de nuestros mayores, que limiten la libertad de disponer de un sistema de salud para todos, que recorten la libertad de que todos tengan acceso a la educación en todos sus niveles, o acceso a un puesto de trabajo, o sencillamente a disfrutar de la paz.

Por eso, para mí la Administración pública debe ser un entorno de entendimiento, y un marco de humanización de la realidad que fomente el objetivo constitucional central "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás" (Artículo 10.1 CE).

El aparato administrativo debe, pues, promover las condiciones para que todos los españoles sin excepción podamos ejercer con mayor calidad nuestras libertades, teniendo presente al mismo tiempo que la Administración también debe estar próxima, cercana a la gente en un ambiente de real descentralización (Artículo 103.1 CE), siendo conscientes de que la programación y ejecución del gasto público debe responder a los criterios de eficiencia y eficacia (Artículo 31.2 CE).

Pues bien, las reformas administrativas, puestas en marcha, se encaminan en esta dirección. Es el caso de la redefinición de la Administración Periférica del Estado como consecuencia de la LOFAGE, -Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado- con un contrastado ahorro en el gasto público. Es el supuesto del Pacto Local que apuesta definitivamente por el reforzamiento de los entes locales y por la autonomía local en un contexto de equilibrio de los diferentes poderes territoriales. Es el caso de la consolidación y estabilidad del Estado autonómico desde el acuerdo y el entendimiento. Es el caso de la reforma del procedimiento administrativo que por fin instaura un verdadero sistema de silencio administrativo positivo y un acortamiento real de los plazos que tiene la Administración para resolver los expedientes administrativos. Es el caso de la recepción del principio de lealtad institucional, de confianza legítima, y de transparencia como elementos vertebradores de la reforma administrativa. Es el caso de la Administración electrónica, que busca mejorar y facilitar las relaciones entre la ciudadanía y las instituciones administrativas.

Por ello, una Administración pública que se ajuste adecuadamente a las demandas democráticas ha de responder a una rica gama de criterios que podríamos calificar de internos, por cuanto miran a su propia articulación interior, a los procesos de tramitación, a su transparencia, a la claridad y simplificación de sus estructuras, a la objetividad de su actuación, etc. Pero por encima de

todos los de esta índole o, más bien, dotándolos de sentido, debe prevalecer la finalidad de servicio al ciudadano a que vengo haciendo alusión.

No puedo dejar de subrayar, también en este punto, la centralidad del individuo en mi entendimiento del derecho al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. El individuo real, la persona, con el cúmulo de circunstancias que lo acompañan en su entorno social, es el auténtico sujeto de los derechos y libertades que en la Constitución proclamamos. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien la administración pública sirve. Al servicio de esa persona concreta el aparato administrativo debe promover las condiciones para que ejerza con la mayor calidad y hondura sus libertades.

En este sentido, los empleados públicos para poder desempeñar su tarea con eficacia necesitan, además de los medios y condiciones de trabajo adecuados, un constante esfuerzo en su competencia profesional para consolidar una Administración pública que no es una entidad abstracta, sino que la integran personas tan reales como los ciudadanos a los que sirven, y ellos mismos ciudadanos también. Detrás de cada expediente están las aspiraciones de un ciudadano, de una persona de carne y hueso.

El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se use de manera abierta, plural, social, equilibrada y humana es algo que se debe considerar el solar de racionalidad desde el que proyectar las diferentes formas de gobernar y administrar a partir de las distintas opciones políticas. Algo que en el tiempo que vivimos no es fácil ni sencillo por la sencilla razón de que el ansia de poder, de dinero y de notoriedad ciegan de tal manera a nuestros gobernantes y administradores que les impide ver con claridad las necesidades colectivas, reales de los ciudadanos. De igual manera, existe otra causa que dificulta comprender en su complejidad y pluralidad la realidad que se cifra en la obsesión ideológica. Planteamiento que excluye del espacio de la deliberación pública y, por ende del interés público, a quienes no se identifican con los proyectos políticos de quien gobierna o administra la cosa pública.

Una consideración que me parece que puede ayudar a entender mejor el alcance y la funcionalidad de este derecho fundamental se refiere a la estrecha vinculación existente entre el interés general, fundamento de la Administración pública, y los derechos ciudadanos. En efecto, si atendemos a versiones cerradas y unilaterales del interés público, entonces desde el poder no se

contemplará la centralidad de los derechos de los administrados. Todo lo más, se pensará, desde esta perspectiva, que los ciudadanos no son más que destinatarios de políticas públicas de salvación que proceden del monopolio de lo bueno y benéfico que es la propia institución gubernamental o administrativa. Sin embargo, cómo hemos apuntado con anterioridad, el interés general en el Estado social y democrático de Derecho aparece fuertemente conectado al fomento, a la generación de las mejores condiciones posibles que permitan el desarrollo en libertad solidaria de las personas y de los grupos en que se integran removiendo cualesquiera obstáculos que impidan su realización efectiva.

Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena administración parte de la Recomendación núm. R (80) 2, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la Jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo, poco a poco, el derecho a la buena administración, derecho que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000 recogería en el artículo 41 que, como es sabido, aunque no se integró directamente en los Tratados, se ha incorporado en bloque al proyecto de Tratado Internacional por el que se instituye una Constitución para Europa en su artículo II-101, proyecto que esperemos, con los cambios que sean necesarios, algún día vea la luz.

Antes del comentario de este precepto, me parece pertinente señalar dos elementos de los que trae causa: la discrecionalidad y la jurisprudencia. En efecto, la discrecionalidad, se ha dicho con acierto, es el caballo de Troya del Derecho Público por la sencilla razón de que su uso objetivo nos sitúa al interior del Estado de Derecho y su ejercicio abusivo nos lleva al mundo de la arbitrariedad y del autoritarismo. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa en armonía con los principios de Derecho es muy importante. Tanto como que un ejercicio destemplado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, en arbitrariedad. Y, la arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que normalmente los conceptos de elaboración jurisprudencial son conceptos contruidos desde la realidad, algo que es en si mismo relevante y que permite construir un nuevo derecho fundamental con la garantía del apoyo de la ciencia que estu-

dia la solución justa a las controversias jurídicas.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmente la Administración pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
 - El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
 - La obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua".

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en mi opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la

Administración en la democracia reside en una disposición al servicio objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que en el precepto son claros.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas –equitativas– y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver. En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente encontrar esta construcción en el Derecho Administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la justicia constituye, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la institución pública en la que nos encontremos, la principal garantía de acierto. Por una razón, porque cuando se decide, lo relevante es dar a cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia a la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y del tiempo y éste es un elemento esencial que el Derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho según el citado artículo 41 incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es,

por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno. No merece más comentarios.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establece el artículo 35 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Se trata de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede ser consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es, para mí, el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión Europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla, motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones co-

munitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los Derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuando las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena administración, reside en que, por lo que se vislumbra, el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en Derecho Comunitario.

El apartado cuarto dispone que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa lengua.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido, a golpe de sentencia, delineando y configurando con mayor nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.

Debe tenerse presente, también, que el artículo 41 del denominado Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 1995 es el antecedente del ya comentado artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales. Es más, se trata de una fiel reproducción.

Una cuestión central en la materia es la referente a la autoridad que ha de investigar las denuncias de mala administración de las instituciones europeas. Pues bien, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Roma y del Estatuto del Defensor del Pueblo, resulta que esta tarea es de competencia del propio Defensor del Pueblo. Una definición de mala administración nos la ofrece el informe del Defensor del año 1997: "se produce mala administración cuando un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que debe estar sujeto". Definición que es demasiado general e imprecisa, por lo que habrá de estarse a los parámetros jurídicos señalados en el artículo 41 de la Carta, de manera que habrá de observarse, además de la lesión de las normas del servicio de los principios generales que presiden la actividad de las instituciones públicas, si efectivamente se contraviene la equidad, la imparcialidad, la racionalidad en los plazos, la contradicción, la motivación, la reparación o el uso de las lenguas oficiales.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo recientemente publicado en *Actualidad Administrativa*, en el número 4 de 2007 algunas de las sentencias

más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena Administración, principio del que más adelante se derivaría, como su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena administración. Por ejemplo, en el 2005, el 20 de septiembre encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que en virtud del principio a la buena administración el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio.

Una sentencia de 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas la podemos encontrar en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1997, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa debe estar convenientemente motivada. También es consecuencia de la buena administración pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que como dispone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1995, "la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena administración pública". Igualmente, por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 16 de marzo de 2005, se establece que es consecuencia del principio de la buena administración, la óptima gestión de los organismos administrativos, lo que incluye, es claro, el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en cuya virtud la Administración pública, merced al principio de continuidad y a que no puede separarse del criterio mantenido en el pasado salvo que lo argumente en razones de interés general, debe actuar siempre al servicio objetivo del interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena administración, dice el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la Administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo.

En fin, el reconocimiento a nivel europeo del derecho fundamental a la buena administración constituye, además, un permanente recordatorio a las Administraciones pública, de que su actuación ha de realizarse con arreglo a unos determinados cánones o estándares que tienen como elemento medular

la posición central del ciudadanos. Posición central del ciudadanos que ayudará a ir eliminando de la praxis administrativas toda esa panoplia de vicios y disfunciones que conforman la llamada mala administración.

BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ-CASTILLO (2001): En torno a la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. REP, 113, 43 y ss.
- WEBER (2002): La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. REDC, 64, 79 y ss.
- T. FREIXES (2005): Derechos fundamentales en la Unión Europea: evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. ReDCE, 4, 43 y ss.
- H. FALCAO MARTINS (1997): Administración Pública gerencial y burocracia: la persistencia entre política y administración. Revista del CLAD, 9, 1 y ss.
- B. TOMÁS MALLÉN (2004): El derecho fundamental a una buena Administración. INAP, Madrid, 2004.
- R. ALONSO GARCÍA (2000): La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia, 209, 3 y ss.

LA VUELTA DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS

José Norberto Uzal Tresandí

Licenciado en Derecho
Director Xeral de Administración Local
Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas e Xustiza

- **Resumen:** *El concepto de Área Metropolitana, que nace en los Estados Unidos hacia comienzos del siglo XX en el ámbito de la estadística, precisa hoy de un enfoque multidisciplinar. Las primeras experiencias de institucionalización a nivel metropolitano aparecen vinculadas a la planificación territorial y urbana. El setenta por cien de la población europea reside en áreas metropolitanas, lo que ha provocado que diversas instituciones europeas hayan abogado por la necesidad de institucionalizar la gobernanza metropolitana. En España, las primeras estructuras metropolitanas se crearon para abordar la planificación urbanística de las áreas metropolitanas de Madrid, Bilbao, Barcelona y Valencia. Tras un período marcado por la abolición de las primeras estructuras metropolitanas, asistimos hoy a un resurgimiento de los gobiernos metropolitanos que se manifiesta en la reciente aprobación de la Ley de Área Metropolitana de Barcelona y en la presentación de un nuevo anteproyecto de Ley del Área Metropolitana de Vigo.*
- **Palabras clave:** *Grandes ciudades, áreas metropolitanas, gobernanza, asociacionismo municipal.*
- **Abstract:** *The concept of metropolitan area, who was born in the United States to early 20th century in the field of statistics, today requires a multidisciplinary approach. The first experiences of institutionalization at the metropolitan level appear linked to the territorial and urban planning. Seventy per cent of Europe's population resides in metropolitan areas, which has led various European institutions have advocated the need to institutionalize metropolitan governance. In Spain, the first metropolitan structures was created to address the urban planning of the metropolitan areas of Madrid, Bilbao, Barcelona and Valencia. After a period marked by the abolition of the first metropolitan structures, we are witnessing today a resurgence of metropolitan governments manifests itself in the recent adoption of the Barcelona Metropolitan Area Act and the presentation of a new draft law of the Vigo metropolitan area.*
- **Keywords:** *large cities, metropolitan areas, governance, municipal associations.*

- **Índice:** I. Concepto, origen y evolución de las Áreas Metropolitanas. II. El marco normativo estatal de las Áreas Metropolitanas. III. Las áreas metropolitanas en Europa. IV. El fracaso de los primeros gobiernos metropolitanos en España. IV.1. Madrid. IV.2. Barcelona. IV.3. Valencia. IV.4. Bilbao. V. Causas del fracaso de las primeras estructuras metropolitanas en España. VI. El resurgimiento de las Áreas Metropolitanas en España. VI.1. El renacimiento del Área Metropolitana de Barcelona. VI.2. El anteproyecto de Ley del Área Metropolitana de Vigo. Bibliografía

I. CONCEPTO, ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS

Las aglomeraciones urbanas son el resultado de un proceso de crecimiento económico y demográfico que ha llevado a la población a concentrarse allí donde las actividades y las expectativas son mayores, o sea en las ciudades y sobre todo en las grandes ciudades. Esta tendencia ha creado a veces graves problemas de desequilibrio territorial y social.

En el mundo actual, el ser humano vive de manera mayoritaria en aglomeraciones urbanas. En los países avanzados, las grandes ciudades se han convertido los centros neurálgicos para el desarrollo de un país. En el contexto de un mundo globalizado, las áreas metropolitanas se configuran en escenarios vivos en los que se manifiestan las diversas dinámicas, económicas, sociales, culturales y políticas.

El área metropolitana, como fenómeno territorial propio de los países desarrollados, supera a la ciudad misma y representa la culminación de un proceso de crecimiento urbano iniciado con la revolución industrial. El hecho metropolitano es una realidad generalizada en todo el mundo. En los cinco continentes existen áreas metropolitanas integradas por entidades locales entre cuyos núcleos se generan vinculaciones económicas y sociales, especializaciones e interdependencias, que exceden de la frontera municipal y hacen necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras.

El concepto de Área Metropolitana tiene su origen en los Estados Unidos hacia comienzos del siglo XX, vinculado a la disciplina estadística en la que aparecen los denominados "distritos Metropolitanos". El censo de 1910 de ese país es el primero que encabeza esta categoría de clasificación de las áreas urbanas. Los "Distritos Metropolitanos" eran aquellos que agrupaban a la gran ciudad con sus respectivos suburbios adyacentes, los que constituían unidad de recogidas de datos. En 1950 el término fue sustituido por el de "Área Metropolitana Estándar", y en 1960 por el de "área Metropolitana Estadística Estándar", teniendo como criterio el tamaño de la población, la densidad y la

estructura ocupacional

Con el tiempo fueron surgiendo nuevos criterios de delimitación de áreas metropolitanas que van más allá de los criterios estadísticos o demográficos y que ponen el acento en los aspectos de integración económico-funcional¹ por eso algunos autores² han hablado de "intensidades metropolitanas" para defender que las áreas metropolitanas han de definirse a partir de las relaciones de carácter funcional y por lo tanto del grado de interrelación entre el núcleo principal y los secundarios.

Por ello, la comprensión de los fenómenos que dan lugar al desarrollo de las grandes metrópolis, precisa hoy de un enfoque interdisciplinar; en el que deben intervenir, entre otras disciplinas, la geografía, la arquitectura, la economía, la sociología y las ciencias políticas.

En consecuencia, el concepto de Área Metropolitana trasciende el de ciudad, ya que nos hallamos ante un fenómeno no solo territorial, sino también humano y económico. A través de la referida estructura supramunicipal se crean fuertes vínculos económicos y sociales con una clara interdependencia -debido a la especialización del tejido productivo- que van más allá de los límites municipales y que, por lo tanto, precisan una planificación, gestión y aplicación conjunta y coordinada de un conjunto de servicios.

Antes de ser un objeto de estudio para los politólogos o los especialistas en administraciones públicas, la dimensión supramunicipal del hecho urbano fue estudiada en el ámbito de la ordenación del territorio y de la planificación urbanística. Desde los primeros escritos de Patrick Geddes en los inicios del siglo pasado, la creación de la Asociación para la Planificación Regional de América a principios de los años veinte y el Plan Regional de Nueva York de 1929 hasta la formulación de una teoría del gobierno metropolitano por Victor Jones en 1942 o por Robert Wood en 1958 pasaron varias décadas. A esta tendencia no es ajena España donde la primera institucionalización de las áreas metropolitanas aparece vinculada a la planificación y gestión urbanística.³

La existencia de estas realidades de carácter supramunicipal caracterizadas

¹ Entre otros, FOX KARL, A. 1964; FRIEDMAN, J. et al. 1965; BERRY, B.J.L. 1973; FONT, A. 1972; COOMBES, M.G. et al, 1978, 1979; HALL y HAY, 1980

² SERRA, J. (1991): "La ciutat metropolitana delimitacions, desconcentracions, desequilibris".El fet metropolità: Interpretacions geogràfiques. Págs. 31-52. Institut d'Estudis Metropolitans de Barcelona. Barcelona.

³ Es el caso de la Comisión de Urbanismo y Servicios Comunes de Barcelona y de la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid. Algo similar sucedió en Valencia con la Ley de 1961 sobre el Plan Sur que incrementó competencias de gestión a la Corporación Administrativa del Gran Valencia.

por la aglomeración urbana y por las profundas interrelaciones que se generan en torno a las grandes ciudades, generó la necesidad de articular mecanismos jurídicos y políticos que hiciesen posible el gobierno de estos espacios.

Durante los años 60 las áreas metropolitanas en Europa y en América comienzan a configurarse como entidades administrativas de carácter supramunicipal, con personalidad jurídica de derecho público, autonomía administrativa y recursos propios para el cumplimiento de sus fines. Estas entidades asumen normalmente funciones de planificación territorial y urbanística, de programación y coordinación del desarrollo económico y social así como la ejecución de obras de interés metropolitano y la prestación de determinados servicios públicos habitualmente gestionados por los ayuntamientos.

En 1996 tuvo lugar en Estambul la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos, también llamada Hábitat II, que estuvo centrada en dos principios o compromisos: «Vivienda adecuada para todos» y «Asentamientos humanos sostenibles en un mundo en vías de urbanización». Las Naciones Unidas reconocen como una destacada estrategia y medio fundamental para alcanzar los objetivos enunciados, «la existencia de una planificación y gestión verdaderamente metropolitana» y la «necesidad de promover estrategias a escala metropolitana».

II. EL MARCO NORMATIVO ESTATAL DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS

Tenemos que señalar que en España utilizamos la expresión área metropolitana tanto para definir a los espacios metropolitanos como para referirnos a las entidades locales supramunicipales a las que nuestro ordenamiento encomienda el gobierno de estos espacios.

El artículo 141.3 de la Constitución Española de 1978 contempla la posibilidad de "crear agrupaciones de municipios diferentes de la Provincia". Este tipo de agrupaciones habrán de ser reguladas por las Comunidades Autónomas el marco de las competencias asumidas a través de sus Estatutos de Autonomía.

En general, en el derecho local, el término "agrupación de municipios" ha sido fundamentalmente utilizado para designar aquellas formas de asociación que tienen carácter forzoso. Un ejemplo de estas agrupaciones de carácter forzoso serían las que se establecen en ocasiones para el mantenimiento de un puesto de Secretaría.

Con buen criterio, el constituyente no precisa cuáles hayan de ser esas otras estructuras locales y opta por deferir esta tarea al legislador ordinario,

que a su vez se limita a establecer a nivel básico unos perfiles muy elementales y esquemáticos de posibles tipos de entes locales para que el legislador autonómico complete su diseño de acuerdo con lo que demanden las concretas y diversas exigencias de articulación territorial.

Una de las piezas que el legislador estatal proporciona al autonómico para que las Comunidades Autónomas puedan contar con estructuras locales adecuadas a las exigencias de institucionalización y distribución del poder en su propio territorio es, precisamente la de las Áreas Metropolitanas

La Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local: realiza una regulación con carácter de legislación básica de las Áreas Metropolitanas a las que otorga el carácter de entidad local. El artículo 43 del mencionado texto legal, establece que "las áreas metropolitanas son Entidades Locales integradas por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas, entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras".

Son las Comunidades Autónomas las que, previa audiencia de la Administración del Estado y de los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales afectadas, podrán crear, modificar o suprimir, mediante Ley, áreas metropolitanas, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

La legislación de la Comunidad Autónoma determinará los órganos de gobierno y administración, en los que estarán representados todos los Municipios integrados en el área. Así mismo, también deberá determinar:

- El régimen económico y de funcionamiento, que garantizará la participación de todos ellos en la toma de decisiones y una justa distribución de sus cargas.
- Los servicios y obras de prestación o realización metropolitana.
- El procedimiento para su ejecución.

III. LAS ÁREAS METROPOLITANAS EN EUROPA

En la Unión Europea, el 70 por 100 de la población reside actualmente en áreas metropolitanas. En las tres últimas décadas la mayoría de los estados europeos han operado cambios en su estructura interna transfiriendo competencias políticas y administrativas a las esferas regional y local. Estos cambios han originado la apertura de un largo proceso de reflexión acerca de la necesidad de los gobiernos metropolitanos y sobre la forma jurídica y las funciones que estos deben asumir.

En este marco de reordenación territorial, en la década de los ochenta se produce un importante retroceso en lo que respecta a la institucionalización de los gobiernos metropolitanos ya que nos encontramos ante la abolición de diversas estructuras y gobiernos metropolitanos.⁴

En la década de los 90 presenciamos la transformación de los gobiernos locales hacia procesos de gobernabilidad territorial, centrados en la intervención combinada de diferentes agentes sobre territorios cada vez más amplios, y en la capacidad de este sistema de actores de producir políticas públicas coherentes sobre el espacio metropolitano.

En la actualidad, en Europa conviven diferentes modelos de estructuras y gobiernos metropolitanos con competencias estratégicas o de coordinación en las áreas de planificación urbana y territorial, asistencia técnica, y coordinación de actividades entre los diferentes niveles de administración; transportes y movilidad; desarrollo económico, y ligado a éste turismo, cultura, deporte y ocio; infraestructuras de comunicación y de servicios; la eliminación y tratamiento de los residuos sólidos y la protección del medio ambiente incluyendo el entorno natural.

En la actualidad se plantea un resurgimiento de los gobiernos metropolitanos como respuesta a la necesidad de encontrar fórmulas adecuadas para encarar los retos de gobernar la realidad metropolitana. Una muestra de esta tendencia es la recuperación de una autoridad metropolitana para el Gran Londres. Simultáneamente a las elecciones a los ayuntamientos del Municipio de Londres, se realizó un referéndum sobre la creación de la AGL, en mayo de 1998, que fue aprobado con un 72% de los votos. *La Greater London Authority Act* pasó por el Parlamento, recibiendo la Real Aprobación en octubre de 1999. Las primeras elecciones en la Greater London Authority se celebraron en el año 2000. Los aspectos más destacables de la *Greater London Authority Act* son el reconocimiento de la especificidad del territorio metropolitano del Gran Londres y la atribución al gobierno metropolitano de competencias de planificación sectorial en áreas como la planificación, vivienda, el transporte o la cultura.

La reflexión acerca de la necesidad de contar con estructuras que garanticen la gobernanza a nivel metropolitano ha sido objeto de diferentes documen-

⁴ En Inglaterra, la *Local Government Act* de 1985 dió lugar a la disolución del Greater London Council y de los seis condados metropolitanos. Ese mismo año desapareció la *Rijnmond PublicBody* de Rotterdam en 1986. Semanas después, la Ley 7/1987 del Parlamento de Cataluña disolvió la Corporación Metropolitana de Barcelona, mientras que la Ley 5/1986 del Parlamento valenciano derogó la Corporación Metropolitana del Gran Valencia

tos aprobados por diversas instancias europeas.

En 1995 el Comité Director de las Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa estableció un observatorio de análisis en las principales áreas metropolitanas europeas, con el fin replantear una serie de retos sobre la planificación, la gestión y la organización de los espacios metropolitanos.

En septiembre de 1996 el Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas presentó a la Comisión un dictamen sobre el papel de la Unión Europea en cuestiones urbanas, en donde se pusieron de manifiesto una serie de orientaciones políticas relativas a las cuestiones urbanas, se enunciaron las razones para la puesta en marcha de una política urbana específica, y se analizaron los problemas, las exigencias y las posibilidades de acción en los espacios urbanos y metropolitanos. De entre los ocho puntos estratégicos destacaba uno sobre la política metropolitana: el Consejo recomendaba el fomento de las fórmulas de cooperación y concertación entre las diferentes administraciones locales responsables de un mismo territorio metropolitano, mediante la promoción de proyectos piloto que contribuyeran a mejorar el modelo territorial general.

El año 2000 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico presentó el informe «Ciudades para los ciudadanos: mejorar la gobernanza en las zonas metropolitanas» como un argumentario y presentación de la gobernanza metropolitana, una alternativa para optimizar el potencial de una región urbana y para facilitar su adaptación a los rápidos cambios socioeconómicos y territoriales la OCDE señaló trece principios que pudieran servir de referencia: coherencia, competitividad, coordinación, equidad, equilibrio presupuestario, integración, particularidad, participación, iniciativa intersectorial, subsidiariedad y sostenibilidad.

En 2001 la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea para designar las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, con una serie de principios como la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia, que refuerzan los de la proporcionalidad y la subsidiariedad. Sobre el tema de las áreas urbanas, este documento señaló la importancia de llegar hasta el ciudadano por la vía de la democracia local y regional, de manera que las ciudades metropolitanas deben aplicar igualmente estos principios de la gobernanza, entre otras razones por su creciente participación y responsabilidad en las políticas de la Unión Europea.

Posteriormente, los organismos europeos han ido definiendo la gobernanza de las ciudades y la gobernanza metropolitana como un factor de cohesión te-

ritorial. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «*Las áreas metropolitanas europeas: repercusiones socioeconómicas para el futuro de Europa*» (2004) aboga por que el desarrollo de las metrópolis europeas figure en la agenda comunitaria.

El CESE fue uno de los primeros en destacar el vínculo directo existente entre la función de las metrópolis y la aplicación de la Estrategia de Lisboa. En palabras de este órgano asesor, "las áreas metropolitanas son los laboratorios de la economía mundial, motores de la economía y centros de creatividad y de innovación". Considera el precitado Comité Económico y Social que las áreas metropolitanas "son los territorios clave para la realización de los objetivos de la Estrategia de Lisboa" (económicos, sociales y medioambientales). EL CESE entiende que las áreas metropolitanas son auténticos "centros de gravedad de Europa" y que éstas se encuentran en una situación inmejorable para responder a los desafíos y aprovechar plenamente las oportunidades que se derivan de los importantes cambios producidos en Europa a largo de los últimos 50 años. No obstante, el precitado documento señala que la gestión administrativa en ellas «sigue reflejando tiempos pasados», lo que impide un gobierno eficaz y, por consiguiente, una política económica eficaz. Por eso, una buena coordinación entre la gestión administrativa y los agentes económicos, y, de manera más amplia, entre los sectores público y privado, es un requisito previo para la buena gobernanza de las áreas metropolitanas.

El Parlamento Europeo ha subrayado que «las ciudades y las aglomeraciones o zonas urbanas concentran al 78 % de la población de la Unión Europea y constituyen un lugar donde se concentran las dificultades y un lugar donde se construye el futuro. Asimismo, las considera protagonistas clave del desarrollo regional y del cumplimiento de los objetivos de Lisboa y Gotemburgo.⁵

En abril de 2007, el Comité Económico y Social de la Unión Europea emitió un nuevo Dictamen sobre «*Las áreas metropolitanas europeas: repercusiones socioeconómicas para el futuro de Europa*»⁶. El precitado dictamen de 2007, que se integra con el de 2004 formando un todo coherente, se hace eco de los debates existentes en los diferentes estados europeos acerca de la institucionalización de gobiernos o estructuras metropolitanas y acaba concluyendo que para afrontar los nuevos retos que deben asumir las áreas metropolitanas es preciso establecer una nueva organización de la gobernanza ya que las estruc-

⁵ Parlamento Europeo: Resolución de 13.10.2005 sobre la dimensión urbana en el contexto de la ampliación DO C 233 E de 28.9.2006, p. 127.

⁶ El precitado dictamen de 2007 había sido solicitado el 7 de noviembre de 2006 por el ministro alemán de Transportes, Obras Públicas y Urbanismo, en nombre de la Presidencia alemana

turas administrativas de antaño se han demostrado insuficientes y obsoletas.

4. El fracaso de los primeros gobiernos metropolitanos en España

Como ya hemos tenido ocasión de anticipar, en España, al igual que sucedió en otras partes del mundo, las primeras estructuras metropolitanas se crean en relación con la planificación urbanística de las grandes ciudades.

Los primeros ámbitos metropolitanos a efectos del planeamiento urbanístico se delimitan en la década de los años cincuenta y sesenta en Madrid (COPLACO), Barcelona (Comisión de Urbanismo y Servicios Comunes), Valencia (Gran Valencia) y Bilbao (Gran Bilbao), y entre otros aspectos, son indicadores de que el crecimiento urbano presentaba ya dinámicas de crecimiento y extensión fuera de las ciudades centrales.

Con varios años de retraso en la incorporación española a las nuevas dinámicas territoriales, la expresión "área metropolitana" en España se recoge legalmente por primera vez en la Ley 121/1.963, de 2 de diciembre (Boletín Oficial del Estado, 5-12-63) referido al Planeamiento del Área Metropolitana de Madrid (redacción del nuevo Plan General de Ordenación).

IV.1. MADRID

En Madrid, aunque podemos encontrar un precedente a la conformación metropolitana en la creación de la Comisaría General del Gran Madrid, creada en 1945, no es hasta 1963 cuando nos encontramos con una auténtica institucionalización del hecho metropolitano con la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid (COPLACO), que nace como un organismo autónomo, de carácter urbanístico, de la Administración del Estado. Fue creado por ley en 1963 para «promover, acordar, orientar, coordinar y fiscalizar la ordenación urbanística», dentro de un ámbito que comprendía veintitrés términos municipales situados alrededor de Madrid, incluido el de esta ciudad. La creación de Coplaco obedeció a la convicción, que se impuso en las esferas oficiales, de la necesidad de organizar en forma coherente ese proceso de desarrollo urbano multipolar, y de ordenar estratégicamente todas las intervenciones que se realizasen en ese territorio supramunicipal. Para lo cual era necesario coordinar efectivamente las acciones de los ayuntamientos (responsables de la concesión de licencias de edificación para satisfacer la actividad inmobiliaria privada) y las de los ministerios y demás organismos sectoriales del Estado (responsables de las inversiones que dotan de infraestructuras, servicios y equipamientos). Por ello, en la Comisión estaban representados esos organismos y esos ayuntamientos, bajo la presidencia de un delegado del gobierno. Esta estructura organizativa, con mayor peso del Estado que de la Ad-

ministración local, correspondía al modelo más centralista de los que se daban en otras situaciones europeas urbanísticamente semejantes, frente a otros que presentaban una mayor descentralización sobre la esfera local.

La ley fundacional señalaba que el principal camino para cumplir la tarea de la Comisión, era que ésta velase por el desarrollo del Plan General de Ordenación del Área Metropolitana, que había sido aprobado al mismo tiempo que la creación de la Comisión, para lo cual los ayuntamientos y los organismos del Estado debían someter sus acciones a la supervisión de Coplaco.

La Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid fue disuelta en 1983 al asumir la Comunidad de Madrid las competencias en materia de ordenación territorial al considerarse que este instrumento no tenía encaje en el nuevo modelo de administración autonómica.

IV.2. BARCELONA

Por lo que respecta a Barcelona hay que destacar que algunos pretendieron encontrar un precedente de su actual conformación metropolitana en la Edad Media con la instauración del Consell de Cent que regía, desde su espíritu de vincular a través de servicios y protección poblaciones de distinto peso demográfico, un vasto territorio de unos 450 kilómetros cuadrados que abarcaba desde Castelldefels a Montgat. Es este Consell de Cent el que planta cara a Felipe V en la Guerra de Sucesión del siglo XVIII y es este territorio el que el nuevo rey, vencedor en la guerra, trocea y separa en pequeños municipios independientes, rompiendo los lazos de colaboración que los vinculaban a la capital.

Sin embargo, lo cierto es que para encontrar el primer precedente metropolitano en los tiempos contemporáneos debemos remitirnos al Plan Comarcal de 1953 o Plan de Ordenación Urbana de Barcelona y su área de influencia. En él se reconoce una Comarca Metropolitana de Barcelona que abarca un total de 27 municipios con una extensión de 476 Km². Para la gestión y desarrollo de ese plan comarcal, a través de una ley de 3 de diciembre de 1963 se crea la Comisión de Urbanismo de Barcelona, que se constituye con presencia mayoritaria de la administración estatal y a la que se le atribuyen las funciones de elaborar y aprobar inicial y provisionalmente las revisiones del planeamiento general y definitivamente el planeamiento de desarrollo

En 1960 se aprueba la Ley Especial de Barcelona mediante la cual se transforma la Comisión de Urbanismo de Barcelona en Comisión de Urbanismo y Servicios Comunes, añadiéndose a las competencias urbanísticas las de transportes, abastecimiento de aguas, eliminación de residuos y otras que se decla-

ren de "interés comarcal", previa audiencia a los ayuntamientos.

En el año 1974, a través del Decreto-Ley 5/1974, de 24 de agosto, se crea la Corporación Metropolitana de Barcelona, la única de las entidades creadas en ese período con naturaleza jurídica de entidad local y que asume las funciones que hasta ese momento venía desempeñando la Comisión de Urbanismo y Servicios Comunes. El ámbito de esta entidad local supramunicipal es el mismo de los 27 ayuntamientos incluidos en el Plan Metropolitano.

Con el advenimiento del sistema autonómico se producen tensiones entre la Corporación Metropolitana de Barcelona y el nuevo gobierno de la Generalitat de Catalunya. Estas tensiones llevan a la disolución de la Corporación Metropolitana, que se produjo a través de la ley 7/1987, de 4 de abril, del Parlament de Catalunya, que establece y regula actuaciones públicas especiales en la conurbación de Barcelona y en las comarcas comprendidas en su área de influencia. La precitada ley acuerda la creación de dos entidades metropolitanas de carácter sectorial, una para los servicios hidráulicos y los residuos y otra para el transporte.

La Entitat Metropolitana de Serveis Hidràulics i Tractament de Residus de Barcelona fue creada en 1990, con el objeto de programar, realizar y coordinar los servicios municipales de captación, tratamiento y distribución de agua potable y el tratamiento y evacuación de las aguas residuales. Asimismo, tiene competencias en la realización de obras y prestación deservicios de tratamiento, aprovechamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos.

La Entitat Metropolitana del Transport de Barcelona fue creada en 1989, para coordinar de los servicios de transporte público urbano de viajeros de los municipios de su ámbito territorial. Así, se encarga de planificar, ordenar y gestionar los servicios de transporte público interurbano de viajeros cuyo itinerario transcurra íntegramente dentro del ámbito territorial de actuación de la Entidad. Además, presta el servicio de metro en Barcelona, en coordinación con la Generalidad, ejerce la intervención administrativa en los servicios de transporte público de viajeros en automóviles, programar el tráfico en la red viaria básica definida por el Plan Territorial Parcial y por el Plan Intermodal de Transportes y prestar asistencia técnica a los municipios en materia de tráfico urbano.

IV.3. VALENCIA

También en el caso de Valencia nos encontramos con una estructuración metropolitana vinculada a la planificación territorial. En 1946 se produce la aprobación del Plan General de Ordenación Urbana de Valencia y su Comarca.

que se plantea ordenar una franja urbana de unos 422Km², integrada por 30 municipios Para gestionar la ejecución del Planeamiento se crea la Corporación Administrativa Gran Valencia, cuyas funciones se determinan en la Ley de Bases de 18 de diciembre de 1946 y en el Decreto del Ministerio de Gobernación de 14 de octubre de 1949. La Ley de 1961 sobre el Plan Sur incrementó competencias de gestión a la Corporación Administrativa del Gran Valencia

La Corporación Gran Valencia gestionó también el Plan General de Ordenación Urbana de Valencia y Comarca de 1966 y fue responsable del desarrollo de importantes obras de infraestructura.

Como sucedió con otras instituciones similares, la Corporación Gran Valencia no encontró encaje en el nuevo estado autonómico y por medio de la Ley de la Generalitat Valenciana 12/1986, de 31 de diciembre de 1986, se procedía a su disolución y se suspendía el Plan de Valencia y su comarca de 1966 mientras los municipios recuperaban las competencias urbanísticas sobre su territorio municipal. Al mismo tiempo se creaba el Consell Metropolità de L'Horta (C.M.H.) incorporando a este los 44 municipios de la comarca de L'Horta, encargándose la Dirección General de Urbanismo de la Conselleria de Obras Públicas de la redacción de las "Normas de Coordinación Metropolitana", normas que finalmente vieron la luz en 1988

La Ley de creación del Consell Metropolità de L'Horta fue modificada por la Ley 4/1995, de 16 de marzo, de la Generalitat Valenciana, del Área Metropolitana de L'Horta, que intentó paliar determinadas disfuncionalidades de la citada entidad referentes a sus competencias y organización.

Esta entidad metropolitana fue suprimida por la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana. Según manifiesta el preámbulo de esta ley, la razón de la supresión estriba en el intento de huir de la creación de órganos dotados de rígidas y pobladas estructuras permanentes, así como en la voluntad de buscar fórmulas de gestión más ágiles y eficaces.

En consonancia con la visión que inspiró la disolución del de Consell Metropolità L'Horta, la Ley del las Cortes Valencianas 2/2001, de 11 de mayo, de creación y gestión de Áreas Metropolitanas en la Comunidad Valenciana apuesta nueva forma de organización, las entidades metropolitanas sectoriales para aquellos flujos urbanos que requieran la prestación de un determinado servicio público. En línea con lo que ya había sucedido en Barcelona, a través de dos disposiciones adicionales de esta ley, se crean la

Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y la Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos, con diferentes ámbitos territoriales en la medida en que no participan en las precitadas entidades todos los ayuntamientos

que formaban parte de la entidad disuelta.

La Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos de Valencia fue creada en 2002, para prestar el servicio de agua en alta, producción y suministro hasta el punto de distribución municipal, además de ejercer las facultades reconocidas en esta materia a las corporaciones locales en la Comunidad Valenciana.

La Entidad Metropolitana para el Tratamiento de los Residuos fue creada en 2002 para prestar los servicios de valoración y eliminación de residuos urbanos, de acuerdo con los objetivos marcados por la Generalitat Valenciana, a través de la normativa sectorial y de conformidad con los instrumentos de planificación en ella previstos.

IV.4. BILBAO

En Bilbao, encontramos la primera muestra de planificación metropolitana en el Plan General de Ordenación Comarcal de Bilbao de 1945. Para gestionar su desarrollo se creó un nuevo ente administrativo: la Corporación Administrativa del Gran Bilbao. En 1964 se aprobó la revisión del planeamiento, el llamado Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao y su Comarca, que continuaba y repetía buena parte de los planteamientos y proyectos ya previstos que seguían sin realizarse

Tras la puesta en marcha del estado autonómico, la ley vasca de 18 de diciembre de 1980, extinguió la Corporación administrativa del Gran Bilbao, sin sustituirla por ningún mecanismo institucional de alcance metropolitano, ni general ni sectorial. Desde algunos sectores se ha considerado un error la supresión de esta entidad por la necesidad de establecer mecanismos de coordinación en el ámbito urbanístico a escala metropolitana.

Los principales municipios de la comarca y área metropolitana, Bilbao y Baracaldo constituyeron en 1992 junto con la Diputación de Vizcaya y las administraciones nacional y autonómica la entidad Bilbao Ría 2000 para la regeneración urbanística de Bilbao y su entorno, precisamente por ser éstos los municipios más castigados por la intensa actividad industrial y la gran cantidad de suelos contaminados y ruinas industriales que derivaron de aquella actividad. Entre los proyectos que ha impulsado esta institución se encuentran la recuperación de Abandoibarra, otro suelo industrial y donde actualmente se ubican el Museo Guggenheim y el Palacio Euskalduna.

Paralelamente, existe la asociación Bilbao Metròpoli-30, constituida en 1991 por el Ayuntamiento de Bilbao, Diputación Foral de Vizcaya y Gobierno Vasco y diversas entidades públicas y privadas para la revitalización del Bilbao Metropolitano

V. CAUSAS DEL FRACASO DE LAS PRIMERAS ESTRUCTURAS METROPOLITANAS EN ESPAÑA

Si queremos aproximarnos a las causas que llevaron en los años 80 a la disolución de las estructuras metropolitanas creadas durante el Régimen de Franco, no podemos olvidar que los cuatro organismos metropolitanos creados en España durante el franquismo eran instrumentos ministeriales, primero de la Gobernación y luego del Ministerio de la Vivienda, con la excepción de Barcelona, que a partir de 1974 se transformó en entidad local.

También debemos recordar que la vinculación de estas estructuras metropolitanas al urbanismo de la administración central, sólo ampliada a la gestión de servicios en Barcelona y Valencia, no encontraba ningún encaje en nuestro ordenamiento constitucional en la medida en que la legislación y la jurisprudencia han reforzado el carácter municipal del planeamiento y la gestión urbanística.

Por lo que respecta al caso de Madrid hemos de significar que la respuesta a la necesidad de gobernanza metropolitana se ha estructurado a través de una de las fórmulas que funciona con éxito en otras partes del mundo, la ciudad-región.

En el caso de Barcelona las razones de la disolución de la Corporación Metropolitana hay que buscarlas en la difícil convivencia que se produjo entre el nivel autonómico y metropolitano, habiéndose originado tensiones que tuvieron mucho que ver en la decisión de suprimir la entidad. No podemos olvidar que el 70% de la población de Catalunya, residen en el área metropolitana de Barcelona lo que nos da una idea del poder político que se alberga en ese territorio

En el caso de Valencia hay que indicar que tampoco fueron ajenos a la decisión de disolver el Consell Metropolità los desencuentros políticos que se produjeron en el nivel interno y entre esta institución y el nivel autonómico de gobierno.

VI. EL RESURGIMIENTO DE LAS ÁREAS METROPOLITANAS EN ESPAÑA

Después de las experiencias que acabamos de analizar todo parecía indicar que tras los intentos fallidos de constituir gobiernos metropolitanos dotados de amplias competencias, los nuevos intentos de establecer una gobernanza metropolitana habrían de encaminarse a través de estructuras de carácter fun-

cional para la gestión de servicios concretos y carentes de carga política. Ese era el modelo que se intuía especialmente tras las experiencias de Barcelona y Valencia.

Así, llegábamos al año 2010 y las únicas entidades metropolitanas que existían en España aplicando criterios estrictos eran las creadas en Barcelona y en Valencia tras la disolución de sus Áreas Metropolitanas. Aunque no es menos cierto que si aplicamos criterios más laxos pudiéramos encontrar un número superior ya que algunas leyes autonómicas hayan dado acogida a conceptos específicos para aludir a realidades de naturaleza esencialmente idéntica a la de las Áreas Metropolitanas como sucede con las "aglomeraciones urbanas" de la Junta de Andalucía.⁷

No obstante, la segunda década del siglo XXI ha devuelto a la actualidad el debate sobre la necesidad de contar con gobiernos metropolitanos dotados de importantes competencias. A este debate contribuyen decididamente la resurrección del Área Metropolitana de Barcelona y la presentación de un borrador del anteproyecto de ley de Área Metropolitana de Vigo.

VI.1. EL RENACIMIENTO DEL ÁREA METROPOLITANA DE BARCELONA

Como hemos tenido ocasión de analizar, las leyes del Parlament de Catalunya de 1987 hicieron desaparecer la Corporación Metropolitana de Barcelona y acordaron su sustitución por dos nuevas entidades metropolitanas: la Entidad del Medio Ambiente, integrada por dieciocho municipios y la Entidad Metropolitana del Transporte, de la que forman parte 32 municipios.

Como respuesta política a la actuación de la Generalitat de Catalunya, un buen número de municipios que habían pertenecido a la desaparecida Corporación Metropolitana de Barcelona, crearon la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona, integrada inicialmente por veinticuatro municipios.

A pesar de la disolución de la Corporación Metropolitana de Barcelona, el ámbito que dibujan la totalidad de los treinta y seis municipios incluidos en alguna de estas tres nuevas entidades metropolitanas, que cuenta con una extensión de 636 km² y una población de 3.180.000 habitantes, ha continuado conociéndose como "Área Metropolitana de Barcelona", a pesar de su falta de

⁷ Estamos refiriéndonos a las previstas en el Decreto 310/2003, de 4 de noviembre, por el que se delimitan las aglomeraciones urbanas para el tratamiento de las aguas residuales de Andalucía y se establece el ámbito territorial de gestión de los servicios del ciclo integral del agua de las Entidades Locales a los efectos de actuación prioritaria de la Junta de Andalucía.

reconocimiento institucional y de la difícil convivencia de esta realidad metropolitana con el complejo entramado institucional creado por el gobierno autonómico.

El mismo año 1987 en que se ponía fin a la Corporación Metropolitana de Barcelona, el Parlament de Catalunya aprobaba una ley por la cual se establecían cuarenta y una comarcas con naturaleza de entidades locales. El ámbito conocido como Área Metropolitana de Barcelona incluye la totalidad de la comarca del Barcelonés y parte de las comarcas del Baix Llobregat, Maresme y Vallès Occidental. A pesar de la complejidad que suponía la simultaneidad de las entidades metropolitanas y las nuevas comarcas éstas tuvieron y tienen todavía sus propios órganos de gobierno y ejercen las competencias que la ley comarcal les concede.

Tras un largo camino no exento de obstáculos, el Parlament de Catalunya aprobó por unanimidad en julio de 2010 la ley 31/2010 que crea el Área Metropolitana de Barcelona y regula su organización, competencias y financiación.

La nueva Ley define el Área Metropolitana de Barcelona como un ente local supramunicipal de carácter territorial integrado por los municipios de la conurbación de Barcelona entre los que hay vinculaciones económicas y sociales que hacen necesaria la planificación de políticas públicas y la implantación de servicios de forma conjunta.

El número de municipios que integran el Área Metropolitana de Barcelona se determinó partiendo de los que actualmente forman parte de alguno de los tres entes existentes. Asimismo, la ley determina el procedimiento para incorporar nuevos municipios al tiempo que regula el proceso de extinción de las dos entidades metropolitanas así como el proceso de traspaso efectivo de la Mancomunidad de Municipios a la nueva Área Metropolitana de Barcelona.

La nueva Área Metropolitana asumirá las competencias que ejercen las actuales entidades metropolitanas del transporte, de servicios hidráulicos y tratamiento de residuos y la Mancomunidad de Municipios y, en materia de urbanismo, las competencias previstas en la legislación urbanística vigente.

La Ley determina un modelo organizativo del Área Metropolitana de Barcelona que garantiza la representatividad proporcional de todos los municipios que la integran. Los órganos de gobierno que establece la Ley son el Consejo Metropolitano, el presidente o presidenta, la Junta de Gobierno y la Comisión Especial de Cuentas. También determina la posibilidad de que el Consejo Metropolitano pueda crear cualquier otro órgano complementario.

Se configura la hacienda metropolitana con la reordenación de la situación existente para que el sistema de financiación responda a las singularidades y

necesidades de una gran conurbación urbana y a las atribuciones asignadas al Área Metropolitana de Barcelona.

La Ley consta de un título preliminar y seis títulos, a los que siguen once disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

Esta apuesta de la Generalitat de Catalunya por la institucionalización de un nuevo gobierno metropolitano para Barcelona, parece haber marcado un punto de inflexión en la dinámica metropolitana imperante en España y está siendo objeto de seguimiento por la doctrina científica y por aquellas comunidades que todavía no han encontrado la solución adecuada a los problemas de la gobernanza metropolitana.

VI.2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL ÁREA METROPOLITANA DE VIGO

Coincidiendo en el tiempo con la resurrección del Área Metropolitana de Barcelona, la Xunta de Galicia ha retomado el proyecto de dotar a Vigo y a su zona de influencia de un gobierno metropolitano dotado de importantes competencias. Así, en noviembre de 2010 el conselleiro de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia presentaba a los alcaldes de los catorce ayuntamientos que integrarán la nueva entidad supramunicipal un borrador de anteproyecto de ley que fue sometido a exposición pública durante los meses de diciembre y enero y que actualmente se encuentra en fase de tramitación interna por parte del ejecutivo autonómico.

El proyecto de dotar al área que se articula en torno a la primera ciudad de Galicia de un instrumento adecuado para la gobernanza metropolitana no constituye una novedad en sí mismo sino que responde a un anhelo colectivo que ha venido tomando forma institucional en las dos últimas décadas.

Ya en la declaración institucional suscrita en agosto de 1991 por los once alcaldes constituyentes de la "Mancomunidad da área intermunicipal de Vigo" se hace referencia a la creación de este ente asociativo como un primer paso que debería culminar con la creación de un Área Metropolitana.

Esta voluntad de los ayuntamientos fue refrendada a través de la denominada "Declaración de Soutomaíor", aprobada en 1999 y por medio de la cual los alcaldes integrantes en la Mancomunidad valoran el trabajo realizado desde esta institución supramunicipal como un proceso previo absolutamente necesario, pero se reafirman en el convencimiento político de avanzar hacia la figura del Área Metropolitana desde la libre voluntad de cada uno de los ayuntamientos.

Esta línea tuvo su continuación en la "Declaración de Nigrán" en el año

dos mil, con la participación activa de los ayuntamientos de Cangas y Moaña. En esta declaración, aprobada de manera unánime por los alcaldes de los catorce municipios que hoy se van a integrar en el Área Metropolitana de Vigo se contienen los elementos estructurales que conformaran la nueva entidad metropolitana, el núcleo de competencias básicas que deben desempeñarse por el Área Metropolitana al tiempo que se pacta el peso que debe tener cada ayuntamiento en los órganos del futuro gobierno metropolitano.

Como antecedente próximo del borrador que ahora se presenta hay que señalar el proyecto de ley de creación del Área Metropolitana de Vigo que había sido aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia el 13 de enero de 2005 siguiendo la senda marcada por el trabajo en común de los ayuntamientos. La tramitación de este proyecto legislativo ante el Parlamento de Galicia no llegó a finalizarse como consecuencia de la convocatoria anticipada de unas elecciones autonómicas, que se celebraron el 19 de junio de 2005 y que trajeron un cambio en las mayorías parlamentarias.

Bajo el gobierno surgido de las elecciones de 2005 el proyecto de creación del Área Metropolitana de Vigo entró en vía muerta, a pesar de los múltiples estudios realizados y de la iniciativa legislativa popular promovida por la Federación de Asociaciones de Vecinos de Vigo.

El texto presentado en noviembre de 2010 por la Xunta de Galicia consta de cinco capítulos con un total de 27 artículos, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria y dos disposiciones finales.

Partiendo de un proceso de reflexión que tiene en cuenta el camino recorrido en la última década, del estudio de viabilidad realizado por la Universidad de Vigo y de las aportaciones recibidas de los ayuntamientos que se integrarán en el Área Metropolitana, la ley pretende ir más allá del proyecto de 2005, estableciendo un gobierno metropolitano que va a desempeñar importantes competencias que hasta hoy han venido siendo gestionadas por los ayuntamientos o por la propia Comunidad Autónoma.

Así, se pretende que la nueva entidad supramunicipal asuma competencias en materia de promoción económica y empleo y servicios sociales, turismo y promoción cultural, transporte público de viajeros, medio ambiente, ordenación territorial y cooperación urbanística.

Haciéndose eco de la necesidad de evitar solapamientos entre las diferentes administraciones públicas que actúan sobre el territorio, el borrador de anteproyecto de ley plantea la creación de un Comité de Cooperación en el que van a participar la administración metropolitana, la autonómica y la provincial.

Por último tenemos que destacar que, en línea con las recomendaciones del

Comité Económico y Social Europeo sobre la contribución que pueden realizar las áreas metropolitanas a la puesta en marcha de la sociedad del conocimiento, el Área Metropolitana de Vigo asumirá un importante papel en la difusión y utilización de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, incorporando la metodología de trabajo en red y facilitando la puesta en marcha de la administración electrónica en los municipios integrados.

En cualquier caso, hemos de tener en cuenta que el borrador que fue presentado en noviembre de 2010 se encuentra en estos momentos en fase de tramitación interna una vez finalizada la fase de exposición pública y audiencia a los ayuntamientos y que está previsto que el mismo pueda ser remitido al Parlamento de Galicia antes de que finalice el primer semestre del año en curso, previa su aprobación por la Xunta de Galicia.

Tras más de dos décadas marcadas por la incertidumbre y el cuestionamiento de los gobiernos metropolitanos, todo parece indicar que comienzan a soplar vientos favorables para la gobernanza metropolitana en Europa y en España.

BIBLIOGRAFÍA

- ASCHER, F. (1995): *Métapolis ou l'avenir des villes Metapolis*. Paris, Éditions Odile Jacob.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (1993): *Las Areas Metropolitanas*. Civitas, Madrid.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (1994): Las competencias de las entidades metropolitanas en el derecho español. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. 28(140), 67-94.
- BENABENT Y FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA, M. (2002): La ordenación del territorio: una nueva función pública y viejos problemas. *Rev. Urban*, Universidad Politécnica de Madrid. 7, 52-69.
- BORJA SEBASTIÁ, J. y CASTELLS OLIVÁN, M. (2004): *Local y global: La gestión de las ciudades en la era informática*. Madrid, Taurus.
- DE MIGUEL GONZÁLEZ, R. (1995): Políticas metropolitanas en España: Entre Urbanismo y Ordenación del Territorio. *Geographicalia*, Departamento de Geografía y Ordenación del Territorio, Universidad de Zaragoza, Zaragoza. 32, 53-62.
- DE MIGUEL GONZÁLEZ, R. (2008): Planificación Territorial, Gobierno y Gobernanza Metropolitana en las grandes ciudades españolas. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 48, 355-374.
- FERIA TORIBIO, J.M. (2004): Problemas de definición de las áreas metropolitanas en España. *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, 38, 85-100.
- HILDEBRAND SCHEID, A. (1996): *Política de ordenación del territorio en Europa*. Sevilla,

Universidad de Sevilla.

- LUZÓN, J.L., VILA, J., Rubio, F. (2003): *La delimitación del Área Metropolitana de Barcelona aplicando el método NUREC*. Barcelona, Edicions Universitat.
- PRECEDO LEDO, A. (2004): *Nuevas realidades territoriales para el siglo XXI. Desarrollo local, identidad territorial y ciudad difusa*. Madrid, Editorial Síntesis.
- PRECEDO LEDO, A. (2007): *El Área Metropolitana de A Coruña: una Metrópoli Euroatlántica*. A Coruña, Diputación de A Coruña.
- PRECEDO LEDO, A., MIGUEZ IGLESIAS, A., FERNÁNDEZ JUSTO, M.I. (2008): Galicia: el tránsito hacia una sociedad urbana en el contexto de la Unión Europea. *Revista Galega de Economía*. 17(núm. extra), 1-20.
- RAMÍREZ VELÁZQUEZ, B.R. (2003): *Modernidad, posmodernidad, globalización y territorio. Un recorrido por los campos de las teorías*. México, Universidad Autónoma Metropolitana. Unidad Xochimilco, Miguel Angel Porrúa.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M. (2010): Estructura institucional y organización territorial local en España. *Política y Sociedad*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid. 47(3), 67-91.
- ROJO SALGADO, A. (2005): La gobernanza: un modelo alternativo de gestionar el conflicto, *Revista de Pensamento do Eixo Atlántico*, 8, 5-30.
- ROJO SALGADO, A., VARELA ÁLVAREZ, E. (2007): *La gobernanza metropolitana*. Santiago de Compostela, Xunta de Galicia.
- VALENZUELA VAN TREEK, E. (s/f): Las Áreas Metropolitanas. Reflexión, Evolución y Casos de Estudios. *Urbano*, Universidad del BioBio, Concepción, Chile, 9(14) 4-13.

LOS EFECTOS DE LAS POLÍTICAS URBANÍSTICAS SOBRE EL TERRITORIO Y EL MEDIO AMBIENTE. LAS ACCIONES DE LA FISCALÍA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO AL RESPECTO

Antonio Vercher Noguera

Fiscal de Sala Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo

- **Resumen:** *España ha vivido en los últimos años, y en materia de ordenación del territorio y urbanismo, uno de los procesos más problemáticos de los que se tiene noción en la historia del país. La envergadura de ese proceso ha sido de tal calibre que ha acabado afectando de manera muy seria a la economía de la nación. Pero no sólo eso, se trata además de un proceso que ha tenido otras repercusiones muy negativas a otros niveles sociales e institucionales. De hecho, y así se ha puesto de manifiesto desde diferentes instancias, esa problemática ha acabado produciendo un importante nivel de corrupción que se ha expresado tanto a nivel social como a nivel político. Todo ello sin olvidar las enormes repercusiones ambientales que ha producido el crecimiento urbano desmesurado que es consecuencia de ese proceso.*

En ese contexto, en el año 2006 se constituyó la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo con el objetivo de afrontar los problemas acabados de exponer. En el artículo se describen cuáles han sido las iniciativas adoptadas al respecto por la citada Fiscalía y los resultados que se están empezando a producir tras casi cinco años de funcionamiento.

- **Palabras clave:** *Ordenación del territorio, medio ambiente, corrupción, Fiscalía, urbanismo.*

- **Abstract:** *In the recent years Spain has suffered one of the most problematic events ever known in the history of the country on what land planning and urbanism is concerned. The importance of the mentioned event was such that it has seriously affected the national economy. Furthermore, it has had very negative effects at different social and institutional levels. In fact, as it has been pointed out, this event has provoked an important level of corruption in the social as well as in the political arena. No to forget the uncontrolled urban growth that has taken place as a result of the aforementioned event.*

In this context, the Public Prosecutor's Office for Environment and Land Planning was established in 2006, aimed at facing the above indicated problems. This article briefly analyses the initiatives adopted by the specialised Public Prosecutor's Office and the results obtained after nearly five years of work.

- **Keywords:** *Land planning, environment, corruption, Public Prosecutor's Office, urbanism.*

- **Índice:** I. Introducción. II. La construcción como forma de financiación. III. La crisis del sistema y sus efectos sociales. IV. Las repercusiones ambientales. V. La constitución de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo. VI. La actividad y funcionamiento de la Fiscalía de medio Ambiente y Urbanismo. VI.1. La red de fiscales de medio ambiente y urbanismo. VI.2. El uso de la acción penal para la protección de la ordenación del territorio y del urbanismo. VI. El uso de la vía contencioso-administrativa por parte del ministerio fiscal. VII. Epílogo

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que toda tendencia a simplificar lleva consigo un importante riesgo de incurrir en errores. Y esto ocurre especialmente cuando se trata de simplificar algo tan notoriamente complejo como lo es la incidencia del urbanismo en el medio ambiente y en los espacios naturales. Aun así, y en ese inevitable proceso de simplificación al que obliga una breve exposición escrita como la presente, destinada a abrir debate, hay alegaciones que pueden ser efectuadas con cierta garantía de certeza y que pueden, por consiguiente, servir holgadamente de plataforma para esa discusión. Permítaseme, pues, partir de algunas de estas alegaciones como forma de estructurar un debate posterior y examinar de que manera ha incidido en el tema la reciente creación de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo.

Puede alegarse, de entrada, y sin demasiada dificultad argumentativa, que las causas y las consecuencias sociales de las políticas urbanísticas catastróficas que hemos presenciado en los últimos años han venido retroalimentándose ellas mismas y durante bastante tiempo. El proceso de retroalimentación es relativamente simple, tal como tendremos oportunidad de comprobar.

Previamente es necesario poner de manifiesto, para precisar conceptos y aclarar posiciones, que a la hora de incorporar el sistema español de gestión del suelo a uno de los dos modelos en vigor en Europa, es decir el continental o el anglosajón, sería en el primero, tal como se ha puesto de relieve,¹ dónde podría ser incardinado, con matices por supuesto, dado que es muy difícil que se produzca una coincidencia total entre un sistema y su modelo. Esa adscripción es especialmente evidente sobre todo después de la promulgación de la Ley del Suelo 4/2007² y su posterior Texto Refundido de 2008.³ Procede indicar

¹ VIAÑA REMIS, E.: Gestión del Suelo: Modelos Vigentes. www.fundacionsuma.org/encuentro08/doc/enriqueviana_gestiondelsuelo_pdf

² Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo.

³ Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo.

que el modelo anglosajón sería el denominado modelo liberal o neo-liberal, caracterizado de manera especial por su flexibilidad, frente a la opción reglada o controlada que identifica al modelo continental europeo. Pues bien, el sistema español se caracteriza por considerar el suelo como un bien de primera necesidad, con una oferta dada y claramente definida⁴ y sobre el que los poderes públicos deberán frenar toda posible especulación, por razones evidentes, dado que es, tal como se adelantaba, un bien de primera necesidad, pero sobre todo porque hay un mandato constitucional que obliga a ello.⁵ Además, los principios de cohesión económica y social, así como el racional trazado de las infraestructuras, constituyen sus principios rectores. A mayor abundamiento, ese modelo continental busca, casi como consecuencia de lo acabado de señalar, la opción que proporciona el sistema de *"ciudad compacta"*, frente a la *"ciudad difusa"*, más influida, sin duda, por el modelo liberal.⁶ El sistema español actual constituye, por lo tanto, un sistema adscrito al modelo europeo continental, en el que se aplican formas de intervención o control público y que busca, además de manera expresa, un modelo de ciudad compacta.⁷

En muchos aspectos la Ley 4/2007 seguía un planteamiento y una adscripción similar a la del Texto Refundido de 1992.⁸ Sin embargo, no siempre se ha seguido ese sistema. La anterior Ley del Suelo 6/1998,⁹ que estuvo en vigor entre ambas normas, parecía seguir la pauta liberal o, por lo menos, parecía inspirarse en algunos de sus principios desde el momento mismo en el que establecía que el suelo urbanizable era el residual, de manera que, en esencia, se podía construir sobre cualquier tipo de suelo que no tuviera la consideración

⁴ Según la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, *"El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural escaso y no renovable. Desde esa perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino en una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales."*

⁵ Según el artículo 47.1 de la Constitución Española *"Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación."*

⁶ VIAÑA REMIS, E.: Op. Cit.

⁷ En la Exposición de Motivos de la Ley se hace referencia a la opción de la Unión Europea por la ciudad compacta, que, a su vez, advierte *"de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa y desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos."*

⁸ Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

⁹ Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.

de suelo urbano o no urbanizable.¹⁰ La propia Exposición de Motivos de la Ley 6/1998 dejaba claro que su objetivo era "*facilitar el aumento de la oferta de suelo*" dado que ello era consustancial con la reforma del mercado del suelo, en el sentido, seguía diciendo la citada Exposición de Motivos, "*de una mayor liberalización que incremente su oferta*", toda vez que la misma forma parte de la "*necesaria reforma estructural de la economía española*". Se pretendía con ello, y así lo ponía expresamente de manifiesto el Real Decreto-Ley 4/2000,¹¹ de abaratar el precio de la vivienda en España,¹² que estaba sufriendo, ya en aquel momento, una subida espectacular.

Dicho esto, hay que subrayar que la gran mayoría de las competencias en la materia están en manos de las Comunidades Autónomas y de los Consistorios. El artículo 148.1.3 de la Constitución Española atribuye a las Comunidades Autónomas competencias sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, tema este que fue ampliamente debatido por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de marzo de 1997. En la práctica, es la Comunidad Autónoma la que determina qué suelo es urbanizable.¹³ A su vez, el artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985,¹⁴ atribuye a los Municipios competencias en materia de ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística, si bien en los términos que establece la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas.¹⁵

¹⁰ Según el artículo 10 de la Ley 6/1998, "*El suelo que, a los efectos de esta Ley, no tenga la condición de urbano o de no urbanizable, tendrá la consideración de suelo urbanizable, y podrá ser objeto de transformación en los términos establecidos en la legislación urbanística y el planeamiento aplicable.*"

¹¹ Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio.

¹² Según su Exposición de Motivos, se encontraba entre sus finalidades la de "*incrementar la oferta del suelo al eliminar aquellas previsiones normativas en vigor que por su falta de flexibilidad pudieran limitarla, trasladando este efecto positivo al precio final de los bienes inmobiliarios.*"

¹³ Ello es especialmente así en la actualidad, dentro del contexto marcado por la Ley 8/2007, en virtud del cual debe proporcionarse una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales.

¹⁴ Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de la Ley de Bases de Régimen Local.

¹⁵ Para determinar cuál sea el contenido mínimo de competencias municipales en materia de disciplina urbanística, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en las sentencias 32(1981, 159/2001, entre otras, se ha basado en un principio que pudiéramos denominar "*sociológico*", al establecer que la Administración territorial con competencia normativa en urbanismo (en esencia las Comunidades Autónomas, pero también el Estado) está legitimada para regular las diversas maneras de la actividad urbanística y para otorgar en ella a los Entes locales una mayor o menor presencia, siempre que respete ese núcleo mínimo identificable de facultades, competencias y atribuciones que haga que los Municipios sean reconocibles por los ciudadanos como una instancia de toma de decisiones autónoma, fundamentalmente en el otorgamiento de licencias urbanísticas.

II. LA CONSTRUCCIÓN COMO FORMA DE FINANCIACIÓN

Pues bien, la existencia de un modelo cercano al anglosajón, y previo al actual, que, posiblemente de manera bienintencionada, buscaba un abaratamiento del precio de la vivienda a través de un aumento de la oferta del suelo, tenía que producir necesariamente un mayor proceso especulativo –habida cuenta la mayor oferta del suelo que la propia Ley implicaba–, el incremento del negocio y el aumento de las operaciones financieras que tuvieron lugar alrededor del mismo.

Pero es que, además, y casi sin excepción, las autoridades españolas competentes en materia urbanística empezaron a utilizar algunas formas de financiación que eran, cuanto menos, cuestionables. Las autoridades locales, lejos de acudir a un aumento de tasas o impuestos, o a las formas de financiación legalmente previstas al respecto, preferían completar sus presupuestos mediante aportaciones obtenidas a través de operaciones urbanísticas, pagos en concepto de concesión de licencias, etc. Todo ello provocó una clamorosa anomalía, dado que eran esas operaciones urbanísticas las que acababan determinando el objetivo a perseguir en el seno del Consistorio, como si del más excelso interés público se tratara. Según el Informe Auken, del Parlamento Europeo, *"la mayoría de los planes urbanísticos denunciados por las peticiones (ante el Parlamento) conllevan la reclasificación de suelo rural a suelo urbanizable para el provecho económico considerable del agente urbanizador y el promotor...(habiéndose producido) muchos casos de terrenos protegidos, o terrenos que debían protegerse en vista de su vulnerable biodiversidad, que se desclasifican y reclasifican, o no se clasifican en absoluto, precisamente para permitir la urbanización de las zonas en cuestión."*¹⁶

Es sabido que un respetable número de los consistorios de este país han venido llenando sus arcas y completando sus presupuestos con aportaciones procedentes de la construcción. Hasta entre un 30% a un 40% de los presupuestos de los Ayuntamientos tenían su origen, y parecen seguir teniéndolo, en las actividades urbanísticas y relacionadas con la construcción.¹⁷ Ese *"modus operandi"*, aparentemente inocuo, está revestido sin embargo de una lógica ciertamente perversa dado que políticamente es mucho más productivo ofrecer bienes y servicios al ciudadano de a pie, por parte del Consistorio, sin que el

¹⁶ Informe Auken. Parlamento Europeo. 2008/2248(INI). Aprobado el 26 de marzo de 2009. Apartado V.

¹⁷ Según el Informe de Transparencia Internacional correspondiente al año 2008, el sector inmobiliario aporta un 32 % de los ingresos municipales. Vide El País. 4 de julio de 2008. Pág. 12.

ciudadano en cuestión, tal como se adelantaba, tenga que desembolsar cantidad alguna para obtener los mismos a través de los impopulares impuestos. Si a ello se añade la falta de control de los ingresos obtenidos a través del urbanismo, las posibilidades de lucro personal por quienes participan en el proceso y en las negociaciones, el poco o nulo respeto a la legalidad que esta fórmula lleva implícita, etc., el éxito de la fórmula está garantizado.

Pero esa lógica perversa no acaba ahí, pues si quien decide una política de ordenación del territorio, es decir el Consistorio que debería ajustarse exclusivamente a los intereses comunitarios a la hora de concretar la misma, resulta financiado, en parte importante, por quien ejecuta esa política territorial, es decir por quien construye, es evidente que el artífice final de la misma no será otro que el financiador. Si finalmente el financiador-constructor construye, siguiendo, lógicamente, las pautas marcadas por la evolución del mercado, difícilmente ese interés comunitario por el que deberían de velar el Consistorio y la Comunidad autónoma, se va a reflejar a la hora de construir y diseñar la ciudad. Si, finalmente, por las razones que fuera, aunque no son ajenas en modo alguno a ese mismo proceso descrito, el mercado se hunde, la crisis, tanto económica como política, está plenamente garantizada, y, de hecho, así ha tenido lugar, como es perfectamente sabido.¹⁸ La situación se ha complicado hasta tal punto que los Tribunales de Justicia han empezado a plantearse la posibilidad de proceder contra los bienes de los Alcaldes y Secretarios Municipales por el impago de las deudas consistoriales, generalmente contraídas por temas relacionados con la construcción.¹⁹

Lo peor del caso reside en el hecho de que esa confianza en el urbanismo como fuente de ingresos se ha venido extendiendo a las propias Comunidades Autónomas, hasta el punto de que, según un informe del año 2007 de la agencia de valoración financiera Standard & Poor's, los ingresos procedentes de la actividad inmobiliaria constituyen el 9% de los ingresos totales de las citadas Comunidades. Como consecuencia de ello, y de igual manera que la crisis inmobiliaria está teniendo un importante efecto negativo en los Consistorios, a tenor de las razones indicadas, el mismo estudio de la agencia Standard &

¹⁸ Según el Informe Auken, *“el sector de la construcción, que ha obtenido unas ganancias excesivas durante los años de rápida expansión económica, ha pasado a ser la víctima del actual desplome de los mercados financieros, a su vez provocado, en parte por la especulación en el sector inmobiliario...”* Apartado Z.

¹⁹ Prueba de ello es el Auto de 13 de julio de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía (sede de Sevilla), resolviendo un incidente de ejecución interpuesto en relación a la sentencia de 30 de septiembre de 2009 del citado Tribunal y en el que se opta precisamente por esa posibilidad. Para más datos, vide nota 28.

Poor's estimaba en 4.200 millones de euros la cantidad que las administraciones autonómicas dejarían de recaudar a lo largo del año 2009 por la desaceleración del sector.²⁰

No sorprende, por lo tanto, que España haya sufrido en los dos últimos años y según datos del 2010 procedentes de fuentes del Ministerio de Trabajo hechos públicos en prensa,²¹ la mayor caída de ingresos públicos de la Unión Europea. Ello ha sido así, dado que la burbuja inmobiliaria hinchó la recaudación entre 20.000 y 30.000 millones de Euros.

De cualquier forma, y aspectos económicos aparte, el resultado final ha sido el proceso de construcción desmedido del que hemos sido testigos en los últimos años y que parecía no solamente destinado a producir un beneficio sin límites, sino además completamente generalizado, habida cuenta los numerosos sectores que acababan sacando provecho del mismo. Ante tantos beneficios, los negocios inmobiliarios seguían creciendo, del mismo modo que seguían aumentando las irregularidades que les eran consustanciales, en una forma de espiral que necesariamente tenía que encontrar un no deseado fin. De hecho, tal como refleja el informe del Observatorio de la Sostenibilidad de España correspondiente al año 2006, el suelo edificado ha crecido un 40% en los últimos 18 años en España. Es por ello por lo que el informe denuncia la "*insoportable*" expansión urbanística en el suelo español;²² aspecto este en el que insiste especialmente el Parlamento Europeo en el Informe Auken, añadiéndose además que todo este proceso "*ha dañado considerablemente la imagen de España y de los amplios intereses económicos y políticos que tiene en Europa.*"²³

Lo lamentable del tema radica en el hecho de que nada de esto ha servido para abaratar el precio de la vivienda, dado que no se construía para atender al derecho constitucional a la vivienda "*digna y adecuada*", que proclama el artículo 47 de la Constitución Española, sino con otros objetivos completamente distintos, tal como se ha tenido la oportunidad de poner de manifiesto. Según el Observatorio de la Sostenibilidad el precio de la vivienda ha crecido hasta un 160% en los últimos años.²⁴ Ello explica la fuerte demanda de la vivienda en la costa y en las islas y la obsesión de los españoles con una segunda residencia

²⁰ El País. 20 de noviembre de 2007. Pág. 23.

²¹ El País- 8 de marzo de 2010. Pág. 20.

²² El País. 14 de junio de 2006. Pág. 32.

²³ Informe Auken: Op. cit. Apartado N.

²⁴ Sostenibilidad en España 2006. Pág. 216

como inversión, factores estos que, tal como señala el Observatorio de la Sostenibilidad, además de multiplicar la construcción, han servido para incrementar artificialmente el precio de los pisos.²⁵ Tal como es sabido, los precios de las viviendas solamente han empezado a bajar cuando ha pinchado la burbuja inmobiliaria.

III. LA CRISIS DEL SISTEMA Y SUS EFECTOS SOCIALES

Pero, como era de esperar, el afán desmedido de construir ha llevado a excesos en un sistema que ha acabado fagocitándose a sí mismo y de ello es expresiva la crisis en la que nos encontramos, y que es perfectamente perceptible en el momento de redactar estas páginas.

Tal como se ha puesto de manifiesto, aunque existe la tentación de culpar de la crisis inmobiliaria española a la crisis financiera internacional, que constituye un factor externo, lo cierto es que la verdadera causa se encuentra, indefectiblemente, en el propio sistema inmobiliario español. Según se ha indicado, el supuesto fundamental en el que se basaban los cálculos del rating y la rentabilidad de las titulaciones hipotecarias, basado en el hecho de que los precios de las viviendas siempre suben, se ha demostrado falso, dado que, llegado a un límite, el sistema se demuestra insostenible "*per se*" al ser incapaz de seguir creciendo. En esa línea es especialmente ilustrativo el ejemplo de la evolución de los precios de las viviendas en los Estados Unidos, actualmente en franca regresión tras haber llegado a ese límite, y la extrapolación de ese proceso a los países de similar modelo, como es el caso del nuestro.²⁶

Pero es que, a mayor abundamiento, esa forma de desarrollo urbanístico ha desembocado, como es harto sabido, en importantes casos de corrupción, como no podía ser de otra forma, habida cuenta las características de un proceso que rezuma arbitrariedad y falta de control. No es necesario insistir demasiado en este punto, especialmente considerando la cantidad de supuestos de corrupción de los que se están dando cumplida cuenta por los medios de comunicación del país y cuyas particularidades fácticas están en la mente de todos. Desde hace ya varios años venimos desayunándonos con noticias de corrupción, prácticamente en toda la costa española, salvo algunas que otras excepciones, y, lo que es peor, con frecuentes ramificaciones en el interior del país.

²⁵ El País. 14 de junio de 2006. Pág. 32.

²⁶ GARCÍA MONTALVO, J.: Son los precios, ¡estúpido!. En: El País. Negocios. 6 de julio de 2008. Pág. 6.

Al margen de que la corrupción constituya delito y tenga las correspondientes consecuencias penales, como cualquier otra forma delictiva al uso, estos supuestos de corrupción han provocado, a su vez, una pérdida de confianza en las instituciones públicas por parte de la generalidad de la población, así como una vuelta a la cultura del pelotazo, que explica el que un importante número de alcaldes imputados hayan sido reelegidos en las elecciones municipales del año 2007 por electores que tenían expectativas de ganancias, del tipo que fuera, con el mantenimiento del "status" previo a las elecciones. De lo contrario no se explica, tal como recuerda el Informe de Transparencia Internacional correspondiente al año 2008, que el 70% de los alcaldes imputados en los ayuntamientos españoles hayan sido reelegidos en las elecciones municipales, e incluso en algunos casos con un mayor número de votos que en elecciones anteriores. No hay ninguna razón por la que el ciudadano español prefiera a un alcalde bajo sospecha frente a un alcalde incólume e impoluto, salvo que existan intereses en juego para un elector determinado; intereses que lógicamente estarían garantizados de mantenerse la situación previa o inicial.

El problema que conlleva esa forma de proceder es que si la actividad inmobiliaria, como cualquier otra actividad económica, sufre una desaceleración y junto a la misma empiezan a llover denuncias presentadas por ciudadanos concienciados, plataformas cívicas, ONGs, etc., multiplicándose con ello los procedimientos penales contra los implicados, la fuente de ingresos que supone el urbanismo se cierra y, al margen del efecto social negativo que tal proceder comporta, las posibilidades de desarrollo de la ciudad, a través de estas vías, quedan totalmente cegadas. El efecto es muy simple: las construcciones dejan de levantarse y, por ende, los ingresos económicos dejan de producirse, sin olvidar el indefectible aumento de las cifras de parados procedentes de la construcción que se multiplican por toda la geografía española.²⁷ Todo ello sazonado, a mayor abundamiento, con numerosos procesos penales que, junto al resto de factores, previsiblemente evitarán, al menos en parte, que el proceso vuelva a reproducirse con las características propias del sistema actual.

²⁷ Según el Informe Auken, "el sector de la construcción, que ha obtenido unas ganancias excesivas durante los años de rápida expansión económica, ha pasado a ser la víctima del actual desplome de los mercados financieros, a su vez provocado, en parte por la especulación en el sector inmobiliario, y que ello afecta no sólo a las empresas en sí, que ahora se enfrentan a la quiebra, sino también a las decenas de miles de asalariados del sector de la construcción que ahora se enfrentan al desempleo por culpa de las políticas urbanísticas insostenibles que se siguieron y de las que ahora han pasado a ser víctimas." Apartado Z. También, Daniel Gros, Director de The Centre for European Policy Studies, la intensa caída del empleo en España está relacionada "con el hundimiento del sector de la construcción y actividades vinculadas, y de la demanda, junto con el simultáneo aumento de la población debido en buena parte a la emigración." Vide El País. 26 de abril de 2009. Pág. 28.

IV. LAS REPERCUSIONES AMBIENTALES

Pero, además de los efectos acabados de referir, se ha producido otro tipo de efectos tanto o más negativo habida cuenta que su incidencia es, con frecuencia, mucho más difícil de calibrar. Téngase en cuenta que ese mismo urbanismo que ha constituido una sólida fuente de ingresos en muchos Ayuntamientos (en un país con más de 8.000 Consistorios), ha recibido prácticamente carta blanca a la hora de crecer y de expandirse. Ello ha supuesto que muchas de las construcciones realizadas hayan dado lugar, con harta frecuencia, a muchos abusos a distintos niveles,²⁸ pero sobre todo a verdaderas tropelías ambientales.

Tal como se ha puesto de manifiesto anteriormente, el cambio de principios que tiene lugar desde el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que proclamaba que el suelo no urbanizable era el residual, de manera que, para simplificar, solamente se podía construir allí donde estuviera previsto que así fuera, por existir suelo urbano o urbanizable, se sustituyó por una perspectiva absolutamente opuesta. De hecho, con la Ley del Suelo de 13 de abril de 1998, el suelo urbanizable pasó a ser suelo residual,²⁹ de manera que se podía construir en cualquier lugar siempre y cuando no se tratara de suelo no urbanizable. Todo ello sin duda proporcionaba un flexible criterio, por no llamarlo manga ancha, a la hora de determinar el lugar donde se iban a poder levantar las construcciones. Lo cual no dejaba de ser paradójico, especialmente considerando que España es uno de los países de Europa con mayores riquezas naturales y que la Red Natura 2000 determina que aproximadamente el 25% del suelo nacional es merecedor de protección, a tenor de su importancia ambiental.³⁰

²⁸ No sorprende el contenido de la resolución judicial que impide a los Alcaldes seguir endeudándose si no abonan lo que deben. La Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha dictado orden de proceder contra el Alcalde y el Secretario Municipal del Ayuntamiento sevillano de Castilleja de Guzmán si el Consistorio no paga en treinta días lo que le debe a la empresa constructora Aroa, S.L. Se trata de la sentencia de 30 de septiembre de 2009 y del auto de 13 de julio de 2010 por el que se resuelve el incidente de ejecución interpuesto en relación con la sentencia dictada.

²⁹ Vide nota 10 supra.

³⁰ El apartado Y del Informe Auken, pone de relieve que *“las islas y las zonas costeras mediterráneas de España han sufrido una destrucción masiva en la última década, ya que el cemento y el hormigón han saturado esas regiones de tal forma que han afectado no sólo al frágil medio ambiente costero, la mayor parte del cual está nominalmente protegido en virtud de las Directivas sobre Hábitats/Natura 2000 y Aves, sino también a la actividad social y cultural de muchas zonas, lo que constituye una pérdida trágica e irreparable de su identidad y legado cultural, así como de su integridad medioambiental, y todo ello por la avaricia y conducta especulativa de algunas autoridades locales y miembros del sector de la construcción que han conseguido sacar beneficios masivos de esas actividades, la mayoría de los cuales se han exportado.”*

Es evidente que con tanto suelo protegido y, a su vez, con un aumento del 40% del suelo edificado en apenas 18 años, el conflicto tenía necesariamente que producirse. Tal como destaca el Observatorio de la Sostenibilidad, es especialmente reseñable el fuerte aumento de la construcción en España desde el año 2001, pasándose de unos 42.800 miles de metros cuadrados construidos de obra nueva en el año 1991 a 103.617 miles de metros cuadrados construidos en el año 2004, cifra ampliamente sobrepasada en el año 2005.³¹ Todo ello sin olvidar que la vivienda situada en las estribaciones de un espacio natural protegido o en un área natural prístina está siempre mucho más cotizada, por ejemplo, que una vivienda localizada en un área densamente poblada.

Hay otra incidencia ambiental negativa, sin embargo, de igual o mayor importancia que la que se acaba de exponer, que son los efectos del modelo de ciudad difusa, frente al modelo tradicional y deseable de ciudad compacta.

Si bien no se puede hablar de un modelo puro de ciudad compacta o de ciudad difusa, los elementos indicativos de la primera, culturalmente identificada con el modelo de "*ciudad mediterránea*", son la continuidad formal, la multifuncionalidad y la heterogeneidad, aprovechamiento del espacio y el uso racional del suelo, uso limitado de medios motorizados habida cuenta la peatonalización y la integración de todos sus sectores sociales. Se trata del modelo auspiciado por la Unión Europea a través de la "*Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles*" (Borrador final de 2 de mayo de 2007), que reclama, y así lo expresan los Ministros responsables de desarrollo urbano de la Unión Europea, la necesidad de mantener el equilibrio social de la ciudad, tanto intra como interurbano, de proteger su diversidad cultural y de establecer un nivel elevado de calidad en lo que al diseño, arquitectura y medio ambiente se refiere.

Por el contrario, las características identificativas de la ciudad difusa han sido la construcción desmedida en las ciudades sobre suelo calificado como urbanizable en periferias residenciales, con oferta de viviendas de mayor calidad y el abandono de centros históricos, tanto desde el punto de vista tanto social, como ambiental y económico. Ello ha provocado la extensión de la ciudad, sin esperar a la consolidación de los nuevos espacios urbanizables, dejando los centros históricos abandonados. Se produce, pues, como primer efecto, un consumo irracional del suelo como consecuencia de la extensión desmedida de la ciudad.

Pero, a su vez, el modelo de ciudad difusa tiende a producir la aparición del

³¹ Sostenibilidad en España 2006. Pág. 212.

efecto "ghetto" dentro de la propia urbe, dado que, además del envejecimiento de la población con menores recursos económicos, que se ve por ello obligada a permanecer en la zona, cabría añadir la consiguiente entrada de sectores marginales, especialmente de extranjeros que no se integran en la sociedad local, así como delictivos, los cuales tienden a permanecer todos ellos juntos en las zonas históricas degradadas. Ello lleva, además, a que en ocasiones se confunda injustamente a ambos sectores sociales.

Al mismo tiempo, todo este proceso ha venido también a producir una mayor zonificación de las distintas partes de la ciudad (zona residencial, comercial, polígonos industriales, áreas universitarias, etc.), hasta el punto de perder la ciudad sus límites. Se trata, y el símil comparativo resulta especialmente ilustrativo, de un proceso de crecimiento en forma de metástasis territorial, donde se producen numerosos focos urbanos secundarios alejados de su zona central y que reproducen, a su vez, el fenómeno urbano preexistente.³²

Todo lo cual conlleva la consiguiente necesidad de recurrir al vehículo como única forma de acceder a las áreas zonificadas. Se ha puesto de manifiesto que la desvinculación del espacio que la urbe difusa supone, se salda con un número mayor de viajes motorizados. Como, por otra parte, no podía ser de otra forma, la generalización de esa forma de proceder satura la red de movilidad y eleva hasta lo impensable el coste de la factura energética. Así, se ha señalado que la factura que se pagó en Europa en el año 1995 a causa de la congestión de la red alcanzó los 18 billones de pesetas de pérdidas.³³

Pero quizás lo más importante, en lo que al uso del vehículo se refiere en el escenario del modelo de ciudad difusa, al que nos estamos refiriendo, es el de la contaminación atmosférica que se produce y el efecto que la misma tiene sobre la salud humana. Es evidente que al ocasionarse un aumento de la circulación para trasladarse dentro del ámbito territorial de la ciudad extensa y zonificada, se produce igualmente un aumento de la emisión de gases procedente de la combustión de los motores. Los dos elementos contaminantes más perturbadores son principalmente los NOX (óxidos de nitrógeno) y el O3 (ozono troposférico). Las cifras publicadas recientemente tanto del Observatorio de la Sostenibilidad como por el Ministerio de Medio Ambiente revelan que el 89% de las urbes de más de 100.000 habitantes tienen niveles de contaminación

³² CREMADES RODEJA, R.: *Macroubanisme i agressions al paisatge mediterrani*. El medi ambient i la societat valenciana. Oliva, Valencia: Editorial Riu Blanc. 2007. Pág. 42.

³³ RUEDA, S.: La ciudad compacta y diversa frente a la conurbación difusa. <http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a009.html>.

en el aire que exceden los niveles seguros para la salud.³⁴ El Observatorio de la Sostenibilidad mantiene que la principal fuente que contribuye a las emisiones de NOX es el transporte por carretera, hasta el punto de que el 34% de las emisiones totales fueron originadas por ese sector y, a su vez, la circulación de turismos fue responsable del 51% de las debidas al transporte por carretera.³⁵

Lamentablemente, además, partiendo de las premisas acabadas de exponer y del hecho de que el recurso al vehículo privado en nuestro país es una constante inalterable, por muy óptimos que sean los medios de transporte públicos disponibles, el efecto contaminación va a suponer también otro grave problema. El ciudadano español prefiere, sin lugar a dudas, el recurso al vehículo privado frente a los medios de transporte públicos puestos a su disposición. De hecho, según un estudio de la Fundación BBVA en temas ambientales hecho público en febrero de 2008 –sondeo titulado "*Percepciones y actitudes de los españoles hacia el calentamiento global*"– los españoles están cada vez más concienciados en temas de medio ambiente y de cambio climático. Precisamente por ello, según el citado estudio, la mayoría de los españoles (un 72%) estaría dispuesta a introducir cambios en sus hábitos de vida para combatir el cambio climático, incluso un 70% estaría dispuesto a modificar su estilo de vida con ese mismo fin. La paradoja reside, sin embargo, en el hecho de que otro importante porcentaje de españoles (un 43%) no estaría dispuesto a usar menos su vehículo privado para lograr ese objetivo, oponiéndose, por lo tanto, a la introducción de medidas restrictivas a su uso. Lo que es peor es que, incluso en una situación de grave crisis económica, la actitud del ciudadano respecto al vehículo privado sigue siendo la misma. Según el último informe (2010) de la movilidad de la ciudad de Madrid que presentó el propio Ayuntamiento, la crisis económica que en el año 2009 hizo estragos en el transporte público no afectó tanto al vehículo privado. De hecho, según el citado informe, el uso del transporte público cayó el doble que el de los vehículos privados.³⁶ Lo cual da lugar a efectos altamente perturbadores tales como mayor siniestralidad vial y más tiempo perdido en desplazamiento, pero, sobre todo, supone incidencias ambientales muy negativas como son más contaminación acústica y, sobre todo, un mayor nivel de contaminación atmosférica. Todo ello en un país en el que existen 1.3 coches por cada hogar y un 55% de ellos tienen motores diesel, que contaminan más

³⁴ El País. 8 de julio de 2007. Pág. 36

³⁵ Sostenibilidad en España 2006. Pág. 333.

³⁶ El País. 11 de marzo de 2010. Comunidad de Madrid. Págs. 1 y 3.

que los de gasolina.³⁷ La única posibilidad que puede hacer variar esa “*constante inalterable*” que implica el uso del vehículo es la crisis económica.³⁸

No hay que olvidar, para concluir, otros tipos de atentados contra el medio ambiente en el ámbito urbanístico, tales como las extracciones de aguas para abastecer las construcciones y edificaciones, frecuentemente de manera ilegal y basadas en la política de hechos consumados. Esta política consiste en plantear la petición a la autoridad competente cuando la construcción está terminada, o a punto de serlo, con lo que el hecho de denegar el abastecimiento de agua al nuevo entorno humano, en tales circunstancias, supondría una irracionalidad por parte del órgano encargado de conceder la autorización.³⁹ Huelga señalar que la incidencia que esta política ha acabado teniendo en los acuíferos que recorren el subsuelo del territorio nacional ha sido altamente negativa.

V. LA CONSTITUCIÓN DE LA FISCALÍA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

La Ley 10/2006, de 28 de abril, de reforma de la Ley de Montes⁴⁰ introdujo en su Disposición Final Primera, apartado segundo, un artículo que se incorporó, a su vez, al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal –el artículo 18 quinquies–, creando la figura de un Fiscal de Sala, como delegado del Fiscal General del Estado en la materia y la estructura básica de la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo. Actualmente, y tras la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 9 de octubre de 2007, el artículo 18 quinquies en cuestión ha quedado incardinado en el nuevo artículo 20.2 del Estatuto. El artículo 20.2, que empieza señalando que “*El Fiscal General del Estado, oído el*

³⁷ El País. 8 de julio de 2007. Pág. 36.

³⁸ El Ministerio de Medio Ambiente manifiesta, que esa tendencia ha empezado a cambiar y así se desprende de lo ocurrido en el año 2008, según la información proporcionada por el propio Ministerio en mayo del 2009, poniendo de relieve que las emisiones de CO₂ bajaron un 8%, debiéndose la misma “*al alto precio de las toneladas de CO₂ y del petróleo, que hizo que las centrales de carbón funcionaran a medio gas, se redujera el uso del vehículo y el aumento de energía que tiene su origen en la producción eólica.*” El Ministerio desvinculó, sin embargo, el grueso de la reducción de emisiones de CO₂ de la crisis económica, habida cuenta que el PIB creció en el año 2008 un 1.1%. Vide El País. 6 de mayo de 2009. Pág. 36.

³⁹ El Informe Auken denuncia que la Comisión Europea ha abierto, a instancias de la Comisión de Peticiones, “*una investigación sobre más de 250 proyectos urbanísticos que han sido objeto de un dictamen negativo por parte de las autoridades competentes en materia de agua y de las autoridades en materia de cuencas fluviales, cuya aprobación está pendiente en Andalucía, Castilla-La Mancha, Murcia y Valencia.*” Apartado S.

⁴⁰ Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

Consejo Fiscal, nombrará, como delegado, un fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala...", ha venido a institucionalizar la especialidad de medio ambiente dentro del Ministerio Público, concluyendo con una etapa en la que la intervención del Fiscal de Medio Ambiente carecía de la necesaria regulación legal para poder actuar de una manera uniforme y metódica a la hora de interpretar y de aplicar la ley.

Con el objeto de proporcionar el necesario contenido a la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, el Fiscal General del Estado aprobó la Instrucción 4/2007 "Sobre el Fiscal Coordinador de Medio Ambiente y Urbanismo y las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías". La Instrucción 4/2007 viene a desarrollar un modelo de Fiscalía dentro de lo que se ha llamado "especialización vertical", centrada en la persona del Fiscal de Sala Delegado, y no en una Fiscalía en el sentido tradicional del término, aunque sin establecer limitaciones estructurales o legales que pudieran reducir el futuro desarrollo de la misma.

Los elementos esenciales de los que está provista la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, a los efectos de hacer operativa su función, son la labor de coordinación del Ministerio Fiscal competente en la materia y las funciones de investigación. La primera de ellas tiene por objeto conseguir la correspondiente y necesaria unificación de criterios entre los especialistas del Ministerio Fiscal, y se lleva a la práctica a través de las Circulares, Instrucciones, Consultas y Ordenes del Fiscal General del Estado, así como a través de las facultades de supervisión que al respecto proporciona el propio artículo 20.2 del Estatuto Orgánico, igual que las facultades de investigación directa, cuando así lo considere procedente el Fiscal General del Estado. Todo ello sin olvidar la colaboración y cooperación con otras Fiscalías especiales, cuando, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente impliquen supuestos de corrupción, se cometan por menores de edad penal o en un contexto en el que se violen, además, normas relacionadas con la seguridad en el trabajo.

VI. LA ACTIVIDAD Y FUNCIONAMIENTO DE LA FISCALÍA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

En relación con el urbanismo y la ordenación del territorio la Fiscalía ha puesto en marcha una serie de iniciativas y actividades con el objeto de resolver distintos problemas a las que se ha hecho alusión en las páginas precedentes.

VI.1. LA RED DE FISCALES DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

Una de las primeras iniciativas adoptadas por la Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo ha sido plantear el uso de medios y sistemas que permitan una clarificación e interpretación de la normativa penal relativa a la ordenación del territorio y del urbanismo. Es cierto que el método interpretativo más eficaz es la propia práctica jurídica y el contenido de las resoluciones judiciales que se vaya dictando sobre una materia determinada. No hay que olvidar, sin embargo, que la propia complejidad del tema requiere, o mejor exige, el tener la posibilidad de agotar todos los medios internos de debate disponibles, así como el que se propicie todo tipo de análisis argumentativo. Pues bien, uno de los instrumentos utilizados con ese objetivo ha sido la Red de Fiscales de Medio Ambiente y Urbanismo, cuya existencia viene prevista en el apartado IV de la Instrucción 4/2007 y en el propio artículo 20.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. La Red está dirigida por el Fiscal de Sala y, según establece la Instrucción 4/2007, con la misma *"se pretende incrementar el conocimiento directo de la problemática ambiental con la percepción que tienen los especialistas en la materia, que, a la vez, puedan proponer soluciones y que las mismas sean uniformes para todo el territorio nacional, evitando interpretaciones o estrategias que difieran de una Fiscalía a otra."*

En consonancia con lo indicado en los cuatro primeros apartados del presente trabajo, uno de los temas preferentes a tratar por parte de la recién creada Fiscalía de Medio Ambiente y Urbanismo, como no podía ser de otra forma, una vez constituida la Red y con ocasión de la primera reunión de la misma en el año 2007, fue la relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo. Como consecuencia de ello, los Fiscales asistentes acordaron, tras el correspondiente debate, una serie de conclusiones en materia de ordenación del territorio y urbanismo cuyo contenido correspondía a diferentes aspectos que previamente habían afrontado desde el punto de vista práctico las diferentes Fiscalías del Medio Ambiente del país. Las soluciones ofrecidas, más los diferentes contactos, comunicaciones y debates previos en diferentes foros del Ministerio Fiscal, permitieron el que, frente a una situación de incertidumbre interpretativa previa, los Fiscales estuvieran en condiciones de ofrecer al Juzgador opciones seguras y estables a la hora de proceder a la aplicación de la Ley.⁴¹

⁴¹ Las conclusiones adoptadas fueron las siguientes:

“PRIMERA. En relación con la incidencia de la vigente Ley del Suelo en los tipos penales, se acordó que la referencia a las situaciones del suelo como rural y urbanizado (Art. 12 Ley 8/07) no afecta a los tipos penales del art. 319 del C.P. El concepto urbanístico de suelo no urbanizable sigue inalterado a efectos penales.

VI.2. EL USO DE LA ACCIÓN PENAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DEL URBANISMO

Lógicamente, el uso de la acción penal en defensa de esta compleja materia ha sido uno de los instrumentos más frecuentemente utilizados por parte del Ministerio Fiscal. No es éste el momento ni el lugar, por razones evidentes, en

SEGUNDA. No se pueden establecer reglas generales de actuación en el caso de hechos que encuentren su acomodo en varios lugares de los arts. 319 y/ó 321 del C.P., por tanto en supuestos de delitos sobre la ordenación del territorio y contra el patrimonio histórico. En cada caso concreto se deberá examinar si se trata de concurso real, concurso ideal o concurso de normas.

TERCERO. También habrá que acudir al caso concreto para delimitar lo que es “construcción” o “edificación” a efectos de lo establecido en los párrafos 1 y 2 del art. 319 del C.P., atendiendo fundamentalmente a los criterios jurisprudenciales ya fijados y a la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999.

CUARTA. Procede valorar cuidadosamente la posibilidad de aplicar la agravación del art. 338 del C.P., siempre que sea procedente, tomando en consideración el hecho de que aproximadamente el 25% del territorio nacional está protegido a tenor de las directrices de la Red Natura 2000, entre otras formas de protección.

QUINTA. La legalidad urbanística que se ha de tener en cuenta para la tipificación es la vigente en el momento de realizarse el hecho. Respecto a los casos de autorización “a posteriori” de la Administración Urbanística para que la infracción resulte impune, se considerará la posibilidad de proceder contra los funcionarios por los tipos específicos (artículos 320 y 322 C.P.) o por los generales de prevaricación, si fuese esa la finalidad y para evitar excesos en la materia.

SEXTA. Por la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo se remitió en su día una comunicación a todas las Fiscalías dando cuenta de los contactos mantenidos con el Presidente del Colegio Superior de los Colegios de Arquitectos de España y la posibilidad de establecer vías de colaboración entre éstos y sus oficinas deontológicas y las Secciones de Medio Ambiente. Habiéndose producido recientemente el nombramiento de los Delegados se remitirá nuevamente a éstos la documentación al respecto.

SÉPTIMA. Se insiste en la importancia de que se acuerde la demolición de la obra ilegal en el proceso penal para evitar sensaciones de impunidad y en la necesidad de una especial vigilancia por parte de los Fiscales de Medio Ambiente y Urbanismo de las ejecutorias para la efectiva aplicación de dicha medida cuando así se haya establecido en la sentencia.

OCTAVA. No se estima procesalmente imprescindible la intervención en el proceso penal del tercero de buena fe en el caso de construcciones ilegales y en qué carácter podría intervenir en el mismo. Lo imprescindible será su indemnización, en el caso de que realmente sea de buena fe, conforme establece el art. 319.3 c.p. No obstante, en caso de que el criterio judicial sea citarlo o darle traslado del escrito de acusación al ser afectado por la petición de demolición de lo construido ilegalmente el fiscal no se opondrá, en tanto no se clarifique jurisprudencialmente y de manera plena la cuestión.

NOVENA. Asimismo, se reitera la conveniencia de la adopción de medidas cautelares en los casos de obras ilegales.

DÉCIMA. Como medida preventiva en el caso de acciones anunciadas que puedan suponer un daño irreparable a la ordenación del territorio o al patrimonio histórico, el Fiscal considerará la posibilidad de intervenir en el proceso administrativo a tenor de la disposición adicional octava de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, o bien comunicar a quien pueda autorizar la acción que ocasionaría el daño, que se iniciarán diligencias penales”.

el que proceder explicar las vicisitudes que se han tenido que afrontar para conseguir un nivel de resoluciones judiciales clarificadoras aceptable, en el sentido que se exponía con anterioridad. Sí que se puede decir que tras muchos años sin conseguir más que unas pocas sentencias de condena en delitos sobre ordenación del territorio o de prevaricación sobre la misma, en los pocos años que lleva funcionando la especialidad las sentencias han aumentado exponencialmente, y sobre todo las sentencias de condena. Por ejemplo se dictaron 141 sentencias de condena en el año 2006 y 190 sentencias en el año 2007. Se trata de unas cifras que no son completas, dado que en el año 2006 no se pudieron recabar, a efectos estadísticos, los datos de cuatro provincias y en el año 2007 tampoco se pudieron recabar los datos de tres provincias. Por su parte, en el año 2006 se dictaron 61 sentencias absolutorias en ordenación del territorio y apenas 58 en el año 2007, con las salvedades acabadas de hacer, lógicamente, al referir las estadísticas relativas a las sentencias condenatorias. Procede añadir que en el año 2008 se han dictado 301 sentencias condenatorias en ordenación del territorio y urbanismo, habiéndose dictado también 96 sentencias absolutorias en la misma materia. Finalmente, las sentencias de condena dictadas en el año 2009 ascendieron a 301, mientras que fueron 96 las sentencias absolutorias dictadas al respecto.⁴² En los años 2008 y 2009 se consiguió recabar, a diferencia de los dos años anteriores, datos concretos al respecto de todas las Fiscalías. Como puede observarse el número de sentencias dictadas, en uno u otro sentido, va aumentando de año en año, lo cual es indicativo de que el tratamiento penal de esta materia ha dejado de ser meramente anecdótico.

VI.3. EL USO DE LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL

El propio artículo 20.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le faculta para hacer uso de otras acciones distintas a la penal en defensa de las materias relacionadas con el medio ambiente⁴³, planteamiento que se ve reforzado por el contenido de la Disposición Adicional Octava de la Ley de Responsabilidad Ambiental, reconociendo y confirmándole al Fiscal esas nuevas competen-

⁴² Datos extraídos de las Memorias de la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo correspondientes a los años 2006, 2007, 2008 y 2009.

⁴³ Según el artículo 20.2.b del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el Fiscal de Sala de Medio Ambiente y Urbanismo podrá “*ejercitar la acción pública en cualquier tipo de procedimiento...*”

cias.⁴⁴ Precisamente tomando en consideración la novedad de las normas y las posibilidades que esa novedad implican, el tema fue objeto de tratamiento por la Red de Fiscales de Medio Ambiente en su reunión de 2009.⁴⁵

⁴⁴ Según la Disposición Adicional Octava de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Ministerio Fiscal estará legitimado en cualesquiera procesos contencioso-administrativos que tengan por objeto la aplicación de esta ley. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la autoridad competente pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todos los supuestos de responsabilidad medioambiental derivados de esta ley.

2. Las Administraciones públicas adoptarán las medidas oportunas para que sus autoridades y el personal a su servicio presten al Ministerio Fiscal el auxilio técnico, material o de cualquier otra naturaleza que éste pueda requerir para el ejercicio de sus funciones en los procesos contencioso-administrativos a los que se refiere el apartado anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”.

⁴⁵ *“Punto básico de la regulación legal es el protagonismo conferido al Ministerio Fiscal en la defensa de la legalidad medioambiental mediante el ejercicio de las acciones procedentes en todos los supuestos de responsabilidad medioambiental en los que resulte de aplicación la ley 26/2007. La Ley ha optado claramente por potenciar el control jurisdiccional de la actividad administrativa medioambiental a través de la ampliación de la legitimación al Fiscal, que aúna conocimientos jurídicos y accesibilidad al auxilio técnico y material preciso para el ejercicio de sus funciones. Así, como manifestaciones de este protagonismo, hay que destacar:*

- Teniendo en cuenta que, para hacer efectivo el ejercicio de las acciones que procedan, la Ley establece la obligación de la autoridad competente de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todos los supuestos mencionados, los Fiscales de medioambiente, en aquellos casos en que se les comunique la existencia de un procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad medioambiental regulado en la ley, valorarán la conveniencia de intervenir en el mismo más allá de las notificaciones que reciban, y sobre todo, ponderarán especialmente la necesidad de recurrir en vía administrativa, cuando proceda, la resolución que ponga fin al procedimiento, a fin de que pueda incoarse posteriormente un procedimiento contencioso-administrativo, en el que el Fiscal será parte. A tal efecto se debe recordar que la Ley 26/2007 es una Ley cuya ejecución y desarrollo normativo corresponde a las Comunidades Autónomas, por lo que deberá de estarse a la normativa que dicten y tener en cuenta que la Autoridad competente que refiere la Ley normalmente será un órgano de la Administración Autonómica.*
- Como consecuencia de lo anterior, se tendrá especial vigilancia en cuanto al cumplimiento estricto de los plazos para interponer los recursos y tramitar los procedimientos.*
- Igualmente, ha de reiterarse la obligación legalmente establecida de que las Administraciones Públicas, sus autoridades y el personal a su servicio, presten al Ministerio Público auxilio técnico, material o de cualquier otra naturaleza para el ejercicio de sus funciones en los procesos contencioso-administrativos.*
- En el caso en que se decida interponer recurso contencioso administrativo, dado que lo que se pretende es la protección del medio ambiente y partiendo de la base de la acumulación de trabajo de los órganos jurisdiccionales contencioso administrativos, siendo así que la clave está en la medida cautelar y siendo ésta, en la mayoría de los casos, de carácter positivo (la adopción de medidas de prevención, evitación o restauración) y más difícil de obtener que la de la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo, se debe tener especial cuidado, por parte de los Fiscales especialistas, en no solicitarla hasta que se disponga de información o documentación que acredite el perjuicio de difícil o imposible reparación de no adoptarse la medida cautelar y de una potente argumentación jurídica que justifique la apariencia de buen derecho de la pretensión. De no ser así, se corre el riesgo de que se deniegue la medida cautelar y de que, cuando se disponga de los referidos informes, no pueda volverse a instar la medida cautelar con arreglo al artículo 132.2 de la*

Hasta el momento, las intervenciones del Fiscal en ese nuevo ámbito extrapenal han sido más bien contadas, por razones evidentes, dado que se trata de un ámbito en el que el Fiscal no está familiarizado, sin embargo las últimas Memorias de la Fiscalía Coordinadora, es decir la de 2008 y la de 2009 incorporan referencias a diferentes iniciativas adoptadas en esa nueva competencia. La Fiscalía de León, refiere, en ambas memorias, las iniciativas adoptadas en la vía contenciosa por un problema de ordenación del territorio en relación a una cantera.⁴⁶ La Fiscalía de Valencia empezó en esta misma vía por otro problema de ordenación del territorio, al haberse construido un parque eólico que, según el Ministerio Público, lo había sido de manera impropia.⁴⁷ También la Fis-

Ley Jurisdiccional”.

⁴⁶ Sobre este tema la Memoria de 2008 refiere lo siguiente: “La Disposición Adicional Octava de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad ambiental, en relación con el artículo 19.1.f de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, legitima al Ministerio Fiscal para acudir a esa vía. Pues bien, si previamente y en temas de urbanismo y ordenación del territorio, la Fiscalía de Cantabria ya había acudido a la vía citada en supuestos claramente infractores, pero en los que, sin embargo, no se apreciaba responsabilidad penal de una manera clara, en el año 2008 la Fiscalía de León, hizo uso de esa posibilidad para afrontar los daños que se vienen produciendo por la explotación de una cantera, situada junto al paraje de Las Médulas, declaradas Patrimonio de la Humanidad. Se trata de un supuesto en el que el recurso a la vía penal resultaba francamente complicado. Según la memoria de la Fiscalía de León, el recurso a la vía administrativa se debió a dos razones principales: “una de ellas es que hasta el mes de noviembre del 2008 no se pudo contar con una prueba pericial que concluyese que la referida explotación afectaba de forma grave a los sistemas naturales, toda vez que por parte de la Junta de Castilla y León se respondió a los requerimientos de esta Fiscalía diciendo que no podían valorar el daño porque la explotación llevaba muchos años en funcionamiento, pese a que por parte de la Consejería de Cultura y, en concreto, arqueólogos de la misma ya se había puesto de relieve el destrozo que se estaba causando y que era más que necesario cerrar esa explotación... Por otro lado, la experiencia nos dice que en los Juzgados de Instrucción, cuando en estas causas, que suelen ser voluminosas, se plantea cualquier duda, aunque mínima, por parte de los letrados de la defensa y las periciales pertinentes, la causa acaba con un sobreseimiento provisional...es por lo que se optó a acudir a esa vía, pues de lo que se trataba era de paralizar una actividad que estaba causando graves daños...destrozo por el que incluso se interesó S.M. la Reina Dña. Sofía cuando visitó las Medulas y preguntó que era aquel destrozo ambiental, manifestándole la persona que le acompañaba que las Médulas eran una minas de la época en que los romanos habitaban España y la explotación que desde allí se veía (el desastre ambiental) era una cantera del siglo XX.” El mismo problema es retomado y comentado de nuevo en la Memoria del 2009, “Por su parte, la Fiscalía de León expone, en su Memoria, las razones por las que se procedió por la vía Contencioso-Administrativa contra la actividad extractiva de una cantera sita en Las Médulas, junto a las antiguas minas romanas con la misma denominación. Se optó por la citada vía, en primer lugar, ante la falta de respuesta por parte de la Junta de Castilla y León al interesar la Fiscalía una valoración de los daños causados por la explotación en el sistema natural en la que se encuentra situada. Según la Junta, los daños no se podían valorar “dado que la explotación llevaba muchos años en funcionamiento, pese a que los arqueólogos de la Consejería de Cultura ya habían puesto de relieve los daños que se estaban causando y que procedía cerrar la explotación”. En segundo lugar, dado que, según la Fiscalía, en supuestos de este tipo los Juzgados de Instrucción, ante cualquier duda sobreseen provisionalmente e instan a las partes a proceder por la vía contenciosa. Además, era la única forma de conseguir de manera rápida una medida cautelar de paralización de la actividad”.

⁴⁷ Según la Memoria de 2009, “la Sección del Medio Ambiente de la Fiscalía de Valencia procedió por la

calía de las Palmas⁴⁸ viene tramitando varios procedimientos urbanísticos por la vía contencioso-administrativa, sin olvidar a la Fiscalía de Cantabria que es la que ha sido verdaderamente pionera en estas lides. Finalmente se ha abierto, en esa misma línea, la primera investigación relativa a una contaminación atmosférica masiva causada, principalmente, por emisiones de vehículos de motor; tema al que se hacía referencia en el apartado IV del presente trabajo.⁴⁹

VII. EPÍLOGO

vía contencioso-administrativa en el 2009 por la construcción de tres parques eólicos (que en realidad son sólo uno) en el término municipal de Enguera, habiendo acordado el Juzgado Contencioso-Administrativo competente la medida cautelar de paralización solicitada por el Ministerio Fiscal.

⁴⁸ Según se pone de manifiesto en la Memoria de 2009, “La Sección de Medio Ambiente de la Fiscalía de Las Palmas insiste en la importancia de que los procesos urbanísticos de ejecución y planificación se lleven a cabo con pleno sometimiento a la ley y al derecho. Así pues, para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbana, el Ministerio Público ha hecho uso de la vía contencioso-administrativa mediante la pertinente demanda y solicitud de medida cautelar, en relación al proceso de urbanización del Plan Parcial Panorama Tres Islas SAU-10 en el Municipio de La Oliva (declarado nulo de pleno derecho por Sentencia 28 de Octubre de 2002 del Tribunal Supremo)”.

⁴⁹ En relación con este aspecto, la Memoria dice lo siguiente: “Como consecuencia de la presentación de varias denuncias en la Fiscalía Coordinadora de Medio Ambiente y Urbanismo sobre la calidad del aire en Madrid, la Fiscalía abrió una investigación procediéndose a efectuar una verificación y control de los índices de contaminación existentes en la capital. Como consecuencia de ello el 16 de octubre de 2009 se ofició al Director General de Medio Ambiente de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio interesándole que informara sobre “las iniciativas y resoluciones adoptados por parte de la Comunidad respecto a los supuestos de contaminación habidos en la ciudad”, interesando además que se aportara información sobre “los programas y planes de acción para el cumplimiento y mejora de los objetivos de calidad del aire”, también en la capital. A raíz del citado oficio, y de la respuesta al mismo por parte de la Administración autonómica, se pudo comprobar la existencia de una situación de indefinición competencial entre la Comunidad y el Ayuntamiento de Madrid, lo que impedía que las obligaciones que conllevan tales competencias se pudieran llevar a cabo de manera adecuada. En principio, la Comunidad de Madrid atribuía al Consistorio la totalidad de las competencias, es decir las relativas a la declaración del estado de alerta, así como el informar a la población de la superación de los límites legales, además de aplicar los medios para combatir la contaminación, tal como viene previsto en la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera. A la vista de esta situación, el objetivo que en aquel momento se fijó la Fiscalía fue el de clarificar el ámbito competencial entre las diferentes Autoridades administrativas, para estar en condiciones de actuar frente a la Administración competente cuando hubiera necesidad de proceder al respecto. Para ello, y a través de diferentes oficios, la Fiscalía amplió el control de los índices de contaminación en Madrid a los cinco últimos años, exponiendo a la Comunidad autónoma que, a tenor de la Ley 34/2007, el órgano competente para informar a la población y para declarar el estado de alerta es la propia Comunidad, mientras que el combatir la contaminación en la capital sería competencia del Consistorio. Ese planteamiento ha sido finalmente admitido por la Comunidad, iniciándose, a partir de tal admisión, una nueva fase consistente en asegurarse de que la Comunidad informa y declara el estado de alerta cuando proceda, y que el Ayuntamiento toma las medidas legalmente previstas para luchar contra la contaminación. Es, en esa segunda fase, el estado en el que nos encontramos en el presente momento”

Pues bien, al margen de que se están atemperando los excesos que en materia de urbanismo se han venido produciendo a lo largo de los años (especialmente por efecto de la recesión en la que ha entrado el país, al haberse estructurado, como es sabido, la economía española alrededor de la construcción y lo inmobiliario), lo cierto es que la clarificación de los tipos penales en la materia y la posibilidad de aplicar los mismos de manera eficaz, tal como demuestran las estadísticas, ha servido de factor determinante en ese importante cambio. Si a ello se une la nueva vía contenciosa-administrativa actualmente más claramente disponible en manos del Ministerio Público, se comprende que ya no se sigan repitiendo los numerosos abusos urbanísticos, por todos conocidos, contra los cuales poco o nada se podía hacer apenas hace unos años. Lo que queda perfectamente claro es que con la experiencia descrita y con la nueva base normativa, entre ella la penal pero sin descartar la contenciosa, que hoy existe en España al respecto, estamos en unas mejores condiciones para replantear lo ocurrido y para poder encauzar la ordenación del territorio por la vía procedente, partiendo, por supuesto, de unos presupuestos más racionales que los que hasta ahora nos han servido de referencia.

L'ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA ED IL DIRITTO PUBBLICO MODERNO¹

Antonino Metro

Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Messina (Italia)

- **Abstract:** *The author argues that in Rome there wasn't a scientific assessment of public law, which is, on the contrary, the result of a much more recent experience. So he doesn't consider advisable to use in the Roman law concepts like "state", although many terms used nowadays are already present in Roman sources. The Roman legal experience proves useful, however, in the prospect of a common European law for two fundamental aspects: on the one hand the concept of ius (different from lex), understood as "science" reserved for certain specialists and then result of sharing and consent, and not as an order imposed from the top (it is very difficult to think of a supranational European state), on the other hand, owing to the wisdom with which the Romans expanded continually their empire, although limited, at least until the year 212 a.Ch., the granting of citizenship so that the subject peoples considered themselves part of in the Roman Empire, but also local community members (this example could be useful for future relations between Europe and member states).*
- **Keywords:** *Roman Law; Public Roman Law; European Common Law; Ius and Lex; Citizenship.*

¹ El presente artículo constituye el texto de la ponencia impartida en las "Jornadas sobre Administración ciudadana. Interés histórico y su proyección en el derecho actual", celebradas los días 28, 29 y 30 de octubre de 2009 en la sede de la Escuela Gallega de Administración Pública en Santiago de Compostela.

È noto che la giurisprudenza romana, cui si deve, per unanime riconoscimento, la creazione di una "scienza del diritto", si è dedicata quasi esclusivamente allo studio del diritto privato: *Ius* è per antonomasia il diritto privato, tendente a realizzare la giustizia e l'equità nei casi concreti presentati dalla vita quotidiana. In questo senso va letta la celebre definizione del giurista Giuvenzio Celso, secondo cui "*ius est ars boni et aequi*": il diritto è la tecnica, la scienza (più che l'arte) che tende alla soluzione più giusta e più equa delle singole questioni giuridiche. Quello che noi chiamiamo "diritto pubblico" derivava invece in primo luogo dalle *leges publicae*, cioè dalle deliberazioni del popolo riunito nei comizi (*publicae* deriva da *populicae*) sicché la differenza fra *ius* e *lex* è fondamentale per comprendere la concezione romana del diritto, fino all'affermazione della monarchia assoluta, o dominato, che considera l'*imperator* unica fonte di produzione del diritto, anticipando la concezione moderna del diritto legato al potere dominante. Nella visione romana, il *ius* non nasce dalla volontà di un soggetto che ha il potere di imporla agli altri, non ha natura precettiva. Esso trova il suo fondamento nei *mores*, cioè in comportamenti consolidati nel tempo perché fondati sul consenso della comunità, quindi non deve ricevere ubbidienza, ma consenso. La sua caratteristica fondamentale è che esso vive ed opera nel caso concreto mediante l'*interpretatio*, cioè un'attività affidata ad una classe di specialisti, i giuristi, il cui compito, in sostanza è quello di trovare la migliore soluzione per il caso concreto, il che li rende talora "creatori" di norme, che divengono "giuridiche" nel momento in cui vengono avvalorate da un consenso generalizzato. Ecco perché il giurista Pomponio può affermare (D. 1.2.2.12) che il *ius civile* (vale a dire, il diritto della *civitas* romana) "*in sola prudentium interpretatione consistit*", cioè diventa diritto vivente nel momento in cui il giurista lo abbia adattato al caso concreto ed ecco perché si suole affermare che il diritto romano è un "diritto giurisprudenziale". Diverso, invece, è il ruolo della *lex* (e degli atti che in seguito le furono equiparati): essa è un atto formalizzato, che si pone come limite alla libertà dei singoli e costituisce dunque un'eccezione, perché ad essa si ricorre soltanto quando appare necessario, rappresentando solo un argine contro gli abusi. Non è dunque raro il caso delle c.d. *leges imperfectae*, leggi che tendono solo a fornire un orientamento, ma non prevedono alcuna sanzione in caso di inosservanza.

Un'ulteriore riprova della prevalenza delle norme di diritto privato sta nel fatto che le Scuole medievali, alle quali si deve lo studio approfondito e l'elaborazione del *Corpus iuris* di Giustiniano, nello studiare il *Codex*, raccolta di costituzioni imperiali dal II al VI secolo, concentrò la sua attenzione sui

primi nove libri, dedicati al diritto privato, isolando gli ultimi tre, dedicati invece a materie pubblicistiche, con il titolo di *Tres libri*, fatti oggetto di scarsa attenzione.

Eppure, è diffusa in dottrina, sulla base della grande autorità del Mommsen, che diede ad una sua fondamentale opera il titolo di *Staatsrecht* (diritto dello Stato), la denominazione "diritto pubblico romano", con la conseguente applicazione all'epoca romana di concetti decisamente moderni. Questa brusca svolta da una storiografia politica ad una storiografia giuridica fu tanto profonda e lasciò tante tracce nella storiografia successiva che, come disse Koschaker, Mommsen "falcìò in tal modo l'erba che ci vollero diecine di anni perché ricrescesse di nuovo..." Sintomatico, ad esempio, è il fatto che un grande studioso di antichità romane, il Willems, un anno dopo la pubblicazione dell'opera di Mommsen, sentì il bisogno, nel dare alle stampe la seconda edizione delle sue "*Antiquités*", di cambiare titolo e di denominare l'opera "*Droit public romain*".

E' comunque incontestabile che nel settore del diritto pubblico manca, in epoca romana, una teorizzazione analoga a quella che può riscontrarsi nel settore del diritto privato. Ma occorre intendersi, per evitare di passare da un eccesso all'altro. Molti concetti fondamentali del diritto pubblico medievale e moderno traggono origine e spunto da forme istituzionali e principi dell'esperienza romana; tuttavia, anche se nel diritto pubblico attuale troviamo termini, concetti, forme che possono sembrare uguali o simili a quelli dell'esperienza romana, non si deve dimenticare che essi hanno inevitabilmente assunto un valore diverso nei singoli contesti storici che li hanno generati. Così, troviamo nell'esperienza romana termini come *populus*, *res publica*, *imperium*, *potestas*, *iurisdictio*, *auctoritas*, ma essi non vanno circoscritti a tale esperienza, bensì individuati alla luce delle singole esperienze che successivamente li hanno fatti propri. Come è stato efficacemente affermato, i "materiali" di cui si è servito e si serve il diritto pubblico medievale e moderno sono di derivazione romana, ma gli "edifici", che con tali materiali sono stati di volta in volta costruiti, sono stati sempre nuovi e diversi.

Un esempio macroscopico lo abbiamo con quello che è forse il più importante concetto del diritto pubblico, cioè quello di stato. Esiste in diritto romano la parola "*status*", che però significa notoriamente condizione, situazione giuridica, che riguarda soprattutto gli individui con riferimento alla libertà, alla cittadinanza, alla posizione nell'ambito della famiglia. L'uso del termine "stato" nell'accezione moderna si trova per la prima volta nell'esordio del Principe di Niccolò Machiavelli (XVI secolo). Quindi, se alla parola "stato" si riconosce

quel valore proprio e specifico che essa ha assunto nel linguaggio della politica dal XVI secolo in poi, con riferimento alle strutture complesse di alcuni ordinamenti dell'Europa, allora non è possibile impiegarla al di fuori dei limiti spaziali e temporali in cui essa si è formata. In altri termini, la nozione di Stato è storicamente condizionata e quindi non generalizzabile. Eppure, spesso siamo soliti parlare di stato, con riferimento a Roma o all'antica Grecia, distinguendo, al massimo, fra uno stato antico ed uno stato moderno. Ma si tratta di un uso erraneo: il vero ed unico stato è quello che qualifichiamo moderno, perché tale termine si può adattare, come si è detto, solo ad alcune forme di organizzazione pubblica, che si sono formate in età moderna. Dunque la nozione di Stato, concepito come un super-soggetto, in posizione di superiorità, perché dotato di un potere d'imperio, rispetto ai suoi componenti e distinto da essi, dotato di una propria individualità (Stato-Ente o Stato persona giuridica), che si articola in una serie di organi costituzionali ed amministrativi, che lo fanno vivere e ne esprimono la volontà, pur essendo nel contempo soggetti alle sue leggi: ebbene questa nozione, formatasi nel Seicento ad opera del pensiero politico dell'assolutismo, non si presta ad essere applicata all'esperienza romana ed in genere all'esperienza antica, neanche quella delle "poleis" greche.

Più in generale, manca in Roma una scienza del diritto pubblico, come dimostra anche il fatto che tutte le discipline che oggi si fanno rientrare in questa categoria hanno origine recente: di diritto costituzionale si può parlare solo dalla fine del '700, con l'affermarsi di un movimento volto a superare la tradizionale superiorità del diritto privato ed a porre al centro della conoscenza giuridica lo studio del diritto pubblico e in particolare della costituzione. In Italia, bisogna addirittura attendere la fine dell'800 (con Vittorio Emanuele Orlando) per l'elaborazione di criteri tecnici per lo studio del diritto pubblico.

D'altra parte, il diritto costituzionale rimase a lungo strettamente legato al diritto amministrativo, quasi indifferenziato da esso, in quanto nell'età dell'assolutismo l'attività amministrativa si esauriva nella mera esecuzione della volontà del legislatore. In Italia, si deve al Romagnosi l'affermazione dell'autonomia del diritto amministrativo, con la consapevolezza dell'attribuzione al Governo di un potere non di semplice attuazione della volontà di altri organi (sovrano ed assemblee popolari), ma la titolarità di un autonomo potere di decisione e di esecuzione.

Di diritto internazionale, com'è noto, si può parlare a partire dal giusnaturalismo del Grozio (XVII secolo), mentre le discipline penalistiche affondano le loro radici nell'Illuminismo ed in alcune opere fondamentali (dall'*Esprit des lois* di Montesquieu a "*Dei delitti e delle pene*" di Beccaria).

Quindi, anche se a Roma esistevano norme che definivano gli assetti istituzionali della comunità, determinavano la spettanza di poteri ad alcuni membri di essa e le prerogative di ciascuno, così come altre norme fissavano le regole da osservarsi nei rapporti con gli altri popoli ed altre che identificavano comportamenti da punire perché contrari all'interesse generale della comunità o all'interesse di privati, non per questo è opportuno, se non per motivi didattici, cioè per rendere il discorso più comprensibile, parlare di un diritto costituzionale romano, di un diritto amministrativo romano, di una procedura penale romana, quindi più in generale, di un diritto pubblico romano.

Qualcuno potrebbe essere tratto in inganno dalla celeberrima definizione di Ulpiano, secondo cui è *ius publicum, quod ad statum rei Romanae spectat*. In essa, è fuorviante soprattutto la parola *status*, che tuttavia indica non lo stato ma (come si è detto) una situazione giuridica, una condizione. Quella che noi chiameremmo "stato", cioè la comunità politica romana, è definita invece da Ulpiano "*res Romana*", espressione che troviamo anche in Ennio (III-II sec.a.C.) e si affianca a tante altre usate per indicare lo stesso oggetto: "*Romani*", "*Quirites*", "*Romani Quiritesque*", "*populus romanus Quiritium*" etc.

Vengono talora impiegati anche termini apparentemente più tecnici, come "*civitas*", "*respublica*", "*imperium*". Ma a parte il fatto che essi non presentano sempre lo stesso significato, è certo che non è possibile avvicinarli al moderno concetto di stato, in quanto hanno spesso racchiuso in sé alcuni aspetti pertinenti più all'idea di governo che a quella di stato.

- 2. Sulla base di queste premesse, potrebbe concludersi che ben poco la moderna scienza del diritto pubblico può trarre dall'esperienza romana. Eppure, ripercorrendo l'evoluzione plurisecolare che trasformò Roma da piccolo villaggio di pastori a sconfinato impero, e soprattutto la complessa organizzazione territoriale, connessa alla concessione della cittadinanza romana e quindi alla possibilità di utilizzazione del *ius civile*, riservata ai *cives*, credo sia possibile trarre qualche utile insegnamento ai fini della soluzione di problemi di grande attualità.

Dopo il periodo della monarchia, Roma si trovò a fronteggiare le altre comunità del Lazio; la lotta si concluse, secondo la tradizione, con la vittoria romana al lago Regillo. Senonché, altri popoli italici (i Volsci, gli Equi e gli Etruschi) avevano rivolto la loro attenzione al territorio di Roma, sicché, accantonate le rivalità interne, Roma concluse con gli altri Latini un accordo paritario, la cosiddetta lega Latina (detta anche *foedus Cassianum*, dal nome del magistrato, Spurio Cassio, che rappresentava Roma). Dopo alcuni decenni,

superato il pericolo degli Equi, dei Volsci e della potente città di Veio, Roma affermò la propria supremazia sul Lazio, dopo una guerra contro i Sanniti e contro gli stessi Latini, che volevano sottrarsi all'egemonia di Roma. La lega latina fu quindi sciolta e sostituita da una serie di accordi bilaterali con singole città; ai membri dell'antica lega vennero comunque riconosciuti alcuni diritti, ma anche il dovere di collaborare alle iniziative militari di Roma. Agli abitanti di tali località, venne attribuito lo *status* di *socii latini*. Il medesimo *status* venne riconosciuto agli abitanti di alcune colonie fondate da Roma (Paestum, Benevento, Spoleto) che, pur essendo indipendenti ed in posizione di parità nei confronti di Roma, avevano gli stessi obblighi militari delle colonie latine. Gli abitanti di tali località, definiti, *latini coloniarii*, non godevano della cittadinanza romana, anzi, erano generalmente ex cittadini romani che, trasferendosi nella colonia, avevano perduto la cittadinanza.

A questo punto, ebbe inizio la politica di espansione di Roma oltre i confini del Lazio; così, alla fine del terzo secolo, il dominio romano era esteso a parte dell'Italia settentrionale, alle tre isole maggiori (Sicilia, Sardegna e Corsica) alla parte sud-occidentale della Spagna e ad alcune località della Grecia.

Secondo il consueto pragmatismo dei Romani, l'organizzazione dei territori conquistati non avveniva secondo schemi rigidi, ma attraverso una pluralità di strumenti, scelti di volta in volta a seconda delle condizioni economiche e politiche del territorio, dalla sua collocazione geografica, dalle modalità attraverso le quali esso era stato conquistato. Elemento unificante era comunque la dipendenza da Roma. Le terre conquistate o venivano lasciate (specialmente quelle incolte e meno produttive) alla libera occupazione dei cittadini romani (si parlava di *ager occupatorius*) o, più spesso, date in concessione dietro il pagamento di un corrispettivo, ma teoricamente a tempo indeterminato, il che diede luogo ad una controversia giurisprudenziale sulla natura del relativo contratto, che presentava caratteristiche sia della locazione (il canone), sia della compravendita (la definitività).

La politica espansionistica romana procedette con lentezza e prudenza. In particolare, anche se alle varie comunità si facevano alcune concessioni, veniva sempre esclusa l'attribuzione della cittadinanza romana, sicché, ad una concessione dei diritti civili, fa quasi sempre riscontro la mancata concessione dei diritti politici (*ius suffragii*, cioè il diritto di voto e *ius honorum*, cioè l'elettorato passivo alle magistrature). Roma temeva, infatti, che l'immissione in massa di nuovi cittadini potesse turbare i delicati equilibri politici esistenti fra i vari gruppi di potere.

Gli appartenenti a varie comunità annesse all'Urbe furono così denominati

cives sine suffragio, cioè cittadini, ma privi dei diritti politici. Le relative comunità presero il nome di *municipia* (parola che deriva da *munia capere*, assumere i doveri del cittadino). Il nome di *municipia* venne dato anche ad altre comunità progressivamente annesse, ma sempre senza criteri rigidi. Fra i *municipia*, vi erano dunque diversi gradi di autonomia, dipendenti da una valutazione politica di Roma, che teneva conto della posizione strategica della località, dell'atteggiamento di arrendevolezza o di resistenza dimostrato in passato nei confronti di Roma, dalle classi dirigenti locali. Si ebbero così municipi, che conservarono i propri ordinamenti e la propria organizzazione politica ed altri, ai quali furono imposti l'osservanza del diritto romano e nuovi ordinamenti, con la creazione di nuove magistrature.

Questa situazione sfociò, com'è noto, agli inizi del I secolo a.C., nella cosiddetta "guerra sociale", che si concluse con la concessione della cittadinanza romana ai *socii* italici e con l'estensione del regime municipale anche alle città prima legate da semplici rapporti federativi.

In seguito alla guerra sociale, si afferma -in contrasto con l'epoca precedente- una tendenza unificatrice delle varie strutture cittadine. Si ha, così, un'uniformazione dei *municipia*, sì che viene meno la distinzione fra *municipia sine suffragio* e *municipia optimo iure*. Essi vengono uniformati dal punto di vista della organizzazione politica, che ora si fonda su una distinzione fra l'attività giurisdizionale e quella amministrativa e di polizia. A ciascuno di questi settori vengono preposti quattro o due magistrati (*quattuorviri* o *duoviri*): nonostante vari tentativi, resta ancora oscura agli studiosi la ragione per la quale ad alcuni municipi venivano preposti quattro magistrati e ad altri due. D'altro canto, sopravvivono le colonie, che continuano a svolgere la funzione di consentire il trasferimento di cittadini romani, allettati dallo sfruttamento di nuovi territori.

L'espansione transmarina di Roma pose ulteriori problemi, perché i territori conquistati presentavano fra loro grandi differenze sociali, politiche, culturali. Essi vengono organizzate in *provinciae*, governate da magistrati romani che molto spesso, attraverso la cosiddetta *prorogatio imperii*, vedevano prolungata la loro permanenza nella provincia anche oltre i limiti naturali.

Nelle province, tuttavia, Roma non impose un'organizzazione tipica, ma, con lo stesso sistema adottato precedentemente in Italia, creò varie categorie di province, con l'attribuzione agli abitanti di diritti diversi. Così, alcune vennero legate a Roma da trattati di alleanza, con l'obbligo di fornire un contingente militare in caso di guerra, ad altre venne concessa la possibilità di conservare le proprie istituzioni politiche, con l'obbligo di fornire a Roma un

tributo in denaro o in natura in alcuni casi, dal quale invece altre province furono esentate. Agli abitanti delle province non venne riconosciuto lo *status* né di latini, né di cittadini romani, ma solo quello di *peregrini*, in una posizione di sudditanza, che comportava una serie di obblighi nei confronti di Roma, tranne quello del servizio militare, per la poca fiducia nutrita da Roma nell'affidabilità di un esercito formato da provinciali.

• 3. Con l'affermarsi del Principato, i problemi di organizzazione territoriale aumentarono ancora, perché il territorio di Roma raggiunse la sua massima estensione (è noto che ciò avvenne sotto Traiano, che regnò dal 98 al 117 d.C.). Da un lato, venne ristrutturata l'amministrazione dei territori italici, affidata a funzionari imperiali, quindi indirettamente posta sotto il controllo del *princeps*. Dall'altro, le province vennero divise già con Augusto in due categorie, quelle senatorie (appunto, sotto il controllo del senato) e quelle imperiali (direttamente sotto il controllo imperiale). Le fonti giustificano la divisione affermando che veniva lasciato al senato il controllo di quelle province meno turbolente, che non richiedevano quindi alcun controllo militare, mentre l'imperatore si riservava il controllo delle province non pacificate, che richiedevano una costante presenza di truppe romane. Dione Cassio insinua che, in realtà, Augusto aveva lasciato al senato le province meno ricche ed importanti, riservando a sé le altre. In effetti, questa osservazione coglie nel segno, ma solo parzialmente, in quanto alcune province imperiali erano certamente meno importanti di altre, affidate al senato. Tutto sommato, però, la distinzione non è tanto importante, in quanto anche nelle province senatorie era molto presente l'influenza imperiale, sia perché i governatori venivano scelti dall'ordine senatorio, che il *princeps* riusciva facilmente a manipolare, sia perché essi non avevano mani libere, ma erano assistiti da funzionari nominati dall'imperatore. Vi erano infine altre province, per le quali era esclusa qualsiasi interferenza del senato. E' il caso delle province dette "procuratorie", governate da funzionari detti *procuratores* o *praefecti*, di diretta nomina imperiale. Il caso più rilevante è quello dell'Egitto, retto da un *praefectus Aegypti*, vero e proprio rappresentante dell'imperatore, tanto da essere definito anche *praefectus Augustalis*.

Dopo secoli di politica restrittiva nella concessione della cittadinanza romana e dei benefici ad essa connessi, com'è noto nel 212 d.C. venne emanato dall'imperatore Antonino Caracalla il famoso editto, con il quale venne concessa la cittadinanza a tutti gli abitanti dell'impero. Lo conosciamo attraverso un papiro greco (P.Giess.40), giunto in precario stato di conservazione, per la presenza di numerosi buchi dovuti a morsi di topi. Non siamo pertanto in grado

di escludere che tale concessione comportasse qualche eccezione, ma si tratta comunque di un aspetto di modesto rilievo. La concessione della cittadinanza comportava conseguenze relevantissime: le *civitates peregrinae* divenivano a tutti gli effetti città dell'impero, i loro abitanti cittadini dell'impero, nei rapporti giuridici si dovevano applicare le norme del diritto romano. L'attuazione di questo provvedimento non fu certo repentina: in particolare, dal punto di vista delle norme giuridiche, mentre la romanizzazione fu abbastanza facile nelle province occidentali, in quelle orientali, di lingua e cultura greca, non solo continuarono ad applicarsi consuetudini locali, ma soprattutto vi fu una generale influenza dei diritti locali sul diritto romano, tanto da determinare in esso fondamentali cambiamenti. L'esempio più lampante riguarda la forma degli atti giuridici: la preferenza per l'oralità, che aveva sempre caratterizzato il diritto romano, cede progressivamente il passo nei confronti della scrittura, determinando la trasformazione sostanziale di molti istituti. Ecco perché parte della dottrina, per definire questo fenomeno, ha parlato di "diritto romano-ellenico" o "diritto romano volgare". Questa data è comunque fondamentale, perché segna l'affermazione del moderno collegamento potere/diritto.

- 4. Dopo questo rapido *excursus*, possiamo tornare al nostro argomento. Che cosa può trarre il diritto pubblico attuale dall'esperienza romana? Dal punto di vista delle strutture costituzionali, certamente poco o nulla. Si è detto che Roma non ha mai avuto una costituzione, sicché anche i mutamenti costituzionali hanno sempre rispettato più una logica politica che un indirizzo giuridico. Troviamo, è vero, già affermati in diritto romano alcuni principi propri dei moderni sistemi costituzionali (ad es. il principio della segretezza del voto, un embrionale applicazione *ante litteram* del principio della divisione dei poteri, fondato in epoca repubblicana sulla triade magistrature -comizi popolari- senato), ma tutto ciò non è neanche lontanamente paragonabile ai tesori di esperienza giuridica che Roma ha trasmesso nel campo del diritto privato.

Proprio in materia di cittadinanza, tuttavia, mi piace sottolineare un aspetto, che può gettare luce su una problematica più che mai attuale, quella dell'organizzazione dell'Unione Europea.

In questo campo, come è noto, sono stati raggiunti risultati notevoli: basta pensare alla libera circolazione nell'ambito comunitario delle persone e delle cose (con l'abolizione dei dazi doganali interni), dei titoli di studio, alla circolazione degli studenti nell'ambito dei vari Paesi, all'integrazione dei sistemi scientifici, alla collaborazione fra i centri di studio e di ricerca, fino ad arrivare all'introduzione della moneta unica europea, che ha un alto valore simbolico

per il forte impatto che, in ogni epoca, ha avuto il fatto di 'battere moneta' ai fini della sovranità.

Ma se i concetti e le pratiche dell'economia (il mercato, la banca, la moneta) si sono trasferiti con una certa facilità su piano europeo, non altrettanto facile si è rivelato il processo di unificazione dal punto di vista politico e giuridico. Fino ad oggi, si è registrata solo un'interferenza dell'Unione Europea, sotto forma di direttive comunitarie, su diversi settori degli ordinamenti nazionali (diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto amministrativo, diritto privato) e di sentenze della giurisdizione europea, che si sovrappone di fatto alle giurisdizioni nazionali.

Ma le direttive di Bruxelles provengono da un organo "burocratico" e non "politico", non in grado dunque di compiere scelte politiche, ma solo di fornire soluzioni empiriche, che finiscono spesso con lo scontentare i vari stati. Basti pensare, ad esempio, alla guerra del cioccolato, del parmigiano o del vino, in cui si sono scontrati il desiderio di alcuni Stati, come l'Italia e la Francia, di conservare certe caratteristiche delle loro tradizioni alimentari e gli obiettivi comunitari di tutela della salute e della concorrenza.

Così, il processo di immedesimazione fra il sistema giuridico europeo e quelli nazionali trova notevoli difficoltà, come dimostra il difficile cammino affrontato fino ad oggi dalla costituzione europea (varata dalla Conferenza di Nizza del 2000 ed approvata nel 2004), ma poi non accettata da alcuni stati, nonostante vari tentativi di mediazione e di conciliazione fra le diverse posizioni, che hanno spesso snaturato il progetto originario.

Questa situazione di difficoltà è vissuta anche nei nostri ordinamenti universitari, in cui non vi è alcuna integrazione fra i vari settori dell'ordinamento nazionale (come il diritto privato, il diritto commerciale, etc.) e il 'diritto comunitario', che viene tuttora studiato quasi come un diritto internazionale.

Ancor più difficile si rivela il percorso dell'integrazione europea nella prospettiva dell'unificazione del diritto privato. Esistono infatti, fra i vari Paesi, differenze notevoli nei sistemi giuridici, che diverranno forse addirittura insuperabili già nell'attuale Europa dei 27, ma ancor più nella futura Europa, con l'ingresso di Paesi come la Turchia, portatori di tradizioni giuridiche completamente diverse. D'altra parte, non si deve dimenticare che il diritto è una creazione dell'uomo che rispecchia i valori a cui una certa comunità si ispira in un determinato momento storico: non si può dire, dunque, che un ordinamento sia migliore o più moderno di un altro, perché il metro di paragone sarebbe comunque relativo. Ciò che è bene per noi oggi non lo era cento anni fa e forse non lo sarà domani, così come ciò che per gli italiani è riprovevole, non lo è

per altri Paesi. Gli esempi, soprattutto per ciò che riguarda i vari istituti collegati alla famiglia, sono addirittura superflui.

Eppure, da tempo è stata istituita una commissione di giuristi, con il compito di trarre dalle esperienze dei vari ordinamenti statali quanto meno alcuni principi comuni, tali da costituire almeno una base di partenza nell'ottica di un ordinamento comunitario. E proprio nel tentativo di identificare tali principi si è ritenuto di dover far ricorso al diritto romano (inteso appunto come diritto comune europeo) perché grazie all'elaborazione di esso da parte delle Scuole Medievali (Glossatori e Commentatori) alle quali affluivano studenti da tutta Europa, numerosi principi, penetrando nei vari Stati europei, hanno fino col costituire una piattaforma che, quale patrimonio comune, è sopravvissuta al fenomeno delle codificazioni, legato alla formazione ed al consolidamento degli Stati nazionali. I principi di proporzionalità, del contraddittorio, della tutela della buona fede, della tutela dell'affidamento, del "*ne bis in idem*", etc. affondano appunto le loro radici nella tradizione romanistica ed il loro sviluppo appunto nel *ius commune*. In quest'ottica, in Italia, in molte Facoltà di Giurisprudenza e soprattutto nelle scuole di specializzazione per le professioni legali, è stato istituito un insegnamento, denominato "Fondamenti del diritto europeo", che è stato inserito nel settore disciplinare del diritto romano, quasi a sottolineare la stretta connessione fra i due argomenti.

Ma già nell'attuale Unione Europea con l'ingresso di molti Paesi dell'Est, certamente estranei alla tradizione romanistica, è molto difficile identificare principi comuni, se non alcuni principi di carattere molto generale, certamente insufficienti a costituire un corpo di leggi da applicare in tutti gli Stati membri dell'Unione. E' in effetti difficile trovare una regola, proveniente dal diritto romano, che sia applicata ugualmente in tutti i codici europei. Esistono notevoli differenze, anche se un istituto è di origine romanistica, fra il codice italiano e quello tedesco o francese, fra diritto francese e tedesco, e così via. Al punto che, talvolta, esistono maggiori analogie fra il diritto di uno stato europeo, appartenente alla sfera del c.d. *civil law*, di origine romana, e quello del mondo anglosassone, governato, com'è noto, dal c.d. *common law*.

La situazione è così in una fase di stallo. Il fatto è che, nella costruzione del futuro diritto europeo, noi continuiamo ad immaginare il futuro, restando però prigionieri degli schemi del passato. In altri termini, se noi partiamo dall'attuale concezione del diritto come complesso di norme prodotte dallo Stato ed imposte ai singoli cittadini in quanto appunto provenienti dal potere costituito, finiamo inevitabilmente col presupporre un ipotetico super-stato europeo, di assai difficile realizzazione. Un codice europeo, che si sovrappone

e in buona parte si sostituisce agli ordinamenti nazionali, incontrerà sempre maggiori resistenze, per la difficoltà di dar vita ad un ordinamento superiore, sicché le norme appariranno, come avviene già oggi, il prodotto di una "burocrazia senza sovranità".

- 6. Soffermiamoci invece sui vari sistemi (di cui abbiamo parlato) seguiti da Roma per governare una molteplicità di territori, profondamente diversi fra loro per grado di civiltà, tradizioni, cultura.

Un principio fondamentale del diritto pubblico romano è quello del divieto della doppia cittadinanza. Lo apprendiamo da varie fonti, ma soprattutto da un passo dell'orazione ciceroniana *pro Balbo* (§ 28) in cui si trova la netta affermazione "*duorum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*": il cittadino romano non può essere, secondo il diritto civile, cittadino di due città.

A questa frase che, per lungo tempo, è stata intesa in senso rigoroso e privo di eccezioni, è stato dato dalla più recente dottrina, un senso più limitato, alla luce di ciò che Cicerone afferma, subito dopo aver enunciato la regola (*pro Balbo*, 29): "*ceterae civitates omnes non dubitent nostros homines recipere in suas civitates, si idem non iuris haberemus quod ceteri. Sed nos non possumus et huius esse civitatis et cuiusvis praeterea; ceteris concessum est*": tutte le altre città non hanno dubitato di poter accogliere i nostri cittadini nella loro cittadinanza, se noi fruivamo dello stesso regime giuridico degli altri. Ma noi non possiamo avere questa cittadinanza (cioè quella romana) ed una qualsiasi altra; agli altri è concesso. Ciò significa che i cittadini romani non potevano assumere una seconda cittadinanza; coloro ai quali era stata concessa la cittadinanza romana ed avevano quindi trasferito a Roma il proprio domicilio, non potendo avere una doppia cittadinanza, perdevano quella originaria. Viceversa, i membri delle comunità locali che, pur avendo ottenuto la cittadinanza romana, restavano nei luoghi d'origine, mantenevano la cittadinanza originaria e quindi godevano di una doppia cittadinanza.

Questa situazione è chiaramente lumeggiata da un altro testo ciceroniano, tratto dal *de legibus* (2.5): "(Att.) *sed illud tamen quale est quod paulo ante dixisti, hunc locum - id enim ego te accipio dicere Arpinum - germanam patriam esse vestram? Numquid duas habetis patrias? an est una illa patria communis? Nisi forte sapienti illi Catoni fuit patria non Roma sed Tusculum.* (Marc.) *Ego mehercule et illi et omnibus municibus duas esse censeo patrias, unam naturam, alteram civitatis: ut ille Cato, quom esset Tusculi natus, in populi Romani civitatem susceptus est: itaque quom ortu Tusculanus esset, civitate Romanus, habuit alteram loci patriam, alteram iuris:...sic nos et eam patriam dicimus ubi*

nati, et illam a qua excepti sumus": (Att.) Ma che senso ha, tuttavia, quel che tu dicevi poco fa, che questo luogo -intendo che parli di Arpino- è la vostra vera patria: avete forse due patrie o non è unica la patria comune? A meno che la patria di quel savio Catone non fosse Roma, ma Tuscolo. (Marc.) Io penso, per Ercole, che lui e tutti i cittadini di un municipio hanno due patrie, una naturale, l'altra riguardo alla cittadinanza; così Catone, essendo nato a Tuscolo, fu accolto nella comunità del popolo Romano e dunque, poiché era Tuscolano di nascita, e Romano per cittadinanza, ebbe una patria quanto al luogo d'origine ed una giuridica... così noi chiamiamo patria il luogo dove siamo nati e quello in cui siamo accolti".

Le "due patrie" ciceroniane potrebbero dunque essere il modello ideale della futura Unione Europea: saremo tutti cittadini dell'Europa, ma nello stesso tempo cittadini della propria nazione, che manterrebbe così la propria identità, i propri valori culturali, le proprie tradizioni.

Mi sembra infatti illusorio pensare che il futuro diritto europeo possa avere la caratteristica dell'uniformità: esso potrà realizzarsi solo costruendo l'unità attraverso la diversità. A garanzia dell'unità, si dovrebbero porre una serie di principi e clausole generali, fondati su valori e diritti comuni; a garanzia della diversità, resterebbero in vigore le normative speciali dei singoli ordinamenti nazionali, ovviamente non in conflitto con i principi comuni. Si creerebbe così un principio di circolarità, per cui da un lato i principi comuni dovrebbero avere il potere di inserirsi, con carattere di vincolatività, all'interno dei vari ordinamenti nazionali, dall'altro i principi espressi dalle singole legislazioni nazionali conserverebbero il loro valore, mai valicando però i limiti delle norme comuni.

E' questa, credo, la più grande eredità che, nel campo del diritto pubblico, Roma ha lasciato per la soluzione dei problemi dei nostri giorni.

LOS PROCEDIMIENTOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS FRANCÉS Y MEXICANO: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

Luis José Béjar Rivera

Licenciado en Derecho por el ITESO. Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT. Director Académico de los Programas de Posgrado en Derecho Fiscal y Administrativo de la Universidad Panamericana.

- **Resumen:** *Con este artículo el autor pretende demostrar la íntima vinculación que existe entre el procedimiento contencioso administrativo francés y mexicano. En el caso del segundo, inspirado desde sus orígenes por el sistema francés, aunque con importantes diferencias. El artículo busca dar las bases y pautas básicas para la comprensión del sistema contencioso administrativo francés, así como la información básica para la impugnación de actos administrativos en el sistema contencioso administrativo mexicano.*

El artículo hace un análisis del origen y desarrollo del contencioso administrativo francés; explica las características esenciales de su sistema, y cómo influyó en el desarrollo del modelo mexicano, consolidado a partir del siglo XX, aunque dentro de un sistema mixto. A su vez, también hace una descripción de la estructura del Consejo del Estado francés y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, como órganos jurisdiccionales.

También, explica las bases del sistema de impugnaciones en México, especialmente dando una introducción al Juicio de Amparo.

- **Palabras clave:** *Procedimiento Contencioso Administrativo francés. Procedimiento Contencioso Administrativo mexicano. Consejo de Estado. Tribunal Federal de Justicia Administrativa y Fiscal. Competencia. Instancias. Características esenciales del procedimiento. Medios de Impugnación. Juicio de Amparo.*
- **Abstract:** *With this article the author pretend to demonstrate de intimate relation between the French and Mexican contentious administrative procedures. In the case of Mexican procedure, inspired since its origin by the French system, though with important distinctions. The article pretends to explain the basics to comprehend the French contentious administrative system, and the basic information to the impugnation of administrative acts in the Mexican contentious administrative system.*
The article makes the analysis of the origin and development of French contentious administrative procedure; explains the system's basics characteristics, how impacted on the Mexican system development, consolidated thru the twentieth century, thou in a mixed system. Besides that, the article makes descriptions of the State's Council and Administrative and Taxation Federal Justice Court structures.
Also, explains the Mexican litigious system, especially with an introductory explanation of Amparo trial.
- **Keywords:** *French contentious administrative procedure. Mexican contentious administrative procedure. State's Council. Administrative and Taxation Federal Justice Court. Competence. Instances. Procedure's essential characteristics. Impugnation means. Amparo trial.*

- **Índice:** I. Introducción. II. Historia. II.1. Francia. II.2. México. III. El contencioso administrativo francés. III.1. Ideas torales. III.2. Características esenciales. III.2.1. Competencia. III.2.2. Instancias. III.2.3. El procedimiento. IV. El contencioso administrativo mexicano. IV.1. Características esenciales. IV.1.1. Los medios de impugnación en materia administrativa. IV.1.2. Naturaleza del tribunal federal de justicia fiscal y administrativa. IV.1.3. Competencia. IV.1.4. Instancias. IV.2. El procedimiento contencioso administrativo federal. IV.3. Algunos comentarios sobre el juicio de amparo en materia administrativa. V. Conclusiones. Bibliografía

“La primera condición para que una institución jurídica sea verdaderamente interesante es que posea una fuente de vida propia; si no recae más que en disposiciones de leyes, si no tiene nada más que una existencia artificial, puede quizá ocupar al comentarista, pero el jurista se desvía de ella.”

Maurice Hauriou

I. INTRODUCCIÓN

Nos dice André Maurin: *“La concepción francesa de la justicia administrativa reposa sobre la institución en dos órdenes –administrativo y judicial– distintos. Dicho sistema de la dualidad de tribunales se opone a la de unidad jurisdiccional que conocen los países anglosajones: un solo orden de jurisdicciones es competente para conocer a la vez del contencioso administrativo y de los litigios entre particulares.”*¹

En el derecho mexicano, la justicia administrativa opera bajo el esquema de la dualidad de jurisdicciones, aunque con pocas similitudes al modelo francés, que explicaremos más adelante.

La justicia administrativa, por lo menos en Francia, se presenta como un fenómeno histórico, indispensable conocer su historia para comprender su modelo, y a su vez, conocer las bases y principios rectores del contencioso administrativo mexicano, donde probablemente sea uno de los pocos países que, junto con Bélgica, toman como base al modelo francés, aunque con un sistema mixto de justicia para nuestra materia.

¹ André Maurin. *Derecho Administrativo Francés* (Trad. Julio Bustillos). Porrúa. México. 2004. p. 139.

II. HISTORIA

II.1 FRANCIA

En el caso de Francia, la separación de las autoridades administrativas y judiciales se dio a partir de la Ley 16-24 de agosto de 1790, que citaba:

"... las funciones judiciales son distintas y permanecen siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán dictar penas por prevaricación, turbados de alguna manera más que por las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores en razón de sus funciones."

En el mismo tenor, Bouffandeau señala:

"El principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales prohíbe a los Tribunales del orden judicial, siguiendo los mismos términos de las leyes 16-24 agosto de 1790 y del 16 fructidor del año III, perturbar (troubler) de cualquier manera las operaciones de los cuerpos administrativos y conocer los actos de la Administración, de cualquier clase que sean."²

También León Duguit nos dice: *"La Asamblea había votado el principio del contencioso-administrativo y establecido, al mismo tiempo, las bases de la teoría moderna sobre la separación de los tribunales judiciales y de los tribunales administrativos. En esta teoría tan ingeniosa de nuestro Derecho Público actual, la separación entre la autoridad administrativa y la autoridad judicial subsiste incluso cuando se cuestiona el ejercicio de una función administrativa. La autoridad judicial es la única competente para aplicar la ley cuando afecta directa y principalmente a un interés individual, haya o no litigio. La autoridad administrativa es siempre, sólo y exclusivamente, competente cuando se trata directa y principalmente de un interés colectivo, exista o no litigio. Se sigue de ello que si hay un acto administrativo y si se pretende que un derecho ha sido violado, la autoridad judicial no será competente para juzgar este litigio y sólo cabrá acudir ante la autoridad administrativa [...] el sistema del Derecho Público actual, sistema acertado en su principio, ingenioso en sus aplicaciones. No es la consecuencia de la separación de poderes tal y como la comprendió la Asamblea Nacional de 1789. Resulta simplemente de la distinción hecha entre los dos agentes de ejecución, dependientes del gobierno, la autoridad administrativo y la autoridad judicial; esta separación asegura felizmente el equilibrio del interés*

² Bouffandeau. *La delimitation de la competence de la jurisdiction administrative par la jurisprudence du Tribunal des conflicts*. LJCE. p. 143.

individual y del interés colectivo, factor esencial de la vida social."³

Tres etapas históricas se identifican con la génesis del contencioso francés:

- a. *Administración Juez.*— En el Año III, aparece el reglamento de litigios (que no código o ley contenciosa), se confía a la propia Administración.
- b. *Justicia retenida.*— En el año VIII, se consagra la creación de los Consejos de Prefectura y del Consejo del Estado, donde estos organismos toman una decisión, una vez consultadas las autoridades.
- c. *Justicia delegada.*— Con la Ley de 24 de mayo de 1872 se autoriza al Consejo del Estado a tomar decisiones ejecutoras "a nombre del pueblo francés". Así el Jefe de Estado delega a un órgano la jurisdicción administrativa.

Con *L'Arrêt Cadot* (13 de diciembre de 1889) el Consejo del Estado se reconoce a sí mismo como Juez común de los litigios administrativos.

En 1953, se confía la jurisdicción a los tribunales administrativos.

Para algunos autores⁴ el fundamento y piedra angular del Derecho Administrativo se presenta hasta el 18 de febrero de 1873 con el célebre *L'Arrêt Blanco*⁵, donde se respalda jurisprudencialmente la separación del juez común del juzgador administrativo. Esto es, aún cuando en principio el Código Civil francés regulaba en su artículo 1382 la reparación del daño, el *Conseil d'Etat* resolvió que existe un sistema separado de normas que regulan las relaciones de derecho público y de derecho privado.

En este sentido, señala Eduardo García de Enterría⁶ que precisamente el régimen de exención judicial de la administración determina formalmente al contencioso administrativo, pues al interés de los particulares para que los fun-

³ León Duguít. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1996. pp. 122 y 123.

⁴ Sabino Cassese. *Las bases del Derecho Administrativo* (Trad. Luis Ortega). INAP. Madrid. 1994. pp. 19 y sigs.

⁵ Una niña de cinco años es herida gravemente por un pequeño carro cargado por cuatro empleados de la Fábrica estatal de tabacos. Su padre decidió iniciar un proceso por la reparación del daño, por cuarenta mil francos, a los cuatro empleados involucrados en el incidente, y de manera solidaria al propio Estado francés, ante el Tribunal de Burdeos. El Consejo del Estado francés concluye que la responsabilidad en la que incurre a causa de los daños causados por sus empleados en la prestación de los servicios públicos no pueden ser reguladas por el Código Civil Napoleónico respecto de las relaciones entre los particulares y, así, se establece que dicha responsabilidad tiene reglas especiales, que varían según el servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los particulares. Al respecto, Cfr. Luis José Béjar Rivera. *Curso de Derecho Administrativo*. Oxford University Press México. México. 2007. p. 12.

⁶ Eduardo García de Enterría. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (2ª ed.). Civitas. Madrid. 2001. pp. 19 y sigs.

cionarios no se excedieran en la aplicación de las leyes, se unió el interés de la propia Administración, que busca exactamente lo mismo.

Históricamente, los dos pilares del contencioso administrativo francés son: el recurso de plena jurisdicción y el recurso por exceso de poder o anulación.

La noción de plena jurisdicción fue establecida por Laferrière (Tratado de la jurisdicción administrativa 1887), dando origen al llamado contencioso ordinario. Hauriou describe este procedimiento como: *"Un juez actúa en un litigio administrativo con poder para decidir, para sustituir con su decisión la de las autoridades administrativas que habían intervenido en el asunto."*⁷

Se puede pensar que el contencioso administrativo ordinario tiene un origen previo a la Revolución francesa, siendo en alguna medida un rezago del *Ancient Régime*, aunque ya en su concepción postrevolucionaria, fue considerado un recurso dirigido contra un acto de administración planteado ante una jurisdicción administrativa, o bien, consistía en una acción en contra más bien de una persona administrativa que contra un acto, aunque conceptualmente rara en su tiempo, pues requería de una decisión previa atacable (acto).

El recurso ordinario, tal como lo describe J. B. Sirey (*Le Conseil d'Etat selon la Charte, 1818*), nace de la violación a un derecho adquirido, definido típicamente por el propio Hauriou como *"aquel que la administración está obligada a respetar en virtud de una disposición legal."*⁸

Adicionalmente, del estudio de Adolphe Chauveau (*Principes de compétence, 1841*), quien trató de desarrollar una teoría pura de los derechos adquiridos para efectos del contencioso ordinario, recibió una amplia crítica por parte de sus contemporáneos; sin embargo, Hauriou parte de su obra y detecta tres fuentes fundamentales de este recurso:

- a) Acciones de indemnización por perjuicios causados en el funcionamiento de los servicios del Estado. Esta acción no se genera en virtud de una disposición de ley, sino por jurisprudencia del *Conseil d'Etat*, tal como se estableció con los *arrêts Tysack, Turnbull* y el mismo *Blanco*.
- b) Indemnización planteada por funcionarios municipales, manifiesta en los *arrêts Cadot, Drancy* y *Wottling*; aunque no se les dio la razón a los justiciables, si se admitieron en la vía.
- c) La materia electoral, aún cuando no existiera un texto legal que habilitara la vía. Destacan los *arrêts De Rochetaillé* y *Bertrand Binet*, relativos

⁷ Maurice Hauriou. *Derecho administrativo y derecho público* (edición de 1890). Editorial Jurídica Universitaria. México. 2007. p. 67.

⁸ *Op. Cit.* p. 69

a elecciones de las Cámaras de Comercio y de las Cámaras de Artes y Manufacturas.

Así las cosas, Hauriou denuncia que los problemas sufridos por el contencioso ordinario se deben en gran medida por su falta de principios rectores, o por lo menos una ordenada forma de estudiar los asuntos.

El contencioso ordinario tuvo su auge (por lo menos en cuanto a la atención que le dedicaron los doctrinarios franceses), hasta el decreto del 2 de noviembre de 1864, donde cobró mayor fuerza el otro recurso ya existente: el contencioso de anulación con el recurso por exceso de poder. Se puede decir, que el contencioso ordinario o de plena jurisdicción, fracasó como institución.

No por esto se puede decir que la figura falleció, pues en realidad, el recurso de plena jurisdicción u ordinario, se sigue utilizando cuando se trate de casos de responsabilidad, la materia fiscal y electoral.

No se debe perder de vista que el recurso por exceso de poder ya existía, sin embargo, no había sido estudiado, en gran medida por la falta de una teoría adecuada que lo justificara. Con el decreto antes mencionado se plantea una novedosa teoría para estudiar los actos de la Administración.

El recurso de anulación por *excés de pouvoir*, es el que a la postre trascendió y propiamente creó el sistema contencioso-administrativo, ahora adoptado por muchos modelos jurisdiccionales, sean judiciales o con dualidad de jurisdicción.

El recurso de anulación por exceso de poder se cimenta sobre tres formas de apertura o inicio del procedimiento⁹: a) Incompetencia, b) Vicios de forma y, c) Desviación de poder.

Estos elementos, hoy en día, constituyen las causales básicas para decretar la nulidad de un acto administrativo.

El siguiente cambio importante que sufre el contencioso francés, se da a partir de la Ley 53-611 del 11 de julio de 1953, gracias al cual se entiende a la justicia administrativa como una garantía del ciudadano, pero también toma en consideración el creciente número de asuntos planteados al *Conseil d'Etat*, y por tanto, se crean, mediante decretos posteriores Tribunales Administrativos regionales, dejando como órgano de segunda instancia al propio Consejo.

A modo de corolario, tal como lo señala el gran profesor francés Jean Rivero¹⁰, el diálogo entre la jurisprudencia y la doctrina, del siglo XVIII a la fecha,

⁹ Maurice Hauriou. Op. Cit. p. 105.

¹⁰ Jean Rivero. *Páginas de derecho administrativo*. Temis. Bogotá. 2002. pp. 45 y sigs.

constituye en verdad la génesis y desarrollo del derecho administrativo, y explicamos. Algunos de los primeros miembros del Consejo del Estado eran titulares de cátedra en las universidades, así que su doctrina la tomaron del día a día y la trasladaron a las aulas.

Adicionalmente, se sabe que el derecho administrativo ha evitado o trata de evitar partir del derecho privado para fundamentar su estudio, de tal forma que ante las escasas o ausentes fuentes doctrinales, nuestra disciplina fue construida a partir de la jurisprudencia, por lo que podemos concluir que tanto el derecho administrativo, como el contencioso administrativo, son hechura precisamente de los órganos jurisdiccionales, por lo menos en el caso de Francia, y a partir de su experiencia, fue adoptado por países como España y México.

II.1 MÉXICO

Para el análisis histórico del contencioso administrativo mexicano, nos limitaremos a exponer el tema a partir del Virreinato hasta los tiempos actuales.

En principio, la concreción del contencioso administrativo mexicano no fue una tarea fácil, y tuvo muchos momentos a lo largo de la historia, donde existieron acercamientos a este modelo, aunque en definitiva, el modelo operó hasta la tercera década del siglo XX, y a partir de ahí ha sufrido múltiples cambios.

El primer acercamiento con un modelo de justicia administrativa se dio con la Junta Superior de Hacienda, donde se ejercía jurisdicción en nombre del Rey de España, creada mediante la Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes del Ejército y Provincias en el Reino de la Nueva España, de 1786.

Con la Constitución de 1824, se optó por romper con el modelo francés y se estableció un modelo judicialista, estableciendo en su artículo 137 que la Corte Suprema de Justicia conocerá de las controversias que se susciten sobre contratos o negociaciones celebradas por el gobierno supremo y de las infracciones de la Constitución y las leyes generales.¹¹

Durante el gobierno del general dictador, Antonio López de Santa Anna se creó un Consejo del Estado (siguiendo el modelo francés del Conseil d'Etat), que además de fungir como el consultor de los ministerios de Estado, se le otorgó la facultad de dirimir los negocios contenciosos administrativos, bajo la figura de la jurisdicción retenida.¹²

El episodio del siglo XIX más popular, sin lugar a dudas lo constituye la *Ley para el arreglo de lo contencioso administrativo* y su Reglamento, de 1853, me-

¹¹ Cfr. Alfonso Nava Negrete. *Derecho procesal administrativo*. Porrúa. México s./d. p. 267.

¹² Op. Cit. p. 278.

jor conocida como la Ley Lares, en honor a su creador, Teodosio Lares, el cual, inspirado por el sistema francés, establecía un verdadero sistema procedimental (logro que los franceses no alcanzaron sino hasta el siglo XXI con su *Código de Justicia Administrativa*), bajo la figura de la jurisdicción delegada, dentro del Consejo del Estado Mexicano.

Entre sus premisas destaca la imposibilidad del Poder Judicial de la Federación para conocer de los asuntos administrativos, y en su artículo 2 señala que el objeto del contencioso administrativo era los asuntos relativos a:

- a) Obras públicas;
- b) Ajustes públicos y contratos celebrados por la Administración;
- c) Rentas nacionales;
- d) Actos administrativos en materias de policía, agricultura, comercio e industria que tengan por objeto el interés general de la sociedad;
- e) Inteligencia, explicación y aplicación de los actos administrativos;
- f) Ejecución y cumplimiento, cuando no sea necesaria la aplicación del derecho civil.¹³

La Ley Lares fue ampliamente controvertida, y provocó rechazo por los juristas de su tiempo, e incluso el Ministro Mariano Otero¹⁴, formuló el proyecto mediante el cual se decretaba la inconstitucional de la norma, toda vez que se trataba de una invasión a la esfera del Poder Judicial. Irónicamente para uno de los creadores del amparo mexicano, la razón de ser del contencioso administrativo, la división de poderes, es precisamente la justificación para decretar esta ley como inconstitucional.

Avanzando en el tiempo, durante el Segundo Imperio Mexicano, Maximiliano estableció, con la Ley del 1 de noviembre de 1865, que dentro de las facultades de su Consejo del Estado, se encuentra la de formar el tribunal contencioso administrativo, institución que tampoco cobró vida, y México continuó con su tradición judicialista¹⁵.

Una vez concluida la Guerra de Reforma, la dictadura del General Porfirio

¹³ A propósito de esto, en el siglo XIX algunos autores concebían al Derecho Administrativo como una rama del derecho civil. José María Del Castillo Velasco señala: Comprendido el derecho administrativo entre las disposiciones del derecho civil, debió buscar sus fundamentos en los principios eternos de la justicia. En *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano. Tomo I* (Edición facsimilar de 1874). Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1994. p. 19.

¹⁴ Mariano Otero, jurista jalisciense, al cual, junto con el yucateco Crescencio Rejón, se les atribuye la invención del Juicio de Amparo.

¹⁵ En esta época, México tuvo dos gobiernos: el Imperio, instaurado por los conservadores, y la República, teniendo como presidente a Benito Juárez.

Díaz Mori, y concluida la Revolución Mexicana, teniendo como fundamento la Constitución de 1917, en el año de 1924 se crea la Junta Revisora del Impuesto Sobre la Renta, con la *Ley para la recaudación de los Impuestos*¹⁶, donde se instaura un procedimiento administrativo interno, y cuyas resoluciones eran impugnables en la vía del juicio de amparo.

Hasta este punto, tal como hemos venido diciendo, y tal como lo destaca Alfonso Nava Negrete¹⁷, México ha gozado de una férrea tradición judicialista, y no es sino hasta la *Ley de Justicia Fiscal*, expedida en 1936 donde inicia la tradición del contencioso administrativo mexicano, aunque con una dualidad jurisdiccional que explicaremos más adelante, y aunque no fueron pocos los que cuestionaron su constitucionalidad por razones similares a la inconstitucionalidad de la Ley Lares, Manuel Lucero Espinosa¹⁸, sintetizando las palabras de Hedúan Virués, defiende la constitucionalidad del Tribunal Fiscal de la Federación con el siguiente fundamento:

- a) El hecho de que la Suprema Corte en ningún momento haya objetado la constitucional de organismos administrativos encargados de revisar resoluciones en materia fiscal.
- b) La interpretación jurisprudencial del artículo 14 constitucional, conforme a la cual, éste puede consistir en un procedimiento contencioso de carácter jurisdiccional promovido ante una ley administrativa.
- c) La liquidación y el cobro de las prestaciones fiscales debe regularse en dos periodos: oficioso (ejercicio unilateral del Poder Público) y contencioso (revisión jurisdiccional de los actos que se producen por el ejercicio de atribuciones).
- d) La ubicación del Tribunal Fiscal de la Federación dentro del Poder Ejecutivo no implica ataque a la separación de poderes, pues la seguridad del particular se garantiza vía extraordinaria por el Juicio de Amparo promovido ante las resoluciones de este tribunal.

Durante la segunda mitad del siglo XX se dieron una serie de reformas constitucionales con el fin de darle un cuerpo constitucional adecuado al Tribunal hasta culminar con el texto actual del artículo 73, fracción XXIX-H que señala:

¹⁶ Cfr. Manuel Lucero Espinosa. *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal* (7ª ed.). Porrúa. México. 2002. pp. 21 y 22.

¹⁷ Alfonso Nava Negrete y Narciso Sánchez Gómez. *Justicia Administrativa en México*. Fundap. Querétaro. 2002.

¹⁸ Manuel Lucero Espinosa. *Op. Cit.* pp. 22 y 23.

"Art. 73.- El Congreso tiene facultad:

...

XXIX-H.- Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones;"

A propósito de lo anterior, Gustavo Esquivel Vázquez señala:

"... se opta por colocar como una de las facultades del poder legislativo, el establecimiento de los tribunales autónomos e independientes de cualquier poder además de reconocer y otorgarles condición constitucional a los tribunales administrativos."¹⁹

Una disposición similar se consagró en los artículos 116 y 122 constitucionales para otorgar una facultad similar al Distrito Federal y a las Entidades Federativas, y así se identifica la creación formal de los Tribunales Contencioso-administrativos, dotados de plena autonomía para la emisión de sus fallos.

Finalmente, por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (D.O.F.) del 31 de diciembre del 2000, se modificó la denominación del Tribunal Fiscal de la Federación a Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (y con el cambio de denominación se incluyó entre sus facultades conocer de las controversias con motivo de aplicación de leyes administrativas, no sólo fiscales).

Actualmente, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) difiere bastante de su modelo original, pues si bien es cierto que nace bajo el esquema de ser un tribunal declarativo²⁰, y en general conserva esa estructura, también se debe reconocer que se le han conferido facultades de condena²¹

¹⁹ Gustavo Esquivel Vázquez. *El órgano público autónomo y el tribunal legislativo en México*. Porrúa. México. 2006. p. 113.

²⁰ Los tribunales declarativos tienen como carácter distintivo que el juzgador se limita a declarar la validez o invalidez de un acto administrativo, sin tener medios coercitivos a su alcance o hacer valer por sí mismo la sentencia dictada.

²¹ Cfr. Artículo 6 de la LFPCA, que señala textualmente:
Artículo 6.- En los juicios que se tramiten ante el Tribunal no habrá lugar a condenación en costas. Cada parte será responsable de sus propios gastos y los que originen las diligencias que promuevan. Únicamente habrá lugar a condena en costas a favor de la autoridad demandada, cuando se

y cierta coercitividad en sus sentencias²², que constituyen características del sistema judicialista, en realidad no estamos más que frente a una evolución del propio contencioso-administrativo mexicano.

Aún así, aunque el desarrollo y evolución del contencioso administrativo mexicano ha sido importante, y sus reformas se han encaminado a garantizar una verdadera impartición de justicia y no una mera administración de legalidad, siguen existiendo varios límites para lograrlo.

III. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÉS

III.1 IDEAS TORALES

El profesor español Jesús González Pérez nos dice:

"Cuando la Revolución consagra lo que después se llamará principio de legalidad de la Administración, proclamando la exigencia de que las distintas autoridades administrativas ajusten su actividad a las normas legales, va a nacer un sistema –el llamado sistema administrativo– en el que el principio de la división de poderes se interpreta de manera muy peculiar."²³

De esta interpretación del principio de la división de poderes, surgen tres ideas torales:

a) Independencia de la jurisdicción administrativa de la jurisdicción ordi-

controviertan resoluciones con propósitos notoriamente dilatorios.

Para los efectos de este artículo, se entenderá que el actor tiene propósitos notoriamente dilatorios cuando al dictarse una sentencia que reconozca la validez de la resolución impugnada, se beneficia económicamente por la dilación en el cobro, ejecución o cumplimiento, siempre que los conceptos de impugnación formulados en la demanda sean notoriamente improcedentes o infundados. Cuando la ley prevea que las cantidades adeudadas se aumentan con actualización por inflación y con alguna tasa de interés o recargos, se entenderá que no hay beneficio económico por la dilación.

La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata. Habrá falta grave cuando:

- I. Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia.
- II. Sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad. Si a jurisprudencia se publica con posterioridad a la contestación no hay falta grave.
- III. Se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V de esta Ley.

La condenación en costas o la indemnización establecidas en los párrafos segundo y tercero de este artículo se reclamará a través del incidente respectivo, el que se tramitará conforme lo previsto por el cuarto párrafo del artículo 39 de esta Ley.

²² El artículo 58 de la LFPCA contempla un procedimiento a seguir para lograr asegurar el cumplimiento en la ejecución de sentencias emitidas por el Tribunal.

²³ Jesús González Pérez. *Consideraciones sobre el contencioso francés*. En *Revista de Administraciones Públicas*. No. 15. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1954. p. 11

naria.- Que se convierte precisamente en una garantía para los gobernados y para la Administración.

El *Conseil d'Etat*, además de ser un órgano consultivo de la Administración, por tanto, conocedor de las necesidades de ésta, y por tanto, consciente de ello, no se plantea la posibilidad de que con sus resoluciones se tenga el riesgo de perjudicar los intereses públicos. Por otra parte, también constituye una garantía para el particular que impugne un acto administrativo, pues precisamente por la posición que guarda el juzgador administrativo (como administración pasiva), puede llegar a ser más severo con la propia Administración, de lo que lo sería un juez ordinario. Adicionalmente, al no seguirse un proceso judicial, el trámite de la in-conformidad administrativa, resulta más ágil.²⁴

b) Independencia de la jurisdicción administrativa de la Administración Activa.- Aunque de lenta evolución en el sistema francés, pues se pasó de la justicia retenida a la justicia delegada, tal como dice Marcel Waline: "No hay cuestión más importante para una nación que la independencia de sus jueces."²⁵

c) Jurisdicción Revisora.- Finalmente, la idea fundamental del contencioso administrativo radica en que la Administración es la que revisa sus propios actos, aunque por conducto de un órgano aparte (*Conseil d'Etat*); y lo hace mediante un procedimiento o proceso que implica la posibilidad de oír alegatos al particular afectado, actuando como un verdadero demandante, y el emisor del acto, actúa como parte en el procedimiento. En este punto no se debe perder de vista, como lo señala Genevois²⁶, que el sistema se cimenta en una justificación del régimen exorbitante del derecho común.

Con estas ideas, bajo el principio de la división de poderes, se afianza la independencia de los órganos jurisdiccionales administrativos de los judiciales, originalmente atribuida al Consejo del Estado.

En Francia, el ámbito de competencia constitucionalmente reservado al

²⁴ Al respecto, Cfr. Chinot. *Le privilège d'action d'office de l'Administration*. Paris. 1945. Citado por Jesús González Pérez. Op. Cit. p. 14.

²⁵ Citado por Jesús González Pérez. Op. Cit. p. 15.

²⁶ Citado por Blanca Lozano Cutanda. *Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: La decisión del Consejo Constitucional de 23 de febrero de 1987*. En *Revista de Administraciones Públicas*. No. 126. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1991. p. 461.

juez administrativo se establece, por criterios del Consejo Constitucional, en base a criterios acumulativos, a saber:

- a) Decisiones de la Administración, que en palabras de Gaudemet²⁷, descartan los contratos y convenidos de diversa naturaleza, aún emanados de una persona pública, así como los actos materiales imputables a éstas.
- b) Sólo serán competencia las decisiones emanadas de organismos públicos, así que, los actos emanados de gestores privados de los servicios públicos, aún cuando tradicionalmente están dentro de la competencia del juzgador administrativo, no tiene impedimento constitucional el órgano judicial para conocer de estos.
- c) En la naturaleza de la competencia, también se tiene en consideración la intervención del juez como de anulación o reforma, entendiendo como tales la posibilidad de decretar la nulidad del acto, así como la modificación del acto tildado de ilegal.

El sistema contencioso francés no ha estado exento de críticas, tal como se desprende del afamado cuento del indígena canadiense de visita en Francia que narra Jean Rivero: *"El hurón en el palacio real o reflexiones ingenuas sobre el recurso por exceso de poder"*, publicado en 1962, donde se denuncia la ingenuidad (parafraseando el título) y la poca efectividad del recurso, al no tener efectos suspensivos ni restitutorios, y más grave aún, no contar con la plena coercitividad de sus resoluciones.

Esta situación en definitiva, ha cambiado. Guillermo Cambero Quezada denuncia con razón:

*"El derecho administrativo francés es un punto de referencia obligado para nuestro contencioso administrativo. Un derecho del cual conocemos los aspectos históricos, pero desconocemos sus mecanismos y funcionamiento actuales."*²⁸

El recurso por *excès de pouvoir*²⁹ se ha ido modificando paulatinamente en Francia, de la siguiente manera:

²⁷ Citado por... *Ibidem*.

²⁸ Guillermo Cambero Quezada. *Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa*. En *Letras Jurídicas. Revista electrónica de Derecho*. No. 3. Centro Universitario de la Ciénega. Universidad de Guadalajara. Guadalajara. 2006. p. 1.

²⁹ Partimos para este estudio de lo expuesto por Ana Isabel Santamaría Dacal. *Defensa e ilustración de una Administración que se juzga a sí misma*. En *Revista de Administraciones Públicas*. No. 154. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2001. pp. 541-565.

- a) Por Decreto de 30 de julio de 1963, para los casos en que la Administración presente una resistencia para ejecutar la sentencia, el recurrente puede solicitar una intervención informal para incitar a aquélla a cumplir su decisión.
- b) Con la Ley de 6 de julio de 1980, se establece un mecanismo de multa (*astreinte*) coercitiva por día de retraso, que el juez administrativo puede imponer a la autoridad administrativa que se resista a dar ejecución a una sentencia condenatoria.
- c) Con la Ley del 8 de febrero de 1995, se dilapida el *dogma de fe* consistente en que el juez administrativo no puede condenar a la Administración a obligaciones de hacer o no hacer, es decir, se le otorga la posibilidad de dictar *injonctions*, acompañado de multas coercitivas.
- d) Adicionalmente, la *Section du Rapport et des Etudes* del *Conseil d'Etat*, tiene la labor (entre otras), a solicitud de parte, de instar a la Administración condenada a la ejecución de las resoluciones contencioso-administrativas.
- e) Con la Ley del 30 de junio de 2000, se ha reforzado la posibilidad de suspensión precautoria de la ejecución del acto, pudiendo ser dictada como media de urgencia, siempre y cuando exista una duda seria respecto de la legalidad de la decisión impugnada.

Actualmente, la dualidad del sistema contencioso francés se puede reducir al binomio *Conseil d'Etat-Cour de Cassation*. El primero de ellos, como órgano de instancia, por sí o por conducto de los Tribunales Administrativos regionales (como primera instancia) y la *Cour de Cassation*, que se trata de un proceso extraordinario y de carácter judicial, revisor de las resoluciones del primero.

El *Conseil d'Etat* presenta dos grandes objeciones: el sistema de designación de los miembros de los Tribunales Administrativos, que son funcionarios de carrera civil por una parte, y por otra, la doble función consultora y jurisdiccional de éste órgano pone en duda su imparcialidad como juzgadores.

III.2 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

III.1.1 COMPETENCIA

El primer problema que plantea el contencioso francés es la competencia, situación que ha sido discutida desde sus orígenes a partir de las escuelas de Duguit (Servicio Público) y Hauriou (Poder Público), pero que no lograba definir a plenitud un criterio de aplicación claro para cada situación, de tal forma que fue el Consejo Constitucional, mediante resolución del 23 de febrero de

1987, conocida como la *grande décision*, invocando el principio de la división de poderes desde sus orígenes con la Revolución Francesa, establece que: “[...] a la excepción de materias reservadas por naturaleza a la autoridad judicial, es competencia de la jurisdicción administrativa la anulación o la modificación de las decisiones tomadas, en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público, por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo, sus agentes, las municipalidades de la República o los organismos bajo el control de su autoridad.”³⁰

En principio, los criterios de competencia son establecidos por el propio legislador al ejercer su función. Ante posibles lagunas legislativas, se ha recurrido a la doctrina, mediante los indicios de competencia, y que se han traducido a lo largo de la jurisprudencia francesa, mediante el establecimiento de bloques de competencia.

Finalmente, si no es posible determinar la competencia mediante alguna de las formas anteriores, la legislación francesa ha instituido la figura del Tribunal de Conflictos, integrado por igual número de miembros del *Conseil d'Etat* y de la *Cour de Cassation*, que resuelve asuntos de competencia negativos (cuando ninguno de los jueces pretende adjudicarse el asunto) o positivos (cuando tanto el juez judicial como *Préfet* dicen ser competentes para conocer del mismo).

En principio, el juez administrativo nunca conocerá de conflictos entre dos particulares, sin embargo, admiten una excepción en cuanto se trate de una persona privada prestadora de servicios públicos, bajo prerrogativas de derecho público (concesión).

III.2.2 INSTANCIAS

El Código de Justicia Administrativa (CDA) establece que corresponde al Tribunal Administrativo geográficamente competente (existen 36 en metrópoli más ocho en ultramar) conocer del juicio en primera instancia.

Existe una segunda instancia, ante la Corte Administrativa territorialmente competente³¹, pero a partir de junio de 2003, muchos de los asuntos estimados de poca importancia, no pueden acudir a esta. La competencia de las Cortes, en razón de la materia es: recurso de reenvío de la autoridad judicial, litigios relativos a elecciones municipales y comunales, y reconducción de extranjeros a la frontera.

Su competencia en primera instancia se puede sintetizar de la siguiente

³⁰ Citado por Guillermo Cambero Quezada. *Op. Cit.* p. 9.

³¹ Se dividen en siete: Bordeaux, Douai, Lyon, Marseille, Nancy, Nantes y Paris.

manera³²:

- a) Litigios originados fuera del territorio francés.
- b) Litigios relativos a un acto importante (reglamentos de Ministros, recurso de anulación, interpretación o apreciación de validez de los decretos del Presidente o del Primer Ministro).
- c) Litigios tocantes a la situación individual de los funcionarios nombrados por decreto.
- d) Recursos contra decisiones administrativas emanadas de organismos colegiados de competencia nacional.
- e) Recursos en materia de elecciones europeas y regionales.
- f) Recursos dirigidos contra los actos administrativos unilaterales, en el campo de aplicación se extiende al de la instancia de un tribunal administrativo.

En otros casos, el *Conseil d'Etat*, podrá conocer en segunda instancia de las resoluciones de los Tribunales administrativos, como juez de apelación.

Una tercera instancia la constituye la ejercida por el *Conseil d'Etat*, como máxima autoridad en materia administrativa, como juez de casación.

Cuando los asuntos han sido tramitados ante el juez judicial, la última instancia la ejerce la *Cour de Cassation*.

Finalmente, el derecho francés, gracias a la consolidación de la Comunidad Europea se ha visto fuertemente influenciado por el derecho alemán, del cual surge un derecho administrativo comunitario.

III.2.3 EL PROCEDIMIENTO

El procedimiento francés, en la materia administrativa es completamente escrito, a diferencia de los procesos civiles o penales, que son orales o mixtos.

Debe ser iniciado por una persona capaz o competente (cuanto se trate de una persona pública). Se debe justificar un interés directo y personal (*L'Arrêt Casanova, 1901*).

Los franceses contemplan lo que denominan la *Regla de la decisión previa*, es decir, que debe existir una resolución administrativa material y jurídicamente existente, salvo los casos en que opere la figura del silencio administrativo negativo, para lo cual contemplan un plazo de dos meses (artículo R 421-2 del *Código de Justicia Administrativa*).

En cuanto a los plazos, el artículo 421-1 contempla los siguientes:

³² A partir de la obra de André Maurin. *Op. Cit.* pp. 139 y sigs.

- a) 2 meses como regla general
- b) Un plazo corto para la materia electoral
- c) No hay plazo en materia de obras
- d) Tratándose de la preclusión, no es oponible si la decisión expresa no contiene una indicación del plazo y las vías de recursos (A R 421-5).

Tratándose de reglamentos, los plazos empiezan a correr a partir de su publicación, mientras que las decisiones no reglamentarias, a partir de su notificación.

La fase instructiva del recurso opera de la siguiente manera:

La demanda o *requerimiento*³³ deberá contener la exposición de hechos y medios, conclusiones, nombres y demora de las partes; deberán ser redactados en francés, firmados y se deben acompañar las piezas justificativas, en especial la decisión combatida.

Ante cualquier omisión, el Tribunal Administrativo requiere al recurrente para regularizarla.

A la memoria, le adjunta la producción (auto dictado por el juez) con el fin de requerir a la recurrida para que tome conocimiento y en determinado momento, produzca contestación.

El juez puede dictar las medidas que considere necesarias para la correcta instrucción del procedimiento, tales como requerimientos de información o desahogo de visitas, periciales o la indagatoria de documentos públicos.

Integrado lo anterior, por conducto del juez relator (miembro del Tribunal), se pasa el expediente al *Commissaire du gouvernement*³⁴ (miembro del Tribunal), para que realice un segundo análisis y redacte las conclusiones que se leerán en la Audiencia.

Esta Audiencia es pública (artículo L 6 del CJA), iniciando con el informe del relator, seguido de las conclusiones del *Commissaire*, luego se delibera, siendo públicas las conclusiones.

La resolución no puede ser ni *infra petitia* ni *ultra petitia*, es decir, sólo puede resolver sobre lo solicitado, y no cabe suplencia de la queja deficiente, menos excederse en cuanto a lo solicitado en la memoria, aunque si existe la

³³ Me parece que la traducción adecuada del texto de Maurin, debería decir recurso o escrito inicial.

³⁴ L'Arrêt Gervaise de 10 de julio de 1957 estableció la naturaleza y funciones de este funcionario: *tiene por misión exponer las cuestiones que presenta cada recurso contenciosos y hacer conocer, formulando con toda independencia sus conclusiones, su apreciación, que debe ser imparcial, sobre las circunstancias de hecho que se desprenden del expediente, y las reglas de derecho aplicables, así como su opinión sobre las soluciones a que, según su conciencia, llama el litigio sometido a la jurisdicción a la que él pertenece.* Citado por Ana Isabel Santamaría Daca. *Op. Cit.* p. 559.

condena al pago de costas procesales (entre las partes, pues el tribunal administrativo no puede condenar al pago de sus gastos).

La decisión, deberá contener como mínimo cuatro elementos:

- a) Las vistas analizan los medios esenciales y las conclusiones de las partes, así como la legislación aplicable.
- b) Los considerandos.
- c) El dispositivo de la decisión, dividida en artículos numerados.
- d) La fórmula ejecutora que ordena la ejecución del dictamen o sentencia.

En cuanto a los recursos procedentes, a modo enunciativo señalamos:

- a) La apelación, que conocen las Cortes Administrativas.
- b) El recurso de casación, que se tramita ante el propio Conseil d'Etat, y únicamente verifica la legalidad de la resolución.
- c) Las vías de revocación, que son:
 - a. Objeción, cuando se considera que la resolución fue emitida con defectos, tratándose de la última definitiva.
 - b. Tercería.
 - c. Recurso de revisión, que procede únicamente en tres casos:
 - i. Decisiones sobre documentos falsos
 - ii. Retención de documento decisivo.
 - iii. Vicios del procedimiento.
 - d. Rectificación por error material, cuando se cometan errores materiales que afecten la decisión final.
 - e. Ejecución de la cosa juzgada.

Adicionalmente, la legislación francesa contempla una serie de procedimientos especiales que son competencia de los tribunales administrativos, tales como el fallo de urgencia, el recurso por exceso de poder, y el contencioso para la interpretación, pero introducirnos en tales temas nos representa un ejercicio, que en razón del tiempo y espacio no es posible agotar.

IV. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MEXICANO

IV.1 CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

IV.1.1 LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA

En el sistema jurídico mexicano existen varios medios de impugnación en materia administrativa, a saber:

- a) El *Recurso de Revisión*, contenido en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, que constituye una instancia estrictamente interna de la Administración Pública, completamente independiente de nuestro contencioso-administrativo³⁵.
- b) *Juicio Contencioso-administrativo*, como un control jurisdiccional tramitado ante un órgano *independiente* de la administración, que constituirá el objeto principal de las siguientes líneas.
- c) *Juicio de Amparo*, como control ejercido por el Poder Judicial, sea en amparo indirecto o directo, que se abordará brevemente más adelante.
- d) *Juicio Ordinario Administrativo*, como otra forma poco usual de control judicial, y aunque se trata de una jurisdicción concurrente, en lo poco que se ha estudiado al respecto, se considera que tal vez, se trata de una omisión del legislador en 1995, o bien, por una herencia del anterior texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación³⁶, se preserva un numeral que le permite a los Jueces de Distrito en Materia Administrativa conocer de controversias en materia de legalidad, tratándose de actos de autoridad o de un procedimiento administrativo³⁷.

De cualquier manera se trata de una vía en franco desuso, sea por las precarias condiciones legales para tramitar estos asuntos, e incluso por el desconocimiento de la misma por parte de los operadores jurídicos, también debemos señalar que a nuestro juicio, invade, parafraseando a Hauriou la esfera natural de conocimiento del contencioso administrativo.

Dados los efectos claros de las resoluciones que el Juez Federal puede emitir, así como todos los medios de coercitividad que tiene a su alcance, consideramos que en este punto se antoja bastante parecido al recurso de plena jurisdicción francés. La gran diferencia radica en que no existe una verdadera distinción entre las materias que puede conocer el juez judicial (en esta vía), respecto de las materias inherentes al

³⁵ Aunque no es el único recurso administrativo, al estar contenido en la Ley Marco del procedimiento Administrativo, sí es el más utilizado. Los otros recursos son demasiado específicos a su materia, por ejemplo, la Revocación en materia tributaria y la Inconformidad en Materia de Competencia Económica.

³⁶ Publicada en el D. O. F. el día 26 de mayo de 1995.

³⁷ El numeral que referimos, señala textualmente:

“Artículo 52. *Los jueces de distrito en materia administrativa conocerán:*

I. *De las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas;*”

contencioso-administrativo.

- e) *Medios alternativos de solución de conflictos*, que son de relativa novedad para resolver controversias entre la administración pública y los gobernados, pues como sistema jurídico mexicano, apenas están surgiendo los primeros esbozos e iniciativas de reforma legislativa que permitan a plenitud la incorporación de estos mecanismos.

IV.1.2 NATURALEZA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA

Existe a la fecha un fuerte debate en cuanto a la naturaleza jurídica del Tribunal, primero, en cuanto a su posición como órgano público.

Ya hemos establecido, que siguiendo la obra de Gustavo Esquivel, podemos considerar al Tribunal como un organismo público autónomo³⁸, pero surgen dudas, como lo ha manifestado Emilio Margáin Manautou³⁹, en cuanto a si se trata de un Tribunal de anulación o de plena jurisdicción. Este autor lo considera de anulación, mientras que otros, como Alfonso Nava Negrete, lo consideran de Plena Jurisdicción.

Partiendo de la obra de Argañarás⁴⁰, la distinción entre un tribunal de anulación y uno de plena jurisdicción se identifica en; a) finalidad, b) Procedimiento, c) Sentencia y, d) Efectos de la sentencia.

En cuanto a su finalidad, el tribunal de anulación sólo busca el mantenimiento de la legalidad de la actuación administrativa, mientras que en el de plena jurisdicción se tutela una afectación a un derecho subjetivo y su posible reparación. El TFJFA se puede considerar de plena jurisdicción pues para que sea posible acudir a éste un presupuesto procesal es que exista la afectación de un derecho subjetivo, no obstante los efectos de la sentencia (art. 51 LFP-CA⁴¹) consisten en declarar la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos, reiterando así la opinión del maestro Lucero Espinosa y la propia de que estamos frente a un Tribunal ecléctico.

En cuanto al procedimiento, la teoría de autores como Rafael Bielsa nos dice que en el tribunal de anulación la participación de la autoridad emisora del acto impugnado se limita prácticamente a la rendición de un informe (con un procedimiento simplista más cercano al recurso); mientras que el tribunal

³⁸ Este autor hace una diferenciación importante entre los organismos públicos autónomos y los organismos constitucionalmente autónomos. Cfr. Gustavo Esquivel Vázquez. *Op. Cit.*

³⁹ Cfr. Emilio Margáin Manautou. *Introducción al estudio del Derecho Administrativo Mexicano*. Porrúa. México. 2000.

⁴⁰ Citado por Manuel Lucero Espinosa. *Op. Cit.* pp. 25 y sigs.

⁴¹ Publicada en el D.O.F. el día 1 de diciembre de 2005, entrando en vigor el 1 de enero de 2006.

de plena jurisdicción está constituido por una técnica procesal propia y plenamente desarrollada. Así, el TFJFA corresponde a estos últimos pues la LFPCA estructura plenamente el proceso administrativo.

En cuanto a la sentencia, los tribunales declarativos o de anulación se limitan a declarar la legalidad o la ilegalidad de los actos, al contrario que los de plena jurisdicción, donde se emite una verdadera condena. A reserva de que el artículo 51 de la LFPCA señala que la resolución del tribunal declarará la ilegalidad de un acto administrativo bajo ciertas condiciones (que se comentarán más adelante), también es cierto que el artículo 6º de la ley en comento establece la posibilidad de condenar a costas al particular (cuando plantee una demanda con fines dilatorios) o bien, ordenar la indemnización al particular bajo ciertos supuestos, así como emitir condena en materia de pensiones civiles y resolver sobre pago de indemnización con motivo de la responsabilidad patrimonial del Estado, de tal forma que, el TFJFA puede ser de anulación o de plena jurisdicción dependiendo del asunto y las condiciones *ad casum* que se planteen.

Por lo que ve a los efectos de la sentencia, en los tribunales de anulación las resoluciones emitidas por estos carecen de coercitividad por sí mismas, ni el tribunal cuenta con los medios a su alcance para ejecutarlas. En contraposición, los tribunales de plena jurisdicción pueden ejecutar sus resoluciones por sí mismos.

Tratándose del TFJFA, se puede decir que hasta antes de la entrada en vigor de la LFPCA se trataba de un tribunal de anulación, sin embargo, de la lectura de esta norma, en especial lo dispuesto en el artículo 58 de la misma, resulta claro que se trata de un tribunal de plena jurisdicción, máxime que incluye además la posibilidad de la sustitución procedimental en el cumplimiento de la sentencia⁴².

Visto lo anterior, reitero que el nuestro contencioso-administrativo es de naturaleza mixta o ecléctica.

IV.1.3 COMPETENCIA

En cuanto a la competencia, en el caso mexicano realmente no existen muchas dudas, y menos se ha presentado una tradición jurisprudencial; por el contrario, México en gran medida ha tomado la experiencia francesa y española, traduciéndola en leyes.

Así, el art. 2º de la LFPCA señala que el juicio contencioso-administrativo

⁴² Este punto se analizará más adelante en este capítulo.

procede contra resoluciones administrativas definitivas que señala la LOTFJA, en su numeral 14, a saber:

- a) Las dictadas por autoridades fiscales federales y organismos fiscales autónomos, en las que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación.
- b) Las que nieguen la devolución de un ingreso de los regulados por el Código Fiscal de la Federación (CFF), indebidamente percibidos por el Estado o cuya devolución proceda en términos de la legislación fiscal.
- c) Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales.
- d) Las que causen un agravio en materia fiscal distinto a los supuestos anteriores.
- e) Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales otorgadas a favor de miembros del Ejército, Fuerza Aérea y Armada Nacional o de sus derechohabientes con cargo al erario federal. Asimismo, cuando se trate de pensiones civiles con cargo al erario federal o al ISSSTE.
- f) Las que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.
- g) Las que nieguen la indemnización o que, por su monto, no satisfagan al reclamante en términos de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado⁴³, o de leyes administrativas federales que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado.
- h) Las que requieran el pago de garantías a favor de la Federación, Distrito Federal, los Estados o los Municipios, así como de sus entidades paraestatales.
- i) Las que traten las materias contenidas en el art. 94 de la Ley de Comercio Exterior.
- j) Las dictadas por autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente en términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
- k) Las que decidan los recursos administrativos.
- l) Las que se funden en un tratado o acuerdo internacional para evitar la doble tributación.

⁴³ Publicada en el D. O. F. el día 31 de diciembre de 2004.

- m) Las que se configuren por negativa ficta en términos del CFF, la LFPA, o en su defecto, que en un plazo de tres meses no se hayan dictado, así como la negativa a expedir la constancia de la afirmativa ficta.
- n) Las demás señaladas en la legislación como competencia del Tribunal.
- o) También conocerá de los juicios promovidos en contra de actos administrativos de carácter general, diversos de los reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta con motivo de su primera acto de aplicación.
- p) Conocerá además de los juicios promovidos por autoridades en contra de resoluciones administrativas favorables a un particular (lesividad).
- q) Finalmente, en términos del art. 15 Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), conocerá de los juicios que se promuevan en contra de las resoluciones definitivas que impongan sanciones administrativas en términos de la LFRASP, o del recurso de revocación contenido en dicho ordenamiento.

IV.1.4 INSTANCIAS

El artículo 2º de la LOTFJFA señala:

“Artículo 2.- El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se integra por:

I. La Sala Superior;

II. Las Salas Regionales, y

III. La Junta de Gobierno y Administración.”

El artículo 2º de la LOTFJFA señala la forma en que se integran los órganos del TFJFA, y así, nuestra Sala Superior en algún sentido equivale al *Conseil d'Etat* francés, pues se trata del órgano máximo en materia administrativa, aunque esto no es del todo cierto, toda vez que existe la vía extraordinaria, con el Amparo Directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito del Poder Judicial de la Federación.

A su vez, para su funcionamiento, la Sala Superior actuará en Pleno o en dos Secciones, integrada por cinco Magistrados cada una.

Las decisiones se tomarán por mayoría de votos de los presentes y en ningún caso se podrán abstener (salvo impedimento legal). En caso de empate, se diferirá la sesión hasta que asista la totalidad de sus miembros, o bien, exista una composición impar (art. 21).

Definitivamente el corazón del contencioso administrativo mexicano se encuentra en las Salas Regionales (divididas en XXI Regiones), integradas por tres

Magistrados cada una, son los órganos jurisdiccionales de instancia con los gobernados y las autoridades, atendiendo a un criterio de circunscripción territorial, en términos del Reglamento Interior del TFJFA⁴⁴, y que conocerán de los asuntos que sean de su competencia en términos del art. 15, excepto aquellos que sean competencia de las Secciones o del Pleno. El número de Salas Regionales existentes en cada Región se determinará según su carga de trabajo, circunscripción territorial dentro de la región, e incluso por especialidad⁴⁵.

Estás conocerán, al igual que los Tribunales franceses, por razón de territorio, atendiendo al domicilio fiscal del demandante o parte actora, en términos del art. 34 de la LOTFJFA, excepto:

- a) Si se trata de personas morales que formen parte del sistema financiero, en términos de la Ley del Impuesto Sobre la Renta (LISR).
- b) Tengan el carácter de controladoras o controladas en términos de la LISR.
- c) Se impugnen resoluciones emitidas por la Administración General de Grandes Contribuyentes del Servicio de Administración Tributaria (SAT)⁴⁶, o bien por unidades administrativas de su adscripción.

En estos casos, conocerá la Sala correspondiente al domicilio de la sede de la autoridad emisora del acto, salvo que se trate de una impugnación de varias resoluciones, en cuyo caso, la Sala competente será la correspondiente al do-

⁴⁴ El RITFJFA entró en vigor el 1 de enero de 2004, anterior a la LOTFJFA y que a la fecha de la preparación de este documento no ha sido publicado el nuevo.

Aunque en principio el reglamento sigue la suerte de la ley de la que emana, en términos de lo dispuesto en el Transitorio Quinto de la Ley en comento, el reglamento antes aludido seguirá aplicándose en tanto el Pleno del TFJFA no expida uno nuevo.

El Pleno de la SCJN ha sostenido criterios apoyando lo anterior, como el que aparece en la hoja 465, Tomo III, Marzo de 1996 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, identificada como la Tesis P.XX/96, a saber:

REGLAMENTOS. EL LEGISLADOR ESTÁ FACULTADO PARA MANTENER TRANSITORIAMENTE SU VIGENCIA, AÚN CUANDO LA LEY QUE DETALLABAN HUBIESE SIDO DEROGADA O ABROGADA.- Cuando el legislador recupera de manera transitoria la preceptiva reglamentaria de la anterior ley, hasta en tanto se expide el reglamento de la nueva, actúa dentro de sus facultades y no invade la esfera de atribuciones del Ejecutivo, toda vez que en ese supuesto, el legislador no ejerce la facultad reglamentaria que es exclusiva del titular del Ejecutivo en términos de lo dispuesto por el artículo 89, fracción I constitucional, sino que está legislando con el carácter provisional del artículo transitorio, en el entendido de que no existe el impedimento para que el legislador, dentro de la ley, establezca las reglas minuciosas y de detalle que caracterizan a los reglamentos, y que hacen posible la aplicación de aquélla.

⁴⁵ Recientemente se aprobó la creación de una Sala especializada en materia de propiedad intelectual, que a la edición de esta obra no ha iniciado funciones.

⁴⁶ Órgano descentralizado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pero para fines fiscales ha sido denominado Órgano Fiscal Autónomo.

micilio de la autoridad ejecutora de las mismas.

Para la validez de las sesiones de la SR, se requiere la presencia de los tres Magistrados que las integran (art. 35). Cada Sala nombrará un Presidente en la primera sesión del año; su encargo durará por un año y no será reelegible para el período inmediato siguiente (art. 36).

Las Salas se conforman de la siguiente manera:

- a) Un magistrado presidente, que en términos del artículo 37 de la LOTFJA, tiene atribuciones de corte administrativo o de gestión normal de la Sala, así como la obligación de rendir los informes a las autoridades judiciales y actuar como cabeza de la misma.
- b) Los otros magistrados, junto con el magistrado presidente, pueden actuar como instructores de los procedimientos contenciosos administrativos⁴⁷, y proyectistas, aunque la sentencia deberá ser emitida de forma colegiada por mayoría de votos.

IV.2 EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

Las partes en el juicio serán:

- a) Actora, que puede ser el particular lesionado por una resolución administrativa, o la autoridad que estima que se benefició indebidamente a un particular.
- b) Demandada, que será la autoridad emisora y/o ejecutora del acto, así como el particular, cuando se estime que ha sido beneficiado de forma indebida por un acto de autoridad.
- c) Terceros, particulares con una pretensión contraria a la actora o demandante.

El plazo para presentar la demanda de nulidad es de 45 días hábiles, con-

⁴⁷ En términos del art. 38 de la LOTFJA, son atribuciones del Magistrado Instructor:

- Admitir, desechar o tener por no presentada la demanda o su ampliación.
- Admitir o tener por no presentada la contestación de la demanda o su ampliación, o en su caso, desecharlas.
- Admitir o rechazar la intervención del tercero.
- Admitir o desechar o tener por no ofrecidas las pruebas.
- Sobreseer los juicios antes del cierre de la instrucción.
- Admitir, desechar y tramitar los incidentes y recursos que sean de su competencia, así como formular los proyectos de resolución, de aclaraciones de sentencia y de resoluciones de queja.
- Formular proyecto de sentencia definitiva y, en su caso de cumplimiento de ejecutorias.
- Dictar los acuerdos y providencias relativas a las medidas cautelares provisionales en términos de la LFPCA.
- Las demás que les correspondan en términos de las leyes aplicables.

tados a partir de que surtió efectos la notificación del acto impugnado, o bien, de tres meses si se considera que ha operado silencio administrativo.

En contraposición, para la lesividad, el plazo es de 5 años contados a partir de la emisión del acto, o bien, de la cesación de los efectos del mismo si se trata de un acto continuado o de efectos de tracto sucesivo.

A diferencia del recurso administrativo donde prevalece el principio de informalismo, el procedimiento contencioso-administrativo es formalista, por lo que se debe de ser particularmente cuidadoso en cumplir la totalidad de los requisitos. Estos, están contenidos en el art. 14 de la LFPCA y que a continuación se comentan:

- a) El nombre del demandante y su domicilio para recibir notificaciones en cualquier parte del territorio nacional, salvo que tenga su domicilio dentro de la jurisdicción de la SR competente en razón del territorio, por lo que el domicilio se deberá señalar dentro de dicha circunscripción territorial.
- b) La resolución que se impugna, debidamente identificada, o bien, si se impugna un ordenamiento de carácter general y abstracto, se deberá expresar la fecha de publicación del mismo.
- c) La autoridad o autoridades demandadas, o bien, el nombre y domicilio del particular demandado.
- d) Los hechos que dan motivo a la demanda.
- e) Señalamiento de las pruebas que se ofrezcan.
- f) Los conceptos de impugnación.
- g) El nombre y domicilio del tercero interesado, en caso de existir.
- h) La petición, y en caso de solicitar una condena, las cantidades o actos cuyo cumplimiento se demanda.
- i) Si se reclama la falta de notificación o la misma se realizó por correo, se debe expresar así en la demanda, señalando la fecha en que dicha notificación se practicó.

El plazo para dar contestación a la demanda de nulidad o lesividad, será de 45 días hábiles, contados a partir del día siguiente en que se practicó el emplazamiento. La contestación, deberá, en términos del arábigo 20 de la multicitada LFPCA contener:

- a) Los incidentes de previo y especial pronunciamiento a que haya lugar.
- b) Las consideraciones que, a su juicio, impidan se emita decisión en cuanto al fondo del asunto o demuestren que no ha nacido o se ha extinguido el derecho en que el actor apoya su demanda.

- c) Deberá referirse concretamente a cada uno de los hechos que el demandante le impute de manera expresa, afirmándolos, negándolos, expresando que los ignora por no ser propios o exponiendo cómo ocurrieron, según corresponda.
- d) Argumentos tendientes a demostrar la ineficacia de los conceptos de impugnación.
- e) Argumentos tendientes a desvirtuar el derecho a indemnización, en caso de que la actora lo reclame.
- f) Las pruebas que ofrezca. Si se ofrece testimonial o pericial, deberá señalar el nombre y domicilios de los testigos y peritos.

Nuestro procedimiento contencioso administrativo, permite, bajo ciertas condiciones, ampliar la demanda⁴⁸. Estas condiciones, establecidas en ley, son:

- a) Cuando se impugne negativa ficta
- b) Contra el acto principal del que derive la resolución impugnada en la demanda, así como su notificación cuando se den a conocer en la contestación.
- c) En los supuestos consagrados en el art. 16 de la LFPCA, a saber:
 - a. Si el demandante afirma conocer la resolución, pero no fue notificado o fue notificada ilegalmente.
 - b. Si el actor manifiesta desconocer el acto impugnado, pero señala la autoridad a quien se lo atribuye, su notificación o ejecución.
- d) Cuando por motivo de la contestación, se introduzcan cuestiones que, no sean conocidas por el actor al formular la demanda.
- e) Si la demandada plantea el sobreseimiento del juicio por presentación extemporánea de la demanda.

El tercero, por su parte, tiene un plazo de 45 días hábiles para apersonarse a juicio y hacer las manifestaciones que considere necesarias.

Es importante unos breves comentarios en relación a los medios de convicción en el juicio contencioso administrativo, que de conformidad a lo dispuesto en el art. 40, párrafo segundo de la LFPCA, en el juicio contencioso administrativo proceden toda clase de pruebas, excepto la de confesión de las autoridades mediante absoluciones de posiciones y la petición de informes, salvo que los informes se limiten a hechos que consten en documentos que obren en

⁴⁸ Tanto el plazo para la ampliación, como para la contestación es de 20 días hábiles, y el período se otorga de manera oficiosa en el escrito que tiene por admitida la contestación.

poder de las autoridades.

El Magistrado Instructor, para un mejor proveer del asunto, podrá acordar la exhibición de cualquier documento que tenga relación con los hechos controvertidos, ordenar la práctica de cualquier diligencia o proveer la preparación y desahogo de la pericial cuando se planteen cuestiones de carácter técnico y no hubiere sido ofrecida por las partes. Para dar cumplimiento a lo anterior, se podrá proponer que se reabra la instrucción del asunto.

Adicionalmente, han cobrado un especial auge los documentos digitales y las pruebas emanadas de medios electrónicos, dada la importancia que ha cobrado en los últimos años el manejo del gobierno electrónico, sobre todo en materia tributaria.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en la fracción III del numeral 46 en comento, la valoración de las pruebas quedará a la prudente apreciación de la Sala, salvo disposición expresa en contrario.

Dos grandes instituciones cobran especial importancia para el contencioso mexicano: las medidas cautelares y la suspensión de la ejecución del acto impugnado, que de hecho, constituyen en gran medida el pilar del juicio contencioso.

Al respecto de las medidas cautelares, señalan Jesús González Pérez y José Luis Vázquez Alfaro:

“La tutela jurisdiccional no será definitiva si al pronunciarse la sentencia resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de las pretensiones. La lentitud de los procesos puede dar lugar a que cuando llegue la decisión, carezca de sentido. De aquí la necesidad de arbitrar medidas que aseguren los efectos de la sentencia. Es presupuesto de toda medida cautelar el periculum in mora, la existencia de un peligro derivado de la demora. Se trata de establecer unos instrumentos que garanticen frente a un riesgo.”⁴⁹

Así las cosas, las medidas cautelares son posibilidades intraprocesales del contencioso-administrativo, tendientes a salvaguardar el status del asunto con el fin de que no se quede sin materia el juicio y que las pretensiones puedan ser resueltas y ejecutables.

En este caso, y con las recientes reformas, se ha logrado establecer ple-

⁴⁹ Jesús González Pérez y José Luis Vázquez Alfaro. *Derecho Procesal Administrativo Federal*. Porrúa. México. 2007. p. 420.

namente, lo que en su momento fuese la denuncia del profesor Rivero⁵⁰, en cuanto a la falta de estas medidas.

El art. 24 de la LFPCA señala que una vez iniciado el juicio contencioso-administrativo, pueden decretarse todas las medidas cautelares necesarias para mantener la situación de hecho existente, que impidan que la resolución impugnada pueda dejar el litigio sin materia o causar un daño irreparable al acto, salvo cuando se ocasione perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

Cuando en virtud de la concesión de la medida cautelar se pudiese ocasionar una lesión patrimonial, el Magistrado Instructor solicitará al incidentista que otorgue garantía suficiente para reparar los daños y perjuicios.

En tanto no se dicte sentencia definitiva, la Sala que conociere del incidente, podrá modificar o revocar la resolución que haya decretado o negado la concesión de la medida, cuando ocurra un hecho superveniente que lo justifique.

Aunque es un gran acierto del legislador incluir un capítulo para las medidas cautelares en el contencioso-administrativo, considero que es desafortunada la forma en que éstas se encuentran reguladas en la LFPCA (artículos 24 a 27), en virtud de que se trata de una redacción ambigua y por tanto, de difícil acceso para las partes, máxime que la medida cautelar madre, es decir, la suspensión de la ejecución, se encuentra claramente regulada en artículos posteriores.

Por otra parte, y ya en relación con el procedimiento contencioso-administrativo, el art. 28 de la LFPCA establece que se podrá solicitar la suspensión de la ejecución del acto impugnado cuando la autoridad demandada se ha negado a otorgarla (previamente a la presentación de la demanda o a la solicitud de suspensión), y que se tramitará por cuerda separada⁵¹, teniendo como requisitos para su tramitación:

- a) Se puede solicitar con la demanda o en cualquier tiempo hasta antes de dictar sentencia.
- b) Acompañar copias de la promoción en la que solicite la suspensión y las pruebas documentales que se ofrezcan para cada una de las partes y una más para la carpeta de la suspensión.
- c) En su caso, ofrecer las pruebas documentales relativas al ofrecimiento de garantía, solicitud de suspensión presentada ante la autoridad eje-

⁵⁰ Cfr. *Infra* Jean Rivero. *Op. Cit.*

⁵¹ En el argot procesal, cuando se señala que algo se tramita por cuerda separada, significa que se abrirá físicamente una carpeta o expediente distinto conexo al principal.

- cutora, y si la hubiere, el documento donde conste la negativa de la suspensión, el rechazo de la garantía o el reinicio de la ejecución.
- d) Se debe ofrecer garantía suficiente mediante billete de depósito o póliza de fianza expedida por institución autorizada, debiendo expedir los documentos a favor de los terceros o la contraparte, dependiendo de quién tenga el derecho a ser indemnizado.
 - e) Tratándose de suspensión de cobro de contribuciones o créditos de naturaleza fiscal, se deberá constituir garantía del interés fiscal ante la autoridad ejecutora, en términos del CFF.
 - f) La Sala está facultada para reducir el monto de la garantía en los siguientes casos.
 - a. Si el monto de los créditos excede la capacidad económica del quejoso.
 - b. Si se tratase de tercero distinto al sujeto obligado de manera directa o solidaria al pago del crédito.
 - g) En el acuerdo que admite la solicitud de suspensión, el Magistrado Instructor podrá decretar la suspensión provisional, siempre y cuando no se afecte el interés social, se contravengan disposiciones de orden público o quede sin materia el juicio; además se debe de cumplir cualquiera de los siguientes supuestos:
 - a. Que no se trate de actos que se hayan consumado de manera irreparable.
 - b. Que se le causen al demandante daños mayores de no decretarse la suspensión.
 - c. Que sin entrar al análisis del fondo del asunto, se advierta claramente la ilegalidad manifiesta del acto administrativo impugnado.
 - h) Si la sentencia del juicio le es favorable al demandante que promovió la suspensión, podrá solicitar la cancelación de la garantía o fianza. En caso contrario, la contraparte o el tercero, previo acreditamiento de daños y perjuicios, solicitará a la Sala la ejecución de la misma a su favor.

Una vez desahogados todos los medios de convicción, y oídas las partes, en términos del art. 47 de la LFPCA, el Magistrado Instructor, diez días después de que se haya concluido la sustanciación o tramitación del juicio, siempre y cuando no existiere ninguna situación pendiente de resolver, mediante lista de acuerdos, otorgará a las partes un plazo de cinco días para formular por escrito sus alegatos.

En materia administrativa los alegatos, tal como ya se señaló, deben ren-

dirse por escrito, y en general se puede decir que consiste en la expresión de razonamientos lógico-jurídicos del por qué le asiste la razón a la parte que los presenta, sin que por esto se entienda que intenta enderezar o corregir sus conceptos de impugnación, sino que lejos de eso, tienen por objeto reforzarlos y de algún modo desacreditar los argumentos vertidos por la contraria.

Concluido este plazo, con o sin alegatos, se emitirá el acuerdo que declara cerrada la instrucción.

Finalmente, por lo que ve a la sentencia o resolución del procedimiento contencioso administrativo, la técnica tradicional, basados en el pensamiento del ilustre procesalista mexicano, Cipriano Gómez Lara⁵², se integra por cuatro apartados: a) Preámbulo; b) resultandos; c) considerandos; y d) resolutivos.

Los artículos 49 y 50 de la LFPCA nos establecen una serie de reglas para dictar las sentencias en el contencioso-administrativo, que se pueden esquematizar de la siguiente manera:

- a) La sentencia se puede pronunciar por unanimidad o mayoría de la Sala.
- b) Se debe dictar dentro de los sesenta días siguientes a aquél en que se dicte el acuerdo de cierre de instrucción.

De estos sesenta días, cuarenta y cinco le corresponden al Magistrado Instructor para que elabore el proyecto de sentencia y lo someta al Pleno de la Sala para su discusión y aprobación.

- c) En caso de una votación por mayoría, el Magistrado disidente podrá limitarse a expresar que vota total o parcialmente en contra del proyecto o formula voto particular razonado, que deberá ser presentado en un plazo que no exceda de diez días.

Si el proyecto es rechazado, el magistrado ponente engrosará el fallo con los argumentos de la mayoría y el proyecto podrá quedar como voto particular.

- d) Las sentencias del Tribunal se fundarán en derecho y resolverán sobre la pretensión del acto que se deduzca de su demanda, en relación con la resolución impugnada, teniendo la facultad de invocar hechos notorios.
- e) En caso de que se hagan valer diversas causales de ilegalidad, la sentencia de la Sala deberá examinar primero aquéllos que puedan llevar a declarar la nulidad lisa y llana.
- f) Si una sentencia declara la nulidad de una resolución por la omisión de requisitos formales exigidos por las leyes o por vicios de procedimiento, se deberá especificar la forma en qué afectaron las defensas del parti-

⁵² Cipriano Gómez Lara. *Teoría General del Proceso* (8ª ed.). Harla. México. 1990. pp. 380 y sigs.

cular y trascienden al sentido de la resolución.

- g) La Sala puede corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos que se consideren violados (por el particular) y examinar en su conjunto los agravios y causales de ilegalidad, así como los demás razonamientos de las partes, sin cambiar los hechos expuestos en la demanda y contestación.
- h) No se podrán anular o modificar los actos de las autoridades administrativas no impugnados de manera expresa en la demanda.
- i) Tratándose de sentencias de condena a la autoridad para la restitución de un derecho subjetivo violado o a la devolución de una cantidad, el Tribunal deberá previamente constatar el derecho que tiene el particular, además de la ilegalidad de la resolución impugnada.
- j) La condena de costas está expresamente prohibida y cada parte será responsable de sus gastos, según lo dispone el art. 6° de la LFPCA, sin embargo, podrá haber lugar a condena en costas a favor de la autoridad demandada cuando una resolución se controvierta con propósitos notoriamente dilatorios.

Se entenderá que son notoriamente dilatorios:

- a. Si el particular se beneficia económicamente por una dilación en el cobro, ejecución o cumplimiento de la resolución impugnada.
 - b. Si la ley prevé que en virtud del retraso las cantidades adeudadas se incrementan en virtud de actualización por inflación, tasa de interés o de recargos, se entenderá que no hay beneficio económico por la dilación.
- k) Aún cuando no existe una condena a costas, en términos del propio numeral 6° en comento, se puede condenar a la autoridad a indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, si la autoridad comete falta grave al dictar la resolución impugnada y no se allana en la contestación de la demanda en el concepto de impugnación correspondiente.

Se entenderá por falta grave:

- a. Anulación por ausencia de fundamentación o motivación, en cuanto al fondo o la competencia.
- b. Sea contraria a una jurisprudencia de la SCJN en materia de legalidad, a menos que dicho criterio sea publicado con posterioridad a la emisión del acto.

c. Se anule con fundamento en el art. 51, fracción V⁵³

- l) El Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada o para ordenar o tramitar el procedimiento del que derive y la ausencia total de fundamentación o motivación de dicha resolución⁵⁴.

En términos del art. 52 de la LFPCA, los sentidos de la sentencia pueden ser:

- I. Reconocer la validez del acto, que implica que una vez analizado el expediente, se arriba a la plena convicción de que el acto administrativo impugnado es válido, eficaz y por tanto, exigible al particular.
- II. Declarar la nulidad de la resolución impugnada, que se entiende como la nulidad lisa y llana, y que en palabras de Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes:

"El alcance de la nulidad lisa y llana está predeterminado o gobernado por la violación o legalidad casada, depende que tan profunda sea, así será el alcance y efectos de la nulidad o del derecho subjetivo cuya declaración o restitución debe decretarse."⁵⁵

- III. Declarar la nulidad de la resolución impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la au-

⁵³ Cuyo supuesto veremos más adelante.

⁵⁴ A este respecto, probablemente en los últimos años, ninguna jurisprudencia por contradicción de la SCJN había causado tanto revuelo en la materia administrativa, como la que a continuación se transcribe.

COMPETENCIA. SU ESTUDIO OFICIOSO RESPECTO DE LA AUTORIDAD DEMANDADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DEBE SER ANALIZADA POR LAS SALAS DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.- El artículo 238, penúltimo párrafo, del Código Fiscal de la Federación y su correlativo 51, penúltimo párrafo, de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, establece que ese Tribunal podrá hacer valer de oficio, por ser de orden público, la incompetencia de la autoridad para dictar la resolución impugnada. Al respecto debe decirse que ese estudio implica todo lo relacionado con la competencia de la autoridad, supuesto en el cual se incluye tanto la ausencia de fundamentación de la competencia, como la indebida o insuficiente fundamentación de la misma, en virtud de que al tratarse de una facultad oficiosa, las Salas fiscales de cualquier modo entrarán al examen de las facultades de autoridad para emitir el acto de molestia; lo anterior con independencia de que exista o no agravio del afectado, o bien, de que invoque incompetencia o simplemente argumente una indebida, insuficiente o deficiente fundamentación de la competencia. Cabe agregar que en el caso de que las Salas fiscales estimen que la autoridad es competente, esto no quiere decir que dicha autoridad jurisdiccional necesariamente deba pronunciarse al respecto en los fallos que emita, pues el no pronunciamiento expreso, simplemente es indicativo de que estimó que la autoridad demandada sí tenía competencia para emitir la resolución o acto impugnado en el juicio de nulidad.

Tesis de Jurisprudencia 2a./J.218/2007 emitida por la Segunda Sala de la SCJN, Novena Época, visible en la página 154 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, Diciembre de 2007.

⁵⁵ Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes. *La nulidad de los actos administrativos* (2ª ed.). Porrúa. México. 2007. p. 303.

toridad debe cumplirla, debiendo reponer el procedimiento, en su caso, desde el momento en que se cometió la violación.

- IV. Tratándose de los supuestos contenidos en las fracciones II y III del art. 51, se declarará la nulidad para el efecto de que se reponga el procedimiento o se emita una nueva resolución.
- V. Además de declarar la nulidad de la resolución impugnada, podrá:
 - a. Reconocer al actor la existencia de un derecho subjetivo y condenar al cumplimiento de la obligación correlativa.
 - b. Otorgar o restituir al actor el goce de los derechos afectados.
 - c. Declarar la nulidad del acto o resolución administrativa, caso en que cesarán los efectos de los actos o su ejecución, inclusive el primer acto de aplicación.

De conformidad a lo dispuesto por el art. 51 de la LFPCA, serán causales de ilegalidad de una resolución administrativa:

- a) Incompetencia del funcionario que la haya dicta, ordenado o tramitado el procedimiento del que deriva dicha resolución.

La incompetencia del funcionario implica que éste no está dotado de facultades legales para ejercer las atribuciones pretendidas en el acto administrativo impugnado, de tal forma, que se considera que en virtud de esto, y en congruencia con el art. 16 de la CPEUM, un gobernado no debe ser afectado bajo estas condiciones.

- b) Omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes, siempre que afecta las defensas del particular y trascienda al sentido de la resolución impugnada, inclusive la ausencia de fundamentación o motivación, en su caso.

Se ha insistido a lo largo de los últimos capítulos que la violación a la norma por parte de autoridad administrativa, no produce una lesión *per se* al derecho subjetivo del gobernado, luego entonces, sólo se podrá impugnar un acto y declarar su ilegalidad si se acredita (mediante el concepto de impugnación) dicha lesión.

Debemos detenernos un momento en este punto, pues señala el propio art. 51 en comento que hay una serie de vicios formales que no trascienden al gobernado, a saber:

- a. Cuando en un citatorio no se haga mención que es para recibir una orden de visita domiciliaria, siempre que ésta se inicie con el destinatario de la orden.
- b. Cuando en un citatorio no se haga constar en forma circunstanciada

la forma en que el notificador se cercioró que se encontraba en el domicilio correcto, siempre que la diligencia se haya efectuado en el domicilio indicado en el documento que deba notificarse.

- c. Cuando en la entrega del citatorio se hayan cometido vicios de procedimiento, siempre que la diligencia prevista en dicho citatorio se haya entendido directamente con el interesado o con su representante legal.
 - d. Cuando existan irregularidades en los citatorios, en las notificaciones de requerimientos de solicitudes de datos, informes o documentos, o en los propios requerimientos, siempre y cuando el particular desahogue los mismos, exhibiendo oportunamente la información y documentación solicitados.
 - e. Cuando no se dé a conocer al contribuyente visitado el resultado de una compulsa a terceros, si la resolución impugnada no se sustenta en dichos resultados.
 - f. Cuando no se valore alguna prueba para acreditar los hechos asentados en el oficio de observaciones o en la última acta parcial, siempre que dicha prueba no sea idónea para dichos efectos.
- c) Vicios del procedimiento siempre que afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución impugnada.

En el capítulo relativo a los recursos administrativos se especificó que no se pueden impugnar simples actos de administración o actos intra-procedimentales; sin embargo, los vicios que aquí se presenten podrán ser impugnados sólo en función de que se haya afectado el sentido de la resolución administrativa.

De igual forma opera para el contencioso-administrativo, es decir, no se pueden impugnar vicios en el procedimiento, a menos que estos afecten el sentido del acto o resolución administrativa.

- d) Si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, o bien, si se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas, en cuanto al fondo del asunto.

Los diversos supuestos consisten en un error de apreciación de la norma aplicable o bien, de los hechos en relación con la norma aplicable, por lo que se vuelve una tarea difícil para el juzgador administrativo toda vez que el análisis de los medios de convicción es principalmente documental, y esto, a nuestro juicio no permite una valoración realista de los hechos, aunque si un trabajo argumentativo de interpretación

normativa.

- e) Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Esto se conoce en la doctrina como *desvío de poder*, que consiste precisamente en no hacer un uso adecuado de las facultades conferidas al funcionario.

En la legislación mexicana, a diferencia de otros países como España, Argentina o Uruguay⁵⁶ está acotado a las facultades discrecionales.

De igual forma que en el contencioso francés se consagran una serie de recursos, a saber: a) Aclaración de sentencia, b) Excitativa de justicia, c) Reclamación, d) Revisión y e) Queja (que opera para la ejecución de las sentencias.

Estos recursos, estudiarlos por sí mismos, nos llevaría a una serie de disertaciones que harían interminable esta participación.

IV.3 ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA ADMINISTRATIVA

No podría ser una exposición completa sobre el contencioso administrativo, sin hacer una breve exposición respecto de la institución de origen mexicano, que constituye la base de la dualidad jurisdiccional en la materia administrativa.

Cabe señalar que el Juicio de Amparo es una forma de control judicial de la Constitución y que le corresponde su ejercicio a los órganos del Poder Judicial de la Federación, junto con la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.

Para los fines aquí pretendidos se omite cualquier referencia a los dos últimos y nos se harán las consideraciones pertinentes al juicio de amparo.

En sí, el Juicio de Amparo, constituye una de las aportaciones de México a la ciencia jurídica universal, que gracias a la visión de Manuel Crescencio Rejón, se estableció en un primer momento en la Constitución de Yucatán, y que fue incorporado al ámbito federal por la sapiencia de Mariano Otero y enriquecido por Ignacio L. Vallarta, consagrado en la actualidad en los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal.

Pero, ¿qué es el juicio de amparo? El maestro Alfonso Noriega Cantú lo

⁵⁶ Cfr. Augusto Durán Martínez. Contencioso Administrativo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2007.

define como *“un sistema de defensa de la Constitución y de las garantías individuales, de tipo jurisdiccional, por vía de acción, que se tramite en la forma de juicio ante el Poder Judicial Federal y que tiene como materia las leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, o impliquen una invasión de la soberanía de la Federación en los Estados y viceversa y que tiene como efectos la nulidad del acto reclamado y la reposición del quejoso en el goce de la garantía violada, con efectos retroactivos al momento de la violación.”*⁵⁷

Como ya se dijo en líneas precedentes, no es otra nuestra intención más que introducir al lector a este tema, que por demás de complejo, no consideramos apropiado para el desarrollo de esta obra, por lo que, para finalizar este punto, acotamos que el Juicio de Amparo se erige como una de las instituciones jurídicas más bondadosas que existe en nuestro país, pues es un juicio al alcance de todos aquellos individuos (sean personas físicas o morales, incluso bajo ciertas condiciones, los propios entes públicos pueden acudir a él) a fin de proteger derechos directamente otorgados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de un agravio personal y directo de los actos de autoridad o de la aplicación de una ley o tratado internacional.

El Amparo tiene una serie de principios, que tal como lo señala Humberto Ruíz Torres:

“En la doctrina, se llama principios del amparo a un grupo de instituciones procesales, establecidas en el art. 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la ley secundaria, que sirven de base o fundamento al ejercicio de la acción de amparo y a la sentencia que en él se dicte.”⁵⁸

Visto lo anterior, se puede decir que los principios rectores del amparo son el conjunto de ideas torales en torno a los cuales se debe tramitar y resolver el juicio de amparo.

Los principios que consagran la norma y la doctrina son:

- a) Instancia de parte agraviada
- b) Agravio personal y directo
- c) Definitividad
- d) Estricto derecho
- e) Relatividad de la sentencia⁵⁹

⁵⁷ Alfonso Noriega Cantú, *Lecciones de amparo* (3ª. Ed.). Porrúa. México. 1991. p. 58.

⁵⁸ Huberto Ruíz Torres. *Curso General de Amparo*. Oxford University Press México. México. p. 121.

⁵⁹ También conocido como la fórmula Otero, que implica que el amparo tiene efectos individuales.

En otro orden de ideas, en México, como lo dijimos en líneas precedentes, se hace una distinción entre el amparo indirecto y el amparo directo. El amparo indirecto procede en contra de actos de autoridad invasivos de la esfera jurídica del gobernado, así como por una ley que se estima contraria a la Constitución, y conocerá de este juicio el Juez de Distrito competente en razón del territorio y en su caso de la materia.

Por otra parte, el amparo directo, procede en contra de resoluciones definitivas en procesos judiciales o jurisdiccionales, siendo esta figura más cercana a un juicio de casación que a una tutela de garantías constitucionales (aunque en estricto sentido, mediante el amparo directo se tutela fundamentalmente la garantía de debido proceso contenida en el art. 17 constitucional).

Es aquí donde en definitiva, encontramos la dualidad jurisdiccionales entre los tribunales administrativos y los del poder judicial, aunque en términos generales, los segundos intervienen como casación o por violaciones directas a las garantías constitucionales.

V. CONCLUSIONES

Es evidente que el origen del contencioso mexicano está íntimamente ligado al contencioso francés, aunque su desenvolvimiento ha sido completamente distinto.

El contencioso francés es producto de la jurisprudencia y la experiencia propia, mientras que el contencioso mexicano es producto de la importación de la experiencia francesa y española primordialmente.

Tanto el contencioso francés como el mexicano tienen en común la dualidad jurisdiccional con el poder judicial, pero por razones diferentes y bajo modalidades distintas. En el primero, su dualidad radica en el recurso de plena jurisdicción y el recurso de anulación, así como los recursos especiales; la justicia administrativa mexicana por su parte, cuenta con la concurrencia competencial del contencioso administrativo y del juez federal como órgano de primera instancia. Adicionalmente, y por una razón histórica, también gracias a la figura del amparo directo, existe la posibilidad de que el poder judicial revise los actos del tribunal administrativo.

Ahora, a la fecha de la elaboración de este documento se aprobó en la Cámara de Diputados una reforma constitucional y a la ley de Amparo que establece que en materia de impuestos, los efectos del amparo serán generales.

Así pues, reiterando lo dicho por Guillermo Cambero, la historia y funcionamiento del contencioso administrativo francés resulta fundamental para todos aquellos que estudiamos el derecho procesal administrativo, no sólo en su aspecto histórico, que sin lugar a dudas es común a todos nosotros, sino también su actualidad, pues no en balde son creadores de este sistema, y en muchos sentidos, su desarrollo jurisprudencial resulta fundamental para analizar y repensar nuestras posturas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, M. (1999): *Derecho Administrativo Especial. Volumen II*. México: Porrúa.
- BÉJAR RIVERA, L.J. (2007): *Curso de Derecho Administrativo*. México: Oxford University Press México.
- CAMBERO QUEZADA, G. (2006): Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa. *Letras Jurídicas. Revista electrónica de Derecho*, 3. Guadalajara: Centro Universitario de la Ciénega, Universidad de Guadalajara.
- CASSESE, S. (1994): *Las bases del derecho administrativo*. Madrid: INAP.
- DEL CASTILLO VELASCO, J.M. (1994): *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano. Tomo I* (Edición facsimilar de 1874). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- DUGUIT, L. (1996): *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DURÁN MARTÍNEZ, A. (2007): *Contencioso Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- ESQUIVEL VÁZQUEZ, G. (2006): *El órgano público autónomo y el tribunal legislativo en México*. México: Porrúa.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J. Y SANTIAGO SÁNCHEZ, J. (Coordinadores): *Contencioso Administrativo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- FRAGA, G. (1989): *Derecho Administrativo* (28ª ed.). México: Porrúa.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2001): *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (2ª ed.). Madrid: Civitas.
- GÓMEZ LARA, C. (1991): *Teoría General del Proceso* (8ª ed.). México: Harla.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. Y VÁZQUEZ ALFARO, J.L. (2007): *Derecho Procesal Administrativo Federal*. México: Porrúa.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1954) Consideraciones sobre el contencioso francés. En *Revista de Administraciones Públicas*, 15. Madrid: Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales.

- HAURIOU, M. (2007): *Derecho administrativo y derecho público* (edición de 1890). México: Editorial Jurídica Universitaria.
- JÈZE, G. (2007): *Técnica Jurídica, servicio, función pública y sus servidores* (edición de 1947). México: Editorial Jurídica Universitaria.
- LOZANO CUTANDA, B. (1991): Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: La decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987. En *Revista de Administraciones Públicas*, 126. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LUCERO ESPINOSA, M. (2002): *Teoría y práctica del contencioso administrativo federal* (7ª ed.). México: Porrúa.
- MARGÁIN MANAUTOU, E. (2000): *Introducción al estudio del Derecho Administrativo Mexicano*. México: Porrúa.
- MAURIN, A. (2004): *Derecho administrativo francés*. México: Porrúa.
- MESTRE, A. (s/d): *Le Conseil d'Etat protecteur des prerogatives de l'administration - Etudes sur le recours sur le recours por excès de pouvoir*.
- NAVA NEGRETE, A. Y SÁNCHEZ GÓMEZ, N. (2002): *Justicia Administrativa en México*. Querétaro: Fundap.
- NAVA NEGRETE, A. (s/d): *Derecho Procesal Administrativo*. México: Porrúa.
- NORIEGA, C. (1991): *Lecciones de amparo* (3ª ed.). México: Porrúa.
- ORTIZ REYES, G. Y TRON PETIT, J.C. (2007): *La nulidad de los actos administrativos* (2ª ed.). México: Porrúa.
- RIVERO, J. (2002): *Páginas de derecho administrativo*. Bogotá: Temis.
- RUÍZ TORRES, H. (2007): *Curso General de Amparo*. México: Oxford University Press México.
- SANTAMARÍA DACAL, A.I. (2001): Defensa e Ilustración de una Administración que se juzga a sí misma. En *Revista de Administraciones Públicas*, 154. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

UN MODELO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA INSTITUCIONALIZADA EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA¹

Diana Santiago Iglesias

Profesora Ayudante Doctor
Universidad de Santiago de Compostela

- **Resumen:** *Las sociedades de economía mixta constituyen el modelo de colaboración público-privada por excelencia. En la actualidad, su utilización como forma de gestión de servicios públicos, especialmente en el ámbito local, experimenta un gran auge, debido a las interesantes ventajas que presenta su utilización. No obstante, su empleo conlleva importantes problemas, derivados de la complejidad y obsolescencia de las normas que las disciplinan, cuya solución debe partir, inexorablemente, de la determinación de su naturaleza y de su régimen jurídico.*
- **Palabras clave:** *Sociedades de economía mixta; gestión de servicios públicos; colaboración público-privada.*
- **Abstract:** *The societies of mixed economy constitute the public model of collaboration-deprived by excellence. At present, his use as form of public services management, especially in the area exhibits, experiences a great increase, due to the interesting advantages that presents his use. However, his concam employment important problems, derivatives of the complexity and obsolescence of the norms that them discipline, whose solution must break up, inexorably, of the determination of his nature and of his legal regime.*
- **Keywords:** *Societies of mixed economy; management of public services; collaboration public-private.*

¹ El presente trabajo ha sido realizado en el marco de la investigación desarrollada en ejecución del Proyecto de investigación de la Xunta de Galicia “La colaboración público-privada en la gestión de los servicios públicos” (INCITE202174PR), y trae causa de los estudios iniciados en el marco del Proyecto “La modernización de las Administraciones territoriales” (PGIDTo6PXIB202096PR) de la Xunta de Galicia.

En el mismo, se han utilizado las siguientes abreviaturas: Cons. Stato: Consiglio di Stato; cfr.: confere; CPPI: colaboración público-privada institucionalizada; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público; pág./págs.; página/páginas; RSCL: Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; Sez.: sezione; ss.: siguientes; SS.UU: Sezioni Unite; TRLS: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; TRRL: Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local; vid.: videre.

- **Índice:** I. La relevancia actual de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales. II. La delimitación conceptual de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. II.1. La elaboración doctrinal del concepto de sociedad de economía mixta. II.2. Una propuesta de concepto de sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos locales. III. La naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.1. Examen del posible carácter instrumental de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.1.1. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. III.1.2. Las relaciones de instrumentalidad en el Ordenamiento jurídico español. III.2. Determinación de la naturaleza pública o privada de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.2.1. Las primeras aproximaciones doctrinales a la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.2.2. La concepción contemporánea de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales. III.3. Reflexiones conclusivas sobre la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales

I. LA RELEVANCIA ACTUAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Esta forma de gestión de los servicios públicos, nacida hace aproximadamente un siglo en el ámbito de la Administración Local, se ha puesto nuevamente de actualidad.

Tal y como se puede comprobar en la Base de Datos General de Entidades Locales del Ministerio de Economía y Hacienda¹, en España la utilización de las sociedades de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos ha experimentado, principalmente en el ámbito local, una fuerte expansión, abarcando los más diversos ámbitos, como la producción y distribución de energía eléctrica, la depuración y distribución de agua, la prestación de servicios mortuorios, la prestación de servicios de radiodifusión o deportivos, entre otros².

¹ De acuerdo con los datos de contenidos en la Base de Datos General de Entidades Locales, entre las Comunidades Autónomas con un grado de utilización mayor de este tipo de sociedades se pueden destacar: Andalucía, Canarias, Cataluña, Madrid y Navarra (www.serviciosweb.meh.es/apps/ispl/).

² En relación con el objeto de este tipo de sociedades, el Tribunal de Cuentas ha señalado que “como se desprende de los datos anteriores, las empresas de titularidad íntegra local son predominantes claramente en las actividades no encuadradas entre los servicios municipales obligatorios, mientras que las sociedades mixtas tienen una mayor presencia en estos últimos, y particularmente en el abastecimiento y saneamiento de aguas, mercados de abastos, y cementerios y servicios funerarios, superando en estos casos a las de titularidad plena del Sector público local” (*Informe de fiscalización de los Sectores Públicos Autonómicos y Locales, ejercicio 2003*, aprobado por el Pleno el 25 de septiembre de 2008, <http://www.tcu.es/Layout/DesktopLayout/ DetalleInforme.aspx?ID=805>).

Esta expansión ha tenido lugar, también, en otros países europeos. Por ejemplo, en Italia durante los años noventa tuvo lugar un notable incremento del número de las sociedades de economía mixta existentes en el ámbito local³. Así lo demuestran los datos contenidos en el Informe de la Corte dei Conti titulado "Stato dei controlli della Corte dei Conti sugli organismi partecipati dagli enti locali" (Deliberazione n.º. 13/2008). Según lo señalado en este documento, actualmente, en Italia existen más de dos mil quinientas sociedades de economía mixta, de las cuales, aproximadamente, un tercio se dedican a la gestión de servicios públicos⁴.

Son dos las razones por las cuales se ha producido, y continúa produciéndose, este incremento en la utilización de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales: de un lado, los entes del sector público han optado por acudir a la financiación privada para eludir las restricciones presupuestarias derivadas del principio de equilibrio presupuestario y, de otro lado, las Administraciones públicas, con el ánimo de mejorar su eficacia y eficiencia, pretenden utilizar los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en la gestión pública⁵.

Actualmente, la elección por los Entes Locales de la sociedad de economía mixta como fórmula de gestión de los servicios públicos de su titularidad responde a una cuádruple finalidad: mantener un cierto control directo sobre la gestión del servicio público de que se trate; contar con la experiencia empresarial y de gestión del socio privado en el ámbito del objeto material de dicho servicio público, con el fin de mejorar la eficacia y eficiencia en la erogación del mismo; obtener una fuente de financiación complementaria para la implantación o prestación del citado servicio y, finalmente, la obtención de beneficios con la erogación del mismo⁶.

³ En este sentido, vid. Carmen VITALE "Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società integralmente pubblica nel sistema locale", *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Marco CAMELLI y Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, págs. 64 y ss.

⁴ Vid. http://www.corteconti.it/Ricerca-e-1/Gli-Atti-d/Controllo-/Documenti/Sezione-de1/Referti-al/Anno-2008/Deliberazione-n.13.doc_cvt.htm.

⁵ En este sentido, vid. Giuseppe PIPERATA, "Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli Enti Locali", *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, dir. Marco CAMELLI y Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, págs. 312 y ss.

⁶ No se puede excluir que, además, en parte, el éxito de esta fórmula esté relacionado con la transformación que, desde el siglo pasado, está sufriendo el Derecho administrativo, el cual paulatinamente ha abandonado las fórmulas unilaterales de actuación y gestión para emplear las fórmulas bilaterales de naturaleza pacticia. Vid., en este sentido, entre otros muchos: Marcos ALMEIDA CERREDA, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni nell'ordinamento locale*, Bologna University Press, Bologna, 2004; y Alfonso MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Jovene, Napoli, 1988 y *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Roma, 1988.

En primer lugar, hay que señalar que la necesidad de los Entes Locales de mantener un cierto control directo sobre la gestión de sus servicios públicos se deriva, como se explicará inmediatamente, de la estrecha relación que une a dichos Entes con sus servicios. Esta intensa vinculación hace que, aunque el Ente Local opte por la gestión indirecta del servicio público, de modo que la gestión del mismo se ceda y se preste efectivamente por un sujeto distinto a la Administración Local, la colectividad local continúa viendo en el Ente Local al gestor de dicho servicio y, en consecuencia, responsable directo de su correcta erogación. Por lo tanto, este hecho determina que las Corporaciones Locales se hallen muy interesadas en mantener las mayores cuotas posibles de poder. En este sentido, el control meramente externo que proporciona la concesión al Ente Local, en cuanto titular del servicio, sobre el concesionario, en cuanto gestor del mismo, se considera insuficiente, por lo que los Entes locales optan por la fórmula de la sociedad de economía mixta, en la que, junto al mismo control externo que existe en la concesión, obtienen, como mínimo, las posibilidades de control interno que su normal condición de socios les ofrece.

En cuanto a la segunda de las finalidades indicadas, hay que señalar que el Ente local, cuando opta por la sociedad de economía mixta como forma de gestión de los servicios públicos, pretende beneficiarse de la experiencia y de los conocimientos técnicos y empresariales de gestión que posee el socio privado y, por ello, en este tipo de sociedades, las Corporaciones locales, en no pocas ocasiones, prefieren dejar en manos de aquel la dirección y administración ordinaria de la sociedad, quedando reservada a las mismas una función de control, bien como socio o bien en virtud de otro título.

En tercer lugar, respecto a la finalidad relativa a la obtención de financiación, la sociedad de economía mixta ha sido y es un instrumento adecuado para compartir los costes de la prestación de un determinado servicio público entre el Ente Local titular del mismo, aquejado frecuentemente de problemas financieros⁷, y los particulares, que, movidos por los posibles beneficios económicos que pueden obtener al tener como socio a la Administración en la gestión de un servicio, deseen adquirir parte de las acciones o participaciones de la sociedad de economía mixta y, en consecuencia, realizar aportaciones a su capital social. Así, los Entes Locales, suelen configurar la composición del capital social de la futura sociedad dependiendo del apoyo financiero que precisen.

⁷ Vid.: Gloria ALARCÓN GARCÍA, *Autonomía municipal, autonomía financiera*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995; y Marcos ALMEIDA CERREDA, "¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los Entes locales?", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, nº. 6, 2008, págs. 189 y ss.

En cuarto y último lugar, en relación con la finalidad de la búsqueda de beneficios, hay que señalar que este fin es, con carácter general, inherente a la utilización del instrumento societario por parte de los Entes Locales⁸, no sólo por las Administraciones públicas locales españolas sino también por las de otros países europeos como Suecia, Francia y Reino Unido⁹. Eso sí, se trata de un fin de carácter secundario, subordinado en todo caso a la consecución del interés público que justifica la constitución de la sociedad de economía mixta: la más eficaz y eficiente prestación de un servicio público.

Finalmente, es importante resaltar que las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales, evidentemente, constituyen una fórmula de colaboración público-privada. La actualidad y relevancia del estudio de estas fórmulas, además de por el crecimiento numérico de su empleo que se acaba de comentar, se justifica también porque en el ámbito de la Unión Europea se ha profundizado en la disciplina de estas fórmulas de colaboración.

Respecto de las fórmulas de colaboración público-privada, hay que decir que, recientemente, se ha pronunciado la Comisión europea en su informe "Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C91/02)", solucionando algunas de las dudas que éstas planteaban y que, en su momento, dieron lugar a numerosas sentencias del TJUE.

Ha de recordarse que la expresión colaboración público-privada, de acuerdo con el Libro Verde de la Comisión de 30 de abril de 2004, se refiere a "las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio" .

Es necesario también precisar que la Comisión distingue, fundamentalmente, dos tipos de formas de colaboración público-privada: la contractual – basada únicamente en los vínculos contractuales existentes entre las partes –, y la institucionalizada – consistente en la creación de una entidad en la que participan conjuntamente el socio público y el privado y cuya misión es garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público. El paradigma de las formas de colaboración público-privada institu-

⁸ Por ejemplo, en España el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante, TRLS, dispone que "las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil".

⁹ Vid. *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Assonime, Roma, 2008.

cionalizada lo constituyen, precisamente, las sociedades de economía mixta .

Como muestra del auge que experimenta la utilización de esta forma de CPPI en la actualidad, hay que señalar que, en el momento en que se ponía fin a la redacción de estas líneas, se estaba tramitando parlamentariamente el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, por el que se modifica la LCSP, introduciendo una regulación específica para las sociedades de economía mixta en cuanto modalidades de CPPI .

II. LA DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En el presente apartado, tras exponer y analizar los distintos conceptos de sociedad de economía mixta manejados por la doctrina a lo largo de las últimas décadas, se realizará una propuesta de concepto de sociedad de economía mixta gestora de servicios públicos locales. El disponer de un concepto claro y preciso de sociedad de economía mixta tiene una indudable relevancia práctica, en la medida en que, en el ámbito local, por una parte, existen una multitud de sociedades donde el capital público y el capital privado se unen, unas veces, para prestar servicios públicos y, otras veces, para operar simplemente en el mercado, y, por otra parte, ambos tipos de sociedades tienen un régimen jurídico sustancialmente diferente.

II.1. LA ELABORACIÓN DOCTRINAL DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

La doctrina, a lo largo de los años, ha intentado delimitar conceptualmente el fenómeno constituido por las sociedades de economía mixta. Las definiciones que se han formulado como consecuencia de esta labor, pueden ser agrupadas en tres conjuntos en función de la visión de la sociedad de economía mixta que subyace en ellas.

En primer lugar, un sector de la doctrina ha entendido la sociedad de economía mixta como una fórmula de coparticipación financiera entre el sector público y el privado en cuya gestión interviene la Administración. En este sentido, por ejemplo, Ernst Forsthoff consideraba que la sociedad de economía mixta está compuesta por dos elementos esenciales: el carácter público-privado de su capital y la voluntad de la Administración de participar en su gestión. En opinión de este autor, la Administración puede adquirir la titularidad de un paquete de acciones de una sociedad con dos fines distintos: por una parte,

con una finalidad exclusivamente patrimonial, supuesto en el que dicha sociedad pasaría a tener un capital social de composición pública y privada, pero no se convertiría en una sociedad de economía mixta; y, por otra parte, con la finalidad de intervenir en la gestión de dicha sociedad, a través de la obtención de facultades de dirección y control sobre la misma, supuesto en el que sí se convertiría en una sociedad de economía mixta¹⁰.

En este segundo supuesto, la participación de la Administración en la gestión de la sociedad puede fundarse simplemente en los derechos que a la misma le corresponden en cuanto accionista, en ocasiones reforzados de manera informal por la condición de *potentior personae* de la Administración, o bien en normas de Derecho público que garantizan un cierto control a la Administración sobre la sociedad.

En segundo lugar, otro sector de la doctrina ha concebido la sociedad de economía mixta como una forma de coparticipación financiera público-privada, en cuya gestión interviene la Administración pública, que tiene por objeto la gestión de servicios públicos. En este sentido, José Gascón y Marín definía la sociedad de economía mixta como un sistema intermedio entre la liberalización de servicios y su municipalización o socialización. El accionariado de dicha sociedad pertenecería en parte a particulares y en parte a entidades públicas, y los puestos del Consejo de Administración estarían distribuidos en relación con las aportaciones de los socios públicos y privados¹¹.

De acuerdo con esta posición doctrinal es necesaria la confluencia de los dos elementos identificados por la anterior corriente doctrinal: el capital mixto y la intervención pública en la gestión; si bien defiende que debe concurrir a mayores otra característica en las sociedades de economía mixta: su carácter de forma de gestión de servicios públicos.

Así, José Antonio García-Trevijano, al analizar las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales, expuso claramente cuáles debían ser sus caracteres necesarios – participación de la Administración en el capital social y en la gestión de la sociedad gracias a normas especiales y excepcionales –, los cuales, por lo demás, coincidían en gran medida con los estudiados por sus coetáneos europeos¹².

¹⁰ Vid. *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción española, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 669.

¹¹ Vid. *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación Española*, Tomo I, C. Bermejo, Madrid, 1935, pág. 239.

¹² Vid. “Aspectos de la Administración Económica”, *Revista de Administración Pública*, nº. 12, 1953, págs. 56-75.

En esta línea, Fernando Albi entendía que las sociedades de economía mixta son sociedades mercantiles cuyo capital pertenece en parte a una Administración pública y en parte a particulares, cuya dirección comparten ambos y cuyo fin es llevar a cabo la gestión de servicios públicos de contenido económico competencia de la antedicha Administración. El matiz que introduce Albi, dentro de este sector doctrinal, consiste en exigir que el servicio público que va a gestionar la sociedad de economía mixta tenga una finalidad económica¹³.

Esta concepción es, también, defendida por autores como Sosa Wagner¹⁴ o Santamaría Pastor¹⁵, quienes, al analizar las sociedades de economía mixta en cuanto forma de gestión de los servicios públicos, aluden, de un lado, a la necesaria composición público-privada de su capital social y, de otro lado, a las posibilidades de participación del Ente Local en la gestión de la sociedad en cuanto socio de la misma¹⁶.

Para un tercer sector de la doctrina, las sociedades de economía mixta serían entidades mercantiles cuyo capital social es en parte público y en parte privado y cuyo objeto es la gestión de un servicio público o la realización de una actividad económica¹⁷.

Esta definición consta de dos elementos esenciales: uno relativo a la composición de su capital social –la participación público-privada– y otro rela-

¹³ Vid. *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 398.

¹⁴ Vid. Francisco SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, séptima edición, 2008, págs. 341 y 348.

¹⁵ Este autor define esta modalidad del contrato de gestión de servicios públicos como aquella en que “la Administración titular del servicio precisa de la colaboración de una empresa privada que le aporte el capital o el *know-how* y los medios tecnológicos para la prestación de servicios complejos, pero no quiere desentenderse de su gestión inmediata; con tal fin, constituye una sociedad en cuyo capital participa, pero en el que da entrada a un socio privado que, además de sus aportaciones en medios o dinero, se encarga materialmente de la gestión del servicio, pero bajo el control directo de la Administración titular, que se halla presente en los órganos sociales (y participa también, por tanto, en los beneficios que puede producir la explotación del servicio)” (*Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, segunda edición, Lustel, Madrid, 2009, pág. 334).

¹⁶ En el mismo sentido, vid.: Enrique CASTILLO ZUBIA, Alberto VERA FERNÁNDEZ, Pedro Antonio MARTÍN PÉREZ, *Manual de Contratación Local*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1990, pág. 121; José Vicente CATALÁ MARTÍ (coord.), *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson-Civitas, Cizur-Menor, 2008, pág. 669; José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 818 y Salvador ROMERO HERNÁNDEZ (coord.), *Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2008, pág. 419.

¹⁷ Vid.: Francis FABRE, Roland MORIN y Alain SERIEYX, *Les sociétés locales d'économie mixte et leur contrôle*, Berger-Levrault, Paris, 1964, pág. 16; Francisco LLISSET BORREL, *La actividad empresarial de los entes locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1990, pág. 147 y Luis Fernando PRIETO GONZÁLEZ, *Las empresas mixtas locales*, Montecorvo, Madrid, 1996, pág. 44.

tivo a su objeto social –la realización de una actividad económica o bien la prestación de un servicio público. Como se puede observar, no se incorpora a este concepto uno de los elementos considerados esenciales en las anteriores definiciones: la dirección y control de la sociedad por la Administración. Esto es así porque, de acuerdo con esta postura, para poder hablar de una sociedad de economía mixta, es suficiente con que exista una participación público-privada en el capital social de una sociedad, abandonándose, por tanto, la idea de control sobre la misma¹⁸. Así, las facultades de dirección y control de la Administración sobre la sociedad podrán darse o no, de acuerdo con lo establecido en los estatutos de la misma, pero no han de existir necesariamente.

II.2. UNA PROPUESTA DE CONCEPTO DE SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA GESTORA DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

A la luz de las definiciones doctrinales estudiadas en el apartado anterior, el objeto del presente epígrafe es formular, partiendo del estudio del Ordenamiento comunitario y español, un concepto de sociedad de economía mixta en cuanto forma de gestión de los servicios públicos locales.

Desde el punto de vista comunitario, las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales se consideran una forma de colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)¹⁹. La Comisión entiende por CPPI la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI²⁰.

En consecuencia, de acuerdo con la Comisión, para la existencia de una fórmula de CPPI, en concreto, de una sociedad de economía mixta, son nece-

¹⁸ En este sentido se pronunciaba ya, al estudiar las sociedades de economía mixta como forma gestora de los servicios públicos, Maurice HAURIOU (*Précis élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938, pág. 554). En la moderna doctrina española, vid.: Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen II, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 433 o Ramón MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho Administrativo*, vigésimo octava edición, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 391.

¹⁹ Vid. Luis MÍGUEZ MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, nº. 175, 2008, págs. 157 y ss.

²⁰ Vid. Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) (2008/C 91/02, DOUE, de 12 de abril).

sarios dos elementos: en primer lugar, que haya contribución pública y privada en el capital de la entidad y, en segundo lugar, que el socio privado participe activamente en la gestión de la entidad y/o en la ejecución de la actividad que tiene encomendada dicho ente.

Desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico español, se pueden encontrar una serie de normas relacionadas con la gestión de los servicios públicos, en general, y de los locales, en particular, de las cuales se puede inferir una concepción que podría denominarse ordinamental de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos. Estos preceptos son: el artículo 253 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, en adelante LCSP, al que se remite, en materia de servicios públicos locales, el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en adelante, LBRL; los artículos 102 y 104 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, en adelante, TRRL y el artículo 104 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en adelante, RSCL. A continuación, se llevará a cabo el estudio de estos preceptos para tratar de identificar los rasgos que, de acuerdo con las normas vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico, caracterizan a las sociedades de economía mixta.

El artículo 253 LCSP establece que la contratación de la gestión de servicios públicos podrá adoptar la modalidad de sociedad de economía mixta "en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas".

Por su parte, el TRRL dispone, en su artículo 104, que para la gestión indirecta de los servicios públicos locales las Entidades locales podrán utilizar la forma de sociedad mercantil cuyo capital social sólo pertenezca, parcialmente, a las mismas.

Por último, el RSCL, en su artículo 102, establece que en las empresas mixtas, "los capitales de las Corporaciones locales y de los particulares, o de aquéllos entre sí, se aportarán en común, para realizar servicios susceptibles de municipalización o provincialización". En los siguientes preceptos, artículos 103 a 112, el RSCL lleva a cabo una disciplina de las sociedades de economía mixta dentro de la cual destaca el artículo 104.1º que permite la creación de una sociedad de economía mixta a través de la "adquisición por la Corporación interesada de participaciones o acciones de Empresas ya constituidas, en proporción suficiente para compartir la gestión social". Este inciso final del artículo 104.1º se puede interpretar en el sentido de que el RSCL, al igual que

hacían algunos de los autores estudiados, configura la participación de la Administración pública en la gestión como un elemento esencial de las sociedades de economía mixta.

Por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en los citados preceptos, las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales se caracterizan: por poseer un capital social de composición mixta – público-privado –; por tener como objeto social la gestión de uno o varios servicios públicos y por estar cogestionadas por el socio público y por el privado.

Una vez expuesta la regulación de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales desde el punto de vista del Ordenamiento comunitario y del Ordenamiento español, a continuación, se intentarán conjugar ambas perspectivas en la formulación de un concepto único e integrador de las mismas²¹. En esta línea, se pueden definir las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos como aquellas sociedades mercantiles en las que se cumplen cuatro requisitos: primero, su objeto social es la realización de actividades configuradas, o susceptibles de ser configuradas, como servicios públicos locales; segundo, su capital social se halla compuesto por aportaciones provenientes del sector público y del sector privado, en una proporción variable; tercero, su actividad consiste, al menos, en la erogación de un servicio público, y cuarto, en su gestión y administración participan de forma activa el socio privado y el socio público.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Este tercer apartado tiene por objeto el estudio y análisis de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales, tarea no exenta de problemas, tal y como se puede deducir de las distintas y contradictorias posiciones adoptadas por la doctrina al tratar esta cuestión²².

Para abordar adecuadamente este tema, es necesario examinar dos cuestiones: por una parte, si las sociedades de economía mixta son entes ins-

²¹ Vid. Marcos ALMEIDA CERREDA, “La construcción del Derecho Administrativo Europeo”, *Scientia Iuridica*, n.º. 314, 2008, págs. 193 y ss.

²² Acerca de las distintas posturas sostenidas por la doctrina italiana y francesa sobre la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, vid. Claude DUCOULOUX, *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1963, págs. 82-90.

trumentales de las Administraciones que participan en su constitución y, en consecuencia, si a las mismas se les podría confiar directamente la gestión de los servicios públicos sin seguir ningún tipo de procedimiento de concurrencia competitiva y, por otra parte, si estas sociedades, dada su constitución, composición y funcionamiento, tienen naturaleza de ente público o de ente privado.

III.1. EXAMEN DEL POSIBLE CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Para determinar si las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales pueden ser consideradas medios instrumentales de la Administración local titular del servicio que gestionan, es necesario analizar esta cuestión, en primer lugar, desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico comunitario y, en segundo lugar, desde la perspectiva del Ordenamiento jurídico español²³.

III.1.1. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

En el plano comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus sentencias "Teckal"²⁴, "Stadt Halle"²⁵ y "Parking Brixen"²⁶, ha establecido los requisitos mínimos que debe cumplir una sociedad mercantil para ser considerada medio instrumental propio de una Administración.

En primer lugar, en la citada sentencia "Teckal", el Tribunal declaró que, para que un determinado ente, en este caso una sociedad de economía mixta, pueda ser considerado como medio instrumental propio de una Administración es necesario que se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos: por una parte, que la Administración ejerza sobre la sociedad de que se trate

²³ Sobre esta materia, vid. José Ignacio VEGA LABELLA (coord.), *Obra pública: modelos organizativos y de ejecución*, DAPP, Pamplona, 2009, págs. 82 y ss. En esta obra se contiene un completo análisis de la normativa comunitaria, de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de las normas de Derecho interno donde se fijan los criterios necesarios para determinar si un determinado ente tiene o no carácter instrumental.

Asimismo, sobre las sociedades de economía mixta y la contratación *in house* en Italia, vid. Gerardo Guzzo, *Società miste e affidamenti in house*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

²⁴ Sentencia del TJCE, de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, Teckal Srl y Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia.

²⁵ Sentencia del TJCE, de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH contra Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna.

²⁶ Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, Parking Brixen GmbH. contra Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG.

un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, que dicha sociedad realice la parte esencial de su actividad con la Administración que la controla²⁷.

Posteriormente, estos requisitos fueron interpretados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias "Stadt Halle" y "Parking Brixen", señalando, en cuanto al primero de los requisitos – el control análogo de la Administración sobre la sociedad al ejercido sobre sus propios servicios – qué características debe tener la sociedad que pretende ser considerada como un medio propio de la Administración y qué relación debe existir entre ésta y dicha sociedad para entender cumplido este primer requisito.

²⁷ Un interesante ejemplo de la aplicación de los "criterios Teckal" por el Tribunal de Justicia, en la medida en que afecta a una sociedad española y en que ha sido objeto de transposición al Derecho interno, es el de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) y Transformación Agraria S.A. (TRAGSA), Administración del Estado.

En esta Sentencia el Tribunal de Justicia declara que TRAGSA, sociedad íntegramente pública participada por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas, es un medio instrumental propio de la Administración porque "las autoridades públicas de que se trata ejercen sobre esta empresa un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha empresa realiza lo esencial de su actividad con estas mismas autoridades".

Esta Sentencia del Tribunal de Justicia es fruto del planteamiento de una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo, en cuya posterior Sentencia de 30 de enero de 2008, asume el criterio sostenido por el Tribunal de Justicia y, en consecuencia, declara que TRAGSA es medio instrumental propio y que su régimen jurídico no resulta contrario al Derecho de la competencia. Sin embargo, son los votos particulares a esta sentencia los que presentan un mayor interés. En ellos no se cuestiona el pronunciamiento sobre la aplicación de la doctrina "Teckal" a TRAGSA, sino que se pone de manifiesto la necesidad de plantear una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia sobre la existencia de limitaciones a los legisladores nacionales en la configuración de sus medios instrumentales propios y sobre la posibilidad de que cualquier empresa pública pueda ser considerada un medio instrumental y servicio técnico propio de cualquiera de las Administraciones públicas que posean en ella una participación ínfima y meramente simbólica.

Por su parte, la LCSP ha recogido el régimen jurídico de TRAGSA y de sus filiales en su Disposición Adicional Trigésima. En ella se declara el carácter de medio instrumental propio de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de ellas, tanto de TRAGSA como de sus filiales. Asimismo, se señala que "las relaciones de las sociedades del grupo TRAGSA con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado".

Sobre el régimen jurídico de TRAGSA y sobre la aplicación de los criterios del TJCE acerca de las relaciones *in house* a TRAGSA, vid.: Carlos AMOEDO SOUTO, *TRAGSA, Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Atelier, Barcelona, 2004; Manuel PILLADO QUINTÁNS, "TRAGSA: un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las administraciones a sus medios instrumentales", *Documentación Administrativa*, nº. 274-275, 2006, págs. 279 y ss.; Miguel Ángel BERNAL BLAY, "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 137, 2008, págs. 115 y ss. y José Luis PALMA FERNÁNDEZ, "Medios propios de la administración y responsabilidad contractual", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº. 143, 2009, págs. 485 y ss.

Así, de una parte, en la sentencia "Stadt Halle" estableció que cuando una sociedad esté participada por una Administración y por una empresa privada, aunque la participación de esta última sea minoritaria, queda excluida la posibilidad de que dicha Administración pueda ejercer sobre la sociedad en cuestión un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios²⁸.

De otra parte, la sentencia "Parking Brixen" estableció las características que debe tener la relación Administración-sociedad para entender cumplido el primero de los criterios "Teckal". De acuerdo con esta sentencia, no es suficiente con la composición íntegramente pública de la sociedad sino que, además, la Administración debe ejercer sobre ella un fuerte control administrativo, es decir, debe tener una influencia determinante incluso sobre sus decisiones singulares más relevantes.

Asimismo, es necesario señalar que la reciente sentencia "Sea"²⁹ añade un criterio adicional para determinar en qué supuestos se debe entender que el ente matriz ejerce un control análogo sobre una sociedad al que tiene sobre sus propios entes: que la actividad de dicha sociedad se limite al territorio de la entidad matriz. Por tanto, de acuerdo con esta sentencia cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre una sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios cuando, por una parte, "la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas" y, por otra parte, "a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejerzan una influencia determinante tanto sobre los objetivos

²⁸ En este mismo sentido, vid. la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, Coditel Brabant SA y Commune d'Uccle, Región de Bruxelles-Capitale, donde se establece que "entre las circunstancias pertinentes que se desprenden de la resolución de remisión, procede considerar, en primer lugar, la posesión del capital de la entidad concesionaria, en segundo lugar, la composición de los órganos de decisión de ésta y, en tercer lugar, el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector.

Sobre la primera de dichas circunstancias, recuérdese que la participación de una empresa privada en el capital de una entidad concesionaria excluye que la autoridad pública concedente pueda ejercer sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios".

Por otra parte, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2008, asunto C-371/05, Comisión de la Comunidad Europea contra República Italiana, se precisa que la participación privada ha de ser real (aunque no necesariamente actual) y no meramente hipotética. Así, en esta Sentencia se señala que "per quanto riguarda il secondo argomento esposto dalla Commissione, si deve rilevare che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria, in considerazione in particolare della forma societaria di quest'ultima, non è sufficiente, in assenza di una loro effettiva partecipazione al momento della stipula di una convenzione come quella di cui trattasi nella presente causa, per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta".

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, Sea Srl contra Comune di Ponte Nossa.

estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad”.

En cuanto al segundo de los requisitos – la realización de la parte esencial de la actividad social para la Administración – a pesar de que el Tribunal no entra en su análisis en la sentencia “Parking Brixen”, es de gran interés la interpretación que de él hace la Abogado General en sus conclusiones. De acuerdo con ella, para entenderlo cumplido será necesario que la sociedad realice la parte fundamental de su actividad, cualitativa y cuantitativamente considerada, para la Administración que ejerce el control, valorando, a tal efecto, la actividad efectivamente realizada por ella y no sólo lo previsto en sus estatutos³⁰.

III.1.2 LAS RELACIONES DE INSTRUMENTALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

En el plano del Derecho interno, es la LCSP la norma donde se contienen los requisitos necesarios para poder hablar de la existencia de una relación de instrumentalidad entre la Administración y un ente.

La LCSP persigue, entre otros, el objetivo de adaptar la legislación española de contratos al contenido de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Tribunal de Justicia que tienen por objeto la interpretación de las mismas.

Respecto de esta cuestión, el artículo 24.6 de la LCSP establece que, a los efectos de la exclusión de la aplicación de las normas de contratación administrativa (artículos 24 y 4.1.n de la LCSP), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. En caso de que se trate de sociedades, este artículo 24.6 de la LCSP exige, además, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

Asimismo, dicho precepto especifica el alcance del primer criterio “Teckal” – el ejercicio sobre el ente en cuestión de un control análogo al que la Administración posee sobre sus propios medios – estableciendo que, en todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden

³⁰ Sobre los criterios para considerar a un determinado ente como medio instrumental de la Administración establecidos en la citada Sentencia del TJCE “Parking Brixen” vid.: Diana SANTIAGO IGLESIAS, “Comentario de la Sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-58/03, Parking Brixen GmbH”, *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, nº. 15.2, 2006, págs. 173-181 y Miguel Ángel BERNAL BLAY, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house”, cit., págs. 115 y ss.

conferirles encomiendas que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con las instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

En último lugar, el inciso final del artículo 24.6 de la LCSP establece que la condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios que se acaban de exponer deberá reconocerse expresamente por la norma de creación o por sus estatutos que tendrán que determinar las entidades respecto de las que tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en las que podrán adjudicárseles contratos y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, se les pueda encargar la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Así pues, a efectos de la consideración de un determinado ente como medio propio de una Administración, la LCSP no sólo recoge los criterios establecidos por el Tribunal de Justicia analizados en el apartado anterior, sino que, además, añade una serie de especificaciones que los endurece como, por ejemplo, la exigencia de que reconozcan expresamente en sus estatutos o en su norma de creación su condición de medio propio y una serie de precisiones relativas al régimen de encomiendas que se les podrían conferir.

III.2. DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA PÚBLICA O PRIVADA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Para determinar si las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales tienen naturaleza jurídica pública o privada, en el presente apartado, se estudiará la evolución de este tema en la literatura jurídica española, en la cual, como se expondrá, se pueden distinguir netamente dos etapas diferentes.

III.2.1. LAS PRIMERAS APROXIMACIONES DOCTRINALES A LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

En un primer momento, la doctrina española admitió la posibilidad de que las empresas de economía mixta pudiesen tener forma y naturaleza jurídico-pública o forma y naturaleza jurídico-privada. Así, Gallego y Burín, al analizar la regulación de las sociedades de economía mixta contenida en la Ley de Régimen Local en ese momento vigente, afirmó que "la Empresa mixta no se define

en ningún texto legal, mercantil ni administrativo. Concretamente, en cuanto a la inserción de esta figura jurídica en la Administración local, nada nos aclara sobre su naturaleza justa la legislación orgánica de este Ramo.

De dicha legislación deducimos lo siguiente:

1º No basta la utilización de la palabra Empresa para concluir forzosamente que haya de tener tal Entidad carácter mercantil [...].

3º Las finalidades de la Empresa mixta (expresión que no obliga por sí a someterse forzosamente, y totalmente al menos, a la legislación comercial) se cumplen con que tenga un órgano especial de gestión (que puede ser análogo, no similar, al de los Servicios de gestión directa que regula el artículo 173), una economía mixta, es decir, aportaciones de la Corporación y de otras Entidades o de los particulares, y una delegación de la personalidad del Ente local que le reconozca capacidad jurídica suficiente, en los Estatutos o Reglamentos correspondientes, que puede comprender la facultad de emitir Deuda, como la Corporación, para dar forma a la aportación ajena³¹.

En esta misma línea, Gascón y Marín, al abordar el tema de la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, ya había señalado ambas posibilidades, manifestando, no obstante, cierta preferencia por la adopción, a la hora de crear este tipo de entes, de formas de personificación jurídico-pública³².

Por tanto, a pesar de que en la doctrina tradicional no existía un criterio uniforme sobre la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, tenían cierta relevancia las posturas sostenidas por aquellos que las consideraban entes públicos.

III.2.2. LA CONCEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

A partir de mediados de los años 50, en los textos doctrinales³³ y en la

³¹ Vid. Alberto GALLEGU Y BURÍN, *Formas de gestión administrativas y mercantiles*, tomo II, Gráficas F. Martínez- Barrafón, 1952, págs. 138-139.

³² En este sentido, señala que “como sistemas intermedios figura el de compartir la propiedad el estado y los particulares, estableciendo sociedades de economía mixta; la propiedad está distribuida entre el Estado y otras colectividades o accionistas. Las modalidades de este régimen son muy diversas, pudiendo utilizarse *incluso formas jurídicas del derecho privado* (sociedades de responsabilidad limitada), en las que las acciones pertenezcan en parte a entidades públicas y en parte a particulares o a diversas entidades públicas (Estado y Municipios), y los puestos del Consejo de Administración distribuidos en relación con la aportación de cada elemento” (la cursiva no es original), (*Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pág. 239).

³³ Así, José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS señala que “el Estado adopta la forma social por ser más apta para contener la acción intervencionista y por ser la que permite la flexibilidad comercial sin las lentitudes burocráticas. Lo que no hay que confundir es el aspecto económico y el jurídico; desde el primer punto de vista, no hay duda de que el Derecho público predomina, pero no así en el segundo.

jurisprudencia³⁴ se fue imponiendo, desde el punto de vista de la forma ju-

Por ello las sociedades de economía mixta son personas jurídicas de Derecho privado, y, por esto sometidas al mismo, a la quiebra, etcétera. Es claro que todas las normas de las sociedades no se les podrá aplicar, pero estas derogaciones no desnaturalizan a la institución... Las derogaciones vienen por la naturaleza de uno de sus socios: la Administración pública ("Aspectos de la Administración económica", cit., pág. 61).

En el mismo sentido se han pronunciado autores como André de LAUBADÈRE al afirmar que "le premier caractère de la société d'économie mixte qu'il convienne de mettre en relief est sa nature de personne morale de droit privé et plus spécialement de société. Quels que soient en effet, comme on va le voir, le caractère généralement fictif de cet habillage de droit privé et les dérogations apportés dans son cas au droit commun commercial, la nature de société de droit privé, issue de la forme même adoptée, est certaine et entraîne naturellement de très importantes conséquences juridiques que l'on peut résumer ainsi: dans toute la mesure où il n'y est pas dérogé par des textes. C'est la législation et le droit des sociétés qui régissent la société d'économie mixte et son fonctionnement" (*Traité élémentaire de Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1971, pág. 572).

Por su parte, José GIRÓN TENA dice que "la posición exacta es la de ASQUINI. Este autor dice que no hay duda de que cuando el Estado ejercita una empresa mercantil bajo la forma de Sociedad, da lugar al nacimiento de una persona jurídica comercial, la cual queda sujeta al Estatuto común de las sociedades mercantiles. Las especialidades sólo deben servir para pensar en la conveniencia de incluir en la legislación de Sociedades la categoría de sociedades de interés nacional, a fin de darles una disciplina más adecuada que la que rige las Sociedades Anónimas ordinarias. Esta posición es indudablemente exacta, ya que, si el Estado se vale de las normas privadas ordinarias gozando de poder legislativo, no es posible, sin violencia, interpretar de otro modo su decisión de participar en Sociedades comerciales [...].

En principio, pues, lo no previsto en la ley de constitución (si existe), y salvo disposición en contrario, se ha de llenar con el Derecho privado de Sociedades" (*Las Sociedades de Economía Mixta*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Instituto Francisco de Victoria, Madrid, 1943, pág.166).

³⁴ En el Considerando segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1987 se declara que "las empresas mixtas constituidas en forma de Sociedad Mercantil, según dispone el artículo 103 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para la gestión de servicios públicos de carácter municipal, son entidades sometidas en su constitución, organización y funcionamiento interno al Derecho mercantil (sin perjuicio de las escasas normas particulares de carácter administrativo) en las que las Corporaciones participan, en concepto de socios con los derechos que, como a tales les reconocen los Estatutos y la Legislación Mercantil, pero sin que dentro de cada sociedad tengan facultades exorbitantes derivadas de sus potestades públicas, porque esas empresas mixtas, con personalidad jurídica distinta de los socios que las componen (Corporación y particulares) actúan en la prestación del servicio de una manera análoga a la de un contratista particular, según resulta claramente del artículo 206 del Reglamento General de contratación del Estado, por lo que hay que distinguir la actividad de gestión del servicio público, íntegramente sometida al Derecho Administrativo, y el régimen interno de la empresa que lo está a las normas estatutarias...".

Asimismo, en el Fundamento Jurídico segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2006, se niega la naturaleza pública de las sociedades de economía mixta cuando se dice que "las entidades del tipo de la actora son entidades «de» las administraciones públicas por la elemental consideración de que no ostentan funciones que impliquen el ejercicio de autoridad pública, como expresamente reconoce para las sociedades mercantiles estatales la disposición adicional décimo segunda de la Ley 6/97 de 14 de abril, y, de modo negativo, para el ámbito local, en el artículo tercero de la Ley 7/85 de 2 de abril. El hecho de que se gestione un servicio público, el de aguas, como alega el recurrente, no las convierte en «Administraciones públicas», como tampoco lo es el concesionario, salvo en aspectos puntuales referentes al régimen jurídico de los actos que inciden en ese servicio público".

rídica, la concepción de las sociedades de economía mixta como personas jurídico-privadas.

Desde la óptica del régimen jurídico, a estas sociedades, en cuanto personas jurídico-privadas, se les aplicaría el Derecho mercantil. No obstante, el hecho de que uno de sus socios sea una Administración pública, determinaría que a las mismas se le aplicasen también normas de Derecho administrativo³⁵.

En este sentido, Langle y Rubio señala que "es difícil que el Estado se adapte íntegramente a la disciplina dada por el Dro. Privado (sic) a ese tipo de sociedad merc. (sic), porque aun en este caso persigue fines de utilidad pública y porque no renuncia por completo al "ius imperii", ni puede igualarse en todo a los accionistas privados. Son necesarias, por tanto, reglas especiales: ellas habrán de fijar las derogaciones concretas del régimen normal de la s. a., el grado de predominio de la entidad pública participante. Bien se considere esta institución como una penetración o influencia del Dro. Público en el Dro. Privado, bien como un ensanche del campo de aplicación del Dro. Privado (que traslada sus instituciones a otras zonas), es lo cierto que en ella se intenta armonizar intereses públicos y privados, por lo cual hacen falta normas de equilibrio. Conservando en lo fundamental la estructura y organización de la s. a., se habrán de estudiar con criterio realista las variantes a introducir en su constitución y funcionamiento"³⁶.

Por tanto, en la actualidad y desde los años cincuenta, la doctrina mayoritaria coincide en afirmar la naturaleza jurídica privada de las sociedades de economía mixta.

III.3. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA GESTORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

³⁵ En este sentido, Francisco LLISSET BORRELL considera que el hecho de que "existan aspectos de Derecho público a los que han de someterse las Sociedades de ente público no repugna a su naturaleza jurídico-privada" ("Las sociedades privadas de los entes locales", cit., pág. 620). En el mismo sentido se pronuncian otros autores de la doctrina moderna como Georges RIPERT y René ROBLOT cuando dicen que "la société d'économie mixte est une société commerciale soumise en principe à la compétence des tribunaux judiciaires. En tant que personne morale de droit privé, elle peut faire l'objet d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Mais, il n'est pas toujours possible de contenir le régime juridique de son activité dans les limites du droit privé" (*Traité de Droit Commercial*, Michel GERMAIN (dir.), Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 2002, pág. 195).

³⁶ Vid. Emilio LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1950, pág. 622. En este sentido, Maurice HAURIUO ya había señalado, a propósito del estudio de la Société National des Chemins de Fer, las múltiples derogaciones que el Derecho privado sufre en su aplicación a este tipo de entes (*Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938, págs. 554-559).

Por una parte, en relación con la posible naturaleza instrumental de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales, hay que señalar que, a la luz de jurisprudencia comunitaria y del Derecho interno, la determinación de si una determinada sociedad es o no medio instrumental de una Administración debe partir del análisis de cada caso en concreto para verificar si se cumplen los requisitos anteriormente expuestos.

En el caso de las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públicos locales se puede afirmar que, en ningún caso, podrán tener la consideración de medio instrumental propio de la Administración titular del servicio, bastando para justificar dicha afirmación el hecho de que cuenten siempre y, por definición, con participación privada en su accionariado. Así, carece de relevancia, de acuerdo con la literalidad de la LCSP y con la opinión del Tribunal de Justicia, el hecho de que en ellas se verifique el requisito del control análogo de la Administración sobre la sociedad – tal y como puede ocurrir en sociedades participadas mayoritariamente por dicha Administración o controladas por la Administración de manera efectiva, por ejemplo, como consecuencia del establecimiento de potestades exorbitantes a favor de la Administración-socio – o el hecho de que realicen la parte esencial de su actividad para la Administración titular del servicio de que se trate.

Por otra parte, respecto de la naturaleza jurídica pública o privada de las sociedades de economía mixta gestoras de los servicios públicos locales hay que recordar que la naturaleza jurídica de los entes instrumentales depende directamente de la forma en que estos se constituyan, es decir, si un ente instrumental es creado a través de un instrumento de Derecho administrativo como, por ejemplo, una ley, un reglamento o un convenio de colaboración interadministrativo³⁷, tendrá naturaleza jurídico-pública, mientras que si es creado a través de un instrumento de Derecho privado, como un contrato, civil o mercantil, tendrá naturaleza jurídica-privada³⁸.

³⁷ Sobre este instrumento jurídico, en España, vid. José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Los convenios entre Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

Sobre esta figura y su papel en el Derecho italiano, vid. Marcos ALMEIDA CERREDA, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni nell'ordinamento locale*, cit. y sobre una posible adaptación de dicha regulación al sistema español, vid.: Marcos ALMEIDA CERREDA "Los convenios interadministrativos en el Derecho italiano", *Revista de Administración Pública*, nº. 163, págs. 389 y ss. y "Los acuerdos de programa en el Derecho Local italiano", *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº. 294-295, págs. 247 y ss.

³⁸ En Italia, en la última década, el tema de la naturaleza jurídica, pública o privada, de las sociedades de economía mixta ha sido objeto de estudio por la doctrina y, sobre todo, de debate ante los órganos jurisdiccionales. Sin ánimo de exhaustividad, y con el exclusivo fin de proporcionar una visión global de la situación en Italia, este intrincado asunto se puede sintetizar del siguiente modo.

En el caso de las sociedades de economía mixta, lo que sucede es que la Administración, ante el fracaso en la utilización de algunos de los instrumentos de los que ha dispuesto tradicionalmente para la gestión de sus servicios públicos en colaboración con los particulares, toma del Derecho privado la fórmula societaria, al considerarla un instrumento adecuado para este fin³⁹.

En primer lugar, hay que señalar que, en el ámbito de la jurisdicción administrativa, se ha defendido la naturaleza substancialmente pública de las sociedades con participación mayoritariamente pública (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 4082, de 7 de noviembre de 2000), pese a su aspecto formalmente privado. En este sentido, de modo explícito el Consiglio di Stato ha dicho que “devono considerarsi enti pubblici anche le società che svolgono attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenute ad operare come pubbliche amministrazioni [...] nella considerazione dell’evoluzione della nozione di pubblica amministrazione [...] non ai regimi giuridico formale cui gli enti sottostanno quanto piuttosto ai dati sostanziali che ne caratterizzano la struttura, l’attività e la funzione” (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 5830, de 17 de octubre de 2005). Esta idea había sido formulada una década antes por la doctrina. Así, en este sentido, vid. Giampaolo ROSSI, *Gli Enti Pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1991. La profundización en esta línea argumental – a través del examen de la actividad y las funciones, de naturaleza pública, que desarrollan las sociedades de economía mixta mayoritariamente públicas y del estudio de su estructura y de su funcionamiento (poderes especiales, control público, etc...) –, ha llevado a la aplicación por parte de los tribunales administrativos italianos de normas de naturaleza pública a las sociedades de capital mayoritariamente público (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 4082, de 7 de noviembre de 2000 y Cons. Stato, Sez. IV, nº. 315, de 21 de diciembre de 2004).

En consecuencia, y en virtud de una clara influencia del Derecho Comunitario (cfr. Claudio MIGNONE, “Il controllo della Corte dei Conti sull’impresa pubblica in forma privata”, *Studi in onore di Victor Uckmar*, tomo II, Cedam, Padova, 1997, pág. 912) en Italia se ha incluido a las sociedades con participación pública prevalente en la categoría de organismos de Derecho público, y, en virtud, de este hecho se les ha extendido la disciplina pública (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 2724, de 4 de junio de 2002). De este modo, ha comenzado a perfilarse para ellas “una disciplina especial” que deroga la contenida en el Código Civil. Y ello porque, de acuerdo con el Consiglio di Stato, estas sociedades, mientras sean de propiedad mayoritariamente pública, no podrán pretender ser ni actuar como las demás sociedades mercantiles (Cons. Stato, Sez. VI, nº. 498, de 20 de mayo de 1995).

Esta disciplina especial se concreta en la aplicación a las mismas, entre otras, de las normas de contratación pública (Codice degli Appalti), e incluso del derecho de acceso a documentos públicos (Cons. Stato, Adunanza Plenaria, nº. 5, de 5 de septiembre de 2005).

En segundo lugar, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, por el contrario, en Italia esta calificación de las sociedades de economía mixta como entes públicos no ha sido admitida fácilmente. En un primer momento, la Corte di Cassazione entendió que “la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché [...] gli enti pubblici ne detengano le azioni” (SS. UU., nº. 7799, de 15 de abril de 2005). En consecuencia, este Tribunal defendió que en la medida en que no se prevean derogaciones a la disciplina común a las sociedades con participación pública a estas se les aplica el régimen general establecido en el Código Civil italiano. No obstante, con el paso del tiempo, primero con reticencia, y luego, de modo un poco más abierto, la Corte di Cassazione ha reconocido que ciertas sociedades por acciones constituyen instituciones públicas (SS. UU., nº. 9096, de 3 de mayo de 2005 y SS.UU., nº. 10443, de 23 de abril de 2008).

³⁹ Constituye este un perfecto ejemplo de cómo se ha generado el Derecho administrativo. Una institución preexistente, nacida en el seno del Derecho privado, es trasladada al ámbito del Ordenamiento jurídico-público, donde sufre las necesarias modulaciones para adaptarse a las características y a los principios que rigen este Ordenamiento. Así, tal y como señala Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “podemos entresacar un punto de referencia común, que es válido en toda su amplitud: la existencia de figuras e instituciones administrativas que se han construido, primero, y más tarde se han desarrollado sobre las líneas básicas que el Derecho privado les proporcionó. Se trata de un verdadero préstamo o traslado de estructuras, verdaderamente sustancial, y que no se reduce sólo,

Pero, una vez que una sociedad, que es un instrumento propio del Derecho mercantil, entra en la esfera pública su régimen jurídico – que está adaptado al mundo privado y que, en consecuencia, no se adecua perfectamente a los principios que rigen el funcionamiento de una Administración pública – sufre inexorablemente modificaciones. Dichas modificaciones en su régimen jurídico vienen determinadas, en primer lugar, porque el origen de las sociedades de economía mixta se halla en un contrato administrativo y porque uno de sus socios va a ser una Administración pública, lo que provoca la introducción de determinadas especialidades en el régimen de funcionamiento de estas sociedades – como, por ejemplo, la posibilidad de que dicha Administración vete las decisiones del Consejo de Administración – y, en segundo lugar, porque existen una serie de normas imperativas de Derecho público que se aplican, en diferente medida, a todos los entes vinculados al sector público, lo que determina que se produzcan modificaciones en el régimen de personal o de contratación de estas sociedades⁴⁰.

En consecuencia, de acuerdo con lo que se acaba de explicar, se puede sostener que las sociedades de economía mixta gestoras de servicios públi-

como Mayer opina, a la simple cesión de un nombre, circunstancia, al fin y al cabo exterior y sin consecuencias, reducida exclusivamente a la escueta aplicación de una expresión verbal.

[...] También del Derecho administrativo al Derecho civil se ha verificado el fenómeno análogo de cesión, de préstamo y traspaso de técnicas, e incluso de instituciones. Este fenómeno ha tenido, como era lógico, un ámbito más reducido; por supuesto, no tan amplio como el que hemos analizado. Ambas facetas, en definitiva, no constituyen sino una manifestación de la unidad intrínseca y sustancial del Derecho” (*El Derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 47-48 y 62).

Asimismo, sobre el nacimiento del Derecho administrativo español, vid. Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Iustel, Madrid, 2006.

⁴⁰ En el Derecho portugués, las sociedades vinculadas a los Entes Locales, íntegramente públicas o mixtas, tienen un régimen jurídico propio, contenido en la Ley nº. 53-F/2006, de 29/12, por la que se aprueba el Régimen Jurídico del Sector Empresarial Local (RJSEL), que contiene importantes peculiaridades respecto de la disciplina general de las sociedades mercantiles, que se les aplica subsidiariamente (Pedro GONÇALVES, *Regime Jurídico das Empresas Municipais*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 14).

Así, Pedro GONÇALVES señala que “as empresas municipais constituídas nos termos da lei comercial são sociedades de regime especial. Ao contrário do que sucede em vários sistemas jurídicos estrangeiros, a autorização legal, conferida aos municípios, para o emprego de formas societárias não se consubstancia numa mera remissão para o direito comercial. [...] Neste ponto se revela, em termos nítidos, a natureza mista do regime jurídico a que as empresas municipais societárias ficam submetidas. Socorrendo-nos de uma nomenclatura da doutrina germânica, podemos considerá-lo um regime de direito societário administrativo: de facto, àquelas empresas aplica-se uma disciplina que mistura a regulação ordinária do CSC, que atende ao facto de se tratar de sociedades, com a regulação específica do RJSEL, que atende ao facto de se tratar de empresas societárias municipais” (*Regime Jurídico das Empresas Municipais*, cit., pág. 89).

cos tienen una naturaleza jurídica privada⁴¹, pero un régimen jurídico mixto, público-privado: esencialmente de Derecho privado, aunque con importantes peculiaridades de Derecho público⁴²

⁴¹ Así, en este sentido, en la doctrina italiana, a pesar del intenso debate suscitado sobre esta cuestión, no parece haber dudas sobre la naturaleza privada de las sociedades mixtas gestoras de servicios públicos locales. Vid.: Giuseppe PIPERATA, “Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli Enti Locali”, en *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Marco CAMMELLI y Marco DUGATO (dirs.), G. Giappichelli Editore, Torino, 2008, págs. 308-309; Guido CORSO, “La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato”, *Servizi Pubblici Locali e nuove forme di amministrazione*, Giuffré, Milano, 1997, pág. 31 y Vittorio OTTAVIANO, “Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali”, *Rivista delle Società*, nº. 44, vol. I, 1999, pág. 245.

⁴² En este sentido, Giuseppe PIPERATA señala que “in altri termini, le figure societarie introdotte dalla legge per la gestione dei servizi pubblici locali sono state considerate società di diritto privato a carattere speciale, in quanto soggette ad un regime differenziato e derogatorio appositamente previsto dal legislatore” (“Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli Enti Locali”, cit., págs. 308-309).

La gran cantidad de especialidades que las normas administrativas establecen ha suscitado también fuertes críticas por un sector de la doctrina que ha llegado a calificar este modelo como un “modelo societario sostancialmente insincero” (Renzo COSTI, “Servizi pubblici locali e società per azioni”, *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, I, pág. 800).

2 comentarios y crónicas

LA FINANCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA DE LAS INFRAESTRUCTURAS. ANÁLISIS DE UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA AUTOVÍA SEGOVIA-VALLADOLID¹

Jesús Julio Carnero García

Secretario General de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León

- **Índice:** *I. La financiación público-privada de las infraestructuras. II. Un caso: la autovía Segovia- Valladolid. II.a. El porqué de la necesidad de esta autovía. II.b. Un record: los tiempos de planificación y construcción de la autovía. II.c. Descripción de las obras. II.d. Procedimiento de financiación extrapresupuestaria. Los peligros. II.e. Licitación y su resultado. II.f. La crisis económica y la viabilidad de estos procedimientos. III. Conclusión*

¹ Este artículo reproduce la ponencia que el autor presentó en el seminario sobre “Colaboración sector público privado en materia de infraestructuras” organizado por la EGAP los días 15 y 16 de febrero de 2010.

I. LA FINANCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA DE LAS INFRAESTRUCTURAS

No hay duda que la inversión en infraestructuras es una herramienta clave para el desarrollo social y económico de cualquier sociedad, repercute en el incremento de la productividad, del crecimiento económico y de la competitividad y, al mismo tiempo, proporciona sustanciales mejoras en la calidad de vida de la población.

Es un problema común de los gobiernos actuales el hecho de que la creciente demanda de infraestructuras y servicios por parte de la sociedad, no siempre va acompañada de los recursos públicos suficientes para financiarlas, lo que, unido a las exigencias del control presupuestario y del endeudamiento público ha determinado que cada vez resulte más complicado obtener recursos públicos para invertir en infraestructuras.

Ello ha obligado y obliga a buscar fórmulas alternativas de financiación que permitan la canalización de recursos procedentes del sector privado para sacar adelante proyectos que, por sí solos, los gobiernos no podrían asumir sin incrementar sensiblemente su nivel de endeudamiento.

Se trata en resumidas cuentas de lo que en este Seminario se está estudiando, es decir, de la colaboración o participación público-privada, lo que se ha dado en llamar modelo PPP (*Public-Private Partnership*) o P3, es decir, la participación del capital privado en la financiación de las infraestructuras públicas.

Sostenía Schopenhauer que "la verdad atraviesa tres fases. Durante la primera, se ridiculiza. Durante la segunda, recibe una oposición violenta. Durante la tercera, se la acepta como autoevidente"

Algo parecido ha sucedido con la participación privada en la financiación de las infraestructuras. Del recelo inicial a dicha participación, sustentado en afirmaciones tan arraigadas en la conciencia colectiva como inverosímiles del tipo "*las infraestructuras las tiene que pagar el Estado y no los contribuyentes*" (sin reparar en que todo lo que gasta el Estado es pagado con dinero de los contribuyentes) hemos pasado hoy a una verdad incuestionable: la necesidad de que el sector privado colabore con la Administración en la financiación de las infraestructuras públicas.

En este contexto, además del sistema tradicional de retribuir al contratista con abonos a cuenta (las certificaciones de obra) según un presupuesto cerrado y aprobado por la Administración¹, han ido apareciendo de forma paulatina nuevas fórmulas mixtas de financiación en las que se retribuye al ejecutor de

¹ Sin perjuicio de las revisiones de precios, cuando procedan.

las infraestructuras mediante una combinación de recursos públicos y privados.

La aparición de estas nuevas fórmulas no es casual, sino que es **consecuencia de las actuales circunstancias económicas y financieras**.

Su origen se remonta a los gobiernos conservadores en el Reino Unido y actualmente su utilización esta preconizada por la Comisión Europea, fundamentalmente para el campo de las infraestructuras, así lo recomienda en el Libro Blanco del Transporte del año 2001, y en 2003 el Consejo Europeo aprobó la Iniciativa de Crecimiento y Empleo en la Unión Europea, donde reconoce *"como uno de los objetivos prioritarios el recurso a estas innovadoras fórmulas de colaboración público-privada en la promoción de infraestructuras"*

Con carácter general **pueden ser definidos** como acuerdos o fórmulas de cooperación entre entes públicos y privados, en virtud de los cuales, a través de diferentes instrumentos, técnicas, alcance y plazos, se implica al sector privado en el diseño, construcción, mantenimiento, gestión y/o financiación de las infraestructuras, transfiriéndole riesgos y responsabilidades, pero manteniendo la Administración, potestades de control y regulación de la actuación de los entes privados intervinientes.

Podemos citar algunas de las modalidades más usuales en la financiación de infraestructuras:

- 1) El "sistema alemán".
- 2) El "peaje en sombra", o canon de demanda, y que es el utilizado en la Autovía Segovia – Valladolid como veremos.
- 3) El "leasing".
- 4) La **creación de empresas públicas y/o entes públicos** para la construcción y/o explotación de las carreteras.
- 5) La constitución de "fondos de titulización".
- 6) La **emisión de títulos de deuda** que se garantiza con cargo, bien a determinados impuestos indirectos, bien a los ingresos producidos por la explotación de las propias infraestructuras.
- 7) Otro mecanismo novedoso es el de las **aseguradoras "monoline"**.

Algunos de estos mecanismos y técnicas de financiación citados, de arraigo consolidado en el ámbito mercantil y financiero, venían tropezando con no pocas dificultades derivadas de su falta de regulación y previsión expresa hasta que han sido finalmente incorporados al ordenamiento jurídico administrativo mediante Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, y que ahora se han mantenido en la nueva Ley 30/2007, de

30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la cual, además, ha dejado en vigor todo el Capítulo IV del Texto Refundido de la Ley de Contratos del 2.000, relativo a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública.

Se puede señalar que, los proyectos realizados al amparo de estos modelos, de los que hemos venido hablando, se benefician de todas las ventajas de la gestión privada, y gozan de la protección que la Administración otorga a la iniciativa pública.

Y son numerosas las razones que justifican la utilización de las fórmulas de la colaboración público-privada:

- Permiten incrementar el ritmo inversor, al adelantar las acciones en el tiempo.
- Permiten diferir los altos costes iniciales a lo largo de la vida de la infraestructura.
- El sector público trasfiere riesgos al sector privado, sobre todo aquéllos que éste puede gestionar mejor, minimizando los sobre costes de materialización de los mismos.
- Incentiva al sector privado a adelantar al máximo la ejecución de las infraestructuras ya que su retribución no se devenga hasta que el activo este disponible.
- Se derivan beneficios y ahorros para el sector público en las fases de construcción y explotación, reduciendo el volumen de costes durante la vida de la infraestructura y facilitando un eficiente mantenimiento posterior de la misma. Lo que genera una mayor eficiencia y rendimiento de los recursos invertidos.
- Genera economías externas derivadas de la anticipación de las actuaciones en infraestructuras, lo que contribuye al desarrollo económico y aumento de la competitividad.
- Facilita la no consolidación de deuda en los balances públicos a efectos del Sistema Europeo de Contabilidad (SEC 95).

Como se ve, adicionalmente a la posibilidad de facilitar la financiación fuera del balance de la Administración (que Eurostat lo compute como un activo privado), la mejora de la eficiencia derivada de las ventajas señaladas por la participación del sector privado, compensa el mayor coste asociado a la remuneración de los capitales invertidos por los inversores privados y los fondos aportados por las entidades financieras.

En definitiva se crea valor para la Administración ya que se ha constatado

la existencia de mayores costes para ésta en el modelo presupuestario tradicional por la materialización de los riesgos no traspasados al sector privado (desviaciones presupuestarias en la ejecución de obra, desviaciones de plazos, insuficiencia de fondos presupuestarios a lo largo de la vida para una adecuada conservación de la infraestructura).

Por tanto la utilización de la participación público-privada no debe estar basada solamente en la necesidad de mantener el Pacto de Estabilidad Presupuestario, sino fundamentalmente en la **mejora de la eficiencia económica y la creación de valor para la Administración** que este sistema posibilita. De hecho en el Reino Unido donde llevan más de una década con una utilización del procedimiento en todos los órdenes de los equipamientos (infraestructuras de transporte, sanitarias, educativas, de Justicia, militares, etc.), la motivación no deriva de restricciones presupuestarias, pues baste recordar que el Reino Unido no se ha incorporado a la tercera fase de la unión económica y monetaria y por lo tanto no ha firmado el Pacto de Estabilidad y crecimiento, sino a razones de eficiencia y de ahorro para la Administración.

II. UN CASO: LA AUTOVÍA SEGOVIA- VALLADOLID

II.A. EL PORQUÉ DE LA NECESIDAD DE ESTA AUTOVÍA

La conexión entre Segovia y Valladolid se realiza a través de la carretera autonómica CL-601 (113 Km.), siendo este el único caso en todo el territorio de nuestra Comunidad en el que dos capitales de provincia están conectadas por una carretera autonómica, por lo que era necesario desdoblarse dicha carretera dado que responde al objetivo del Gobierno Regional de conectar entre sí todas las capitales de provincia de la Comunidad mediante vías de gran capacidad.

Esta situación ha dado lugar a que la transformación en autovía de dicha conexión se haya considerado como un objetivo político prioritario en materia de infraestructuras.

La concreción de este objetivo político se señaló en el discurso de investidura del Presidente de la Comunidad de 1 de julio de 2003.

Es evidente su **importancia en el ámbito regional** dado que es uno de los ejes prioritarios de la Comunidad en cuanto que:

- Sirve de vía de comunicación a dos capitales de provincia: Valladolid y Segovia.
- Canaliza uno de los tráficos más importantes de la región, alcanzando

valores cercanos a los 8.000 vehículos diarios en las proximidades de ambas ciudades.

- Contribuye de forma decisiva a la vertebración y accesibilidad de una buena parte de nuestro territorio.

Y ello sin olvidar su **trascendencia dentro de las comunicaciones a escala nacional** por cuanto en ella se produce un interés claramente suprarregional dado que es:

- Eje de conexión Norte-Sur.
- nueva alternativa para conectar Madrid con los ejes Valladolid – León y Valladolid – Palencia – Santander.
- Descarga de tráfico tanto a la A-6, como a la A-62 entre Valladolid y Tordesillas.

II.B. UN RECORD: LOS TIEMPOS DE PLANIFICACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE LA AUTOVÍA

En cuanto eje estratégico de la red de carreteras de la Comunidad Autónoma, la CL-601 ha sido siempre objeto de un **tratamiento prioritario** por parte de la Junta de Castilla y León, y así ya tenían la configuración de autovía los 13 km más cercanos a Valladolid y los 7'5 kms. más cercanos a Segovia.

Al objeto de completar el resto del tramo como Autovía, ha sido preciso abordar íntegramente el proyecto, lo cual, gracias al **riguroso cumplimiento de los ajustados plazos** que inicialmente se establecieron para cada una de las fases de todo el proceso, se ha realizado en un tiempo record. Hablamos de, por ejemplo:

- Redacción de los Anteproyectos de 92 Km. de autovía en 8 meses.
- Tramitación de la Información Pública, resolución e informe de las alegaciones y superación del trámite de Declaración de Impacto Ambiental en 6 meses.
- Redacción de los Pliegos que han de regir la concesión y tramitación de la licitación llegando hasta la propuesta de la Mesa de Contratación en 6 meses.
- 4 años desde el inicio del proceso administrativo.
- poco más de 2 años desde el inicio de las obras. (26-7-06). Inauguración del último tramo el 19-9-08 (26 meses).

En resumidas cuentas a inicios de la pasada legislatura (2003) se tomó la decisión y se iniciaron los primeros trámites y en los primeros meses de la le-

gislatura presente ya estaba inaugurada en su totalidad la autovía (2008).

II.C. DESCRIPCIÓN DE LAS OBRAS

Con el objetivo de facilitar una mejor explotación de la vía la ejecución se ha dividido en **dos tramos** de similar longitud con Cuellar como punto común:

- **Tramo Sur ➤ 49 km** desde la salida de Segovia, hasta Cuéllar.
Adjudicado al Consorcio formado por Sacyr S.A. – Itinere Infraestructuras S.A. – Construcciones y Contratas Lerma, S.L. – Rio de los Ausines, con un presupuesto de 103.306.729 euros y un plazo de 26 meses.
- **Tramo Norte ➤ 43 km** desde Cuéllar hasta las inmediaciones de Valladolid.
Adjudicado al Consorcio formado por Dragados Concesiones de Infraestructuras S.A. – Cyopsa Sisocia, S.A. – Caja Duero, con un presupuesto de 91.587.547 euros y un plazo de 24 meses.

La ejecución de estos dos tramos supone una inversión en obra nueva de 195 millones de euros.

El trazado discurre por el corredor de la CL-601 **aprovechando** al máximo posible la **infraestructura existente**. Este aprovechamiento se ha traducido fundamentalmente en convertir la calzada existente en una de las dos calzadas de la nueva autovía, en aquellos tramos donde el trazado existente cumple los requisitos técnicos de la ésta. Sólo ha sido necesario construir las dos calzadas de manera completa en los tramos correspondientes a las nuevas variantes de Portillo, Pinarejos y Roda de Eresma, sustituyéndose así las antiguas travesías.

Se ha tenido en cuenta la necesaria **permeabilidad** entre ambas márgenes contemplándose un total de 45 pasos transversales (superiores e inferiores), lo que atenuará al máximo el efecto barrera de la autovía.

La accesibilidad queda garantizada mediante los enlaces oportunos habiéndose diseñado un total de 26.

Los accesos a instalaciones, servicios y resto de propiedades públicas o privadas quedan garantizados mediante una **red de caminos paralelos** de 128,2 Km. y 21,6 Km. de **vías de servicio**.

En todo momento se ha procurado que la nueva vía de gran capacidad se traduzca en un **desarrollo sostenido** y compatible con el medio ambiente.

Se ha diseñado como una «**autovía de nueva generación**», con la utilización de un **asfalto poroso**, menos ruidoso que el convencional y que permite drenar el agua de lluvia hacia las cunetas y evitar el deslizamiento ('aquaplaning')

Se presta una especial atención a la **seguridad vial** contemplando la ejecución de cunetas tendidas que eviten los vuelcos en caso de salida de la vía, la separación de las dos calzadas por barreras metálicas que impiden la invasión del carril contrario y el uso de barreras de doble onda.

Se han establecido **dos centros de conservación y explotación**. Dichos centros cuentan con:

- sistemas informáticos para la gestión de la autovía con 19 cámaras distribuidas por toda la autovía con un alcance de ± 3 Km.
- terminales de los equipos de conteo, distribuidos por toda la autovía, con los que se realiza el control del tráfico, distinguiendo entre vehículos pesados y ligeros, a efectos del pago a la empresa concesionaria.

II.D. PROCEDIMIENTO DE FINANCIACIÓN EXTRAPRESUPUESTARIA. LOS PELIGROS

La cuantía de la inversión necesaria, así como la necesidad de proveer esta infraestructura en un espacio de tiempo no dilatado aconsejaba la utilización de algún procedimiento de financiación extrapresupuestaria.

El procedimiento seleccionado fue el de concesión mediante el procedimiento de "peaje en sombra", recogido en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obra Pública.

En el caso concreto de la autovía Valladolid- Segovia, se hacía imprescindible, el diseñar un sistema, que permita anticipar la construcción y **no incrementar el endeudamiento** de la Comunidad Autónoma.

Para lo cual se ha diseñado un procedimiento que cumpla lo establecido por la Resolución de EUROSTAT nº18/2004, sobre el tratamiento contable de las asociaciones público-privadas.

EUROSTAT exige que para que una infraestructura no se compute como pública y, por tanto, no genere endeudamiento, es necesario que se cumplan las dos **condiciones** siguientes:

- a) Que el socio privado soporte la mayoría del riesgo de construcción.
- b) Que el socio privado soporte la mayoría de al menos uno de los riesgos siguientes: De demanda o de disponibilidad.

En el caso de la **ejecución de la obra de la autovía**, el concesionario asume los riesgos derivados de sobrecostes, de retraso en la terminación de la autovía, de no cumplimiento de los estándares especificados en el contrato, de deficiencias técnicas, no comenzando a cobrar hasta que no esté completamente abierta al tráfico la totalidad de la autovía.

El concesionario recibe como **contraprestación** a la construcción y conservación de la autovía, el pago por parte de la Junta de Castilla y León, de una tarifa, por cada vehículo y Kilómetro que recorra la misma.

Los usuarios **no pagan nada**, de hecho no existen cabinas de peaje, ni personal que cobre el mismo, lo que abarata enormemente los costes de explotación de la concesionaria.

Los vehículos que circulan por la autovía se cuentan mediante una espiras electromagnéticas embebidas en la calzada, que al paso de la masa metálica de un vehículo se activan y permiten contar el número de vehículos y su longitud, distinguiendo por tanto entre vehículos ligeros y vehículos pesados (aquellos que miden más de 5,5 metros).

El pago se realiza en función del número de usuarios de la autovía, con lo que existe una **clara transferencia al concesionario del riesgo de demanda**. Se ha previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas, una estructura de bandas de tráfico, de forma que la tarifa aplicable a los vehículos es decreciente a medida que aumenta el tráfico de la autovía, penalizando por ello una peor prestación del servicio por redundar el mayor tráfico en una menor velocidad media.

En la primera banda tarifaria (hasta 158 millones de vehículos ligeros/km/año y hasta 31 millones de vehículos/km/año) el concesionario cobraría por cada vehículo la tarifa ofertada, en la segunda banda de tráfico cobraría un 50 % (de 158 a 197'5), en la tercera banda un 25% (de 197'5 a 246) de la tarifa ofertada y en la cuarta banda no cobraría tarifa alguna por los vehículos que circularan.

Asimismo, se ha previsto un **mecanismo que prime o penalice la calidad del servicio ofrecido por la Sociedad concesionaria**, de forma que el incumplimiento de determinados parámetros técnicos se traduzca de forma automática en unos descuentos en los pagos a realizar por la Administración al concesionario por el paso de los vehículos por la autovía. Se trata de la **transferencia del riesgo de disponibilidad**.

Estos indicadores se refieren a:

- La **accidentalidad de la autovía**, un aumento de la misma en relación a la media de los tres años anteriores se penaliza con menor pago por la Administración, con descuentos de hasta el 5%. En sentido contrario, está primada la reducción de la accidentalidad con incrementos del plazo concesional (cumplimos así con el objetivo señalado en nuestra Estrategia de Seguridad Vial).
- La **regularidad superficial**, que tiene repercusión en la comodidad de

rodadura, y por tanto en la seguridad vial. La pérdida de una adecuada regularidad superficial, se penaliza con descuentos de la tarifa y a partir de cierto límite con la obligación de ejecutar las obras necesarias que lleven a la calzada a su estado primitivo de regularidad superficial.

Se establecen criterios de exigencia del IRI (Índice de Regularidad Internacional) característico, con medición cada 20 m. en lugar de cada hectómetro como exige la norma ministerial.

Otro indicador es el **coeficiente de rozamiento transversal**, como parámetro fundamental en la adherencia de rueda-pavimento, y por tanto decisivo para la seguridad vial de la autovía.

La **pérdida de capacidad de la autovía**, como consecuencia del cierre parcial de algún carril también supone la penalización al concesionario con descuento sobre la tarifa.

En definitiva, estos parámetros de medida y descuento en el pago por peor calidad en el servicio ofrecido, suponen como decíamos la transferencia al concesionario del denominado Riesgo de Disponibilidad.

Una vez que teníamos claro la necesidad de la utilización de un mecanismo de financiación extrapresupuestario y teniendo asimismo claro el procedimiento y mecanismos de transferencia de los riesgos de demanda y disponibilidad, como ha quedado explicitado anteriormente, había **dos peligros**: ¡Que no hubiera licitadores! ¡Que computara como endeudamiento!

Ese era nuestra gran preocupación, nuestro gran reto. Por ello hicimos un pliego que evitara estos dos peligros.

El Pliego no podía ser tan duro que no hubiera licitadores y para ello hicimos que la tarifa que señala el Pliego por vehículo y para cada uno de los tramos (0'0621 euros/km y 0'0712 euros/km) sea el resultado de un profundo estudio realizado por la Administración y que estaba plasmado en los Estudios de Tráfico, en los Estudios Económico-Financiero y en el propio Anteproyecto.

Asimismo y en relación a las expropiaciones se establecía la obligación del pago por parte del concesionario, pero todo aquello que superara los 5'5 millones de euros en el pago de las mismas daría lugar a establecer el equilibrio económico de la concesión. Así evitábamos el que un excesivo coste no controlado de las mismas diera al traste con la ejecución de las obras.

En cuanto al no endeudamiento, en el Pliego habíamos, como ha quedado explicado, puesto las bases para que hubiera la transferencia de Riesgos de demanda e incluso de disponibilidad. Las bases estaban establecidas, ahora ya solo faltaba que la IGAE se pronunciara en su debido momento.

En definitiva se trataba de plasmar en el pliego la filosofía que rige la colaboración público-privada, que no es otra que cada una de las partes gestione los riesgos para el que esta mejor preparada.

En este sentido el Pliego acotaba los casos de reequilibrio económico-financiero de la concesión, especificando los supuestos en que decisiones de la Administración que no modifican el contrato en sí, pero que pueden tener influencia indirecta importante en las cuentas de la concesión (doctrina del "Factum Principis").

II.E. LICITACIÓN Y SU RESULTADO

El objeto del contrato es: Redacción del Proyecto, construcción de la obra y conservación y explotación.

- Longitud de la autovía: **92 Km.**
- Periodo de concesión: **35 años** (desde la firma del contrato).
- Plazo de construcción de las obras: **Máximo 30 meses** (a ofertar por los licitadores)

Canon máximo establecido por vehículo y kilómetro:

- Desde Valladolid hasta Cuéllar: 0,0621 euros/Km.
- Desde Cuéllar a Segovia: 0,0712 euros/Km.

Al proceso concurren 8 y 7 grupos para cada uno de los tramos en los que se dividió la autovía, presentando ofertas con TIR (Tasa Interna de Retorno) para los inversores entre el 4,95% y el 9,4%, habiendo recaído la adjudicación con los siguientes parámetros:

	TRAMO NORTE	TRAMO SUR
TARIFA	0,0351 euros/veh.-Km.	0,0427 euros/veh.-km.
INVERSION INICIAL OBRA NUEVA	91,5 M. euros	103,3 M. euros
PAGOS DE LA ADMON. € DEL 2006, IVA INCLUIDO	146,9 M. euros	177,8 M. euros
TIR (TASA INTERNA DE RETORNO)	7'28%	8'74%

Fue puesta en servicio, como hemos dicho, en julio y septiembre del año 2008.

El contrato de concesión ha sido supervisado por la Intervención General de la Administración del Estado (I.G.A.E.), habiéndose informado favorablemente

a los efectos de no ser considerado como un activo público, y no computando como deuda pública, por estar suficientemente acreditado, la existencia de transferencia del riesgo al sector privado.

Por todo lo anterior, se considera cumplido satisfactoriamente el objetivo de materializar la construcción de la autovía Segovia – Valladolid, mediante la figura del contrato de Concesión de Obra Pública, felicitándonos de la oportunidad del momento de haberla acometido, justo antes del inicio de la crisis.

II.F. LA CRISIS ECONÓMICA Y LA VIABILIDAD DE ESTOS PROCEDIMIENTOS

Establecida la bondad de este procedimiento de participación Público-Privada, basado no solo en la necesidad de no aumentar el endeudamiento, sino sobre todo en un análisis riguroso de que el procedimiento en su conjunto, **crea valor para la administración**, frente a los métodos presupuestarios convencionales, es preciso resaltar que la crisis financiera actual ha complicado enormemente no solo la puesta en marcha de iniciativas de este tipo sino incluso la viabilidad de muchas de las concesiones otorgadas en años anteriores.

El **Ministerio de Fomento**, lanzó en el año 2007 un programa de conversión de las autovías de 1ª Generación, mediante el procedimiento de Peaje en Sombra y con pagos establecidos fundamentalmente por criterios de disponibilidad.

Es de sobra conocido por todos las dificultades con las que este programa se ha encontrado, que ha hecho que a día de hoy algunos de esos contratos no hayan ni siquiera comenzado, derivado del costoso cumplimiento de esos créditos por el excesivo número de parámetros que definían la disponibilidad, así como de la crisis económica.

Igualmente respecto de **autovías de Peaje Convencional**, fundamentalmente las que afectan a las radiales de Madrid, los accesos al aeropuerto de Barajas, la Madrid-Toledo, la Cartagena-Vera, etc., han visto disminuidos sustancialmente sus tráficos respecto de las previsiones, llegando a un incumplimiento sistemático de sus planes de negocios, poniendo en serio riesgo de quiebra muchas de estas concesiones, hasta tal punto que en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, se incluyen disposiciones expresas para el reequilibrio económico-financiero de las concesiones de autopistas de peaje y para el reequilibrio económico-financiero de las concesiones de obras públicas para conservación y explotación de las autovías de 1ª Generación, estableciendo la posibilidad de recibir por parte del Estado préstamos participativos y actualmente en las Cortes se debate el Proyecto de Ley de Captación de Financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas, que trata de remediar estos problemas mediante diferentes fórmulas

como la cuenta de compensación .

Por lo que se refiere a la situación actual de la concesión de la **autovía Segovia-Valladolid**, no se está viendo ajena a esta situación general de dificultades. Si bien en el año de puesta en servicio el tráfico ha crecido en torno a un 12%, en un ambiente de descenso en los tráficos de todas las redes de carreteras, este tráfico se encuentra por debajo de las previsiones iniciales del concesionario (en torno al 70% del tráfico previsto), lo que está generando dificultades de tesorería en estos momentos de lanzamiento de la concesión (RUMP UP) por todo ello la Junta de Castilla y León está estudiando la posibilidad de la utilización de anticipos reintegrables, dado que para nosotros la concesión es viable y a buen seguro que ira a mejor y únicamente a los efectos de garantizar la viabilidad económica-financiera de la concesión (artículo 239).

III. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto debemos concluir que los sistemas de financiación de infraestructuras tienen necesariamente que sofisticarse cada vez más dadas las restricciones presupuestarias que sufren las Administraciones Públicas y el complicado momento de recesión económica en el que nos encontramos².

Indefectiblemente, con el importante bagaje de las experiencias del pasado, el futuro de las infraestructuras pasa necesariamente por una financiación a un plazo cada vez más largo en relación con su vida útil y con financiación directa privada, bien complementaria o total, para que no sea contabilizada como financiación pública con cargo a los presupuestos y para que exista un mayor control por parte del mercado de sus costes y riesgos. Para ello ha de contarse con un conjunto creciente de inversores privados a largo plazo que estén dispuestos a correr con los riesgos de la infraestructura en unas condiciones cada vez más razonables.

Utilizando este mecanismo de financiación extrapresupuestaria en esta autovía hemos cumplido, o así lo entendemos, con algo que señala la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, esto es, "hemos hecho útil la institución" al recuperar los rasgos definidores de la figura centenaria de la concesión de obras públicas (contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribu-

² Hace referencia al artículo del Diario Expansión de 2 de febrero de 2010 "Fomento sale en rescate de las autopistas de peaje"

ción del esfuerzo empresarial y con ello contribuimos al más rápido crecimiento económico).

Desde la Junta de Castilla y León estamos creando una **moderna y ambiciosa red de infraestructuras, integrada, rigurosamente planificada y pensada para satisfacer las necesidades de los ciudadanos de Castilla y León**, en el que **las vías de alta capacidad** para el transporte por carretera son **pieza fundamental** en la que se centra la mayor parte del esfuerzo humano y económico y todo ello con el fin de vertebrar y cohesionar de un modo definitivo Castilla y León.

PRIMER AÑO DE ACTIVIDAD DEL PARLAMENTO DE GALICIA EN LA VIII LEGISLATURA

Xosé Antón Sarmiento Méndez
Letrado Maior do Parlamento de Galicia

- **Índice:** *I. Introducción. Disolución y apertura de la VIII Legislatura. II. Composición de la cámara. Bajas y altas de diputados. III. Calendario de actividades. IV. Procedimientos de elección, designación y propuesta de nombramiento. V. Actividad legislativa, de control e información. VI. Procedimiento de control económico y presupuestario. VII. Procedimientos relativos a otras instituciones y órganos. VIII. Debate anual de política general. IX. Declaraciones institucionales.*

I. INTRODUCCIÓN. DISOLUCIÓN Y APERTURA DE LA VIII LEGISLATURA

Se cumplió el pasado 1 de abril un año de la constitución de la VIII Legislatura del Parlamento de Galicia. Hay que recordar que antes de agotarse la anterior, la VII Legislatura, que finalizaba en junio de 2009, se disolvió el Parlamento de Galicia y se convocaron elecciones para el 1 de marzo de 2009, facultad que corresponde al presidente de la Xunta de Galicia, y que así lo dispuso a través del Decreto 1/2009, de 5 de enero, publicado en el *Diario Oficial de Galicia* el 6 de enero.

Celebradas las elecciones, la Xunta Electoral de Galicia hizo públicos los resultados generales, por acuerdo de 25 de marzo de 2009 (DOG núm. 60, de 27 de marzo de 2009), con el resultado traducido en escaños del siguiente modo:

La sesión constitutiva de la VIII Legislatura del Parlamento de Galicia¹, como ya dije, tuvo lugar el 1 de abril de 2009. El Pleno procedió a la elección de la Mesa, siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 35 y 36 RPG. Es la Mesa el órgano rector de la Cámara y quien desempeña la representación colegiada de ésta en los actos a los que asista (artículo 29 RPG). La composición actual es la siguiente:

Presidenta: Pilar Rojo Noguera (PP)
 Vicepresidente 1º: José Manuel Baltar Blanco (PP)
 Vicepresidente 2º: Ricardo Varela Sánchez (PSdeG)
 Secretario: José Manuel Balseiro Orol (PP)
 Vicesecretario: Anxo M. Quintana González (BNG)

El 7 de abril la nueva Mesa, oída la Junta de Portavoces, aprobó la composición de las comisiones parlamentarias (13 miembros) y de la Diputación Permanente (19 miembros); y la distribución proporcional de los grupos parlamentarios en ellas (en las comisiones permanentes: 7 miembros GPP; 4 miembros el GPSoc. y 2 miembros el GPBNG; en la Diputación Permanente: 10 miembros el GPPopular; 6 miembros el GPSoc y 3 miembros el GPBNG). Son entonces los grupos parlamentarios los que designan a las diputadas y diputados que se integran en cada comisión y en la Diputación Permanente, que se constituyeron el 15 de abril, y asumen una parte muy destacada del trabajo parlamentario².

¹ Un estudio del régimen jurídico de esta sesión se puede consultar en mi crónica: "Reflexión sobre la regulación de la sesión constitutiva del Parlamento de Galicia". Revista *Dereito*. Vol. 5, n.º 2, 1996.

² En relación con el régimen jurídico de las comisiones y su polémico modo de extinguirse, comento la jurisprudencia constitucional en: "La extinción de comisiones de investigación por causas objetivas".

La investidura del presidente de la Xunta de Galicia tuvo lugar el día 16 de abril, tras el correspondiente debate los días 14 y 16, produciéndose, por tanto, el cese de don Emilio Pérez Touriño como presidente de la Xunta mediante el RD 629/2009, de 17 de abril, y el nombramiento de don Alberto Núñez Feijóo mediante el RD 630/2009 (publicados en los BOE núm. 95, de 18-4-09, y núm. 74, de 18-4-09).

Tomó posesión el Sr. D. Alberto Núñez Feijóo como presidente de la Xunta de Galicia el 18 de abril de 2009, y el 21 de abril tuvo lugar la Declaración institucional de apertura de la VIII Legislatura, en la sesión solemne celebrada a tal efecto³.

II. BAJAS Y ALTAS DE DIPUTADOS

Una vez formado el nuevo Gobierno, y según se han ido produciendo nombramientos en el Ejecutivo, se tramitaron nueve renunciaciones a su condición de diputados del Grupo Parlamentario Popular que entraron a formar parte del Gobierno, con la consiguiente sustitución por los diputados candidatos siguientes en las listas.

Más recientemente, en enero y marzo del año en curso, se produjeron otras dos bajas por renuncia, esta vez de dos diputados del GP de los Socialistas. Fue el caso de D.^a Laura Seara Sobrado, por su nombramiento como directora general del Instituto de la Mujer en el Ministerio de Igualdad, y de D. Emilio Pérez Touriño, como miembro del Consejo Consultivo de Galicia.

Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. N.º 10. Junio, 2004.

³ Para un análisis comparado de la actividad, se puede consultar mi trabajo: "Primer año de actividad en la III Legislatura del Parlamento de Galicia". N.º 22 de la *Revista de las Cortes Generales*, 1991.

NOMBRE DEL DIPUTADO/A QUE CAUSA LA BAJA:	NOMBRE DEL DIPUTADO/A QUE CAUSA EL ALTA Y NÚM. EN LA LISTA:	FECHA	PARTIDO	CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL
Rosa María Quintana Carballo	María Seoane Romero (nº 14)	abril 2009	PP	A CORUÑA
Alfonso Rueda Valenzuela	Alejandro Gómez Alonso (nº 13)	abril 2009	PP	PONTEVEDRA
Beatriz Mato Otero	María Ángeles Díaz Pardo (nº 13)	abril 2009	PP	A CORUÑA
Agustín Hernández Fernández de Rojas	Jesús Antonio Goldar Güimil (nº 14)	abril 2009	PP	PONTEVEDRA
José Manuel Álvarez-Campana Gallo	Javier Escribano Rodríguez (nº 15)	abril 2009	PP	A CORUÑA
Susana López Abella	Dámaso López Rodríguez (nº 9)	abril 2009	PP	LUGO
Diego Calvo Pouso	María de la Soledad Piñeiro Martínez	abril 2009	PP	A CORUÑA
Raquel Arias Rodríguez	María Enma Álvarez Chao (nº 10)	abril 2009	PP	LUGO
María del Carmen Pardo López	María Yolanda Díaz Lugilde (nº 9)	mayo 2009	PP	OURENSE
Laura Carmen Seara Sobrado	Juan Carlos Francisco Rivera (nº 6)	enero 2010	PSOE	OURENSE
Emilio Pérez Touriño	M ^a del Carmen Cajide Hervés	marzo 2010	PSOE	PONTEVEDRA

III. CALENDARIO DE ACTIVIDADES

La ordenación del trabajo parlamentario y el calendario de actividades se establece para cada período ordinario de sesiones, que, según el artículo 67 del Reglamento del Parlamento de Galicia, son dos: de septiembre a diciembre y de febrero a junio. Corresponde a la Mesa de la Cámara fijar el calendario de actividades del Pleno y de las comisiones para cada período ordinario y coordinar los trabajos de sus distintos órganos, todo ello previa audiencia de la Junta de Portavoces (artículo 30.1.7ª RPG).

Como introducción cuantitativa, será de interés analizar el resumen global de las reuniones de los órganos de la Cámara:

52 reuniones de Mesa	que se reúne regularmente los martes por la mañana, salvo cuando coincide con una sesión plenaria, que se celebra los lunes por la tarde.
23 reuniones de Junta de Portavoces	que se reúne habitualmente y con carácter quincenal los martes de la semana anterior a la convocatoria de una sesión plenaria, sin perjuicio de hacerlo en otra fecha si así lo exigiese la dinámica de trabajo parlamentario.
26 plenos	que tienen lugar, con carácter regular, cada quincena. Suelen comenzar los martes a las 10.00 horas para continuar al día siguiente, dependiendo, en todo caso, del criterio de la Junta de Portavoces y de la densidad del orden del día. Respecto al contenido del orden del día que se acuerda según la Mesa y la Junta de Portavoces, y donde la Presidencia da la palabra a los portavoces de los grupos para que, conocedores de los criterios previstos en el Reglamento de la Cámara, expresen su parecer de cara a su configuración.
9 reuniones de presidentes de Comisión	que elabora el borrador de calendario mensual de las comisiones.
2 reuniones de Diputación Permanente	que se reunió el 15 de abril para su constitución y elección de vicepresidente y secretario; y el 17 de julio de 2009 para debate y votación de la solicitud de convocatoria de un Pleno extraordinario para la comparecencia del Sr. presidente de la Xunta de Galicia para informar de la situación y explicar su posición ante el nuevo sistema de financiación autonómico para la Comunidad Autónoma de Galicia, Pleno que se celebró el 30 de julio de ese mismo año.
200 reuniones de comisiones	tanto legislativas como de control o estudio.

IV. PROCEDIMIENTOS DE ELECCIÓN, DESIGNACIÓN Y PROPUESTA DE NOMBRAMIENTO

Como es preceptivo en los primeros meses de comienzo de cualquier legislatura, el Parlamento tuvo una intensa actividad en lo referente a la elección de otros órganos estatutarios.

Previamente a algunos de los procedimientos de elección, la Mesa aprobó las normas que las regulan:

1. Acuerdo de la Mesa y de la Junta de Portavoces del Parlamento de Galicia, de 14 de mayo de 2009, por el que se aprueban las Normas sobre la ordenación de la elección de los miembros del Consejo Asesor de Radio-Televisión Española en Galicia y se fija el plazo de presentación de candidaturas por los grupos

- parlamentarios (BOPG 18, 15-5-09).
2. Acuerdo de la Mesa del Parlamento, de 10 de diciembre de 2009, por el que se aprueban las Normas para el nombramiento de un miembro del Consejo Gallego de Enseñanzas Artísticas Superiores (BOPG núm. 135, 14-12-09).
 3. Acuerdo de la Mesa del Parlamento de Galicia, de 18 de enero de 2010, por el que se aprueban las Normas para la elección por el Parlamento de Galicia de los representantes de la Comunidad Autónoma de Galicia en las asambleas generales de las cajas de ahorros gallegas (BOPG núm. 154, 19-01-10, fasc. 4).

Por orden cronológico, las elecciones que tuvieron lugar fueron:

- Con fecha de 12 de mayo 2009 el Pleno eligió a D. Xesús Carlos Palmou Lorenzo como miembro del Consejo de Cuentas; posteriormente, el 22 de septiembre de 2009, eligió a D. Ramón José Núñez Gamallo y a D. José Antonio Orza Fernández.
- Con fecha de 9 de junio el Pleno designó a los trece miembros como representantes en el Consejo Asesor de RTVE en Galicia (con una designación posterior de otro miembro el 22 de septiembre, para cubrir una vacante por renuncia).
- También en el Pleno de 9 de junio se procedió a la elección de los miembros del Consejo de Administración de la Cía. de RTVG y a la designación de D.^a Sofía Vázquez Vilachá como miembro del Consejo Social de la Universidad de A Coruña para cubrir la vacante por renuncia de D.^a Virginia Salvo del Canto.
- El 22 de junio de 2009, la Mesa del Parlamento acordó la designación de los vocales no judiciales de la Junta Electoral de Galicia.
- Con fecha de 22 de septiembre de 2009 designó a D. Pablo García García senador en representación de la Comunidad Autónoma de Galicia en sustitución de D. Francisco Xavier Carro Garrote.
- La Comisión 4.^a, de Educación y Cultura, con fecha de 16 de octubre de 2009, eligió a D.^a María Teresa Cancelo Márquez para cubrir la vacante por renuncia de D. Eduardo López Pereira como miembro del Consejo Gallego de Universidades; el mismo día, el 16 de octubre, eligió a los cuatro vocales del Consejo de Bibliotecas.
- El Pleno, el 9 de febrero de 2010, eligió a los representantes de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Asamblea General de Caixa Nova y de Caixa Galicia.

V. ACTIVIDADES LEGISLATIVAS, DE CONTROL E INFORMACIÓN

V.1. PROCEDIMIENTOS DE NATURALEZA NORMATIVA

En este primer año de actividad se aprobaron 11 proyectos de ley, ya convertidos en leyes:

- Ley 1/2009, de 15 de junio, de modificación de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de pesca de Galicia.
- Ley 2/2009, de 23 de junio, de modificación del texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo.
- Ley 3/2009, de 23 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre.
- Ley 4/2009, de 20 de octubre, de medidas tributarias relativas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados para el fomento del acceso a la vivienda y a la sucesión empresarial.
- Ley 5/2009, de 26 de noviembre, de medidas urgentes para la modernización del sector del transporte público de Galicia.
- Ley 6/2009, de 11 de diciembre, de modificación de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de pesca de Galicia.
- Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia.
- Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental.
- Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia para el año 2010.
- Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.
- Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia⁴.

También se aprobó una proposición de ley de las cinco presentadas,

⁴ Sobre los problemas de la función legislativa, se puede analizar mi estudio: "Significado y alcance de la técnica normativa". *Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*. Año VI. N.º 15. Diciembre, 2008.

convertida también ya en la Ley 10/2009, de 30 de diciembre, de modificación del Decreto legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 7/1985, de 17 de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de cajas de ahorros de Galicia.

Respecto a esta ley aprobada, se encuentra en trámite el recurso de inconstitucionalidad 1065-2010, interpuesto por el Gobierno del Estado contra los artículos 2, puntos tres, cinco, siete, diez, once, trece y quince; 3, puntos cuatro y cinco y la disposición transitoria primera. Con fecha de 2 de marzo de 2010, la Mesa de la Cámara acordó entender que compareció el Parlamento de Galicia en el procedimiento resultante de este recurso de inconstitucionalidad y con fecha de 12 de marzo envió las alegaciones formuladas al recurso.

Tres de las otras cinco fueron rechazadas:

- Proposición de ley de organizaciones interprofesionales agroalimentarias de Galicia.
- Proposición de ley de ordenación del comercio interior de Galicia.
- Proposición de ley de montes de Galicia.

Y la otra se encuentra en trámite:

- Proposición de ley de bibliotecas y del patrimonio bibliográfico de Galicia.

En cuanto a las proposiciones de ley de iniciativa legislativa popular, dos están en trámite, superado el trámite de la toma en consideración, procedentes de la VII Legislatura (el único procedimiento que no caduca al finalizar la legislatura). Son las siguientes:

- Proposición de ley de ILP por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada.
- Proposición de ley de ILP de fomento del sector naval de Galicia.

Y otra que está pendiente de ser tomada en consideración, que es la Proposición de ley de ILP para la creación y regulación de la Área Metropolitana de Vigo.

Otra, también procedente de la VII Legislatura, fue rechazada; se trata de la Proposición de ley de ILP sobre retribuciones de funcionarios que desempeñaron puestos con la consideración de altos cargos (VII Legislatura).

Un total de tres no fueron admitidas a trámite por afectar al contenido de leyes de desarrollo estatutario.

- Proposición de ley de ILP de modificación de la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística.
- Proposición de ley de ILP de modificación del artículo 10, punto 1, de la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística.

- Proposición de ley de ILP sobre el uso del gallego en las administraciones de Galicia y en el ámbito de la enseñanza.

Respecto a las proposiciones de ley ante el Congreso, fue rechazada la de transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina, y se encuentra todavía en trámite la relativa a la "Modificación de la Ley 7/985, de 2 de abril, de bases de régimen local, sobre racionalización del régimen de las diputaciones provinciales."

V.2. PROCEDIMIENTOS DE CONTROL E IMPULSO

Constituye la función de control e impulso del Ejecutivo una de las labores más relevantes del Parlamento, instando a la Xunta a realizar acciones concretas a través de proposiciones no de ley y de mociones.

En este año de actividad, este procedimiento de control se refleja en los datos expresados a continuación:

Se presentaron 471 proposiciones no de ley en Pleno; fueron rechazadas 40; aprobadas con modificaciones 35; aprobadas sin modificaciones 12; aplazadas 2; retiradas 7 y en tramitación 377.

En Comisión se presentaron 728 proposiciones no de ley, de las que 76 fueron rechazadas, 69 aprobadas con modificaciones, 53 aprobadas sin modificaciones, 16 fueron retiradas, 5 aplazadas y 514 se encuentran en tramitación.

Respecto a las mociones, fueron presentadas 47, rechazadas 37, aprobadas con modificaciones 5, aprobadas sin modificación 2, retirada 1 y 2 se encuentran en tramitación.

V.3. PROCEDIMIENTOS DE INFORMACIÓN

También como una forma de control, se encuentran entre las funciones del legislativo las solicitudes de comparecencia, interrogar al Ejecutivo sobre cuestiones concretas unas veces, a través de preguntas, y pidiendo explicaciones más amplias otras, a través de interpelaciones plenarias.

► SOLICITUDES DE COMPARECENCIA

EN PLENO

Presentadas	116
Tramitadas	33
Retiradas	1

En tramitación	82
EN COMISIÓN	
Presentadas	125
Tramitadas	27
Retiradas	12
En tramitación	86
► INTERPELACIONES	
Presentadas	338
Tramitadas	47
Retiradas	-
Aplazadas	4
En tramitación	287
► PREGUNTAS	
ORALES EN PLENO DIRIGIDAS A LOS MIEMBROS DE LA XUNTA	
Presentadas	999
Tramitadas	141
Reconvertidas	440
Retiradas	2
Aplazadas	17
En tramitación	416
ORALES EN PLENO DIRIGIDAS AL PRESIDENTE DE LA XUNTA	
Presentadas	33
Tramitadas	33
Retiradas	-
En tramitación	-
ORALES EN COMISIÓN	
Presentadas	2.699
Tramitadas	478
Aplazadas	73
Reconvertidas	1.398
Retiradas	1
En tramitación	822
CON RESPUESTA ESCRITA	
Presentadas	18.406
Tramitadas	9.989
En tramitación	8.417

VI. PROCEDIMIENTOS DE CONTROL ECONÓMICO Y PRESUPUESTARIO

Dentro de la variada información prevista en la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, podemos citar los siguientes procedimientos substanciados a los que di tratamiento doctrinal en otra ocasión⁵.

Informes de fiscalización de las cuentas del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia. En el Pleno del día 8 de septiembre de 2009 se aprobó el Informe del ejercicio económico de 2005, y en el Pleno del 10 de noviembre el Informe del ejercicio de 2006.

Informes de fiscalización de las contabilidades electorales. Se aprobó el Informe correspondiente a las elecciones al Parlamento de Galicia de 1 de marzo de 2009 en la Comisión Permanente no legislativa para las Relaciones con el Consejo de Cuentas del día 18 de noviembre de 2009.

Cuenta General de la Administración de la comunidad autónoma correspondiente al ejercicio de 2008. Mesa 9-11-09.

Un total de seis informes sobre el estado de ejecución del presupuesto. El primero presentado en abril de 2009, sobre la ejecución presupuestaria al tercer trimestre de 2008, y el último presentado en marzo de 2010, sobre la ejecución del presupuesto al cuarto trimestre de 2009.

Modificaciones presupuestarias. Se han presentado 11 modificaciones presupuestarias, la última el 31 de marzo de 2010.

Plan Económico-Financiero Específico vigente de todas las *consellerías*, organismos autónomos y sociedades públicas:

- Plan a 31 de diciembre 2008 - BOPG núm. 8, 24-4-09.
- Plan a 28 de febrero de 2009 - BOPG núm. 8, 24-4-09.
- Plan a 31 de diciembre 2008 - Dación en cuenta - Comisión 3ª, 22-5-09.

Información sobre la situación de las operaciones de crédito y préstamos vigentes del IGAPE.

VII. PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A OTRAS INSTITUCIONES Y ÓRGANOS

CONSEJO DE CUENTAS

- Memoria de actividades del Consejo de Cuentas de Galicia correspon-

⁵ "O control parlamentario das finanzas públicas na Comunidade Autónoma de Galicia". *Revista Galega de Administración Pública*. N.º 13. 1996.

diente al ejercicio 2007 -Recomendaciones aprobadas- BOPG núm. 43, 1-7-09.

- Memoria de actividades del Consejo de Cuentas de Galicia correspondiente al ejercicio 2008 - Recomendaciones aprobadas BOPG núm. 99, 22-10-09.
- Programa anual de trabajo del Consejo de Cuentas de Galicia para el año 2009 - Recomendaciones aprobadas BOPG núm. 99, 22-10-09.
- Programa anual de trabajo del Consejo de Cuentas de Galicia para el año 2010 - Programa presentado - BOPG núm. 157, 25-1-10, Fasc. 4.

VALEDOR DO POBO

Se trata de un comisionado de la Cámara que desarrolla un importante trabajo⁶ en la defensa de los derechos de los ciudadanos y que durante este período presentó dos informes al Parlamento:

- Informe anual del *Valedor do Pobo* correspondiente al año 2008 - Substanciado en el Pleno del día 8-9-09.
- Informe anual del *Valedor de Pobo* correspondiente al año 2009 - Publicación del informe - BOPG núm. 202, 31-3-10, fasc. 2.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Memoria anual de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Galicia - Exposición oral de la Memoria - Comisión 1ª, el día 20-10-09.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Son dos los procedimientos a referir en relación con esta alta institución del Estado. En primer lugar el Recurso de inconstitucionalidad número 3644/2009, promovido por el presidente del Gobierno contra la disposición adicional segunda de la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, de vivienda de Galicia⁷. Sobre esta ley se dictó la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso -DOG núm. 102, 27-5-09-, y el posterior acuerdo de mantenimiento de la suspensión -DOG núm. 167, 26-8-09.

Por otra parte, encontramos el recurso de inconstitucionalidad número

⁶ Al respecto me pronuncié en: "O Valedor do Pobo como garante dos dereitos dos cidadáns galegos". *Anuario da Facultade de Dereito de Ourense*. Universidad de Vigo. 2003.

⁷ Las cuestiones constitucionales que influyen en esta temática las analicé en: "Deslinde del demanio público estatal y competencia autonómica en urbanismo: Problemas conflictuales y posibles soluciones". *Aranzadi Tribunal Constitucional*. N.º 19. Febrero, 2007.

1065/2010, promovido por el presidente del Gobierno del Estado en relación con diversos artículos de la Ley 10/2009, de 30 de diciembre, de modificación del Decreto legislativo 1/2005, de 10 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de las leyes 7/1985, de 17 de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de cajas de ahorros de Galicia. La publicación de la admisión a trámite y suspensión de la vigencia y aplicación de los artículos 2, puntos 3, 5, 7, 10, 11, 13 y 15; 3 puntos cuatro y cinco, y la disposición transitoria primera se hizo en el DOG núm. 41, 2-3-10, y en el BOE núm. 51, 27-2-10.

UNIÓN EUROPEA

En este ámbito hay que constatar la novedad del procedimiento de control de la aplicación del principio de subsidiariedad en las iniciativas legislativas europeas, respecto de la que se tramitaron las siguientes consultas.

- Consulta sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad en relación con la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales - Criterios adoptados por la Comisión Permanente no Legislativa para Asuntos Europeos - BOPG núm. 68, 7-9-09, fasc. 2.
- Consulta sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad de la Propuesta de reglamento sobre la jurisdicción, legislación aplicable y reconocimiento de decisiones y medidas administrativas en materia de sucesiones y donaciones - Criterios adoptados por la Comisión Permanente no Legislativa para Asuntos Europeos - BOPG núm. 119, 19-11-09, fasc. 2.

VIII. DEBATE ANUAL DE POLÍTICA GENERAL

Como se establece en el artículo 48 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia, el *conselleiro* de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, a través de escrito presentado en el Registro de la Cámara, solicitó la comparecencia del presidente de la Xunta de Galicia para informar y debatir respecto de la situación política de la Comunidad Autónoma de Galicia. Este debate de política general tuvo lugar los días 16 y 17 de marzo de 2010. Tras la intervención del presidente y los grupos parlamentarios, se procedió a la presentación de las propuestas de resolución con el fin de ser debatidas y votadas posteriormente. Se aprobaron 134 propuestas de resolución (BOPG núm. 196, de 23 de marzo de 2010; c.e. BOPG núm. 198), entre las que cabe destacar las siguientes, que agruparemos en tres apartados:

• A) Propuestas de cambios legislativos

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a reformar el marco normativo del deporte gallego, principalmente la Ley del deporte de Galicia, antes de finalizar 2010, procurando adaptarla a las necesidades actuales de la sociedad gallega, en un marco consensuado, garantista y respetuoso con sus particulares características."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a que, para continuar en el avance de la reordenación del sector público autonómico, y la racionalización del gasto público y la promoción de la eficacia y eficiencia en el ámbito de la Administración institucional, presente antes de que termine el mes de septiembre del año 2010 los siguientes proyectos:

1. El Proyecto de ley de Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, que actualice la vigente Ley de la Xunta de Galicia y de su Presidencia.
2. El Proyecto de ley de entidades instrumentales de la Comunidad Autónoma de Galicia, que establezca un modelo eficiente para los entes instrumentales.
3. Terminar el Plan de evaluación de los entes instrumentales dependientes de la Xunta de Galicia, con el objetivo de alcanzar su redimensionamiento."

"El Parlamento gallego insta al Gobierno gallego a solicitar del Gobierno del Estado la reducción al tipo del 4% del IVA aplicado a todos los bienes y prestaciones de servicios ligados a cadena alimentaria que todavía tributan a tipos superiores, así como a mostrar su posición contraria a la suba del IVA."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a reclamar ante el Gobierno del Estado:

1. La modificación del sistema de financiación local, incorporando a los criterios de reparto para la distribución entre los ayuntamientos del importe total de la participación en los ingresos del Estado el envejecimiento de la población, la dispersión poblacional y la superficie territorial.
2. La modificación del sistema de financiación local para que sean las comunidades autónomas las que distribuyan entre los ayuntamientos los importes procedentes de la participación en los ingresos del Estado, en función de la estructura institucional resultante de la legislación autonómica de régimen local, y las competencias y funciones atribuidas a cada entidad local."

"En el ámbito de la mejora de la seguridad, en sus diversos aspectos, el Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a:

Impulsar la elaboración de una Norma Gallega de Autoprotección, en el marco del desarrollo, lo que remite a la Ley 5/2007, de emergencias de Galicia."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a aprobar la normativa precisa para que a partir del próximo curso 2010-2011 se garantice el equilibrio lingüístico entre las dos lenguas oficiales de la comunidad autónoma en la enseñanza no universitaria, y el gallego y el castellano sean lenguas de uso equilibrado en el sistema educativo."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a reclamar del Gobierno de España la modificación urgente de la Ley orgánica de régimen electoral general con el fin de dotar de las máximas garantías al voto de la emigración en el sentido expuesto en la proposición de ley aprobada en 2008 por la Cámara gallega."

"El Parlamento de Galicia acuerda manifestar su apoyo a un pacto entre las fuerzas políticas que haga posible la aprobación de la modificación de la Ley de ordenación urbanística y de protección del medio rural de Galicia con el mayor consenso posible, en consonancia con su consideración de la norma básica para la ordenación territorial de Galicia."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a presentar un proyecto de ley de montes que dote al país de un instrumento jurídico apropiado para afrontar un adecuado desarrollo forestal en Galicia"

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a presentar en esta Cámara, en este período de sesiones, el proyecto de Ley de aguas de Galicia."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a la redacción y publicación de una norma que recoja los requisitos necesarios para la creación de un registro de explotaciones ganaderas dedicadas a la producción de leche de calidad diferenciada, así como los requisitos de permanencia en éste, como herramienta de apoyo al sector lácteo y, en general, a la actividad productora de leche."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a tramitar un proyecto de ley de movilidad de la tierra que favorezca el dinamismo del uso y la gestión del territorio y que permita dotar a la comunidad autónoma de un instrumento jurídico adecuado para afrontar un adecuado desarrollo agrario respetuoso con el medio."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a la revisión de la Ley de cooperativas de Galicia para dotarla de una mayor flexibilidad y una mejor adaptación al marco económico y empresarial actual."

- **B) De carácter organizativo**

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a llevar adelante la in-

tegración de las competencias en materia audiovisual en un organismo público antes del mes de julio."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a poner en marcha en el plazo de un año el Centro de Recuperación Integral para Mujeres que sufren Violencia de Género, en cumplimiento del artículo 49 de la Ley 11/2007, gallega, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género, con el objetivo de dotar a la red gallega de servicios de acogida de un instrumento esencial para el tratamiento de las víctimas y su plena reinserción en la sociedad."

"El Parlamento gallego insta al Gobierno gallego a continuar con las medidas de eficiencia energética en el conjunto de los edificios administrativos de la Xunta de Galicia con objeto de disminuir costes e introducir sistemas y técnicas de optimización de recursos energéticos en el mantenimiento de instalaciones y equipamientos públicos."

"El Parlamento gallego insta al Gobierno gallego a potenciar la Agrupación Europea de Cooperación Transfronteriza Galicia-Norte de Portugal y su impulso como espacio de encuentro y de acuerdos que beneficien los intercambios culturales, empresariales y sociales entre ambos territorios."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a concretar en el plazo de un mes el anuncio realizado por el presidente de la Xunta de Galicia de unificación de las competencias en materia de audiovisual y remitir al Parlamento de Galicia las líneas de actuación y objetivos que pretende alcanzar en este ámbito a lo largo de esta legislatura."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a racionalizar la estructura administrativa en materia de I+D, creando la Agencia Gallega de Innovación, con la finalidad de dar a las políticas públicas autonómicas de I+D un desarrollo armónico y una ejecución integral, procurando integrar y retornar resultados a las empresas y al conjunto de la sociedad y dar un impulso definitivo a las actividades de I+D+i en Galicia."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a:

Que el IGAPE, sin dejar de desempeñar las funciones financieras de apoyo a nuestro tejido empresarial, reformule sus políticas para colocarse en una posición de agente transformador que participa conjuntamente con el tejido empresarial en el despliegue de un modelo productivo basado en la internacionalización de alta competitividad, en la incorporación de diseño y creatividad, en la transformación permanente, en la inteligencia productiva y comercial y en el apoyo decidido al emprendimiento.

Para esto, se debería continuar incrementando los presupuestos dedicados por el IGAPE al fomento de la internacionalización de las empresas gallegas, a

mejorar las líneas de apoyo a la internacionalización y a realizar prospecciones internacionales que favorezcan la internacionalización de las empresas gallegas, contribuyendo a potenciar la imagen de Galicia como marca y redefiniendo la posición de Galicia en el exterior."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a poner en marcha la Comisión Interdepartamental de Igualdad dentro de la estructura del área de Igualdad de la Xunta de Galicia, como órgano colegiado e institucional de la Xunta que vele por el cumplimiento de la legislación y normativa en materia de igualdad, que deberá estar compuesto por todos los departamentos de la Xunta de Galicia, buscando asegurar el cumplimiento del principio de transversalidad de género de la Ley 7/2004, gallega, de igualdad entre mujeres y hombres en su capítulo II."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a la creación del Observatorio Gallego de la Violencia de Género, como órgano colegiado e institucional de Galicia, que sirva para tener un diagnóstico de la situación de violencia y ayude a difundir la información sobre la dimensión real del problema de la violencia contra las mujeres, proporcionando la información precisa para poder diseñar las estrategias que ayuden a combatirlo, en cumplimiento de la disposición adicional sexta de la Ley 11/2007, gallega, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género."

- **C) De carácter institucional**

"El Parlamento insta a la Xunta de Galicia a asegurar que la Cámara sea la institución central de la política gallega garantizando de modo efectivo el cumplimiento de sus acuerdos, incluidos los de impulso, y permitiendo el ejercicio de la función de control en lo que afecta a la agilidad y calidad en las respuestas y aportaciones de documentación por parte del Gobierno y de los organismos dependientes."

"El Parlamento de Galicia insta a la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia a que, a través de la Dirección General de Administración Local, se garantice el cumplimiento de lo establecido en la Ley 5/1997 de Administración Local de Galicia, en su artículo 210.2.a, en todos los ayuntamientos gallegos, en lo referido a la periodicidad de celebración de las sesiones plenarias cada dos meses, recordándose a todos los ayuntamientos que no lo hacen y vigilando su cumplimiento."

"En el ámbito de una mayor cooperación y para alcanzar una Unión Europea más próxima, conocida y útil, el Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a:

Presentar semestralmente en el Parlamento y a hacer público un informe sobre el estado de la acción exterior en relación con la Unión Europea, explicitando las gestiones ante las instituciones comunitarias, la participación en los organismos multilaterales y la presencia en el Comité de las Regiones. Igualmente incluirá los objetivos de la Xunta para el período de la siguiente presidencia europea."

"El Parlamento de Galicia insta a la Xunta de Galicia a impulsar la participación de Galicia en las organizaciones regionales europeas y en la institución comunitaria en la que las regiones están representadas. Asimismo, la insta a impulsar acciones dirigidas a acercar la Unión Europea a la ciudadanía y al tejido empresarial gallego, principalmente a través de la Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT) y de la Fundación Galicia Europa."

"El Parlamento de Galicia acuerda, conforme al reglamento de la Cámara, iniciar los trámites para la aprobación de la proposición de ley que permita ejercer el derecho al voto⁸ de las diputadas que se encuentren en situación de baja por maternidad o, en su caso, por gestación."

IX. DECLARACIONES INSTITUCIONALES

Declaración institucional del Parlamento de Galicia de apoyo a la campaña "Pañuelos Blancos contra la Droga". Pleno del día 10-6-09, BOPG núm. 38, 23-6-09.

- Declaración institucional de condena del atentado en el que perdió la vida el policía nacional don Eduardo Antonio Puelles García. Pleno del día 23-6-09, BOPG núm. 42, 29-6-09.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia de apoyo a la candidatura de la Torre de Hércules como "patrimonio de la humanidad" por la UNESCO. Pleno del día 24-6-09, BOPG núm. 42, 29-6-09.
- Declaración institucional acordada por los tres grupos de la Cámara, sobre el hundimiento en la ría de Muros y Noia del pesquero Furacán. Pleno del día 8-9-09, DS núm. 14.
- Declaración institucional en el Día Internacional contra la Explotación Sexual y la trata de personas. Pleno 22-9-09.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia sobre la situación

⁸ Sobre estas cuestiones del voto de los parlamentarios escribí: "El derecho de voto y la regla de la mayoría". *Revista de las Cortes Generales*. N.º 55. Congreso de los Diputados. Madrid, 2003.

en Honduras después del golpe de estado militar. Pleno 27-10-09, BOPG núm. 106, 2-11-09.

- Declaración Institucional del Parlamento de Galicia sobre el secuestro del Alakrana. Pleno 28-10-09, BOPG núm. 106, 2-11-09.
- Declaración Institucional del Parlamento de Galicia en recuerdo de las víctimas de accidentes de tráfico. Pleno 11-11-09. BOPG núm. 144, 28-12-09.
- Declaración Institucional del Parlamento de Galicia de apoyo al pueblo saharauí. Pleno 25-11-09. BOPG núm. 144, 28-12-09.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia, sobre el día de conmemoración anual en memoria de las víctimas del holocausto. Junta de Portavoces, 9-2-10.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia, sobre las consecuencias del terremoto de Haití. Pleno 10-2-10. BOPG núm. 169, 11-2-10, fasc. 3.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia, sobre la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad. Pleno 10-2-10. BOPG núm. 169, 11-2-10, fasc. 3.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia, con motivo del Día Internacional por la Igualdad Salarial. Pleno 23-2-10. BOPG núm. 181, 1-3-10, fasc. 3.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia, con motivo del bicentenario del nacimiento de Louis Braille, inventor del sistema de lectoescritura que lleva su nombre. Pleno 9-3-10, BOPG núm. 151, 15-3-10, fasc.1.
- Declaración institucional del Parlamento de Galicia, sobre la utilización del gentilicio "gallego" como apodo peyorativo. Pleno 9-3-10. BOPG núm. 151, 15-3-10, fasc.1.

Todas estas referencias del trabajo de la Cámara ponen de manifiesto, a mi juicio, la importante labor que ésta lleva a cabo y los esfuerzos que se están haciendo para su permanente conexión con la ciudadanía. Como apunté en otro lugar, éste es un de los grandes retos de las instituciones parlamentarias en el siglo XXI⁹.

⁹ "Descrédito de lo Político y respuesta social: la juridificación del voluntariado en el Estado Autonómico". *Ciudadanía y política*. X Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentarios. Tecnos. 2004.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (Año judicial 2009-2010)

Francisco de Cominges Cáceres
Letrado de la Sala del Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

- **Índice:** *I. Derechos fundamentales. II. Urbanismo y ordenación del territorio. III. Medio ambiente. IV. Economía e industria. V. Personal. VI. Tributario. VII. Contratación.*

I. DERECHOS FUNDAMENTALES

Derecho de los alumnos de Educación Secundaria a la objeción de conciencia en la materia escolar de Educación para la Ciudadanía.

Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (S^a del Cont.-Ad., Secc. 1^a), de 4 de noviembre y 2 de diciembre de 2009 (recursos 52/2008 y 32/2008, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) rechazan la pretensión de los demandantes de que se les reconozca a sus respectivos hijos un "derecho a la objeción de conciencia" para no cursar en la escuela la materia de Educación para la Ciudadanía. Tras analizar con detalle la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la cuestión, concluyen que: *«se consideran acordes a los objetivos y propósitos perseguidos con la implantación de la asignatura Educación para la Ciudadanía, y para nada vulneradores de los derechos fundamentales que se reputan vulnerados [arts. 16.1 y 27.3 de la Constitución], los contenidos y la configuración en educación secundaria que se desprenden del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (que tiene carácter de norma básica al amparo de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1.1.º y 30.º de la Constitución Española, y se dicta en virtud de la habilitación que confiere al Gobierno el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), al introducir su desarrollo curricular. En este aspecto, ha de insistirse en que la exigencia de pluralismo en la exposición impone que no sólo se muestren aquellos valores y convicciones morales en que los padres desean formar a sus hijos, sino que se informe sobre todos los existentes con neutralidad, sin adoctrinamiento, para respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional, con lo cual no se halla en contradicción el contenido curricular que se expone en aquel RD 1631/2006. Congruentes con los anteriores son los objetivos y contenidos del Decreto autonómico 133/2007, de 5 de julio, por el que se regulan las enseñanzas de la Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Galicia, por lo que tampoco en este caso son de apreciar las vulneraciones de derecho fundamentales que se denuncian, sin que quepa reproche alguno, desde esta perspectiva jurídica y de protección de los derechos fundamentales, a la consideración como referente ético común de las Declaraciones de Derechos Humanos, la Constitución Española y el Estatuto de Autonomía de Galicia».*

II. URBANISMO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. La naturaleza reglada del suelo no urbanizable de especial protección vincula, además de a los planes urbanísticos, a los instrumentos supramunicipales de ordenación del territorio. (PLISAN)

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) de 7 de junio de 2010 (casación 909/2005, ponente: Excmo. Sr. Calvo Rojas) anula en parte el Proyecto Sectorial de Incidencia Supramunicipal aprobado por la Xunta de Galicia para la implantación de una plataforma logística-industrial en Salvaterra-As Neves (PLISAN) sobre 400 hectáreas de suelo. En primer lugar, por considerar que la ordenación del entorno establecida en el proyecto sectorial como suelo urbanizable sectorizado es incompatible con la clasificación de suelo no urbanizable de especial protección atribuida por el plan general municipal preexistente a una zona incluida dentro de su delimitación (artículo 9.1 Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones). Como dicha clasificación responde a un criterio reglado, *«La Administración autora del planeamiento urbanístico no puede ignorar la concurrencia de circunstancias que determinen la sujeción de los terrenos a un régimen especial de protección incompatible con su transformación urbanística. (...) tampoco cabe que esa transformación urbanística y el correspondiente cambio de clasificación le vengán dados o impuestos a los autores del planeamiento urbanístico por un instrumento no urbanístico, como es un proyecto sectorial que nos ocupa, pues también éste debe observar aquellos preceptos de la legislación estatal a los que ya hemos aludido»*. En segundo lugar, anula un concreto precepto del proyecto sectorial en el que se pretendía liberar a las administraciones supramunicipales promotoras de la actuación de la carga legal de cesión a los ayuntamientos afectados del suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento urbanístico del entorno.

2. Suspensión cautelar de planes urbanísticos. Omisión de evaluación ambiental estratégica. Prevalencia del interés medioambiental afectado.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) de 29 de enero de 2010 (casación 5877/2008, ponente: Excmo. Sra. Teso Gamella) estima el recurso de casación de la Xunta de Galicia y suspende cautelarmente la ejecución de un plan parcial y un plan especial en el ayuntamiento de Sanxenxo. Concluye, tras la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, que prevalece el de

protección del medio puesto en riesgo por ambos planes sobre el de la inmediata ejecución de la urbanización en ellos proyectada, más aún ante la evidencia de que se aprobaron sin su preceptiva evaluación ambiental estratégica. Incide así la sentencia en que: *«En contraposición al interés público antes aludido, y alegado por la entidad local contra la que se recurre, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente, pues se concreta en la protección del medio ambiente, cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio. La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales, eficaces y sostenibles. En este sentido, los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible».*

3. Legalización de actividad industrial con licencia previamente anulada por sentencia firme. Inejecución de la sentencia por imposibilidad legal. Derecho de indemnización del demandante.

Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) de 23 de junio de 2009 (casación 5330/2007, ponente: Excmo. Sr. Peces Morate). El TSJG anuló sendas licencias de obras y actividad otorgadas por el Ayuntamiento de Boiro (A Coruña) para una planta de cogeneración de energía eléctrica, porque, situándose en suelo no urbanizable, no habían sido precedidas de la preceptiva autorización de la Administración autonómica (declaración de utilidad pública e interés social). Posteriormente, tras la aprobación de un nuevo plan general, se otorgaron nuevas licencias para legalizar la actividad. Los autos del TSJG contra los que se recurrió en casación declararon, por una parte, que las licencias de legalización no incurrieron en el vicio de nulidad regulado en el artículo 103.4 de la Ley Jurisdiccional, al no acreditarse que se otorgasen con la finalidad fraudulenta de eludir el cumplimiento de la sentencia anulatoria citada. Y, por otra, su inejecución por imposibilidad legal, aplicando el principio de proporcionalidad, al resultar ilógica la clausura y derrumbe de una industria que se podría volver a autorizar e instalar seguidamente conforme al nuevo ordenamiento urbanístico sobrevenido. El Tribunal Supremo confirma

dichos autos, añadiendo que, como consecuencia de la inejecución, la parte demandante posee el derecho de promover el correspondiente incidente para ser indemnizada, al menos por los gastos procesales (abogado y procurador) que tuvo que asumir en el litigio.

4. Imposibilidad de considerar aprobado, por silencio administrativo positivo, un plan urbanístico incompleto e ilegal.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) de 23 de diciembre de 2009 (casación 5088/2005, ponente: Excmo. Sr. Fernández Valverde) aplica a los planes urbanísticos la doctrina jurisprudencial fijada en la anterior sentencia de la misma sala de 28 de enero de 2009 (casación en interés de Ley 39/2007, BOE 77, de 30/03/2009) que impide entender concedidas por silencio administrativo positivo licencias contrarias al ordenamiento urbanístico aplicable. Confirmó así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia impugnada, que validó la desestimación por el Ayuntamiento de O Grove de la aprobación definitiva de un estudio de detalle. Consideró asimismo *obiter dicta* que dicha conclusión resulta compatible con el nuevo régimen del silencio administrativo establecido en la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, porque, aunque «*resultaría preciso que, para la viabilidad del silencio administrativo negativo en esta materia, el TJUE definiera y declarara como 'razón imperiosa de interés general' la 'protección del entorno urbano', sin embargo, la aplicación de la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, en el presente caso, obliga a considerar que tales razones concurrirían a los citados efectos*».

III. MEDIO AMBIENTE

1. Instrumentos de planificación portuaria. La ampliación de un puerto de interés general del Estado mediante extensos rellenos sobre el mar requiere de la aprobación previa del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, así como de la correspondiente evaluación ambiental.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a), de 30 de octubre de 2009 (casación 3371/2005, ponente: Excmo. Sr. Yagüe Gil) anula el Plan Especial de Ordenación del Puerto de Marín-Pontevedra tras constatar que, «*pese a*

su naturaleza estrictamente urbanística, pretende en realidad planificar y legitimar por sí una ampliación muy significativa del espacio portuario, sobre terrenos ganados al mar mediante la ejecución de rellenos y nuevos muelles (...) en un espacio de alto valor medioambiental y ecológico como es la Ría de Pontevedra». Eso con omisión del preceptivo procedimiento de evaluación ambiental y sin la aprobación previa del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios, instrumento de planificación portuaria que, junto con el Plan de Infraestructuras, constituye presupuesto necesario de la obra en cuestión. La posterior sentencia de la misma sala de 14 de enero de 2010 (casación 6412/2005) redunda en la misma conclusión (la autorización de las obras de ampliación de un puerto mediante relleno sobre el mar precisa de su previa previsión en el Plan de Utilización de los Espacios Portuarios regulado en la legislación sectorial de puertos).

2. Prohibición de construcción de "pantallas arquitectónicas" en la zona de influencia de costas.

Las sentencias del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) de 25 de septiembre de 2009 (casación 553/2005, ponente: Excm. Sra. Teso Gamella) y 27 de noviembre de 2009 (casación 7100/2005, ponente: Excmo. Sr. Yagüe Gil) confirmaron la anulación de varios instrumentos de plan urbanístico, así como de las licencias de obras dictadas en su ejecución para la construcción de 500 viviendas en edificios de 4 plantas en Sada (A Coruña), por crear una "*pantalla arquitectónica*" en la zona de influencia de costas (franja de 500 metros en línea perpendicular a la orilla del mar), con grave menoscabo del paisaje. Considera el Tribunal Supremo en ambas sentencias que el artículo 30.1.b) de la Ley de Costas prohíbe, acumulativamente, que en el suelo urbanizable dentro de dicha zona se construya, tanto por encima de la edificabilidad media de esa clase de suelo en el término municipal como creando "*pantallas arquitectónicas*". Concepto jurídico indeterminado este último que define como: «*interponer o intercalar una barrera artificial edificatoria entre el mar y el entorno (...), ajena y extraña a los elementos naturales propios de la zona de influencia y a su configuración natural. Debe suponer un obstáculo para la protección del valor del paisaje, rompiendo su armonía. Y, en fin, comportar una intromisión insostenible en los equilibrios naturales*».

3. Plan de ordenación de los recursos naturales. Derecho a percibir

una indemnización por la privación de derechos cinegéticos, agrícolas y ganaderos.

En la interesante sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) de 30 de abril de 2009 (casación: 1949/2005, ponente: Excmo. Sr. Yagüe Gil) se concluye, tras un minucioso estudio de la historia reciente (dominical, urbanística y procesal) de la isla de Cortegada (Vilagarcía de Arousa), que su Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, aprobado por el Decreto 88/2002, de 7 de marzo (DOG núm. 62, de 01/04/2002), debió prever la indemnización de los propietarios afectados por la privación de aprovechamientos cinegéticos, agrícolas o ganaderos, dado que dichas restricciones: *«no constituyen una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de esos aprovechamientos por razones de utilidad pública, que no deben ser soportados por la persona desposeída sin la indemnización correspondiente, pues en otro caso se vulnerarían el artículo 33 de la Constitución Española y los artículos 349 del Código Civil y 1º de la Ley de Expropiación Forzosa»*. No obstante, niega la posibilidad de percibir indemnización por la pérdida de la edificabilidad prevista en un convenio urbanístico anterior, ya que *«Su clasificación en el Plan General de Ordenación Urbana de Vilagarcía de Arousa del año 2000 como suelo no urbanizable de especial protección le privó de hipotéticos aprovechamientos urbanísticos, de forma que no es el decreto ahora impugnado el que cercena esas expectativas»*.

IV. ECONOMÍA E INDUSTRIA

1. Parques eólicos. Anulación, por falta de motivación, de la resolución que excluye a determinadas empresas del procedimiento de autorización para la instalación de parques eólicos singulares.

Las sentencias del TSJG (S^a del Cont.-Ad., Secc. 3^a) de 21 de octubre y 15 de julio de 2009 (recursos 7817/2008 y 8928/2007) anulan parcialmente la resolución de la Xunta de Galicia de 11 de julio de 2007 por la que se publica la relación de solicitudes de autorización para la instalación de parques eólicos singulares admitidas a trámite al amparo de la Orden de 17 de diciembre de 2004, al entender que se excluyó en ella sin la mínima motivación exigible a las empresas recurrentes. Insiste el tribunal en estas sentencias en

que la motivación de la exclusión se debe contener en la propia resolución, o, en su defecto, en informes expresamente citados en ella e incluidos en el expediente administrativo. También en que *«No constituye un obstáculo al deber de motivación individualizada el elevado número de solicitudes que debió tramitar la Administración y al hecho de que se dictara una sola resolución, que, si bien dificultan y hacen más ardua la tarea de la Administración, no por ello deja de estar obligada a argumentar de manera razonada, clara y explícita y en términos coherentes con la materia de que se trata porque excluía a cada solicitante, aunque lo hiciera en una única resolución común la todos los solicitantes. No solo el deber de motivación, sino los principios de objetividad y transparencia a los que antes aludíamos le obligaban a ello»*.

2. Cultivos marinos. Anulación de las autorizaciones otorgadas para la construcción de una piscifactoría en la costa de Lugo, dentro de la red Natura-2000.

La sentencia del TSJG (S^a del Cont.-Ad., Secc. 1^a) de 23 de septiembre de 2009 (recurso 116/2006, ponente: Ilma. Sra. Galindo Gil) estima el recurso promovido por una asociación ecologista que anula la declaración de impacto ambiental y las licencias de obras y actividad otorgadas por el Ayuntamiento de Ribadeo para la instalación de una granja marina destinada al engorde de rodaballo, pulpo y lenguado, en una parcela incluida en la red Natura-2000, en el Lugar de Interés Comunitario (LIC) "As Catedrais", *«Pues atendidas las características del área afectada, su régimen comunitario medioambiental, la normativa de aplicación, la presencia de hábitats prioritarios y restantes notas expuestas, se hace tributaria de la especial protección que dispensan los artículos 6 tanto de la Directiva 92/43/CEE como del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, y con ello la observancia de las razones y trámites previstos en los mismos para autorizar un proyecto como el indicado que tiene acreditada, según los informes barajados por la Sala, la potencialidad de generar un daño ambiental irreversible»*.

3. Servicios funerarios. Innecesariedad de autorización municipal para el transporte de cadáveres por empresas radicadas en otro ayuntamiento.

La sentencia del TSJG (S^a del Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 22 de octubre de

2009 (cuestión de ilegalidad 4001/2006, ponente: Ilmo. Sr. Villagómez Cebrián) anula un precepto de la ordenanza general reguladora de la actividad mortuoria en Vigo que obligaba a las empresas radicadas fuera del término municipal a obtener una autorización para transportar cadáveres por dicho territorio. Considera que tanto el artículo 22 del Real Decreto Ley 7/1996, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, como el artículo 23 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, sobre Ordenación Económica y Reformas para el Impulso de la Productividad, proscriben claramente esas limitaciones.

4. Farmacias. Méritos baremables en el procedimiento de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia.

La sentencia del TSJG (S^a del Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 22 de octubre de 2009 (recurso 4132/2007, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera, no firme) anula un apartado del baremo establecido para la adjudicación de nuevas oficinas de farmacia en el Decreto 146/2001, de 7 de junio, sobre planificación, apertura, traslado, cierre y transmisión de oficinas de farmacia, en lo que se refiere a la puntuación atribuida a los "farmacéuticos especialistas en otros ámbitos". Considera que, indebidamente, los estudios de postgrado "*se puntúan por sí mismos, no por su posible relación con la experiencia profesional en el ejercicio como farmacéutico, como pone de manifiesto que una de las puntuaciones máximas es la atribuida a los doctores en Farmacia. Así como respecto a éstos no se distingue la materia sobre la que versó su tesis doctoral, tampoco hay razón para hacer distinciones entre los diversos farmacéuticos especialistas, pues todos ellos, según regula el Decreto 2708/82, tienen que cursar íntegramente la formación en la especialización correspondiente y superar las pruebas de evaluación que se determinen, tras lo cual obtienen el título de farmacéutico especialista. El argumento que se da en la contestación a la demanda sobre que todas las administraciones con competencia sanitaria dan superior valoración a la formación y experiencia hospitalaria no puede ser aceptado. En primer lugar, por lo antes dicho sobre las tesis doctorales; y, en segundo término, porque hay especialidades que, según el citado decreto, requieren básicamente formación hospitalaria (Análisis Clínicos, Bioquímica Clínica, Microbiología y Parasitología) y el baremo atribuye menos puntuación a sus estudios de postgrado en relación con los de la especialidad en Farmacia Hospitalaria. Por ello, en cuanto a este particular, el recurso tiene que ser acogido, al no resultar conforme a de-*

recho, por infracción del principio constitucional de igualdad, la diferencia de puntuación a que se viene haciendo referencia, que ha de ser anulada".

V. PERSONAL

1. Personal al servicio de las corporaciones locales. Nulidad de equiparación del personal laboral con el funcionario; de reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales y de las contribuciones del Ayuntamiento a fondos privados de pensiones de sus empleados.

La sentencia del TSJG (S^a del Cont.-Ad., Secc. 1^a) de 3 de junio de 2009 (recurso 4132/2007, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) estima el recurso interpuesto por la Administración General del Estado contra el "*Acuerdo regulador para el personal funcionario*" aprobado por el Ayuntamiento de Pontevedra en el año 2002, anulando buena parte de éste. Considera la sentencia, en síntesis, que no se ajusta a derecho la equiparación del régimen del personal laboral y funcional efectuada en ese acuerdo, dada la diferenciación e incomunicabilidad originaria entre sus respectivos regímenes jurídicos, así como sus distintas vías de negociación colectiva. Proscribe también, entre otros aspectos, la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales; la remuneración permanente con complemento de productividad a los trabajadores de horario nocturno; el pago general de un complemento de productividad lineal que encubre en realidad una doble paga extra; retribuciones indirectas como la contribución del Ayuntamiento a un fondo privado de pensiones de sus empleados, y a un fondo de "bienestar social" (para conceptos como costes médicos, de estudios, de entierro...), etc.

2. Proceso de selección de personal funcionario. Vinculación del tribunal calificador por lo dispuesto en las bases de la convocatoria. Improcedencia de descontar en el supuesto práctico una pregunta acertada por cada una de las falladas. Deber de abstención del asesor externo que confeccionó una de las pruebas.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 7^a) de 19 de julio de 2009 (casación 4041/2005, ponente: Excmo. Sr. Díaz Delgado) anuló una parte de las pruebas realizadas en un proceso de selección de inspectores de turismo

de la Xunta de Galicia (funcionarios de carrera, grupo B) porque se realizaron de modo distinto al previsto en las bases de la convocatoria, descontándose indebidamente en el caso práctico, como si se tratase de la prueba de test, una pregunta acertada por cada una de las respondidas erróneamente. Insiste así la sentencia en que: *«Lo que no puede desprenderse es que el Tribunal Calificador sea el dueño del proceso selectivo, y menos aún que, amparándose en una supuesta discrecionalidad técnica, hoy superada por el control de la misma por distintas técnicas, entre las que destacan los principios jurídicos, y especialmente los constitucionalizados, dé preferencia de la capacidad y mérito en el acceso a la función pública, control admitido por la jurisprudencia de este Tribunal, pues no existe poder alguno, y desde luego órgano administrativo, que eso es lo que es un tribunal calificador, exento de control jurisdiccional. Ciertamente, el acierto de los tribunales calificadores se presume, en mayor medida si como exige la legislación su composición es técnica y adecuada al proceso selectivo de que se trate, pero esa presunción de legalidad es la que se predica de todos los actos administrativos, y será la prueba en contrario, apreciada por los tribunales conforme a los criterios establecidos en nuestro ordenamiento, la que determinará si debe prevalecer o no. Y desde luego lo que no puede pretenderse es que con tal argumento se puedan vulnerar las bases de la convocatoria, pues la función del tribunal calificador es meramente vicarial, como la de todos los poderes públicos, y consiste en resolver un proceso selectivo, pero ajustándose estrictamente al ordenamiento jurídico, como claramente disponen los artículos 9.1 y 103.1 de la Constitución»*. Por otra parte, considera también que el asesor externo que redactó el examen práctico debió abstenerse de participar en las pruebas selectivas al incurrir en conflicto de intereses, dada su condición de profesor en una academia en la que se prepararon varios de los opositores.

VI. TRIBUTARIO

1. Compatibilidad del canon de saneamiento (modalidad de carga contaminante) previsto en la legislación gallega de aguas con el de vertidos al mar establecido en la Ley de Costas.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 2^a) de 24 de marzo de 2010 (casación 7464/2004, ponente: Excmo. Sr. González González) declara conforme con el reparto competencial establecido en la Constitución el canon de saneamiento, en su modalidad de carga contaminante, establecido en la Ley

Gallega 8/1993, de 23 de junio, Reguladora de la Administración Hidráulica. También lo considera compatible con el "canon de vertidos al mar" previsto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, por tratarse este último «de una tasa cuyo hecho imponible está determinado por el uso especial del dominio marítimo, lo que difiere sustancialmente del canon previsto en la Ley Gallega 8/1993, en la que se regula un impuesto en el que el hecho imponible es el propio vertido, dando al impuesto una naturaleza parafiscal, pues junto a su finalidad recaudatoria va dirigido, como señala su exposición de motivos, a "generar recursos para afrontar gastos de explotación e inversiones en instalaciones de saneamiento de aguas residuales del territorio de Galicia", y añade "En particular, la exacción del canon habrá de responder al principio enunciado como 'quien contamina paga', que inspira la legislación comparada dentro del Estado y fuera del mismo"».

2. Tasa por utilización del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

La sentencia del TSJG (S^a del Cont.-Ad., Secc. 4^a) de 7 de enero de 2010 (recurso 15282/2008, ponente: Ilmo. Sr. Fernández Leiceaga) valida el establecimiento por un determinado ayuntamiento de una tasa por la "utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local por las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil". Considera que no existe "doble imposición" por el hecho de que dichas operadoras deban pagar otro tributo al Estado por la utilización del espectro radioeléctrico, al tratarse de diferentes hechos imponibles. Rechaza sin embargo el sistema de cuantificación de la tasa fijado en la ordenanza impugnada porque «lejos de ser consecuente con aquella primera premisa de acudir, como impone el legislador, al valor de mercado de la utilidad o aprovechamiento, se excluye ese método para terminar imponiendo la tasa en función de los ingresos de la operadora de telefonía móvil (...)».

VII. CONTRATACIÓN

1. Concesión de servicio público regular permanente de uso general de transporte de viajeros por carretera

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 3^a) de 29 de junio de 2010 (casación 4741/2007, ponente: Excmo. Sr. Espín Templado) revoca la

sentencia anulatoria del TSJG impugnada y confirma la resolución de la Xunta de Galicia de adjudicación definitiva de la concesión del servicio público regular permanente de uso general de transporte de viajeros por la carretera Lugo-Monforte de Lemos-Santiago de Compostela, por sustitución y unión de otras concesiones. Incide en que *«La DT 2ª [de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT)] reconoce a los titulares de las concesiones anteriores la posibilidad de optar por la sustitución del derecho de obtener la modificación de su concesión para mejorar las condiciones de explotación, racionalizarla y adecuarla a las necesidades de los usuarios, sin necesidad de acudir al procedimiento ordinario previsto en la LOTT y en su reglamento para la adjudicación o modificación de concesiones futuras. (...) en principio, nada impide que en dicho proceso de sustitución se contemplen nuevas paradas siempre que no se altere el equilibrio concesional ni se solapen o perjudiquen otros tráficos pertenecientes a otras concesiones»*.

2. Concurso público para otorgar, mediante concesión, la gestión indirecta del Servicio Público de Televisión Digital de cobertura local.

La sentencia del TSJG (Sª del Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 22 de octubre de 2009 (recurso 4335/2007, ponente: Ilmo. Sr. Arrojo Martínez) anula el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 6 de julio de 2006 que resolvió el concurso público para otorgar, mediante concesión, la gestión indirecta del Servicio Público de Televisión Digital, de cobertura local, en lo que atañe a la demarcación de Ferrol. Se motiva en la constatación de que la entidad adjudicataria del concurso se integra en una cadena de televisión estatal (Grupo PRISA), incumpliendo así la prohibición contenida en el art. 7 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local Digital, en el que se dispone que *“Las televisiones locales por ondas terrestres no podrán emitir o formar parte de una cadena de televisión. A estos efectos, se entenderá que forman parte de una cadena aquellas televisiones en las que exista unidad de decisión..., [así como las] que emitan la misma programación durante más del 25 por 100 del tiempo total de emisión semanal, aunque que sea en un horario diferente”*.

3. Hospital privado concertado con la sanidad pública. Ruptura del equilibrio concesional por incremento de la población atendida. Derecho a indemnización.

La sentencia del TSJG (S^a del Cont.-Ad., Secc. 1^a) de 24 de febrero de 2010 (recurso 1008/2006, ponente: Ilmo. Sr. Fernández Dotú) reconoce que, como consecuencia del aumento de la población asignada a un hospital privado concertado, se produjo un desequilibrio concesional que obliga a la Administración a indemnizar al contratista. Concluye así que: *«Ciertamente, un exceso de población genera un aumento de prestaciones y ello un aumento de gasto, que, como ha quedado anteriormente reseñado, no puede entenderse amparado ni incluido por el riesgo del contratista y que han de dar lugar a una indemnización por el exceso de gasto generado, conforme a lo previsto en los arts. 59, 103 la 108, 163.2 y 3, 165, 99.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».*

Deseo que me envíen la REVISTA GALLEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: a partir del número _____ y hasta nuevo aviso. el número / los números _____

Nombre y apellidos / Entidad _____

DNI / NIF _____

Dirección _____

Localidad _____ Código postal _____

Población _____ País _____

Teléfono _____ Telefax _____

Correo electrónico _____

Fecha _____ Firma: _____

Fuera de Galicia

Enviar a
 Editorial EGARTORRE, S.L.
 r/ Primavera, 2 – Nave 31
 Polígono industrial El Malvar
 28500 Arganda del Rey (Madrid)
 Telf.: 91 872 93 90 • Fax: 91 871 93 99
 e-correo: egartorre@egartorre.com
 http://www.egartorre.com

En Galicia

Enviar a
 Editorial GALAXIA, S.A.
 Reconquista, 1
 36201 Vigo (Pontevedra)
 Telf.: 986 43 21 00 • Fax: 986 22 32 05
 e-correo: galaxia@editorialgalaxia.es
 http://www.editorialgalaxia.es

Boletín de suscripción

REVISTA GALLEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ●

Tarifas vigentes Hasta diciembre de 2011	Suscripción anual 2 números	Número suelto	Forma de pago
Publicación impresa	PARTICULARES 60,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	PARTICULARES 30,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	<input type="checkbox"/> Transferencia a la cuenta <input type="checkbox"/> Contra reembolso <input type="checkbox"/> Cheque a nombre de la editorial <input type="checkbox"/> Giro postal <input type="checkbox"/> Domiciliación bancaria
	INSTITUCIONES 120,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	INSTITUCIONES 60,00 € + gastos de envío según la tarifa vigente	

DOMICILIACIÓN BANCARIA

Fecha _____ Banco o caja _____

Número _____ Dirección de la agencia _____

Población _____ País _____

Número de cuenta _____

Estimados señores:

Les ruego que, hasta nuevo aviso, abonen los recibos que le presente la _____ con cargo a mi cuenta antes mencionada, en concepto de suscripción a la **Revista Gallega de Administración Pública**.

Firma

Titular _____

Dirección _____

Población _____ Código postal _____