



Revista Jurídica de la Comunidad Madríd

N.º 23
Enero
Junio
2006



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid

N.º 23 Enero-Junio

Año 2006

Estudios

El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, y su incidencia en el sector Eléctrico, por *Carlos Domínguez Luis*.

La Evaluación Ambiental de los Planes y Programas en la normativa estatal y madrileña, por *Carlos Yáñez Díaz*.

El Desistimiento y su Bilateralidad en el Proceso Contencioso-Administrativo, por *Valeriano Palomino Marín*.

Análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid para 2006 en el conjunto de Impuestos Estatales Cedidos, por *Juan Calvo Vérguez*.

Potestad Disciplinaria y Administración Pública, por *Juan B. Lorenzo de Membiela*

Selección de Dictámenes

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid.
Primer y Segundo trimestre 2006

R.1395

14 NOV 2006



REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La revista surge en el momento en que la Comunidad de Madrid se encuentra en un momento de profunda transformación, tanto en lo que respecta a su estructura institucional como en lo que respecta a su actividad. Este momento de transición exige un análisis jurídico que permita comprender los cambios que se están produciendo y que facilite la adaptación del ordenamiento jurídico a las nuevas circunstancias.

El número N.º 23. Enero-Junio 2006.

El contenido de este número se divide en tres partes: la primera, dedicada a la doctrina; la segunda, dedicada a los trabajos de los autores; y la tercera, dedicada a los trabajos de los autores de la Comunidad de Madrid.

Los trabajos de los autores de la Comunidad de Madrid se publican en esta revista con el fin de promover el conocimiento y el estudio de los problemas jurídicos que se plantean en la Comunidad de Madrid y de facilitar la labor de los juristas de esta Comunidad.



17 JUN 2006

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Director:
Eugenio López Álvarez
Director General de los Servicios Jurídicos
eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:
Javier Cepeda Morán

Podrán ser remitidos para su publicación en cualquiera de las revistas de la Comunidad de Madrid los trabajos jurídicos que no hayan sido publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid. Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid. Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid. Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid.

N.º 23. Enero-Junio 2006

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid. Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid.

No se enviarán pruebas de corrección a los autores. Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados por la Dirección de la Revista. Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en ninguna otra publicación de la Comunidad de Madrid.

Impresión: B.O.C.M.
Depósito legal: M-6450-1999
I.S.B.N.: 1132-8817
Edición: junio 2006
Número: 780 ejemplares

Director:

Eugenio López Álvarez
Director General de los Servicios Jurídicos
eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:

Javier Cepeda Morrás
Subdirector General de lo Consultivo
javier.cepeda@madrid.org

Edita:

Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7. 28013 Madrid

Imprime:

Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
<http://www.madrid.org>

Puede accederse a ella dentro de «Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno» o, directamente, en
http://www.madrid.org/revista_juridica

Y en Intranet

http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 780 ejemplares
Edición: junio 2006
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
Imprime: B.O.C.M

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Estudios

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos jurídicos que no estén publicados o pendientes de publicación. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número en el que se incluirán. Tendrán preferencia todos aquellos trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la Dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en disquete, preferentemente en el sistema Word, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, profesión, dirección, NIF, número de teléfono, fax y/o correo electrónico.

No se enviarán pruebas de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Dirección y conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

ÍNDICE

Estudios

<i>El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, y su incidencia en el sector Eléctrico</i> (Carlos DOMÍNGUEZ LUIS).....	11
<i>La Evaluación Ambiental de los Planes y Programas en la normativa estatal y madrileña</i> (Carlos YÁÑEZ DÍAZ).....	71
<i>El Desistimiento y su Bilateralidad en el proceso Contencioso-Administrativo</i> (Valeriano PALOMINO MARÍN).....	105
<i>Análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid para 2006 en el conjunto de Impuestos Estatales Cedidos</i> (Juan CALVO VÉRGEZ)	121
<i>Potestad Disciplinaria y Administración Pública</i> (Juan B. LORENZO DE MEMBIELA).....	153
Selección de Dictámenes	173
Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y Segundo trimestre 2006	185

Director: **NORMAS DE PUBLICACIÓN**

Eugenio López Álvarez
Director General de los Servicios Jurídicos
eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:

Javier Cereceda Morás
Subdirector General de la Consejería de Justicia y Consumo
Pueden ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualquier trabajo jurídico que no esté publicado o pendiente de publicación. La Dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número de ejemplares que se incluirán. También preferentemente los trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la Dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores. Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en duplicado, presentando en el sistema Word, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, la dirección, NIF, número de teléfono, fax y correo electrónico.

No se admitirán trabajos de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en el momento que se establezca por la Dirección y en forma de honorarios. Las presuntas y recibidas tres ejemplares de la Revista.

Tirada: 750 ejemplares
Edición: junio 2006
E.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
Impreso: B.O.C.M.

Estudios

El Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, y su incidencia en el sector Eléctrico (Carlos DOMÍNGUEZ LUIS)..... 11

La Evaluación Ambiental de los Planes y Programas en la normativa estatal y madrileña (Carlos YÁÑEZ DÍAZ)..... 71

El Desistimiento y su Bilateralidad en el proceso Contencioso-Administrativo (Valeriano PALOMINO MARÍN)..... 105

Análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid para 2006 en el conjunto de Impuestos Estatales Ceditos (Juan CALVO VÉRGEZ)..... 121

Potestad Disciplinaria y Administración Pública (Juan B. LORENZO DE MEMBELA)..... 123

Selección de Dictámenes..... 173

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y Segundo trimestre 2006..... 181

EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, Y SU INCIDENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Por
CARLOS DOMÍNGUEZ LUIS
ABOGADO DEL ESTADO

ESTUDIOS

A MODO DE INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO, Y AL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Mucho se ha escrito y discutido, desde diferentes posiciones doctrinales, a propósito del nuevo marco organizativo de que fue dotado el sector eléctrico por obra y gracia de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre¹. Recapitular, en la introducción de un trabajo, las autorizadas opiniones vertidas al respecto por prestigiosas plumas representa, a nuestro modo de ver, una labor de discutible utilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que el objetivo de estas líneas no es otro que examinar la reforma operada en el sector por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública².

Pese a ello, tampoco puede juzgarse remota la posibilidad de que el presente estudio caiga en manos de quienes albergan un conoci-

¹ En adelante, LSE.

² En adelante, Real Decreto Ley 5/2005.

EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, Y SU INCIDENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

POR

CARLOS DOMÍNGUEZ LUIS

ABOGADO DEL ESTADO

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO, Y AL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1.1. La Reforma de 1997. 1.2. El Real Decreto Ley 5/2005. 2. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES REFORMAS OPERADAS POR EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, EN EL SECTOR ELÉCTRICO. 2.1. Medidas Horizontales. 2.2. Transparencia de la Información en el Mercado de Producción de Energía Eléctrica. 2.3. Racionalización de los costes del sector eléctrico. 2.4. Creación del Mercado Ibérico de la Electricidad. 3. OTRAS REFORMAS.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES EN TORNO A LA LEY 54/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO, Y AL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Mucho se ha escrito y discutido, desde diferentes posiciones doctrinales, a propósito del nuevo marco organizativo de que fue dotado el sector eléctrico por obra y gracia de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre¹. Recapitular, en la introducción de un trabajo, las autorizadas opiniones vertidas al respecto por prestigiosas plumas representa, a nuestro modo de ver, una labor de discutible utilidad, sobre todo si se tiene en cuenta que el objetivo de estas líneas no es otro que examinar la reforma operada en el sector por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública².

Pese a ello, tampoco puede juzgarse remota la posibilidad de que el presente estudio caiga en manos de quienes albergan un conoci-

¹ En adelante, LSE.

² En adelante, Real Decreto Ley 5/2005.

miento tangencial o limitado del tema matriz del que aquél trae causa. Una mínima consideración hacia ellos exige, por consiguiente, centrar la cuestión, contemplando, siquiera sea de modo somero, el panorama legislativo sobre el que se asienta la modificación normativa que concita nuestra atención.

1.1. La reforma de 1997

No cabe duda de que LSE se erige en el refrendo normativo de los principios de liberalización del sector eléctrico, a la par que configura, como ya hemos apuntado, un nuevo marco organizativo. El objetivo fundamental que con su promulgación se pretendía era la liberalización. Se trataba, en resumidas cuentas, de sustituir al Estado por el mercado en la asignación de los recursos. El modelo que inspira el texto legal lleva consigo un cambio radical, no sólo en el funcionamiento mismo del sector eléctrico, sino también en las relaciones entre las diferentes actividades que realizan los agentes que en él se dan cita. Su implantación en nuestro país exigía, en primer lugar, suprimir monopolios para, después, introducir técnicas tales como las privatizaciones, cuando la titularidad dominical de la empresa pertenecía al Estado, las despublificaciones, cuando la titularidad de la actividad también tenía carácter estatal, a través de la técnica clásica del servicio público, y, por fin, la desregulación, o mutación de las normas reguladoras de intervención y dirección por normas de promoción y garantía de la libre competencia.

En efecto, la LSE abandona la concepción tradicional de servicio público, haciendo un guiño a una novedosa técnica: la garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional. No en vano, el párrafo segundo de su Exposición de Motivos perfila como fin básico de la Ley «establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que se realice al menor coste posible, todo ello sin olvidar la protección del medio ambiente». Este propósito enderezado a que el suministro se realice al menor coste posible halla su razonamiento básico en la propia Exposición de Motivos, puesto que, para el legislador, el precio de la electricidad «es un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía»³.

Con acierto afirma DE LA CRUZ FERRER que «aquí es donde se encuentra el cambio de paradigma en la regulación del sector eléctri-

³ Exposición de Motivos de la LSE, párrafo primero.

co. Tanto en la Ley de Explotación Unificada del Sistema Eléctrico Nacional de 1984, como en la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional de 1994, el objetivo de la garantía del suministro se persigue a través de un medio que consiste en el protagonismo del Estado en cuanto *responsable único* de la planificación y de la explotación unificada del sector, responsabilidad que permitía la *optimización* de las decisiones de inversión y de producción. La Ley del Sector Eléctrico de 1997 abandona este modelo y presenta un nuevo paradigma en virtud del cual el protagonismo se atribuye a la *libre iniciativa empresarial* (EM 7, artículo 2.1), ejercida en el marco de la libre competencia, que la propia Ley impulsa mediante la creación y organización de un mercado mayorista de generación y de un mercado minorista de suministro»⁴. Añadiendo que «en el caso de España, la LSE deja claro que la libre iniciativa empresarial ejercitada en el marco de la libre competencia es el medio que se estima idóneo para garantizar el triple objetivo de la política energética: la seguridad del suministro, la competitividad y la protección del medio ambiente, a través de los adecuados mecanismos de regulación, que no suplantán el protagonismo del mercado, pero mantienen obligaciones de servicio público»⁵.

Ciertamente, la LSE ofrecía todos los elementos necesarios para llevar a cabo la liberalización, liberalización que, por lo demás, había sido promovida desde la Unión Europea, fundamentalmente a través de las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE, comprensivas de normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural, respectivamente. De entrada, la norma declaró libres todas las actividades susceptibles de competencia, después de romper el monopolio mediante la segmentación del conjunto de la actividad y el establecimiento del «libre acceso de terceros» en los subsistentes monopolios naturales. De hecho, la creación de mercados al por mayor y al por menor de energía eléctrica —mercado de generación y de comercialización— se convierte en instrumento decisivo para la puntual y completa consecución de los objetivos del legislador.

Ahora bien, resultaría ingenuo negar que la reforma de 1997 contenía un amplio elenco de virus, sin duda bastantes para impedir la plena consecución del propósito liberalizador. El Gobierno, siguiendo una práctica pactista, de enorme tradición en el sector eléctrico, acometió la mutación legal sobre la base de un acuerdo previo con las empresas —el famoso «Protocolo del 96»—, por el cual éstas acepta-

⁴ DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 345.

⁵ DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 346.

ban el proceso de liberalización, a cambio de determinadas garantías económicas, tales como los llamados CTC —«costes de transición a la competencia»—, la indeterminación de la garantía de potencia o el mantenimiento del sistema tarifario, no exento de un cierto desarrollo manifestado en la denominada «senda de tarifas», obstáculo cierto a la eventual merma de ingresos de las empresas a medio plazo.

Debemos convenir con JESÚS TRILLO-FIGUEROA Y MARTÍNEZ CONDE, cuyas interesantes opiniones han sido periódicamente recogidas en la prensa especializada, en que el problema no era tanto el acuerdo con el sector y las concesiones a las empresas⁶ como la circunstancia de que nunca se supo bien cuál de las dos partes tenía la voluntad liberalizadora. Desde luego, las empresas nunca manifestaron contrariedad con el anterior marco legal estable, si bien las privadas, en general, consideraban que éste beneficiaba singularmente a la empresa pública «Endesa». Prueba de ello es que, durante su vigencia, la indicada empresa pública absorbió la mitad del sector privado, representado, básicamente, por «Sevillana», «Fecsa» o «Viesgo». Y, obviamente, los ingresos que permitieron tal absorción procedían, en exclusiva, de las inyecciones económicas generadas por la tarifa. Por ello, las privadas acogieron con cierto entusiasmo las promesas liberalizadoras, adoptando una postura de moderada expectación ante la reforma. Pese a todo, y aunque era evidente que el Gobierno venía manifestando una más que explícita decisión liberalizadora, nunca estuvo dispuesto a renunciar a sus poderes intervencionistas, particularmente tarifarios, pues, aunque la teoría aconsejaba la conveniencia y necesidad de la liberalización, la coyuntura socio-económica recomendaba atajar la inflación, en aras al exacto cumplimiento de los criterios de convergencia.

No obstante lo anterior, justo es decir que la LSE supuso un paso importante en la creación de un auténtico mercado eléctrico y, por supuesto, energético. La reforma legal diseñó un sistema institucional y regulatorio que con el tiempo ha funcionado de modo satisfactorio.

En efecto, no hay que olvidar que la situación del sector eléctrico anterior al 1 de enero de 1998⁷ se hallaba perfilada por los siguientes detalles:

- a) Red de transporte separada.
- b) Tarifa única para cada cliente final.
- c) Retribución basada en costes reconocidos (costes estándar).

⁶ En realidad, a nadie se le escapa que una reforma sin consenso hubiera estado, en ese concreto ámbito económico, condenada al fracaso.

⁷ Fecha en la que se inicia el proceso liberalizador, con el reconocimiento de la libre elegibilidad de suministrador de electricidad para los grandes consumidores de energía.

- d) Despacho coordinado centralmente (sujeto a restricciones de política energética).
- e) Propiedad pública y privada en un mercado dominado al 90% por «Endesa».
- f) Integración vertical generación-distribución de la energía.

Uno de los principales objetivos del fenómeno liberalizador viene representado por el otorgamiento del derecho a la libre elegibilidad del suministrador, posibilidad que, inicialmente concedida a los grandes consumidores de electricidad, se encuentra hoy extendida a todos los consumidores peninsulares, en concreto, a partir del 1 de enero de 2003. Precisamente, para el logro de este propósito la LSE configura un período transitorio, inherente al deseo de que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica cuente con un desarrollo progresivo. Sin embargo, no es ésta la única finalidad perseguida por el legislador de 1997.

Se abandona, igualmente, la idea de una planificación determinante de las decisiones de inversión de las empresas eléctricas. En su lugar, se articula la denominada «planificación indicativa», salvo en lo atinente a las instalaciones de transporte, lo que, obviamente, facilita la toma de decisiones de los diferentes agentes económicos en el concreto ámbito de la inversión. Asimismo, y por lo que respecta a la generación de energía eléctrica, la nueva Ley reconoce el derecho a la libre instalación de generación energética, organizando su funcionamiento bajo el principio de libre competencia dentro del marco contextual de un mercado liberalizado de electricidad, en el que los precios se fijan en función de las decisiones libremente adoptadas por los agentes participantes.

Las actividades de transporte y distribución tampoco permanecen ajenas a la reforma. La LSE preconiza el acceso generalizado de terceros a las redes, a cambio del pago de unas tarifas. De este modo, la propiedad de la red no otorga derechos exclusivos o preferentes de uso a sus titulares. En todo caso, la liberalización del uso de las redes cuenta con un contrapeso nada desdeñable: la retribución económica del transporte y de la distribución continúa dependiendo de criterios administrativos. Por otro lado, y en aras a garantizar la transparencia de esta retribución, se impone a las empresas eléctricas la obligación de observar una nítida separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas.

Se configura así el sector eléctrico bajo la presidencia de los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, sin perjuicio, claro está, de la necesaria regulación consustancial a las peculiares características de aquél, entre las que destaca la exigencia de coordi-

nación económica y técnica en su funcionamiento. De hecho, para garantizar la correcta operatividad del sistema se establecen las figuras del Operador del Mercado, que asume la gestión económica del mercado de producción, y del Operador del Sistema, que verifica la gestión técnica del sistema eléctrico.

Así las cosas, Gobierno y empresas quedaron satisfechos. El primero conservaba su capacidad de intervención en aquello que más vulnera el mercado: la fijación de los precios. Por su parte, las segundas aseguraban su futuro económico-financiero, pues las cantidades fijadas en el marco legal estable —previo a la reforma—, que retribuían todos sus costes estándares, serían recuperadas a través de los «costes de transición a la competencia», cualquiera que fuese el precio del mercado, aunque el marginal de éste fuese superior al coste medio de sus instalaciones. En suma, y como sentencia reiteradamente JESÚS TRILLO-FIGUEROA Y MARTÍNEZ CONDE, «la liberalización fue un salto mortal, pero con red». Alguien ha dicho, con acierto, que los fines que perseguía la ordenación jurídica del sector, incardinada en la LSE de 1997, no diferían en gran medida de los postulados por el régimen jurídico inmediatamente anterior. Lo que cambian son las técnicas jurídicas. Como afirma DE LA CRUZ FERRER⁸, «aparece una nueva estructura jurídica en la que ha cambiado la posición y cometidos de la Administración, de las empresas y de los consumidores. Aparecen nuevas relaciones jurídicas sustentadas en diferentes derechos y obligaciones de los operadores jurídico-económicos».

El problema, empero, es que la realidad inherente a la paulatina aplicación del modelo de 1997 ha demostrado que el funcionamiento de un auténtico mercado eléctrico seguía siendo la gran tarea pendiente. Pero no sólo eso. También ha justificado las opiniones de quienes demandaban una indispensable y rápida acometida del Mercado Ibérico y del mercado a plazos, así como la supresión de la tarifa integral. Todo ello con el objeto de que las transacciones energéticas reflejen, dentro del ámbito de nuestra economía productiva, verdaderos precios y no costes irreales que perturban las magnitudes básicas del sistema económico.

1.2. EL REAL DECRETO LEY 5/2005

Es dentro del paisaje legislativo descrito en el punto precedente donde se adentra la reforma normativa operada por el Real Decreto

⁸ DE LA CRUZ FERREZ, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 344.

Ley 5/2005. Se erige esta nueva regulación en pilar de un elenco de medidas anunciadas en su día por el Gobierno con el propósito de impulsar la productividad, destacando su incidencia en los mercados financieros, el sector energético, la contratación pública y el medio ambiente. Sin embargo, es, sin duda, en el ámbito energético donde recae el peso mayor de las medidas incluidas en la norma.

El propio Preámbulo del Real Decreto Ley residencia el porqué de su conformación en la necesidad de «adopción de reformas urgentes que apuesten decididamente por la eficiencia y la competitividad de los mercados financieros y energéticos, como mecanismo para contribuir al impulso de la productividad en el conjunto del sistema económico, y afrontar así una de las principales debilidades del modelo de crecimiento económico. Estas reformas constituyen un instrumento indispensable para atenuar los riesgos y aprovechar las oportunidades que presenta el escenario económico internacional...». Todo ello sobre la base de situar el bienestar de los ciudadanos, su irrechazable y deseable mejora, en pieza angular de la política económica del Gobierno.

Preocupa al legislador el alejamiento de España respecto a los niveles de productividad de los países más avanzados, dado el riesgo que ello entraña para la adecuada evolución de nuestra economía, cuyos cimientos pretenden apoyarse en un anhelado modelo de crecimiento equilibrado y sostenido, basamentado, a su vez, en el aumento de la productividad y del empleo, pues sólo de este modo, se piensa, podrán atenderse las necesidades colectivas, fomentando la cohesión social y las siempre apetecibles respuestas a los retos derivados de la integración económica en los mercados europeos y mundiales.

El divorcio entre nuestros niveles de productividad y los inherentes a los Estados que asumen el liderazgo económico mundial entraña, a juicio del legislador, un serio peligro en la esfera de la economía doméstica, de segura manifestación tanto a largo plazo como de forma inmediata. «A largo plazo —dice el Preámbulo—, la productividad es el principal determinante del crecimiento económico y su aumento es esencial para garantizar la sostenibilidad futura del Estado de bienestar, especialmente en el marco de envejecimiento de la población al que se enfrenta nuestra sociedad. De forma inmediata, en el contexto de creciente apertura e integración de la economía española en los mercados europeos e internacionales, el aumento de la productividad es indispensable para absorber los incrementos en los costes de producción y evitar así pérdidas de competitividad que supondrían un freno al crecimiento».

No cabe duda de que un correcto desenvolvimiento del mercado energético resulta esencial para la consecución de los objetivos de

política económica definidos en el Real Decreto Ley, en suma, para el progreso ascendente de la productividad. Ciertamente, nos hallamos ante un mercado «de carácter estratégico para la evolución general de la actividad económica (...). La energía es un insumo básico para la actividad económica y, en particular, para los sectores industriales, crecientemente expuestos a la competencia exterior. Un sector energético eficiente es clave para la evolución de la competitividad de los sectores exportadores»⁹.

La parte dispositiva del Real Decreto Ley que se analiza aparece integrada por treinta y cuatro artículos —agrupados en títulos, capítulos y secciones—, cinco disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una derogatoria y cuatro disposiciones finales.

En cuanto a las reformas que afectan a los mercados energéticos, éstas se hallan localizadas en el Título II de la norma¹⁰, que se presenta subdividido en cuatro Capítulos. El Capítulo I, bajo la rúbrica «Medidas Horizontales», da nueva redacción al apartado dos del artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios¹¹, e introduce una nueva disposición adicional en el aludido Real Decreto Ley, en la que se perfila el concepto de «operador dominante» en los mercados o sectores energéticos. El Capítulo II, por su parte, se ocupa en exclusiva del sector eléctrico, comprendiendo los artículos 20 a 25, ambos inclusive. En él se condensa el «núcleo duro» de la reforma y en él se va a centrar el objeto esencial de estas líneas. Finalmente, el Capítulo III contiene una serie de medidas que afectan al sector de los hidrocarburos líquidos, mientras que el Capítulo IV, relativo al sector de los hidrocarburos gaseosos, acoge ciertas modificaciones de diversos artículos de la Ley 34/1988, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Conviene destacar, desde este momento, las dos previsiones que el Preámbulo del Real Decreto Ley engloba a propósito del sector eléctrico: por un lado, la adopción de medidas para profundizar en la liberalización ordenada del sector y posibilitar la pronta constitución del Mercado Ibérico de Electricidad (MIBEL), prevista para antes del 30 de junio de 2005; por otro lado, la modificación del sistema de liquidación de los costes de transición a la competencia (CTC), retrasando su liquidación definitiva correspondiente al año 2004 hasta el 1 de

⁹ Preámbulo del Real Decreto Ley 5/2005 (Apartado I, párrafo 6).

¹⁰ Este Título se dicta al amparo de lo preceptuado por el artículo 149.1.13ª y 25ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y sobre las bases del régimen minero y energético.

¹¹ En adelante, Real Decreto Ley 6/2000.

enero de 2006. De hecho, «se avanza —afirma el legislador— en la reforma de los mercados energéticos, mediante la adopción de medidas para fomentar un comportamiento más eficiente de los agentes y profundizar en una liberalización ordenada del sector, que, dado su carácter de insumo estratégico, debe traducirse en ganancias de productividad para el conjunto de la economía»¹².

Asimismo, no podemos dejar de referirnos a los comentarios críticos que, para el Consejo de Estado, mereció el contenido del texto legislativo que nos ocupa, singularmente en lo atinente a la suficiencia del rango de la norma y la técnica normativa empleada. Tales comentarios, contenidos en el Dictamen emitido por la Comisión Permanente de dicho órgano constitucional el 10 de marzo de 2005 —Dictamen núm. 371/2005—, tuvieron un enorme eco en la prensa especializada, valorando su alcance, en buena parte de los casos, como un verdadero «tirón de orejas» al Ejecutivo, fundamentalmente por la falta de diálogo y la forma jurídica elegida por el Ministerio de Economía y Hacienda¹³ para tramitar la reforma, mediante Real Decreto Ley —eludiendo, por tanto, el trámite parlamentario ordinario—, en lugar de por Ley, como aconsejaría el contenido de la modificación normativa pretendida. En este sentido, el Dictamen comienza criticando la falta de audiencia a las Autonomías sobre el Proyecto de Real Decreto Ley, cuando «las medidas proyectadas pueden afectar a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Y va más allá, echando en falta la intervención de otros Departamentos Ministeriales y de organismos competentes en los mercados afectados, como el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Comisión Nacional de Energía. En realidad, si los organismos reguladores no han gozado de audiencia, menos aún ha podido contar con ella el sector. Numerosas voces, dentro del mercado energético, han asegurado que no tuvieron conocimiento del contenido del Proyecto de Real Decreto Ley hasta la aprobación del Plan de Medidas de Impulso de la Productividad. De hecho, todos los grandes operadores y la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) presentaron alegaciones al Proyecto directamente en el Consejo de Estado¹⁴.

¹² Preámbulo del Real Decreto Ley 5/2005 (Apartado II, párrafo primero).

¹³ Departamento del que procedía el Proyecto de Real Decreto Ley sometido a la consideración del Consejo de Estado.

¹⁴ El propio Dictamen del Alto Órgano Consultivo se hace eco de este dato, asegurando que «han solicitado audiencia ante el Consejo de Estado y presentado las correspondientes alegaciones las siguientes entidades:

Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA).
Iberdrola.
Unión FENOSA.

Juicios periodísticos aparte, es lo cierto que el máximo órgano consultivo del Gobierno cuestiona abiertamente en su Dictamen la procedencia jurídica del empleo del instrumento del Real Decreto Ley en el caso que nos ocupa. En efecto, tras recordar los dictados recogidos en el artículo 86 de la Constitución —que se ocupa, precisamente, de la figura—, centra el objeto de su análisis en la concurrencia, en el concreto supuesto examinado, del presupuesto habilitante para la utilización de la técnica del Real Decreto Ley, esto es, la existencia de una «extraordinaria y urgente necesidad». «En este sentido —recuerda el Consejo de Estado—, el Tribunal Constitucional ha señalado que la *extraordinaria y urgente necesidad*, por más que deba ser apreciada en principio por el Gobierno en cada caso, no es una expresión vacía de significado, sino que cuenta con límites jurídicos cuyo aseguramiento, en última instancia, corresponde al propio Tribunal Constitucional (entre otras, sentencias 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero; y 137/2003, de 3 de julio). Así, ha afirmado el citado Tribunal que, si bien en la apreciación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad juega un papel decisivo el juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, ello no significa que el Gobierno pueda actuar sin restricción alguna. Existen, pues, unos límites jurídicos a la utilización del Real Decreto-ley y, por consiguiente, es posible, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto—ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales. Por otra parte, también ha exigido el Alto Tribunal que la situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación así definida y las medidas que se adoptan (Sentencias 29/1982, 182/1997 y 137/2003)».

Por lo que hace al examen de la eventual concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad respecto de las reformas que afectan a los mercados energéticos, el Consejo de Estado asegura que «el preámbulo no recoge ninguna justificación específica para la previsión que permite exceptuar de la obligación de acceso de terceros a determinadas instalaciones (...), aunque parece que se enmarca dentro del objetivo general de *incrementar la competencia en*

Endesa.

Solanar Distribuidora Eléctrica.

Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME).

Hidroeléctrica del Cantábrico.

Eléctrica de Viesgo Distribución, Viesgo Generación y Viesgo Energía.»

el mercado y garantizar un comportamiento eficiente de los agentes». Concluyendo que «en líneas generales, cabe afirmar que en todos los supuestos... parecen concurrir circunstancias que pudieran aconsejar la incorporación al ordenamiento interno, en el plazo más breve posible, de las medidas proyectadas, aunque en ocasiones la justificación apuntada en el preámbulo resulte excesivamente genérica».

Recomienda el órgano constitucional, por otro lado, hacer uso de la posibilidad recogida en el artículo 86.3 de la Constitución, tramitando el texto sometido a consulta como proyecto de Ley. La razón: la radical provisionalidad que caracteriza los Reales Decretos-Leyes, lo que contrasta con la vocación de permanencia inherente a las soluciones adoptadas en la norma. En este sentido, el Consejo de Estado insta la exclusión, del ámbito de la futura Ley, de la modificación del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. Sin embargo, el artículo 24 del texto definitivamente aprobado evidencia que esta última sugerencia no fue tenida en cuenta por el legislador.

Por último, también se hace eco el Consejo de Estado de la deficiente técnica normativa en la que incurre la reforma proyectada. De entrada, destaca cómo ésta afecta a un total de nueve Leyes¹⁵, un Real Decreto Ley y un Real Decreto, recalando que «en numerosos dictámenes (singularmente en los que tenían por objeto las denominadas «Leyes de acompañamiento» u otros textos legales de gran complejidad, baste recordar, por ejemplo, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero) el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto su preocupación por la creciente fragmentación del ordenamiento jurídico. En este sentido, se ha aconsejado que la modificación de cada norma tenga su propia sede y que se evite, en la medida de lo posible, la reforma de varias disposiciones en un único texto normativo; circunstancia esta última que contribuye a aumentar la dispersión normativa y, desde luego, no facilita la localización y aplicación de unas normas que tienen como destinatarios principales, no sólo a autoridades, funcionarios y profesionales del Derecho, sino también a una pluralidad de sujetos, entre los que cabe

¹⁵ Por cierto, una de ellas —la de emisión de gases de efecto invernadero— aún no había sido aprobada por las Cortes en el momento de la remisión del proyecto de Real Decreto Ley al Consejo de Estado, planteándose, pues, la modificación de un texto legal aún no promulgado como tal. Este texto, además, tiene su origen en la tramitación como proyecto de Ley del Real Decreto Ley 5/2004, de 27 de agosto, que regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

mencionar, por lo que a este caso se refiere, los clientes y operadores de los mercados financieros y de los mercados energéticos y los contratistas». Concluye el órgano consultivo aseverando que «estas consideraciones son igualmente aplicables al proyecto que ahora se dictamina: aunque se ha intentado dotar al proyecto de cierta coherencia, ordenando su contenido bajo una rúbrica común (tan genérica como la de «reformas urgentes para el impulso a la productividad») y atendiendo a las materias afectadas, ha de valorarse negativamente una técnica normativa como la empleada en este proyecto de Real Decreto-Ley».

2. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES REFORMAS OPERADAS POR EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Seguiremos, en el tratamiento del presente apartado, el orden sistemático establecido en el propio Real Decreto Ley 5/2005. Así pues, nuestro examen abarcará el contenido de los dos primeros Capítulos del Título II de la norma legal precitada, comenzando por el estudio de las Medidas Horizontales de obligada observancia en todos los mercados energéticos —por tanto, también en el ámbito de la electricidad—, para, a continuación, analizar las reformas introducidas en el sector eléctrico propiamente dicho, cuya ubicación normativa aparece residenciada en el Capítulo II del Título antedicho.

2.1. Medidas Horizontales

El Capítulo I del Título II del Real Decreto Ley 5/2005 se ocupa, básicamente, de dos conceptos: el de operador principal y el de operador dominante. Las reglas que contiene son de aplicación al sector energético y de telecomunicaciones. De ahí su catalogación como «medidas horizontales», expresión que sirve de rúbrica, además, al Capítulo en cuestión.

El artículo 18 del texto legal que analizamos modifica el apartado dos del artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, comprensivo de la definición de operador principal. De entrada, conviene significar que este precepto establece determinadas limitaciones para las personas físicas o jurídicas que directa o indirectamente participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el apartado dos del mismo, en una pro-

porción igual o superior al 3% del total. Dichas limitaciones se concretan en la prohibición del ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso sobre dicho porcentaje en más de una sociedad que tenga la consideración de operador principal, así como en la prohibición de la designación de miembros de los órganos de administración de más de una de dichas sociedades. En la nueva redacción dada a la norma por la Ley 4/2000, de 29 de diciembre, se extienden ambas limitaciones a los supuestos de participaciones en el capital o en los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3% del capital social detenida por un operador principal sobre otro operador principal.

De acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 34, se entiende por operador principal cualquiera que, teniendo la condición de operador de los mercados o sectores a que se refiere el precepto, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector correspondiente. Esta concepción no ha experimentado alteración alguna con la aprobación del Real Decreto Ley 5/2005.

Sí se ha mostrado sensible a la modificación, empero, la delimitación de los sectores o mercados propiamente dichos. Con anterioridad a la mutación operada por el antedicho Real Decreto Ley, los mercados energéticos concretados en la norma eran los siguientes:

- a) Generación, transporte y distribución de energía eléctrica.
- b) Producción, transporte y distribución de hidrocarburos líquidos.
- c) Producción, transporte y distribución de hidrocarburos gaseosos.

En la actualidad, y tras la reforma, son, en cambio:

- a) Generación y suministro de energía eléctrica en el ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL).
- b) Producción y distribución de carburantes.
- c) Producción y suministro de gases licuados del petróleo.
- d) Producción y suministro de gas natural.

Es obvio que la pronta puesta en marcha del MIBEL ha propiciado la introducción de reformas necesarias en el mercado eléctrico interno, al objeto de adaptarlo a las exigencias derivadas de aquel proyecto. Buen ejemplo de ello es, sin suda, la modificación operada en la letra a) del apartado dos del artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000.

Resulta interesante destacar, asimismo, que, con carácter previo a la aparición del Real Decreto Ley 5/2005, el citado artículo 34, a la

hora de delimitar los mercados o sectores afectados por sus disposiciones, refería, en el párrafo primero de su apartado dos, de manera conjunta en un mismo apartado a), las diferentes actividades desarrolladas en el sector de la electricidad; en otro apartado b), las actividades desarrolladas en el sector de hidrocarburos líquidos; y, en otro apartado c), las actividades desarrolladas en el sector de hidrocarburos gaseosos, sin distinguir entre ellas en apartados distintos, como sí hacía —y hace—, sin embargo, entre las actividades de telefonía fija y portátil, desarrolladas ambas en el sector de las telecomunicaciones. Es decir, cuando el legislador ha pretendido distinguir entre diferentes actividades de un mismo sector, a efectos de la determinación de los operadores principales, los ha incluido en apartados diversos.

Esta circunstancia hizo que la determinación, por la Comisión Nacional de Energía, de los operadores principales se realizase de manera global, respectivamente, en el marco de cada uno de los tres sectores de la energía —electricidad, hidrocarburos líquidos e hidrocarburos gaseosos—, y no de manera separada e individualizada para cada una de las actividades —producción, transporte y distribución—, que componen cada uno de los citados sectores. En este sentido, y como quiera que las diferentes actividades que integran cada uno de los tres sectores energéticos suelen desarrollarse por sociedades diferentes integradas en un grupo de sociedades, la determinación de los operadores principales de cada sector se ha venido realizando mediante la suma de las cuotas de mercado de todas las filiales de dichos grupos de sociedades.

Ciertamente, la modificación introducida por el Real Decreto Ley que se examina no altera sustancialmente el extremo acabado de apuntar, por lo que, en la práctica, la concreción de los operadores principales deberá observar similares reglas a las empleadas hasta el momento.

Por otra parte, el artículo 34 del Real Decreto Ley 6/2000, tanto en su redacción actual como en la inmediatamente anterior, sólo determina que se entenderá por operador principal cualquiera que, teniendo la condición de operador de los mercados o sectores a que se refiere el precepto, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector correspondiente, pero no indica qué parámetros ni qué criterios temporales deben emplearse para determinar dicha cuota de mercado. En consecuencia, parece que la Comisión Nacional de Energía deberá proseguir con el empleo de la cifra de negocios como parámetro para medir la cuota de mercado en el sector de la electricidad, técnica utilizada hasta la fecha.

Por lo demás, el Real Decreto Ley 5/2005 añade un párrafo al artículo 34, apartado dos, del Real Decreto Ley 6/2000, en el que se impo-

ne a la Comisión Nacional de Energía la obligación de hacer público, por medios telemáticos, el listado de operadores principales, sin concretar, al hilo de lo indicado antes, la periodicidad con la que ha de tener lugar la publicación en cuestión.

Finalmente, de la definición de operador dominante trata el artículo 19 del Real Decreto Ley 5/2005, que introduce, a propósito de esta temática, una Disposición Adicional Tercera en el Real Decreto Ley 6/2000. El operador dominante, que es una figura creada *ex novo* por el Real Decreto Ley que nos ocupa, se identifica, dentro del sector de la electricidad, con aquellas empresas —o grupos empresariales¹⁶— productoras y suministradoras que ostenten una cuota de mercado superior al 10%. El nuevo concepto, además, resultará de aplicación a las empresas que operen en el ámbito del MIBEL, estableciendo el artículo 22 del Real Decreto Ley 5/2005, como luego veremos, que las compras de energía eléctrica en otros países, fuera del ámbito de dicho mercado, no podrán ser realizadas por los operadores que tengan la condición de operador dominante, por lo que se impide a éstos, en suma, acudir a las subastas de energía en Europa.

Corresponde a la Comisión Nacional de Energía, igualmente, hacer público, por medios telemáticos, el listado de operadores dominantes, siendo extensible a este punto lo expuesto más arriba, a propósito de los operadores principales. Todo apunta a que en ese listado, amén de «Endesa» e «Iberdrola», figurará «EDP», cuya cuota en el mercado ibérico se calculará sumando la que ostenta su filial española, «Hidrocantábrico». Ambas empresas tendrán la consideración de un único operador.

La figura del operador dominante se suma, pues, a la del operador principal, antes analizada. Con esta distinción se han pretendido separar las limitaciones que se pueden imponer a las grandes empresas en la esfera puramente societaria —operador principal— de lo que es el ámbito de la competencia —operador dominante—, aunque, por lógica, unos y otros van a coincidir en muchos casos. Así

¹⁶ El artículo 19 del Real Decreto Ley 5/2005 contiene una remisión al artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Según este último precepto, «se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta. A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona».

pues, las empresas acreedoras de la condición de operador dominante van a experimentar limitaciones heterónomamente impuestas, en aras a facilitar la competencia. En particular, se les impone la prohibición de acudir a las subastas internacionales de electricidad, al objeto de dejar vía libre en este mercado a las pequeñas comercializadoras.

Pese a todo, el operador dominante del sector eléctrico va a heredar alguna de las incompatibilidades relativas al mercado que, con anterioridad, se imponían al operador principal: la posibilidad de acudir a las subastas virtuales de energía. Asimismo, se circunscribe al operador dominante la medida consistente en la prohibición, impuesta a las eléctricas que no sean titulares de pequeñas compañías de régimen especial¹⁷, de representar a éstas en el mercado.

2.2. Transparencia de la Información en el Mercado de producción de Energía Eléctrica

El artículo 20 del Real Decreto Ley 5/2005 da nueva redacción al artículo 28 del Real Decreto Ley 6/2000, alterando, incluso, la rúbrica que presidía este precepto en su versión originaria. En efecto, durante el período de vigencia comprendido entre el 25 de junio de 2000 — fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2000— y el 14 de marzo de 2005, el citado artículo 28 aparecía referido a la «*publicidad de información por los Operadores del Sistema y Mercado*». Sin embargo, y como decimos, tras la reforma que se examina, dicha rúbrica ha experimentado una mutación total, siendo su nueva referencia la siguiente: «*Transparencia de la información en el mercado de producción de energía eléctrica*».

Recordemos que el principal objetivo del Real Decreto Ley 6/2000, en la temática que aquí interesa, venía constituido por la consagración de la liberalización de los mercados energéticos, con especial atención a aquellos aspectos susceptibles de dificultar o retrasar la competencia efectiva, sin olvidar el fomento de la transparencia, en aras a permitir al consumidor una adecuada toma de decisiones sobre la base de un no menos adecuado nivel de información. El contexto macroeconómico en el que ve la luz la norma legal reseñada se halla presidido por el deseo de incentivar el ritmo de crecimiento económico, con el fin de aproximar los niveles de renta per cápita y de empleo de España a los de las economías más desarrolladas. Y este deseo se erige en objetivo esencial de la política económica del entonces

¹⁷ Vid. Real Decreto de 12 de marzo de 2004.

Gobierno, cuyo logro se hace depender del avance en el proceso de liberalización y flexibilización del marco económico en el que operan los agentes productivos.

Al socaire de lo anterior, y por lo que atañe al sector eléctrico, el Real Decreto Ley 6/2000 ahonda en la introducción de la competencia, «limitando el incremento de nueva potencia instalada a los grupos eléctricos que ostentan una cuota significativa y estableciendo la obligación de que determinadas instalaciones de producción en régimen especial con derecho a incentivo acudan al mercado mayorista para vender sus excedentes. Además, se facilita la intervención de nuevos operadores en el sistema eléctrico mediante la instrumentación de nuevas formas de contratación de los comercializadores y se sientan las bases para la adquisición de energía eléctrica a plazo. Por otra parte, se continúa profundizando en la liberalización del suministro eléctrico. Así, por un lado, se facilita el ejercicio de la condición de consumidor cualificado mediante la simple certificación de la empresa distribuidora para aquellos consumidores que no deseen actuar como agentes del mercado. Por otro, se desarrolla una estructura de tarifas de acceso a las redes que permita a los grandes consumidores acceder al mercado como consumidores cualificados a precios competitivos»¹⁸.

Pese a todo, una de las principales medidas adoptadas en el Real Decreto Ley 6/2000 fue, sin duda, el impulso de la transparencia de la información sobre los consumidores cualificados, al objeto de que todos los agentes del mercado pudiesen disponer de la misma, con la salvaguarda, en todo caso, del derecho a mantener la confidencialidad de sus datos. La positivización de esta medida es asumida por el artículo 28 del texto legal, precepto que, como hemos indicado más arriba, ha sido objeto de modificación por el Real Decreto Ley 5/2005.

La reforma, por lo demás, ha sido profunda, tanto en cantidad como en calidad. De los dos apartados con los que contaba la redacción originaria del artículo 28 del Real Decreto Ley 6/2000, se ha pasado a una norma de mayor extensión, dotada de cinco puntos. Ahora bien, la importancia esencial del cambio radica, indudablemente, en el nuevo contenido que el precepto alberga.

De entrada, se impone a todos los sujetos definidos en el artículo 9 de la LSE la obligación de comunicar la información que afecte a la formación de los precios en los mercados organizados del MIBEL. Nos hallamos, pues, ante un original deber legal cuyo cumplimiento va a incumbir a los productores de energía eléctrica, a los autopro-

¹⁸ Preámbulo del Real Decreto Ley 6/2000, Apartado II, párrafos cuarto y quinto.

ductores, al Operador del Mercado, al Operador del Sistema, a los transportistas, a los distribuidores, a los comercializadores y a quienes realicen la incorporación a las redes de transporte y distribución nacionales de energía procedente de otros sistemas exteriores, mediante su adquisición en la forma que legalmente se define en el artículo 13 de la LSE —es decir, los agentes externos—. El deber también recae sobre los consumidores cualificados. Esta novedosa obligación no es sino lógica consecuencia de las necesarias y urgentes reformas que, en la esfera del mercado eléctrico, han de introducirse con el fin de lograr su pronta adaptación a las exigencias derivadas del Convenio Internacional relativo a la constitución de un Mercado Ibérico de la Electricidad, cuya entrada en vigor está prevista para antes del 30 de junio de 2005.

La comunicación de dicha información se hará al operador del mercado diario, quien estará obligado a hacerla pública inmediatamente a todos los agentes que participen en él a través de medios telemáticos. La expresa exigencia de utilización de tales medios no hace sino evidenciar el deseo que el legislador alberga de potenciar la rapidez en la transmisión de noticias y datos de relevancia en el mercado, en aras a impulsar la eficiencia de la actuación de los agentes que en él se dan cita, presupuesto básico para el nada despreciable anhelo de eficiencia del propio mercado.

El apartado segundo del nuevo precepto es heredero, no sin ciertas modificaciones, de los dictados contenidos en el punto primero de su redacción original. A partir de ahora, el operador del sistema publicará regularmente las previsiones de demanda de energía eléctrica, capacidades de intercambio comercial en las interconexiones, así como la situación de los embalses con aprovechamiento hidroeléctrico. A su vez, el operador del mercado diario hará públicos los resultados de las casaciones que tengan lugar en el ámbito de sus competencias, mientras que el operador del sistema publicará los resultados de los procesos de operación que correspondan a su ámbito de actuación.

Lo apuntado en los dos párrafos precedentes nos aboca, necesariamente, a recordar, siquiera sea de modo somero, la operativa inherente al mercado de producción de energía eléctrica.

En verdad, el mercado de producción engloba el conjunto de mecanismos que permiten conciliar la libre competencia en la generación de electricidad con la exigencia de disponer de un suministro que cumpla con los requisitos de seguridad y calidad. De esta manera, las transacciones de energía que los agentes negocian en el mercado de producción responden a sus previsiones de demanda, de capacidad de generación de los grupos y de la disponibilidad de la red de

transporte. El mercado de producción está basado en varios procesos interrelacionados. A saber:

a) *Mercado diario*: Se trata del mercado en el que se realizan la mayor parte de las transacciones, debiendo intervenir en él, como oferentes, todas las unidades de producción disponibles, que no estén vinculadas a un contrato bilateral físico, así como los agentes externos registrados como vendedores. El resultado garantiza que no se supere la capacidad máxima de interconexión con sistemas eléctricos externos, considerando los contratos bilaterales físicos que afectan a las interconexiones internacionales. El objeto fundamental del mercado diario consiste en la verificación de las transacciones de energía eléctrica para el día siguiente, mediante la presentación de ofertas de venta y adquisición de energía eléctrica por parte de los agentes del mercado. Estos agentes presentan al Operador del Mercado, entre las 8:30 y las 10:00 horas, sus ofertas de compra o venta de energía, procediendo éste a la casación de dichas ofertas, determinándose, de este modo, el precio marginal y el volumen de energía que se acepta para cada unidad de compra y venta en cada período horario. Las transacciones de compraventa de energía asignadas o casadas dan lugar al Programa Base de Casación. Una vez analizado este programa, desde la perspectiva de la seguridad del suministro y resueltas las restricciones técnicas¹⁹, mediante la reasignación de los grupos generadores ante desviaciones de la demanda, se obtiene el Programa Diario Viable Definitivo.

b) *Mercado intradiario*: Es un mercado de ajustes de los desvíos en generación o en demanda que se pueden producir con posterioridad a la fijación del Programa Diario Viable Definitivo. Este mercado se halla organizado en seis sesiones y pueden presentar ofertas de compra o venta de energía aquellos agentes que hayan participado en la sesión del mercado diario. El operador del mercado realiza la casación de las ofertas económicas de

¹⁹ Respecto de estas restricciones técnicas, conviene indicar que, una vez celebrada la sesión del mercado diario y recibidas las ejecuciones de los contratos bilaterales físicos nacionales, el operador del sistema evalúa la viabilidad técnica del programa de funcionamiento de las unidades de producción, para garantizar la seguridad y fiabilidad del suministro en la red de transporte. Si el resultado de la casación del mercado diario, más las ejecuciones de los contratos bilaterales físicos, no respeta la capacidad máxima de intercambio entre sistemas eléctricos, o los requisitos de seguridad, el procedimiento de solución de restricciones técnicas modifica, en el primer caso, las compras o ventas desde sistemas eléctricos externos que provoquen el exceso de intercambio en la interconexión, y, en el segundo caso, la asignación de energía de las unidades de producción.

compra y venta, por medio del método de casación simple o compleja, según concurren ofertas simples o comprensivas de condiciones complejas²⁰. Tanto en el método de casación simple como en el complejo se garantiza que no sea casada ninguna oferta que implique el no cumplimiento de las limitaciones impuestas por el operador del sistema por seguridad, o que, no pudiéndose cumplir dichas limitaciones, las ofertas casadas permiten acercarse a su cumplimiento. El precio en cada período horario de programación será igual al precio del último tramo de la oferta de venta de la última unidad de producción cuya aceptación haya sido necesaria para atender total o parcialmente las ofertas de adquisición a un precio igual o superior al precio marginal. Por último, el programa de transacciones resultante se sujeta al exacto cumplimiento de los criterios de seguridad, obteniéndose el Programa Horario Final.

c) *Mercados de Operación*: Comprende los procesos mediante los que se resuelven los eventuales desequilibrios que pueden surgir entre generación y demanda. Se trata, en definitiva, de un conjunto de mecanismos, de carácter competitivo, que complementan el mercado de producción, bajo la supervisión del operador del sistema, garantizando el control y la operación del sector eléctrico en tiempo real, a través de la gestión de la red de transporte y su coordinación con la generación, al objeto de garantizar en todo momento la continuidad y seguridad del suministro eléctrico. Dentro de este ámbito, y sin que podamos detenernos en cada una de las figuras, cabe citar la Regulación Secundaria, la Regulación Terciaria y la Gestión de Desvíos, así como la Regulación Primaria, el Control de Tensiones y el Arranque Autónomo, como mecanismos que se dan cita en los Mercados de Operación, si bien los tres últimos mencionados constituyen servicios complementarios que deben ser puestos a disposición del operador del sistema por los agentes del mercado como condición para participar en él, poniéndose en funcionamiento sólo cuando resulta preciso.

²⁰ El método de casación simple es aquel que obtiene de manera independiente el precio marginal, así como el volumen de energía eléctrica que se acepta para cada oferta de compra y venta, para cada período horario de programación. Por su parte, el método de casación compleja obtiene el resultado de la casación a partir del método de casación simple, al que se añade la condición de gradiente de carga, obteniéndose la casación simple condicionada. Mediante un proceso iterativo se ejecutan varias casaciones simples condicionadas hasta que todas las unidades de venta y adquisición casadas cumplen las condiciones complejas declaradas, siendo esta solución la primera solución final provisional. Mediante un proceso iterativo se obtiene la primera solución final definitiva, que respeta la capacidad máxima de interconexión internacional.

El apartado tercero del nuevo artículo 28 del Real Decreto Ley 6/2000 da entrada a un novedoso concepto en la esfera del sector eléctrico: el denominado «hecho relevante». De este modo, la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, determinará, a propuesta de la Comisión Nacional de Energía, los hechos y la información que se consideran relevantes para la formación de precios en el mercado, así como el procedimiento en que deberá tener lugar su comunicación, y garantizará el secreto de aquella que tenga carácter confidencial. Estos hechos deberán ser comunicados en la forma que se determine al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Comisión Nacional de Energía.

Este «hecho relevante» guarda íntima conexión con los comportamientos que pueden afectar a la formación de precios en el mercado, instaurándose, cuando aquéllos se produzcan, el deber de su comunicación. Late en esta previsión, quizá de manera más arraigada y manifiesta, lo que, en realidad, constituye la esencia funcional del precepto que se analiza: la prevención de la distorsión de los precios en el mercado eléctrico. No se detalla legalmente, por otro lado, la fórmula concreta que deberá adoptar la comunicación de tales hechos; ni siquiera se remite tal extremo a una ulterior conformación reglamentaria, aunque así parece que deba tener lugar en la práctica. Finalmente, la regla de la salvaguarda de la confidencialidad de determinados datos ya se encontraba prevista en el apartado primero de la redacción originaria del precepto, incluyendo una remisión a determinados artículos del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

Los dos últimos apartados del artículo 28 guardan una identidad temática sustancial, por lo que, en buena lógica, bien podrían haber sido refundidos en un único punto. Se tipifica, en el apartado cuarto, como infracción administrativa, el incumplimiento de las obligaciones previstas en el precepto, asignando a dicha infracción la calificación de leve. Ahora bien, cuando el incumplimiento se produzca de forma reiterada, la catalogación de la infracción variará, pasando ésta a ser grave. Se declara, asimismo, de expresa aplicación el régimen sancionador previsto en el Título X de la LSE —artículos 59 y siguientes—. En línea con lo acabado de indicar, se atribuye a la Comisión Nacional de Energía la competencia para la incoación e instrucción de los correspondientes procedimientos sancionadores por la comisión de las infracciones reseñadas (punto quinto del artículo 28). Ciertamente, resulta criticable la tipificación *ex novo* de infracciones administrativas en el marco de un proceso de reforma encomendado

a un Real Decreto Ley, toda vez que dicha operativa incide en esa fragmentariedad del ordenamiento jurídico que tanto preocupa, como veíamos, al Consejo de Estado. Operativa que, desde luego, en nada coadyuva a la siempre deseable claridad, unidad y estabilidad del ordenamiento, presupuesto, en última instancia, de su debido acatamiento, pues a nadie se le escapa que un Derecho mejor conocido suele resultar también mejor cumplido. Máxime si se tiene en cuenta que, en nuestro caso, la modificación acometida se ha materializado en un ámbito social y económicamente relevante, insertando una previsión, de alcance sancionador, no menos relevante. Teniendo en cuenta, pues, que, en nuestro caso, las infracciones de novedosa génesis se hallan directamente vinculadas a obligaciones legales de análoga originalidad, cuyo cumplimiento se ha de verificar, en exclusiva, en el marco contextualizado del mercado de producción de energía eléctrica, por los sujetos que en él se dan cita, no parece que pueda permanecer exenta de reproche la circunstancia de que toda esta novedad legislativa quede estructuralmente articulada al margen de la LSE y, particularmente, al margen del régimen sancionador positivizado en ella, como si de una especie de «norma sancionadora en blanco» se tratase.

2.3. Racionalización de los Costes del Sector Eléctrico

De esta concreta temática se ocupa el artículo 21 del Real Decreto Ley 5/2005, incluyendo un conjunto de medidas que, claramente orientadas hacia la consecución del mentado objetivo, se traducen en otras tantas modificaciones de preceptos de la LSE. Examinémoslas por separado.

1. En primer lugar, se inserta una variación en el párrafo b) del apartado 2 del artículo 1 del texto legal precitado, configurando como finalidad esencial de la regulación de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica «la racionalización, eficiencia y optimización de aquellas, atendiendo a los principios de monopolio natural del transporte y la distribución, red única y de realización al menor coste». Ahora bien, es únicamente el inciso final del precepto acabado de transcribir el que acoge la carga novedosa inherente a la modificación normativa que se examina.

La expresa alusión al monopolio natural del transporte y la distribución de la energía eléctrica, así como a la existencia de una red única, no constituye, desde luego, una innovación legal propiamente dicha. Sí lo es, empero, su inserción en el articulado de la LSE. En

efecto, ya la Exposición de Motivos de la LSE se hizo eco del apuntado monopolio natural y de la univocidad de red, asegurando, en el primero de sus párrafos, que «el transporte y la distribución de electricidad constituyen un monopolio natural: se trata de una actividad intensiva en capital, que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no almacenable —como la energía eléctrica— varía en períodos relativamente cortos de tiempo. Además, la imposibilidad de almacenar electricidad requiere que la oferta sea igual a la demanda en cada instante de tiempo, lo que supone necesariamente una coordinación de la producción de energía eléctrica, así como la coordinación entre las decisiones de inversión en generación y en transporte de energía eléctrica. Todas estas características técnicas y económicas hacen del sector eléctrico un sector necesariamente regulado». Añadiendo, posteriormente, que «el transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo. La eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red, raíz básica del denominado monopolio natural, es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. La retribución del transporte y la distribución continuará siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red. Asimismo, para garantizar la transparencia de esta retribución, se establece para las empresas eléctricas la separación jurídica entre actividades reguladas y no reguladas en cuanto a su retribución económica». Por su parte, el Preámbulo del Real Decreto Ley 5/2005, en su apartado III, parte de la premisa de que «la distribución, tanto de electricidad como de gas natural, es una actividad regulada, que tiene carácter de monopolio natural», previendo «cauces para el acceso de terceros a la red de distribución o la competencia por las autorizaciones, que eviten comportamientos oportunistas de los distribuidores».

La sola traslación de los conceptos de monopolio natural y red única desde la esfera contextual de la Exposición de Motivos de un texto legal al contenido positivizado de éste revela, con absoluta nitidez, la importancia que tales criterios macroeconómicos tienen para el legislador, hasta el punto de cualificar la consideración jurídica de aquéllos, haciéndolos pasar de simples argumentos causalísticos de una formación a elementos integrantes de la misma.

Ciertamente, uno de los datos puestos de relieve por la incontestable evolución de la industria eléctrica ha sido la importancia de la que antaño gozaron los monopolios naturales. En realidad, todos los sectores de dicha industria —generación, transmisión y distribución—

han sido calificados como tales en algún momento histórico. El monopolio era «natural» porque se entendía que una sola empresa siempre sería capaz de alcanzar costes más bajos que la concurrencia de varias empresas menores. La consecuencia era obvia: el dominio del mercado. De ahí que el principal afán de la regulación administrativa en el ámbito económico haya sido, precisamente, la protección de los diferentes sectores de las tentaciones monopolísticas. Esta tendencia, en el seno del sector eléctrico, se ve advertida desde el punto y hora en que se concluye que las actividades de generación y comercialización pueden someterse a competencia si las redes de transporte y distribución se abren al acceso de cualquier operador.

No puede pasarse por alto, igualmente, la íntima relación existente entre el concepto de monopolio natural y el de las *public utilities* del Derecho norteamericano. Como asegura DE LA CRUZ FERRER, «en Estados Unidos, las peculiaridades técnicas y económicas de los servicios con tecnología de red llevaron a diferenciarlos con el término de *public utilities*. En el último tercio del siglo pasado ya quedó en evidencia su tendencia, más artificial por depreciación que natural, al monopolio (formación de *trusts* en las compañías ferroviarias, petroleras y también financieras, etc) y la necesidad de su regulación especializada por Comisiones Reguladoras Independientes (creación en 1887 de la *Interstate Commerce Commission* para el control del transporte ferroviario, y en los años treinta de las Comisiones Reguladoras de las Comunicaciones, Energía, Mercados Financieros ...). En ningún momento se impuso en la ordenación jurídica de las *public utilities* su reserva al Estado, aunque las concepciones económicas del monopolio natural llevaron a la concesión de derechos de exclusividad a las compañías operadoras, determinante del desarrollo de la «regulación económica» por las Comisiones Reguladoras. Ahora bien, si el elemento subjetivo de la reserva al Estado de las actividades no ha existido en el régimen jurídico de las *public utilities*, el elemento objetivo —las garantías de la prestación del servicio a los usuarios— siempre ha estado presente con perfiles y contenidos extraordinariamente similares a los de Europa Continental. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde el célebre caso *Munn v. Illinois*, de 1887, ha entendido que cuando una actividad compromete los intereses públicos, el Gobierno queda legitimado para su regulación de forma que se garanticen los derechos y expectativas de los consumidores y usuarios»²¹.

De este modo, y mirando una vez más a la esfera doméstica, el reconocimiento de la existencia de un monopolio natural y de una red única tiene como contrapunto el rechazo al uso exclusivo de la misma

²¹ DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 351.

y, en consecuencia, la garantía del acceso generalizado de terceros. Consecuentemente, en nuestro país las instalaciones de distribución podrán ser utilizadas por los sujetos y consumidores cualificados y por aquellos sujetos no nacionales que puedan realizar intercambios intracomunitarios e internacionales. El precio por el uso de redes de distribución vendrá determinado por el peaje aprobado por el Gobierno. El gestor de la red de distribución sólo podrá denegar el acceso a ella en caso de que no disponga de la capacidad necesaria. En todo caso, la denegación deberá ser motivada. La falta de capacidad necesaria únicamente podrá venir justificada por criterios de seguridad, regularidad o calidad de los suministros, atendiendo a las exigencias que, a estos efectos, se establecen reglamentariamente. Vemos, pues, cómo el sector eléctrico presenta unas características de complejidad técnica que hacen preciso que su funcionamiento en un marco liberalizado tenga lugar sin abuso de posiciones de dominio y con pleno respeto a las prácticas propias de la libre competencia.

Finalmente, el precepto que se examina también incluye la «realización al menor coste» como finalidad esencial de la regulación de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica. Previsión obvia, si se tiene en cuenta la enorme preocupación del legislador por la consecución de la eficiencia —de reiterada alusión a lo largo del apartado III del Preámbulo del Real Decreto Ley 5/2005—, lo que va ligado a la imprescindible minoración de los costes de mantenimiento del sistema. Por cierto, que la eficiencia energética también figuró entre los objetivos del legislador de 1997, como lo demuestra su expresa mención en el párrafo último de la Exposición de Motivos de la LSE.

2. El artículo 21 del Real Decreto Ley 5/2005 también contiene una modificación de los artículos 40.2 y 41.1.c) de la LSE. Ambos preceptos aparecen localizados en el Título VII del referido texto legal, rubricado «Distribución de Energía Eléctrica». Parece útil, pues, a efectos sistemáticos, considerar la mutación de tales normas de modo conjunto.

Lo primero que debe significarse es que los distribuidores de electricidad cumplen una función esencial: situar la energía en el punto de consumo y proceder a su venta. Dicha misión, sin embargo, no es óbice para la construcción, mantenimiento y operación de las instalaciones de la red de distribución, actividades, estas últimas, que también incumben a los distribuidores. Desde una perspectiva más técnica, podemos entender por agente distribuidor de energía eléctrica a toda sociedad mercantil, de nacionalidad española o, en su caso, de otro Estado miembro de la Unión Europea con establecimiento per-

manente en España, que tiene la función de distribuir energía eléctrica, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y proceder a su venta a aquellos consumidores finales que adquieran la energía eléctrica a tarifa o a otros distribuidores que también adquieran la energía eléctrica a tarifa.

Así las cosas, el Real Decreto Ley 5/2005 dota de nueva redacción al artículo 40.2 de la LSE, en los siguientes términos: «La autorización, que no concederá derechos exclusivos de uso, se otorgará atendiendo tanto al carácter del sistema de red única y monopolio natural, propio de la distribución eléctrica, como al criterio del menor coste posible, propio de toda actividad con retribución regulada, y evitando el perjuicio a los titulares de redes ya establecidas obligadas a atender los nuevos suministros que se soliciten». A su vez, el precepto originario rezaba así: «La autorización en ningún caso se entenderá concedida en régimen de monopolio ni concederá derechos exclusivos».

Vemos, por tanto, cómo la modificación operada en el artículo reseñado se inspira en los mismos criterios que alentaron la alteración experimentada por el artículo 1.2.b) de la LSE, de la que ampliamente nos hemos ocupado en el punto precedente. En efecto, el legislador se ha limitado a insertar, en la imperativa redacción del artículo 40.2, a propósito de la autorización de instalaciones de distribución, los principios de monopolio natural, sistema de red única y realización al menor coste, principios que, según se ha visto, inspiran la vertiente teleológica de la total regulación de las actividades orientadas al suministro de energía eléctrica. Asistimos, en consecuencia, a una nueva manifestación de la positivización de la que han sido objeto tales criterios. Y, obviamente, en la medida en que su detallado análisis ha ocupado ya buena parte del presente estudio, conviene no caer en innecesarias reiteraciones, remitiéndonos a lo dicho en su momento sobre este concreto particular.

Más útil resulta, sin embargo, recordar que, en nuestro Derecho, están sujetas a autorización administrativa la construcción, modificación, explotación, transmisión y cierre de las instalaciones de distribución de energía eléctrica, con independencia de su destino o uso. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la LSE, la autorización administrativa de cierre de una instalación podrá imponer a su titular la obligación de proceder a su desmantelamiento, debiendo destacarse que la falta de resolución expresa de las solicitudes de autorización de las que se ocupa el precepto tiene alcance desestimatorio.

Igualmente, puede ser provechoso apuntar, en relación con la exigencia de realización al menor coste posible, que el coste de la elec-

tricidad no es similar a lo largo del tiempo, pudiendo experimentar variaciones sustanciales a lo largo de un mismo día. Con frecuencia, la necesidad de atender un volumen de demanda muy elevado provoca la entrada en funcionamiento de plantas menos eficientes. Por otra parte, en presencia de congestión en la red, el coste del transporte es mayor. La tendencia, por consiguiente, se orienta a que los precios reflejen cada vez más los costes reales del suministro eléctrico en cada momento temporal, lo que genera, como ineludible consecuencia, un incremento del protagonismo de la demanda, que percibe el distinto coste del suministro en diferentes períodos horarios. De ahí la existencia de incentivos económicos para desplazar la demanda más cara a momentos en los que la energía es más barata.

Del mismo modo, y como sostiene el profesor CALERO, «el nivel de utilización de una central viene expresado por la *ratio* entre el número de horas anuales que podría funcionar con esa tecnología y su grado de utilización real. Hay instalaciones que por su propia naturaleza (cobertura de la demanda punta del sistema) presentan niveles sustancialmente inferiores al máximo. En muchas centrales, una vez puestas en marcha, el coste marginal de ofertar cantidades adicionales de energía es muy bajo; las empresas ofertarán esta capacidad siempre que el mercado retribuya al menos su coste marginal. Lo mismo ocurre con las redes de transporte y distribución cuando existe capacidad. Nuevas incorporaciones de electricidad a la red, dependiendo de la localización del punto de oferta y de demanda, pueden reducir o aumentar los costes totales de transporte. En cualquier caso, el mercado competitivo y la disposición a ofertar por un precio igual al coste marginal, deben incrementar el nivel de utilización del capital existente, reduciendo, con ello, los costes totales del sistema»²². Tampoco hay que ignorar que las leyes físicas que rigen el transporte de electricidad, en concreto las leyes de Kirchoff, hacen peculiares los problemas relacionados con el transporte en redes malladas. Incorporaciones adicionales de electricidad a la red elevan la tensión en toda ella. En este sentido, incorporaciones de centrales vertiendo energía en la red, o demanda que toma energía de la red, no sólo impone restricciones sobre el modo en que se producen, sino que afectan a toda la red.

Lo anterior va unido al hecho de que las empresas, en un mercado competitivo, al no tener garantizada la retribución de todos los capitales invertidos, ven reducidos los incentivos a sobreinvertir, de modo

²² CALERO PÉREZ, Pedro, *Aspectos determinantes en los procesos de liberalización y reestructuración de los sistemas eléctricos*, en Proyecto de Investigación CICYT SEC 97-1455 (Universidad de Salamanca), pág. 7.

que tienden a adaptar la oferta a las necesidades de la demanda, circunstancia que condiciona una evidente reducción de los costes fijos, impulsando el funcionamiento del sistema con menores adiciones de capital. Se trata, en definitiva, de otro mecanismo de ahorro, de práctica contrastada en la mayoría de los sistemas que, habiendo acometido procesos de reestructuración, partían de situaciones de exceso de capacidad muy por encima de las necesidades máximas del sistema.

La reforma operada en el artículo 40.2 también impone como regla básica de actuación en el futuro la evitación de perjuicios a los titulares de redes de distribución ya establecidas obligados a atender los nuevos suministros que se soliciten. Este criterio legal corre de la mano de la modificación introducida en el artículo 41.1.c) de la LSE, que ha quedado redactado del siguiente modo:

*“Serán obligaciones de las empresas distribuidoras:
(...)”*

2. Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución cuando así sea necesario para atender nuevas demandas de suministro eléctrico, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del régimen que reglamentariamente se establezca para las acometidas eléctricas.

Todas las instalaciones destinadas a más de un consumidor tendrán la consideración de red de distribución y deberán ser cedidas a la empresa distribuidora de la zona, la cual responderá de la seguridad y calidad del suministro. Dicha infraestructura quedará abierta al uso de terceros.

Cuando existan varios distribuidores en la zona a los cuales pudieran ser cedidas las instalaciones, la Administración competente determinará a cuál de dichos distribuidores deberán ser cedidas, siguiendo criterios de mínimo coste”.

La finalidad de esta nueva oración, que no es sino una modulación específica de la obligación impuesta a todas las empresas distribuidoras por el artículo 45.1.a) de la LSE²³, resulta clara. El legislador pretende eliminar prácticas ineficientes, en particular, la coexistencia de varios distribuidores en un mismo ámbito territorial, lo que puede conducir a la presencia de instalaciones redundantes, con el consi-

²³ «Serán obligaciones de las empresas distribuidoras en relación al suministro de energía eléctrica: a) Atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración».

guiente aumento de los costes de mantenimiento. Para ello se parte de la consideración de la distribución de la energía eléctrica como una actividad regulada, asentada en el concepto de monopolio natural, que no impide el acceso de terceros a la red de distribución o la competencia por las autorizaciones, prácticas que la experiencia ha convertido en altamente beneficiosas para el fomento de la liberalización y, por ende, de la eficiencia en los mercados, evitando, a la vez, conductas oportunistas por parte de los propios distribuidores. Todo ello, asimismo, en pro de la garantía del suministro, «esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad»²⁴.

La redacción originaria del artículo 41.1.c) incluía el mismo primer párrafo que ahora presenta tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 5/2005. Sin embargo, aquella inicial versión ofrecía un párrafo segundo («cuando existan varios distribuidores cuyas instalaciones sean susceptibles de ampliación para atender nuevos suministros y ninguno de ellos decidiera acometerla, la Administración competente determinará cuál de estos distribuidores deberá realizarla, atendiendo a sus condiciones»), que ha sido, propiamente, el objeto de la modificación, mediante su supresión y ulterior adición de los dos novedosos apartados antes expuestos. Con ello, varía claramente el criterio del legislador, prestando mayor atención a la concentración de instalaciones de distribución —en aras a la eliminación de las ineficientes—, por encima de las posibilidades de ampliación de las ya existentes.

Y la formulación de tal criterio adopta, además, carácter imperativo, como obligación legal de las empresas distribuidoras, lo que viene a sumarse a un ya de por sí amplio elenco de deberes. A saber:

- a) Realizar el suministro de energía a los usuarios a tarifa.
- b) Realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de distribución de forma regular y continua, y con los niveles de calidad que se determinen, manteniendo las redes de distribución eléctrica en las adecuadas condiciones de conservación e idoneidad técnica.
- c) Comunicar al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a la Administración competente la información que se determine sobre precios, consumos, facturaciones y condiciones de venta

²⁴ Exposición de Motivos de la LSE, párrafo primero. A su vez, el párrafo segundo, como ya vimos, añade: «La presente Ley tiene ... como fin básico establecer la regulación del sector eléctrico, con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro eléctrico, garantizar la calidad de dicho suministro y garantizar que se realice al menor coste posible ...».

aplicables a los consumidores, distribución de consumidores y volumen correspondiente por categorías de consumo, así como cualquier información relacionada con la actividad que desarrollen dentro del sector eléctrico.

- d) Atender en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración.
- e) Proceder a la medición de los suministros en la forma que reglamentariamente se determine, preservándose, en todo caso, la exactitud de la misma y la accesibilidad a los correspondientes aparatos, facilitando el control de las Administraciones competentes.
- f) Aplicar a los consumidores la tarifa que, conforme a lo dispuesto por la Administración General del Estado, les corresponda.
- g) Informar a los consumidores en la elección de la tarifa eléctrica más conveniente para ellos.
- h) Poner en práctica los programas de gestión de la demanda aprobados por la Administración.
- i) Procurar un uso racional de la energía.
- j) Asegurar el nivel de calidad del servicio que, de acuerdo con los criterios de diferenciación por áreas y tipología del consumo, se establezca reglamentariamente.
- k) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones de acuerdo con el procedimiento de liquidación que al efecto se establezca.

3. Los puntos cuarto y quinto del artículo 21 del Real Decreto Ley 5/2005 acometen una reforma, por adición, del régimen sancionador previsto en la LSE. En concreto, se tipifican siete nuevas infracciones graves y tres infracciones leves, con la consiguiente modificación de los artículos 61 y 62 del citado texto legal, residencia normativa de cada uno de los dos tipos de infracciones administrativas referidas.

Por lo que hace a las infracciones que se añaden al catálogo de graves, éstas comprenden los apartados 16 a 22 del artículo 61 y son las siguientes:

“16. El incumplimiento, por parte de los distribuidores, de la obligación de permitir el acceso, de mantener una base de datos de todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, así como de dotarse de los sistemas informáticos necesarios

que permitan la consulta de los datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía.

17. El incumplimiento reiterado e injustificado de los plazos establecidos para las comunicaciones con los comercializadores y clientes y para llevar a cabo el cambio de suministrador.

18. El incumplimiento reiterado por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes.

19. El incumplimiento reiterado por parte de los comercializadores y distribuidores de cualquier requisito de información exigible en sus facturas.

20. El incumplimiento por parte de los responsables del punto de medida de disponer de los equipos de medida y control necesarios, así como impedir el acceso para la lectura y verificación de las instalaciones a los encargados de la lectura.

21. El incumplimiento por parte de los obligados a ello por la normativa vigente de la instalación de los equipos de medidas y concentradores necesarios para el correcto funcionamiento del sistema, así como de la remisión de la información o, en su caso, su puesta a disposición a los destinatarios a los que están obligados a remitirla.

22. El incumplimiento de las obligaciones de disponibilidad de unidades de producción en cada período de programación”.

Por su parte, las nuevas infracciones administrativas leves introducidas no hacen sino acoger los dictados de las conductas típicas establecidos, para las infracciones graves, en los números 17, 18 y 19 del artículo 61, con la sola salvedad de que la calificación del proceder ilícito como leve requerirá que éste adolezca de la nota de la reiteración, definidora de su calificación como infracción grave.

Como quiera que nos hallamos ante un aditamento normativo, producto de la voluntad del legislador, inspirada, a su vez, en criterios de política económica, eludiremos cualquier detenimiento a la hora de comentar las nuevas referencias legales, dada la ausencia de elementos comparativos habilitantes para la conformación de un juicio técnico-jurídico sobre el particular. Pese a ello, no nos resistimos a realizar algunas consideraciones.

En primer lugar, es más que cuestionable la relación entre los postulados contenidos en los números 17, 18 y 19 del artículo 61 de la

LSE, así como en sus correlativos devaluados punitivamente —números 1, 2 y 3 del último apartado del artículo 62—, con el confesado fin del capítulo reformador en que estas modificaciones se localizan —«racionalización de los costes del sector eléctrico»—. Aceptamos que el ahorro en operación y mantenimiento y en gastos administrativos y generales coadyuva en la eficiencia empresarial dentro de un contexto liberalizado, pues, obviamente, en competencia, las empresas han de aprovechar todas las fuentes potenciales de ahorro en sus costes, en aras a poder competir con las demás²⁵, lo que, indudablemente, potencia la eficiencia del sistema en su conjunto. Ahora bien, una simple lectura de los preceptos apuntados evidencia, a nuestro modo de ver, su absoluta desconexión con la dimensión finalística del bloque reformador en el que se ubican.

La valoración que merece la prescripción insertada en el nuevo apartado 16 del artículo 61 resulta, empero, radicalmente diversa. Garantizar, bajo la amenaza de sanción administrativa, el acceso de terceros a la red de distribución o el mantenimiento de soportes de información idóneos sobre los puntos de suministro conectados a la red de distribución y de transporte, representa una medida que, claramente, incide en la consecución de la anhelada eficiencia del sistema eléctrico, sobre la base de una previsible minoración de los costes, derivada de su aplicación.

Asimismo, la previsión comprendida en el apartado 20 del artículo 61 guarda relación directa con la obligación impuesta a las empresas distribuidoras de energía eléctrica por el artículo 45.1.b) de la LSE —«proceder a la medición de los suministros en la forma que reglamentariamente se determine, preservándose, en todo caso, la exactitud de la misma y la accesibilidad a los correspondientes aparatos, facilitando el control de las Administraciones competentes»—, así como con el deber legal que incumbe a las empresas comercializadoras, en relación al suministro, de «proceder directamente o a través del correspondiente distribuidor a la medida de los suministros en la forma que reglamentariamente se determine, preservándose, en todo caso, la exactitud de la misma y la accesibilidad a los correspondientes aparatos, facilitando el control de las Administraciones competentes»²⁶.

Paralelamente, el nuevo mecanismo de garantía de las obligaciones de disponibilidad de unidades de producción en cada período de programación, constituido en el apartado 22 del artículo 61, evoca la

²⁵ Estos costes tienen que ver con la dimensión óptima de la empresa bajo competencia, así como con la desintegración de actividades, pasando las empresas a comprar cada vez un mayor número de servicios en el mercado.

²⁶ Artículo 45.2.a) de la LSE.

obligación que pesa sobre la totalidad de los productores de energía eléctrica de desarrollar «todas aquellas actividades necesarias para producir energía eléctrica en los términos previstos en su autorización y, en especial, en lo que se refiere a seguridad, disponibilidad y mantenimiento de la potencia instalada ...»²⁷.

4. De la contratación a plazo de energía eléctrica también se ocupa el artículo 21 del Real Decreto Ley 5/2005, precepto que modifica la Disposición Adicional Decimosexta de la LSE, referida a esta temática.

Ya la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, introdujo alguna variación en la citada Disposición Adicional, además de insertar importantes previsiones sobre la cuestión en el artículo 24. Singularmente, reservó para un ulterior desarrollo reglamentario la regulación específica de los contratos de compraventa a plazo de energía eléctrica, exceptuándolos del sistema de ofertas²⁸. También difirió, para su posterior desenvolvimiento reglamentario, la formación relativa a la creación, organización y funcionamiento de mercados organizados cuyo objeto fuese la contratación a plazo de energía eléctrica, así como la relativa a los sujetos del sector eléctrico que podrían participar en los mismos y las condiciones de dicha participación. Se prevé, igualmente, que la gestión de tales mercados sea asumida por Sociedades Gestoras, imponiendo a éstas un deber de información que han de cumplir ante el Operador del Mercado y el Operador del Sistema, en aras a asegurar el correcto funcionamiento del sistema eléctrico²⁹.

Dice DE LA CRUZ FERRER que «aunque la doctrina anglosajona define los mercados eléctricos organizados como mercados *spot*, esto es, instantáneos o al contado, resulta evidente que los contratos destinados al suministro de electricidad son contratos a plazo, normalmente fijo. Así, por ejemplo, los contratos multilaterales celebrados en el Mercado Organizado de Producción, una vez que el Operador del Mercado acepta y casa las ofertas de venta con las de adquisición, son contratos cuya obligación de suministro se producirá y será exigible en la hora/s determinada del día siguiente»³⁰.

Así las cosas, el Real Decreto Ley 5/2005 concreta la forma que podrán adoptar los mecanismos de mercado que el Gobierno puede impulsar de cara al fomento de la contratación a plazo de energía eléctrica. Esa forma consistirá en la emisión primaria de cierta canti-

²⁷ Artículo 26.2.a) de la LSE.

²⁸ Artículo 24.4 de la LSE.

²⁹ Apartado 5 del artículo 24 de la LSE.

³⁰ DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 462.

dad de energía eléctrica, equivalente a una potencia constante durante un plazo de tiempo no superior a un año natural, emisión que habrá de ser realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico, esto es, que ostenten una cuota de mercado superior al 10%³¹.

Se dispone, asimismo, el límite cuantitativo de la potencia afecta a cada emisión primaria de energía, pues aquélla no podrá exceder del 20% de la potencia eléctrica instalada de la que el correspondiente operador dominante sea directa o indirectamente titular. A su vez, la capacidad de producción que podrá ser adquirida individualmente en cada emisión por cada participante no podrá superar el 10% de la potencia total emitida.

La previsión legal concluye encomendando al Gobierno la fijación, por cauces reglamentarios, de las condiciones y del procedimiento de funcionamiento y participación en esta emisión primaria de energía eléctrica, que sujeta, de antemano, a los principios de publicidad, transparencia y no discriminación.

La vinculación de la reforma acabada de examinar con el objetivo del legislador de racionalizar los costes del sector eléctrico no debe suscitar demasiadas dudas. En realidad, conviene recordar que la primera función de los contratos consiste en reducir los costes de las transacciones, pues, como asegura DE LA CRUZ FERRER, «la negociación de la adquisición de un producto cada vez que es necesario puede tener altos costes. Un contrato a largo plazo puede permitir reducir esos costes si se va a consumir una gran cantidad del mismo producto de un solo vendedor. El contrato permite estandarizar los acuerdos basándose en las condiciones previsibles de futuro. El coste del contrato es compensado, aunque sea en parte lesivo, cuando resulta menor que los costes de negociar cada suministro concreto»³².

Por otro lado, las limitaciones cuánticas de la potencia objeto de emisión primaria y de adquisición resultan plenamente lógicas, si de lo que se trata es de fomentar una medida —la contratación a plazo de energía eléctrica— sin erosionar o herir de muerte al mercado tradicional. En verdad, si la contratación a plazo se identifica con el principal baluarte de la siempre ansiada eficiencia, parece claro que es intención del legislador que la progresión desde un mercado en tiempo real a un modelo contractual como el analizado se verifique atendiendo a una lenta sistemática. Algo del todo lógico, si tenemos en cuenta que el mercado del *pool* es susceptible de un más adecuado y fácil control por parte del regulador, aspecto que, desde luego, no

³¹ Vid. artículo 19 del Real Decreto Ley 5/2005.

³² DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 458.

resulta extensible a la contratación a plazo. A ello hay que añadir la eventual, pero previsible, desconfianza que los distribuidores, dentro de este contexto negocial, suelen generar en los escalones finales del mercado, sin olvidar, igualmente, las conductas abusivas de las que un sistema mayoritariamente a plazo suele ser panacea. De ahí, precisamente, que sólo los operadores dominantes puedan hacer uso de esta fórmula contractual, pues, en la práctica, se trata de los entes sujetos a mayor control.

2.4. Creación del Mercado Ibérico de la Electricidad

Como hemos apuntado en momento anterior de estas líneas, el Real Decreto Ley 5/2005 incluye un paquete de medidas con las que se pretende atender la indispensable y urgente necesidad de adaptar la regulación del mercado interno de electricidad a la nueva realidad dimanante de la constitución del MIBEL. Y es, en particular, el artículo 22 de la citada norma legal el precepto que engloba la práctica totalidad de los mecanismos diseñados en aras a la consecución de esa finalidad.

Con todo, se hace conveniente, antes de adentrarnos en la realidad de las reformas legales acometidas, realizar algunas consideraciones generales a propósito del nuevo mercado.

No cabe duda de que el MIBEL supone, ante todo, la creación de un mercado energético común, resultado de la suma del español y del portugués, lo que representa un paso más en la integración económica de ambos países, en un sector caracterizado por la presencia de barreras, tanto económicas como políticas. Del MIBEL podrán beneficiarse cincuenta millones de consumidores, que tendrán la oportunidad de elegir libremente un proveedor de servicio eléctrico, medida que cuenta en Europa con el precedente de los países escandinavos, definidores de un proyecto similar en 1993.

La articulación del nuevo mercado descansa en la firme convicción, por parte de los responsables económicos de España y Portugal, de que este ambicioso modelo abaratará los recibos de los consumidores y, al mismo tiempo, redundará en la mejora del servicio. Sin embargo, no se puede obviar el carácter limitado de las interconexiones eléctricas entre ambos países, circunstancia que, según los expertos, exigirá el transcurso de al menos dos años para que el MIBEL funcione a pleno rendimiento. De hecho, para que la energía pueda ser trasladada de una punta a otra de la Península Ibérica, España y Portugal están aumentando la capacidad de sus interconexiones eléctricas, de modo que en 2006, momento en que se prevé el pleno fun-

cionamiento del mercado único, deberán haber duplicado su capacidad actual.

Otro de los escollos para la plena operatividad del MIBEL, a juicio de las compañías eléctricas españolas, viene representado por la falta de apertura del mercado eléctrico portugués, donde «*Electricidade de Portugal*»³³ —controlada por el Estado luso— prácticamente monopoliza la distribución y comercialización de energía. Así las cosas, las empresas españolas que pretenden acceder al mercado luso en igualdad de condiciones con sus competidoras portuguesas no han ocultado su preocupación, apuntando la necesidad de la desaparición de tales contratos monopolísticos, como presupuesto para una adecuada entrada en el mercado vecino, en libre competencia con EDP. Singularmente, Portugal deberá concretar la extinción de los Contratos de Adquisición de Energía (CAE), unas garantías de compra de energía a largo plazo que benefician a los productores, articulando un sistema compensatorio similar al de los costes de transición a la competencia español. En caso contrario, el mercado eléctrico luso estará absolutamente cautivo.

Se hace preciso, igualmente, que las empresas de nuestro país disfruten de igualdad de condiciones, respecto de las portuguesas, para acceder a activos de sociedades energéticas lusas, desequilibrio a cuya eliminación se comprometió el Gobierno portugués, mediante la adopción de instrumentos que imitasen a España en su completa liberalización del mercado eléctrico, en concreto, permitiendo a las pequeñas y medianas empresas elegir libremente a su suministrador de energía desde el 1 de enero de 2004 y a los pequeños consumidores residenciales desde el 1 de julio. Todo ello sin olvidar las intenciones del Gobierno luso de reducir, de modo sistemático, la presencia estatal en EDP. En realidad, a nadie se le escapa que el retraso en la puesta en marcha del nuevo mercado obedece a la inexistencia de unas condiciones mínimas que permitan competir a las empresas de uno y otro país en pie de igualdad.

Según lo ya acordado por España y Portugal, el proceso de puesta en marcha del MIBEL supondrá, en una primera fase, que la contratación de energía en el nuevo mercado integrado podrá efectuarse en las modalidades de mercado *spot* (diario e intradiario); de mercado a plazo con liquidación física, para contratar por un plazo máximo de un año; y de contratación bilateral, para contratos con un plazo mínimo de un año.

En una segunda fase, tras analizar periódicamente las condiciones de desarrollo de los primeros pasos del MIBEL, los responsables de

³³ En siglas, EDP.

ambos países estudiarán la posibilidad de implantar también un mercado de contratación a plazo puramente financiero. Para llevar a cabo esta integración, las sociedades gestoras de cada mercado, la portuguesa OMIP —que se encargará de las operaciones a plazo— y la española OMEL —que asumirá las operaciones *spot*—, intercambiarán un 10% de su capital respectivo. Por fin, antes de abril de 2006, los operadores portugués y español se fusionarán, a fin de constituir un único Operador del Mercado Ibérico (OMI). Sentado lo anterior, interesa recalcar que el MIBEL constituye, ante todo, un hito en la construcción del Mercado Interior de la Energía en la Unión Europea y su total configuración permitirá acelerar el proceso de aplicación práctica de las disposiciones contenidas en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el Mercado Interior de la Electricidad, favoreciendo los intercambios y la competencia entre las empresas de este sector. En realidad, el objetivo primordial del nuevo mercado, según se ha visto, no es otro que la integración de los sistemas eléctricos de España y Portugal, con el fin, no sólo de beneficiar, en última instancia, a los consumidores de los dos países, sino también de permitir, en una primera aproximación, el acceso al mercado de todos los participantes en condiciones de igualdad, transparencia y objetividad, con plena sujeción al Derecho Comunitario aplicable. De ahí que ambos países se comprometiesen, en el marco de la Aplicación Provisional del Convenio Internacional por el que se acuerda la constitución de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica entre el Reino de España y la República Portuguesa, hecho en Lisboa el 20 de enero de 2004, a desarrollar, de forma coordinada, la normativa interna precisa para permitir el funcionamiento del MIBEL.

Y es dentro del contexto jurídico suscitado por ese compromiso en el que procede circunscribir las normas que el Real Decreto Ley 5/2005 dedica a la creación del MIBEL, esto es, a la adaptación de nuestro mercado interno a las nuevas necesidades derivadas de la pronta puesta en funcionamiento de aquél, de cara, precisamente, a que el nuevo modelo pueda convertirse en una realidad a corto plazo. Analicemos por separado las medidas adoptadas a tal fin.

1. Especial relieve tiene la modificación operada en el artículo 13 de la LSE, a propósito de los intercambios internacionales e intracomunitarios de electricidad, modificación que, en particular, afecta a los apartados 2, 3 y 6 del indicado precepto.

De entrada, hemos de recordar que el artículo 1.2 de la Aplicación Provisional del Convenio Internacional relativo a la constitución del MIBEL establece que «la creación de un Mercado Ibérico de la Elec-

tricidad implica el reconocimiento por las Partes de un único mercado de la electricidad en el cual todos los agentes tendrán igualdad de derechos y obligaciones».

Desde la perspectiva comunitaria, y siguiendo a DE LA CRUZ FERRER, es evidente que el mercado interior de la energía eléctrica dista mucho de ser una realidad. «De hecho, el sector de la electricidad constituye un reducto a la realización del mercado interior europeo por las propias circunstancias de la electricidad, como producto y como servicio, en especial por la limitación de la capacidad de importación y exportación en las redes de transporte, así como por las obligaciones de servicio público impuestas a las compañías eléctricas, lo cual determina un régimen peculiar desde el punto de vista de las normas de competencia del Derecho Comunitario (art. 90.2 TCE)»³⁴. En este sentido, la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre Normas Comunes para el Mercado Interior de la Electricidad³⁵, sienta los pilares para el desarrollo de un proceso progresivo de liberalización de los sectores eléctricos en cada país miembro, configurando, además, distintos mecanismos de protección para evitar que el diferente ritmo seguido por cada Estado en el proceso liberalizador conduzca a desequilibrios en la apertura de los mercados, en el acceso de los diferentes operadores a los mismos y, por ende, a una discriminación entre las Compañías en cuanto a sus derechos y obligaciones. A este respecto, la Directiva asume el principio de competencia como instrumento idóneo para la realización del mercado interior, compatible, en todo caso, con la imposición de obligaciones de servicio público que garanticen el cumplimiento de las misiones públicas confiadas a las empresas de interés general.

Descendiendo al plano doméstico, el desarrollo de la Directiva a que nos referimos se halla contenido en los artículos 9 y 13 de la LSE, sin olvidar los artículos 34 a 37 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el Mercado de Producción de Energía Eléctrica³⁶, así como la Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 14 de julio de 1998, por la que se establece el régimen jurídico aplicable a los agentes externos para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica.

Básicamente, la regulación contenida en la LSE pasa, en primer lugar, por la consideración de la incorporación a las redes de trans-

³⁴ DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 422.

³⁵ Directiva cuyos planteamientos encuentran basamento en la Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa, de 11 de septiembre de 1996 (DOCE de 26 de septiembre).

³⁶ En adelante, Real Decreto 2019/1997.

porte y distribución nacionales de energía procedente de otros sistemas exteriores —mediante su adquisición en la forma prevenida en el artículo 13— como actividad destinada al suministro de energía eléctrica³⁷. Se instituye, asimismo, el principio general de libertad, de modo que los intercambios intracomunitarios de electricidad podrán realizarse libremente; ahora bien, las adquisiciones de energía en otros países comunitarios quedan sujetas a autorización administrativa, a otorgar, en su caso, por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. El artículo 13 de la LSE sienta, respecto de esta autorización, el principio de «reciprocidad cualitativa», relegando la denegación de la misma al supuesto de que en el país de generación de la energía adquirida los sujetos equivalentes no tengan «reconocida la misma capacidad de contratación». Paralelamente, el Real Decreto Ley 5/2005 respeta el principio de libertad de contratación, de manera que la energía puede seguir siendo adquirida tanto a través del mercado organizado de producción (contratación multilateral) como a través de contratos bilaterales físicos (contratación bilateral). Por su parte, los intercambios con países terceros quedan sometidos a autorización administrativa discrecional del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y, por lo que hace a las ventas de energía a otros países comunitarios, éstas podrán ser realizadas previa comunicación al operador del sistema y autorización del mismo Departamento Ministerial, que sólo podrá denegarla cuando implique un «riesgo cierto» para el suministro nacional. Finalmente, respecto del régimen retributivo de los intercambios intracomunitarios e internacionales, significar que éste deberá respetar los principios de competencia y transparencia que han de regir el mercado de producción.

Una de las novedades introducidas por el Real Decreto Ley 5/2005 viene dada por la posibilidad de que los autoprodutores y agentes externos realicen adquisiciones de energía en otros países comunitarios, con sujeción a las reglas generales, antes vistas.

El artículo 2.2.b) del Instrumento de Aplicación Provisional del Convenio Internacional relativo a la constitución del MIBEL define los autoprodutores como «aquellas personas físicas o jurídicas que generen electricidad fundamentalmente para su propio uso». En nuestro país, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1.b) de la LSE, se entiende que un autoprodutor genera electricidad, fundamentalmente para su propio uso, «cuando autoconsume, al menos, el 30% de la energía eléctrica producida por él mismo, si su potencia instalada es inferior a 25 MW y, al menos, el 50%, si su potencia ins-

³⁷ Ex artículo 9 de la LSE.

talada es igual o superior a 25 MW». Cuando se trate de autoprodutores de energía eléctrica que utilicen la cogeneración con alto rendimiento energético como forma de producción de electricidad, el porcentaje de autoconsumo será del 10%, cualquiera que sea la potencia de la instalación. Los autoprodutores cuentan con una serie de derechos, reconocidos legalmente, como el de incorporar su energía excedentaria al sistema, percibiendo la retribución correspondiente; conectar en paralelo sus instalaciones a la red de la correspondiente empresa distribuidora o de transporte; utilizar, conjunta o alternativamente en sus instalaciones, la energía que adquiera a través de otros sujetos; y recibir de la empresa distribuidora el suministro de energía eléctrica que precisen.

Respecto de los agentes externos, el artículo 2.2.c) del Instrumento antes mencionado considera como tales a «quienes realicen la incorporación a las redes de transporte y distribución nacionales de energía procedente de otros sistemas exteriores mediante su adquisición en terceros países», pronunciándose en idénticos términos el artículo 9.1.c) de la LSE, aunque sujetando la fórmula de adquisición a los parámetros del artículo 13. En cualquier caso, parece claro que la reforma de este precepto, a propósito de los agentes externos, trata de afianzar un mecanismo que permita la participación de estos agentes en el futuro MIBEL, sobre la base del pleno respeto a los principios de reciprocidad y transparencia, evitando posiciones de asimetría que puedan limitar o impedir la competencia.

Debemos destacar, igualmente, cómo el artículo 2.2 del tan reiterado Instrumento Internacional de constitución del MIBEL atribuye la condición de sujetos del mercado tanto a los autoprodutores como a los agentes externos, no sólo «a los efectos de su participación en el MIBEL», sino también «en la compra y venta de energía», premisa perfectamente desarrollada mediante las innovaciones introducidas por el Real Decreto Ley que examinamos.

Las reformas, por otra parte, también han incidido en el régimen de las ventas de energía a otros países comunitarios, permitiendo su realización, amén de a los autoprodutores y agentes externos, a los distribuidores y consumidores cualificados.

En relación con los distribuidores, el párrafo segundo del artículo 13.3 de la LSE, añadido por el Real Decreto Ley 5/2005, asigna a la competencia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio la regulación de los mecanismos mediante los cuales podrán participar las empresas distribuidoras en los intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica, adquiriendo o, en su caso, vendiendo energía. Analizado más arriba el *status* jurídico de los distribuidores, lo único que nos resta indicar es que este notable aumento

de su capacidad de actuación comercial se ve compensado por la obligación legal que les impone el artículo 23.1, en particular, a realizar ofertas económicas de adquisición de energía al operador del mercado en cada período de programación por la parte de energía necesaria para el suministro de sus clientes a tarifa no cubierta mediante sistemas de contratación bilateral con entrega física. No obstante, de este novedoso deber nos ocuparemos más adelante.

Quienes también podrán verificar ventas de energía eléctrica a otros países comunitarios son los consumidores cualificados, es decir, todos aquellos que pueden adquirir la energía eléctrica, en cada momento, por procedimientos diferentes al consumidor a tarifa. Singularmente, son acreedores de esta condición los consumidores cuyo volumen de consumo anual supere los 5 GWh por instalación o por punto de suministro. En todo caso, tienen la consideración de clientes cualificados los titulares de instalaciones de transporte por ferrocarril, incluido el ferrocarril metropolitano. A partir del 1 de enero de 2007, todos los consumidores tendrán la condición de cualificados. En la actualidad, este tipo de consumidores pueden contratar en el mercado de producción de energía eléctrica la totalidad de su suministro o aquella parte del mismo que no tengan cubierto por su contrato de suministro a tarifa, bien directamente o bien a través de un comercializador. Asimismo, las instalaciones de distribución pueden ser utilizadas por los sujetos y consumidores cualificados, de conformidad con los criterios legales generales.

Al igual que en el caso de los autoprodutores y agentes externos, el Convenio Internacional relativo al MIBEL también asigna a los distribuidores y consumidores cualificados el carácter de sujetos del mercado, a los efectos de su participación en el nuevo modelo y en la compra y venta de energía.

Otra de las novedades importantes introducidas por el Real Decreto Ley 5/2005 se localiza en el número 6 del artículo 13 de la LSE, a propósito del régimen retributivo de los intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica. En concreto, la nueva regulación impone a todos los sujetos que realicen operaciones de exportación de energía la obligación de abonar los costes del sistema que proporcionalmente les correspondan, no únicamente los «costes permanentes», como se preveía hasta el momento. Recordemos, en este punto, que, de acuerdo con las previsiones del artículo 16.5 de la LSE, tienen el carácter de costes permanentes de funcionamiento del sistema los siguientes conceptos:

- a) Los costes que, por el desarrollo de actividades de suministro de energía eléctrica en territorios insulares y extrapeninsulares,

puedan integrarse en el sistema de acuerdo con el apartado 3 del artículo 12³⁸.

- b) Los costes reconocidos al operador del sistema y al operador del mercado.
- c) Los costes de funcionamiento de la Comisión Nacional de Energía.

En realidad, la puesta en marcha del MIBEL exige, necesariamente, la previa armonización de los conceptos de costes regulados a tener en cuenta en los sistemas tarifarios de cada país, como presupuesto indispensable para la existencia misma de un mercado competitivo. Ello no implica que los valores numéricos de las tarifas y peajes de acceso que sean de aplicación en cada Estado deban ser idénticos. Sin embargo, resultaba necesaria una conciliación de las posibles diferencias conceptuales de los costes que se imputan a los conceptos regulados y de los que deben imputarse directamente al mercado. La nueva medida impone, pues, a los exportadores de energía eléctrica el deber de abonar costes distintos a los permanentes, tales como costes resultantes de medidas de política energética, medioambiental o de interés económico general.

La fórmula, además, reviste especial trascendencia si tenemos en cuenta el contexto macroeconómico actual del sector, en el que las tarifas no cubren costes, propiciando el derroche energético. Ciertamente, los precios de la electricidad en España se encuentran entre los más bajos de Europa, tanto para consumidores domésticos como industriales, según los datos de un reciente informe elaborado con la Comisión Nacional de Energía. El estudio analiza los datos publicados por Eurostat (2003) y por la Agencia Internacional de la Energía (2001), llegando a diversas conclusiones. De entrada, en las tarifas de carácter doméstico-residencial, analizadas por Eurostat, España es el sexto país más barato en tarifas de bajo consumo anual y el quinto más barato en tarifas de alto consumo y discriminación horaria. En tarifas industriales, los precios españoles son los novenos y los cuartos más bajos, respectivamente, en los dos segmentos de alto consumo. En lo atinente al estudio elaborado por la Agencia Internacional de la Energía, éste sitúa a España en el puesto noveno para el segmento doméstico-residencial y en cuarto lugar para el segmento industrial. Estos datos se confirman en un estudio realizado por UNESA —la patronal del sector en nuestro país—, en julio de 2004,

³⁸ Señala este precepto que «los costes derivados de las actividades de suministro de energía eléctrica cuando se desarrollen en territorios insulares y extrapeninsulares y no puedan ser sufragados con cargo a los ingresos obtenidos en dichos ámbitos territoriales, se integrarán en el conjunto del sistema a efectos de lo previsto en el artículo 16».

sobre datos Eurostat, cuyas principales conclusiones apuntan que, respecto a los precios de la electricidad para usos domésticos, España se sitúa en la media de los países de la Unión Europea ampliada, pero registra los más bajos de la Unión en su composición tradicional —quince Estados—. En cuanto a los precios de la electricidad para usos industriales, los españoles son los quintos más bajos para todas las categorías, a excepción de los grandes clientes. Esta situación se produce en un contexto en el que el diferencial de precios entre España y Europa se ha ampliado de forma notable en los últimos años. Las sucesivas bajadas de las tarifas durante los últimos años han hecho imposible, a juicio de los analistas, cubrir los costes del sistema en un país dependiente del exterior en términos energéticos. Por otra parte, los incrementos tarifarios aprobados no son reales, si se comparan con la evolución del Índice de Precios al Consumo (IPC)³⁹. Este contexto de precios «relativamente benigno» ha coincidido con un aumento muy significativo del consumo energético de las familias, que creció un 62% entre 1993 y 2001, según datos de UNESA, situándose casi en cabeza de los incrementos registrados en los países de la Unión Europea, que registraron un aumento medio del 15%. El aumento del consumo eléctrico español es el segundo más alto de la Unión Europea —después de Portugal— y se equipara al de Holanda en tasa de crecimiento. En el período de enero a abril de 2005 ya acumula una subida del 8,9%. A juicio de las eléctricas, de todo ello se deriva que, aun cuando España ha mantenido un crecimiento económico superior a la media de la Unión Europea, este entorno benigno de precios ha incidido en el fortísimo incremento registrado por la demanda de energía de las familias, ya que las tarifas no han inducido a una actitud de consumo responsable por parte de los hogares. Por tal motivo, añaden, la situación de los precios en nuestro país propicia el derroche de energía, ya que al consumidor no se traslada el coste verdadero, lo que año tras año va generando déficit.

Finalmente, el Real Decreto Ley 5/2005 veda a los operadores que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico la posibilidad de materializar adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del MIBEL o en terceros países. La razón ya la apuntamos más arriba. Las compras internacionales se limitan ahora a las subastas en Francia y suman unos 1.500 MW. El objetivo de la nueva norma es impedir que las grandes empresas dominen estas subastas y dejar vía libre a las comercializadoras inde-

³⁹ Por ejemplo, según las eléctricas, el Real Decreto 2392/2004 fija un aumento del 1,71% en la tarifa media de 2005, pero, en realidad, es una reducción de casi un 1,5%, si se descuenta el incremento del IPC en términos constantes.

pendientes. Sin embargo, esta dimensión teleológica de la medida puede quedar en papel mojado. No en vano, algunos expertos se han apresurado a denunciar el escaso sentido de la misma, pues las grandes empresas tienen capacidad para comercializar absolutamente todo, extremo que no es predicable de las pequeñas empresas. La condición peninsular de nuestro país, según esos expertos, forzaría a estas últimas a revender la energía a las compañías más poderosas, con el subsiguiente riesgo de obtener una negativa por respuesta, dado el previsible encarecimiento del precio de reventa y la posibilidad de adquisición de la energía por medios más asequibles.

2. Hemos visto que la garantía del suministro eléctrico —con la exigencia añadida de calidad y verificación al menor coste posible— se erigió en fin básico de la LSE. Y lo sigue siendo a día de hoy, no obstante las numerosas modificaciones experimentadas por el citado texto legal. Pese a todo, la consideración del suministro de energía eléctrica como algo esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad no es, desde luego, patrimonio exclusivo de nuestra Legislación. El Instrumento de Aplicación Provisional del Convenio Internacional relativo a la constitución del MIBEL participa de este mismo parecer, dedicando su artículo 9 a este particular.

Y es esta preocupación por la seguridad del suministro la que ha motivado, sin duda, la adición de nuevos párrafos al artículo 23.1 de la LSE, adición que es decretada por el artículo 22, apartado dos, del Real Decreto Ley 5/2005.

Como es sabido, el precepto legal que acoge estas recientes disposiciones se ocupa del mercado de producción de energía eléctrica y, más en concreto, del sistema de ofertas. El principio de libre competencia lleva consigo que los productores podrán ejercer su actividad sólo si son capaces de acceder al mercado, presentando ofertas de precio por cada unidad de producción que sean admitidas por los demandantes⁴⁰. Siguiendo a DE LA CRUZ FERRER, podemos resumir la operativa del mercado de producción partiendo de la base de que «el acceso al mercado se realiza en virtud de la libertad de contratación reiterada por los artículos 11.1 y 24.1 de la LSE. La contratación de la energía puede realizarse, según los artículos 23, 24 LSE y del Real Decreto 2019/97, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, por una doble vía: como regla general los generadores deben acudir al mercado organizado de producción que constituye un mercado mayorista en el que se realiza una contratación multilateral entre oferentes y demandantes. En este

⁴⁰ Vid. artículos 11.1 y 23 de la LSE.

mercado los productores efectúan ofertas económicas de venta de energía al operador del mercado por cada unidad de producción para cada período de programación (1 hora). Y los demandantes de energía presentan al operador del mercado ofertas de adquisición de la energía que precisen para atender sus necesidades en cada período de programación. A la vista de esas ofertas de venta y adquisición, el operador del mercado determina las unidades de producción que son necesarias para cubrir las ofertas de adquisición, partiendo de aquella cuya oferta haya sido la más barata hasta igualar la demanda de energía en ese período de programación. El precio final de la producción de energía para cada período de programación se determina por el operador del mercado y es el precio ofertado por la última unidad de producción cuya entrada en la red haya sido necesaria para atender la demanda. La otra vía posible de contratación (...) son los contratos bilaterales físicos que pueden suscribirse entre los generadores, los agentes externos y los consumidores cualificados y en los que por períodos de duración no inferior a un año puede establecerse el suministro de cantidades de energía, previendo los precios, los plazos y las condiciones en que pueden producirse los citados suministros»⁴¹.

Dentro del contexto acabado de describir, lo esencial de las nuevas normas incorporadas por el Real Decreto Ley que se examina es la obligación, impuesta a los distribuidores de energía eléctrica, de realizar ofertas económicas de adquisición de energía eléctrica al operador del mercado en cada período de programación por la parte de energía necesaria para el suministro de sus clientes a tarifa no cubierta mediante sistemas de contratación bilateral con entrega física. En efecto, la concurrencia en el mercado era, en principio, obligatoria sólo para los generadores⁴², sin perjuicio de las excepciones contempladas en el artículo 25 de la LSE —producción en régimen especial, sistema de producción en territorios insulares y extrapeninsulares, contratos bilaterales físicos, etc—. A partir de ahora, esa obligación también pesará sobre los distribuidores, si bien su participación debida en el mercado viene perfilada por dos elementos:

- a) Uno, de carácter cualitativo, tiene que ver con la forma concreta que ha de adoptar esa participación obligada: oferta económica de adquisición de energía eléctrica.
- b) El otro, de naturaleza cuantitativa, limita el alcance de la oferta obligada a la parte de energía precisa para el suministro de

⁴¹ DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 419.

⁴² Vid. artículos 23.1 y 26.2 de la LSE.

los clientes a tarifa no cubierta mediante sistemas de contratación bilateral con entrega física.

A la vista de lo anterior, parece conveniente preservar el correcto funcionamiento del *pass-through*. El desempeño de las actividades reguladas bajo ningún concepto puede resultar erosionado por los precios que se verifiquen en el mercado por la libre actividad de los agentes que actúan tanto del lado de la oferta como del lado de la demanda.

Asimismo, se ha de resaltar que un Informe Técnico confeccionado, de modo conjunto, por la Comisión Nacional de Energía y por su homóloga portuguesa —«Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos»—, datado en el año 2001 y relativo al Modelo de Organización del MIBEL, aconsejaba que las compañías distribuidoras no pudiesen comprar o vender energía eléctrica.

Queda apuntar, igualmente, que la nueva obligación impuesta a los distribuidores de energía eléctrica va a hallar diversas manifestaciones a lo largo del texto de la LSE, gracias a la actividad reformadora llevada a cabo por el Real Decreto Ley 5/2005. Así, el apartado ocho del artículo 22 de la última de las normas reseñadas añade un párrafo f) al artículo 41.1 de la LSE, a propósito de las obligaciones de las empresas distribuidoras, prescribiendo como deber de éstas «la presentación de ofertas de adquisición de energía eléctrica al operador del mercado en los términos previstos en el artículo 23». Por su parte, el punto nueve del mismo artículo del Real Decreto Ley 5/2005 da nueva redacción a la letra b) del artículo 41.2 de la LSE, configurando como derecho de los distribuidores la contratación de la «adquisición o venta de energía eléctrica en los términos previstos en la ley y en sus disposiciones de desarrollo, al objeto de adquirir la energía eléctrica necesaria para atender el suministro de sus clientes». El artículo 45.3.c) de la LSE, por fin, prevé como derecho de las empresas distribuidoras y comercializadoras, dentro del ámbito del suministro a los usuarios y de la gestión de la demanda eléctrica, la contratación de la «adquisición o venta de energía eléctrica en los términos previstos en la ley y en sus disposiciones de desarrollo». Esta última norma ha sido añadida por el apartado diez del artículo 22 del Real Decreto Ley que nos ocupa.

No podemos abandonar este apartado sin recalcar otro elemento novedoso introducido por la normación que suscita estas líneas. Nos referimos a la participación de los distribuidores en los sistemas de contratación bilateral con entrega física. Recordemos, en este punto, que los contratos bilaterales son contratos celebrados por agentes del mercado de producción de energía eléctrica, excepto en el caso de los

compradores en contratos de exportación, que pueden no ser necesariamente agentes del mercado. A su vez, los contratos bilaterales físicos de suministro de energía eléctrica eran, hasta el momento, aquellos que pueden formalizar los consumidores cualificados o los agentes externos con productores o agentes externos. A partir de ahora, los distribuidores también podrán intervenir en esta modalidad negocial, en la que las unidades de producción afectas al cumplimiento de estos contratos quedan exceptuadas de la obligación de presentar ofertas en el mercado de producción de energía, por la parte de la generada y vinculada al cumplimiento del contrato. Por ello, los contratos bilaterales físicos han de identificar las unidades de producción vinculadas a su cumplimiento y el consumo previsto. En cualquier caso, será el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el Departamento encargado de dotar de regulación a esta nueva fórmula participativa de los distribuidores.

3. Los agentes productores de energía eléctrica son, como ya hemos apuntado en momento anterior de este estudio, las personas físicas o jurídicas que tienen la función de generar energía eléctrica, así como construir, operar y mantener las centrales de producción. Tradicionalmente, los derechos de los productores han estado ligados al desarrollo de las siguientes actividades:

- a) La utilización en sus unidades de producción de aquellas fuentes de energía primaria que consideren más adecuadas, respetando, en todo caso, los rendimientos, características técnicas y las condiciones de protección medioambiental contenidas en la autorización de dicha instalación.
- b) Contratar la venta de energía eléctrica en los términos previstos en la Ley y sus disposiciones de desarrollo.
- c) Despachar su energía a través del operador del sistema.
- d) Tener acceso a las redes de transporte y distribución.
- e) Percibir la retribución que les corresponda de acuerdo con los términos previstos en la Ley.
- f) Recibir la compensación a que pudieran tener derecho por los costes en que hubieran incurrido en supuestos de alteraciones en el funcionamiento del sistema.

El apartado tres del artículo 22 del Real Decreto Ley 5/2005 modifica la letra b) del artículo 26.1 de la LSE, otorgando a los productores el derecho a contratar la adquisición de energía eléctrica. Esta nueva facultad no viene sino a dar refrendo legal a algo evidente, percibido en su momento por los analistas ingleses del mercado de la

electricidad. Nos referimos a la posibilidad de que determinados generadores produzcan energía eléctrica a costes más caros que sus competidores, lo que, obviamente, se traduce en la mayor gravosidad de los precios con los que la energía se oferta en el *pool*. El deseo de encauzar la actividad empresarial por un sendero de eficiencia conduce a la ineludible conclusión de que es preferible adquirir la energía directamente de esos competidores, en lugar de producirla, singularmente cuando el precio al que éstos la ofrecen resulta inferior al coste de generación en la empresa ineficiente.

4. El Real Decreto Ley 5/2005 acomete también una importante reforma de los preceptos de la LSE especialmente dedicados al Operador del Mercado⁴³ y al Operador del Sistema⁴⁴. En particular, el artículo 22 de la primera de las normas citadas da nueva redacción al artículo 32 de la LSE, comprensivo de la conceptualización de gestión económica y técnica del sistema, al párrafo primero del artículo 33.1 y al número 2 del mismo precepto, a propósito de la definición y funciones del OM, y, finalmente, al apartado 2 del artículo 34, sobre las funciones del OS. A su vez, el artículo 23 del Real Decreto Ley modifica el artículo 34.1 de la LSE, fijando nuevos límites máximos de participación en el accionariado de Red Eléctrica de España. Pero, vayamos por partes.

Por lo que hace a la modificación operada en la dicción del artículo 32 de la LSE, conviene destacar, con el profesor DE LA CRUZ FERRER, que «la mayoría de los modelos eléctricos liberalizados han creado un mercado organizado gestionado por una entidad independiente. Esta entidad gestiona otros mercados suplementarios que permiten el ajuste entre la oferta y la demanda mediante mecanismos competitivos. Junto al mercado, la gestión de la red es una actividad fundamental para garantizar el adecuado funcionamiento del conjunto del sistema producción-transporte. Nuestro modelo ha unificado la realización de todas las actividades relacionadas con el despacho central y el transporte en una nueva entidad, separada funcional y orgánicamente del OM: el OS». Y añade: «El modelo español ha adoptado una estructura similar a la californiana, con el fin de garantizar la neutralidad del sistema, añadiendo un elemento más a la tradicional separación producción-transporte-distribución: la separación institucional de las figuras del transportista y del OM. El primero será responsable de dirigir los mercados *spot* y a plazo que se creen. La segregación de funciones entre dos operadores pretende

⁴³ En adelante, OM.

⁴⁴ En adelante, OS.

aumentar el grado de transparencia y neutralidad de los mercados eléctricos»⁴⁵.

Sentado lo anterior, el nuevo artículo 32 de la LSE, con el que se abre el Título V, parece querer eludir la férrea distinción entre las funciones del OM y del OS que caracterizaba su dicción originaria. De hecho, se suprime el adverbio «respectivamente», baluarte del referido distingo. En concreto, la parte esencial del precepto dice ahora así: «... corresponde al operador del mercado y operador del sistema asumir las funciones necesarias para realizar la gestión económica referida al eficaz desarrollo del mercado de producción de electricidad y la garantía de la gestión técnica del sistema eléctrico, de acuerdo con lo dispuesto en este título». La redacción anterior, sin embargo, dejaba meridianamente claro que el OM era quien asumía la gestión económica del sistema eléctrico en su totalidad, mientras que al OS correspondía la gestión técnica. Las normas que de inmediato vamos a analizar nos pondrán sobre la pista de las razones de este cambio de orientación.

Por lo que respecta al artículo 33 de la LSE, éste experimenta una reforma que alcanza a sus dos primeros apartados. De entrada, en su redacción anterior, el precepto recalca esa misión primordial que, como antes veíamos, asumía el OM, esto es, la gestión económica del sistema —«el operador del mercado, como responsable de la gestión económica del sistema, asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en los términos que reglamentariamente se establezcan»—. A raíz de la modificación, el OM pasa a asumir, únicamente, la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario de energía eléctrica. En suma, de controlar la totalidad del sistema eléctrico en su dimensión económica, el OM ha pasado a gestionar un segmento concreto —importante, desde luego— de ese sistema: las ofertas de compra y venta de energía en el mercado diario.

Tradicionalmente, y al amparo de la normativa hasta ahora vigente, las funciones del OM han podido ser sistematizadas del siguiente modo:

- a) Recibir las ofertas de venta y compra de energía para cada período de programación.
- b) Casar las ofertas de venta y de adquisición, partiendo de la oferta más barata hasta igualar la demanda, y elaboración del programa provisional⁴⁶.

⁴⁵ DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., pág. 404 y 405.

⁴⁶ El programa definitivo será elaborado tras la introducción de modificaciones derivadas de restricciones técnicas detectadas por el OS.

- c) Determinar los precios finales de la producción de energía para cada período de programación y su comunicación a los agentes implicados.
- d) Liquidar y notificar los pagos y cobros que deberán realizarse en virtud del precio final de la energía resultante del sistema, del funcionamiento efectivo de las unidades de producción y de la disponibilidad de estas unidades en cada período de programación.

Tras la reforma efectuada en el artículo 33.2 de la LSE, se aprecian una serie innovaciones en los cometidos propios del OM. Veámoslas:

- a) El OM continuará recibiendo las ofertas de venta de energía emitidas para cada período de programación. Ahora bien, esas ofertas ya no procederán únicamente de los titulares de las unidades de producción —como acontecía hasta ahora—, sino de los distintos sujetos que participan en el mercado diario.
- b) También seguirá verificando la recepción de las ofertas de adquisición de energía eléctrica. Se suprime la referencia legal a la aceptación, por el OM, de tales ofertas.
- c) Recibirá, igualmente, de los sujetos que participan en el mercado de la energía eléctrica⁴⁷ la información necesaria, a fin de que su energía contratada sea tomada en consideración para la casación —no para la determinación de los programas diarios— y para la práctica de las liquidaciones que sean competencia del OM.
- d) La recepción de las garantías que, en su caso, procedan constituye una función que adquiere particular relieve con la nueva regulación, hasta el punto de gozar de consideración individualizada dentro del artículo 33.2. Se prevé, asimismo, que la gestión de estas garantías pueda ser realizada directamente o a través de terceros autorizados, extremo que no aparecía contemplado con anterioridad.
- e) El OM está obligado a comunicar, no sólo a los titulares de las unidades de producción, comercializadores, distribuidores y consumidores cualificados —como se preveía hasta el momento—, sino también a los agentes externos y a los operadores del sistema eléctrico en el ámbito del MIBEL, los resultados de la casación de las ofertas. Dicha obligación deja de extenderse a la

⁴⁷ Se suprime, en este punto, la mención a los titulares de las unidades de producción que negocien su energía a través de contratos bilaterales físicos y a las Sociedades Gestoras de los mercados de contratación a plazo.

- f) Ahora bien, deberá determinar los distintos precios de la energía resultantes de las casaciones en el mercado diario de energía eléctrica para cada período de programación, con su subsiguiente comunicación a todos los agentes implicados, eliminándose, de este modo, toda referencia a los «precios finales de la producción de la energía para cada período de programación».
- g) Compete, asimismo, al OM la liquidación y comunicación de los pagos y cobros que deban realizarse en virtud de los precios de la energía resultantes de las casaciones⁴⁸ y de aquellos otros costes que reglamentariamente se determinen, suprimiéndose, de este modo, las menciones que en la redacción anterior se hacían al «funcionamiento efectivo de las unidades de producción y de la disponibilidad de unidades de producción en cada período de programación», según vimos más arriba.
- h) Se incluye, además, el deber del OM de comunicar al OS las ofertas de venta y de adquisición de energía eléctrica, realizadas por los diferentes sujetos que participan en los mercados de energía eléctrica de su competencia, para cada uno de los períodos de programación.
- i) Subsisten, sin alteraciones en su redacción, dos obligaciones esenciales del OM, una de carácter concreto y otra a modo de cláusula de cierre. Nos referimos al deber de informar públicamente sobre la evolución del mercado, con la periodicidad que se determine y al de realizar cualesquiera otras funciones que reglamentariamente se le asignen.

Pasemos ahora a analizar las modificaciones introducidas en relación con el OS. Con anterioridad a la reforma, el párrafo primero del artículo 34.1 de la LSE identificaba al OS con el responsable de la gestión técnica del sistema eléctrico, presentando como objeto la garantía de la continuidad y seguridad del suministro y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte. Sin embargo, tras la reforma apuntada, el precepto define la figura del siguiente modo: «El OS tendrá como función principal garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte».

Al socaire de lo anterior, fácil es apreciar la variación que la conceptualización de OS experimenta. De entrada, se suprime la sinonimia

⁴⁸ No se hace referencia ya al «precio final de la energía resultante del sistema».

entablada tradicionalmente entre OS y gestor técnico del sistema eléctrico. Por otro lado, de tener por objeto exclusivo la garantía de la continuidad y seguridad del suministro y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte se ha pasado a un contexto jurídico en el que tales actividades se erigen en la «función principal» a desarrollar por el OS, lo que apunta la posibilidad de que pueda desarrollar otras, incluso de atribución temporal ulterior, por vía reglamentaria.

Ahora bien, las anteriores no son, desde luego, las únicas modificaciones planteadas por el Real Decreto Ley 5/2005 en esta concreta cuestión. Su artículo 23 altera los límites máximos de participación en el accionariado de «Red Eléctrica de España»⁴⁹, entidad que ha venido desarrollando las funciones de OS en los últimos años⁵⁰. Como sabemos, la regulación vigente en nuestro país concibe el OS como una sociedad mercantil, de cuyo accionariado puede formar parte cualquier persona física o jurídica, siempre que la suma de su participación directa o indirecta en el capital de esta sociedad no supere el 3% del capital social o de los derechos de voto de la entidad.

La reforma esencial introducida, en este punto, por el Real Decreto Ley 5/2005 se centra en reducir el porcentaje máximo de participación en REE, directa o indirectamente, de cualquier persona física o jurídica, con excepción de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)⁵¹, hasta el 3%, y la de cualquier sujeto que realice actividades en el sector eléctrico o persona física o jurídica que participe en el capital de dicho sujeto con una cuota superior al 5%, hasta el 1%. Se mantiene, no obstante, la limitación en cuanto a la suma de las participaciones, directas o indirectas, de aquellos sujetos que operen en el sistema eléctrico español, la cual no podrá superar el 40%. La finalidad es clara: reforzar la independencia de REE como operador técnico del sistema y principal operador logístico.

Un aspecto importante, y que es forzoso apuntar, se concreta en el párrafo octavo del artículo 34.1 de la LSE, párrafo que ha sido añadido por el Real Decreto Ley 5/2005. La nueva norma eleva a la consideración de infracción administrativa muy grave, en los términos señalados en el artículo 60 de la Ley, el incumplimiento de la limitación en la participación en el capital a que se refiere el artículo 34, identificando, además, como sujetos responsables de dicha infrac-

⁴⁹ En adelante, REE.

⁵⁰ Interesa recordar que esta sociedad desempeñó, igualmente, las funciones de explotación y transporte desde la promulgación de la Ley de Explotación Unificada.

⁵¹ A la que se permite mantener una participación no inferior al 10% (vid. artículo 34.1, párrafo cuarto, de la LSE). En la actualidad, su participación en el capital de REE asciende al 28,5%.

ción a las personas físicas o jurídicas que resulten titulares de los valores o a quien resulte imputable el exceso de participación en el capital o en los derechos de voto. Como puede apreciarse, la preocupación del legislador por hacer cumplir, a toda costa, las limitaciones accionariales y de poder de influencia en el ámbito del sector eléctrico resulta ciertamente mayúscula, hasta el punto de tipificar como infracción administrativa la eventual inobservancia de la reciente regulación.

Las variaciones normativas que atañen a lo que podríamos calificar como concepto y naturaleza jurídica del OS concluyen con dos previsiones importantes: una, de alcance transitorio; la otra, de alta significación fiscal. Por lo que hace a la primera de ellas, se contempla que la adecuación de las participaciones sociales en el seno del OS se realice antes del 1 de enero de 2008, mediante la transmisión de acciones o, en su caso, los derechos de preferente suscripción. En todo caso, antes del 1 de junio de 2005 deberá estar realizada la adecuación de los estatutos sociales de dicha sociedad mercantil, en aras a introducir la limitación de participación máxima establecida. En relación con la segunda de las previsiones, se posibilita la aplicación a las transmisiones de elementos patrimoniales verificadas como consecuencia de la observancia de la nueva regulación, del régimen fiscal de las transmisiones de activos realizadas en cumplimiento de disposiciones con rango de Ley de la normativa de defensa de la competencia.

La razón de ser de todas las medidas acabadas de analizar hay que buscarla en lo pactado expresamente por España y Portugal en el Convenio Internacional para la constitución del MIBEL. En efecto, en ese Instrumento se acordó que, antes del 20 de abril de 2005, las sociedades gestoras de los mercados deberían acomodar su accionariado, de manera que ningún accionista poseyese más del 5% del capital de ninguno de los operadores del mercado. A su vez, los operadores del sector eléctrico no podrían poseer, en su conjunto, más del 40%. En el mismo plazo, debería cumplirse el requisito de que ninguno de los operadores de los sistemas tuviese participación alguna en dichas sociedades gestoras de los mercados. Por otra parte, no hay que olvidar que a las principales eléctricas —«Endesa», «Iberdrola», «Unión Fenosa» y «Cantábrico»— ya se les obligó a desinvertir en el gestor técnico del sistema en 2003, después de que la Ley de Acompañamiento de ese año estableciera el límite ahora vigente del 3%, frente al 10% que entonces tenían. Las compañías dispusieron del plazo de un año para vender, siéndoles suspendidos de inmediato los derechos políticos por la participación que excedía del porcentaje legal.

Entrando ya en el ámbito de las funciones del OS, éstas, con anterioridad a la reforma que se examina, podían sistematizarse, con DE LA CRUZ FERRER⁵², del siguiente modo:

- a) Garantizar la continuidad y seguridad del suministro eléctrico y la correcta coordinación del sistema de producción y transporte, en cuanto responsable de la gestión técnica del sistema.
- b) Elaborar previsiones sobre la demanda del sistema y necesidad de realizar nuevas interconexiones o de ampliar la red, con propuestas dirigidas al Ministerio competente, planes de desarrollo y refuerzo de la red.
- c) Programar el funcionamiento de las instalaciones de producción de energía a partir del resultado de la casación de las ofertas comunicada por el OM, realizando las modificaciones necesarias en el mismo tras el análisis de las restricciones técnicas del sistema.
- d) Impartir las instrucciones necesarias para la correcta explotación del sistema de producción y transporte de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan.
- e) Gestionar el mercado de servicios complementarios.
- f) Establecer y controlar las medidas de fiabilidad del sistema de producción y transporte, que afecten a cualquier elemento del sistema eléctrico que sea necesario, y elaborar, en coordinación con los transportistas, productores y distribuidores, los planes de maniobra para la reposición del servicio en caso de fallo de la red.
- g) Impartir las instrucciones de operación de la red de transporte, incluidas las conexiones internacionales, para su maniobra en tiempo real.
- h) Calcular las pérdidas por transporte y los coeficientes de pérdidas de la red de transporte.
- i) Coordinar con los operadores de otros países la información relativa a las transacciones internacionales.
- j) Colaborar con el OM en la liquidación de la energía.

Las modificaciones acometidas por el Real Decreto Ley 5/2005 se traducen, en la concreta temática que ahora concita nuestra atención, en los perfiles que seguidamente se exponen:

- a) Corresponde al OS —como acontecía en la regulación precedente— prever a corto y medio plazo la utilización del equipamiento de producción, en especial, del uso de las reservas hidroeléctricas, de acuerdo con la previsión de la demanda, la disponibilidad del equipamiento eléctrico y las distintas condiciones de hidraulicidad que pudieran presentarse dentro del período de previsión. Ahora bien, el desarrollo de estas funciones ya no exigirá la coordinación con el OM.

⁵² DE LA CRUZ FERRER, Juan, *La liberalización...*, Op. Cit., págs. 408 y 409.

miento de producción, en especial, del uso de las reservas hidroeléctricas, de acuerdo con la previsión de la demanda, la disponibilidad del equipamiento eléctrico y las distintas condiciones de hidraulicidad que pudieran presentarse dentro del período de previsión. Ahora bien, el desarrollo de estas funciones ya no exigirá la coordinación con el OM.

- b) Es también misión del OS establecer y controlar las medidas de fiabilidad del sistema de producción y transporte, afectando a cualquier elemento del sistema eléctrico que sea necesario, así como los planes de maniobras para la reposición del servicio en caso de fallos generales en el suministro de energía eléctrica y coordinar y controlar su ejecución. Sin embargo, se suprime, a propósito de este punto, el párrafo segundo de la antigua letra h) del artículo 34.2 de la LSE, que disponía que «cuando como consecuencia de lo anterior haya de alterarse el orden de entrada en funcionamiento de unidades de producción de energía eléctrica derivado de la casación de ofertas, el OS procurará, cuando las condiciones técnicas lo permitan, respetar el orden de precedencia económica derivado de dicha casación».

c) Se agrega un nuevo cometido al ámbito competencial del OS: recibir del OM y de los sujetos que participan en sistemas de contratación bilateral con entrega física la información necesaria, a fin de poder determinar la programación de entrada en la red y para la práctica de las liquidaciones que sean competencia del OS. De este modo, y fruto de las nuevas posibilidades de contratación que implica el MIBEL, se establece la obligatoriedad, para el caso de contratos bilaterales, de comunicar al OS, y para cada uno de los períodos de programación de la energía, las unidades concretas de generación y de consumo afectas a un contrato bilateral, de modo que el OS disponga de dicha información de forma previa a la resolución de restricciones técnicas. Así, se determina que sea el OS quien, a la vista de toda la energía programada en cada período horario para cada unidad de generación o de consumo de energía, y a la vista de la generación y el consumo efectivamente realizado, proceda a la liquidación correspondiente a los pagos por garantía de potencia, liquidación de desvíos y servicios complementarios.

d) Igualmente, se establece que el OS reciba las garantías que, en su caso, procedan, pudiendo verificar la gestión de éstas de modo directo o a través de terceros autorizados, es decir, de forma análoga a lo ya analizado en relación con el OM.

e) La nueva regulación redefine la obligación del OS respecto de la programación del funcionamiento de las instalaciones de

producción de energía eléctrica, pues, amén de tener en cuenta el resultado de la casación de ofertas comunicadas por el OM, ha de considerar —y esta es la principal novedad— la información recibida de los sujetos que participan en sistemas de contratación bilateral con entrega física. Asimismo, el OS deberá valorar las excepciones que al régimen de ofertas se puedan derivar de la aplicación de lo previsto en el artículo 25 de la Ley —previsión ya contemplada antes de la reforma— y resolver las posibles restricciones técnicas del sistema utilizando criterios de mercado.

f) Es competencia del OS impartir las instrucciones necesarias para la correcta explotación del sistema de producción y transporte, de acuerdo con los criterios de fiabilidad y seguridad que se establezcan, así como gestionar, no el mercado de servicios complementarios —como antes se preveía—, sino los mercados de servicios de ajuste del sistema que sean necesarios para tal fin.

g) Paralelamente, se asignan al OS dos nuevos cometidos: la liquidación y comunicación de los pagos y cobros relacionados con la garantía de suministro, incluyendo entre ellos los servicios de ajuste del sistema y la disponibilidad de unidades de producción en cada período de programación, y la liquidación de los pagos y cobros relacionados con los desvíos efectivos de las unidades de producción y de consumo en cada período de programación.

h) Por lo demás, y dejando a salvo alguna función que conserva la misma redacción y ubicación sistemática instaurada en la regulación precedente⁵³, se aprecia, en muchos casos, cómo las mutaciones introducidas por el Real Decreto Ley 5/2005, en materia de cometidos del OS, presentan como única manifestación la alteración del orden metódico de que gozaban antes de la reforma, conservando, en todo caso, su contenido originario. Por ejemplo, las actuales letras c), d), f), g), h), ñ) y o) del artículo 34.2 de la LSE son fieles herederas de las antiguas letras f), g), k), i), e), i) y l), respectivamente.

5. El apartado once del artículo 22 del Real Decreto Ley 5/2005 añade una Disposición Adicional Decimoctava a la LSE, con la rúbrica «Capacidad Jurídica de los sujetos del Mercado Ibérico de la Elec-

⁵³ Vid. letra a) del artículo 34.2 de la LSE, que instituye como misión del OS «prever indicativamente y controlar el nivel de garantía de abastecimiento de electricidad del sistema a corto y medio plazo».

tricidad». Y a su examen nos vamos a aplicar a continuación, aunque sea de modo somero.

Como primera medida, se dispone que, desde la fecha de entrada en vigor del Convenio Internacional relativo a la constitución de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica entre el Reino de España y la República de Portugal, de 1 de octubre de 2004⁵⁴, se reconocerá capacidad a los sujetos del sector eléctrico portugués para actuar en los mercados de energía eléctrica previstos en el citado Convenio, siempre que se encuentren comprendidos dentro de su artículo 3, y de acuerdo con la normativa vigente en España. Lógico. El objetivo que se persigue con esta regla no es otro que los agentes, con independencia del país que les haya concedido autorización, puedan actuar directamente en los mercados, evitando así la duplicidad de actuaciones administrativas.

Paralelamente, y como ineludible consecuencia de la configuración del nuevo mercado, se altera la conceptualización de «agente externo» dentro del contexto macroeconómico definido por aquél. En este sentido, agente externo, a los efectos de la actuación en los mercados de energía eléctrica que integran el MIBEL, será el sujeto autorizado que, teniendo su sede fuera de España o Portugal, exporte o importe energía a través de las fronteras internacionales de la Península Ibérica. Esta previsión evidencia, por tanto, lo que, en definitiva, constituye la verdadera idiosincrasia del MIBEL, como un mercado unificado, en el que los sujetos participantes en él dejan de adoptar la recíproca consideración de agentes externos, siempre que se hallen radicados en el territorio de uno de los Estados fundadores.

Dejando a un lado la habilitación que la norma concede al Gobierno para perfilar, por vía reglamentaria, el régimen jurídico al que debe sujetarse la actuación de los diferentes sujetos, para la realización de operaciones de compraventa en los mercados de energía eléctrica previstos en el Convenio relativo a la constitución del MIBEL, debemos centrar nuestra atención en una de las cuestiones que, sin duda, mayor interés despierta en la nueva normativa: la regulación de la figura del representante.

Ciertamente, el Real Decreto Ley 5/2005 pretende facilitar la participación en el mercado de pequeñas instalaciones a través de representantes, impidiendo así que sus ofertas sean utilizadas por otros agentes cuyo poder de mercado podría incrementarse. De este modo, el número 3 de la nueva Disposición Adicional Decimoctava señala, en su párrafo primero, que «los agentes que actúen por cuenta de otros

⁵⁴ Recuérdese que esta entrada en vigor se halla prevista para antes del 30 de junio de 2005.

sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica, de acuerdo con la normativa que les resulte de aplicación, tendrán la consideración de representantes a los efectos de su actuación en los mercados de energía eléctrica que integran el citado mercado ibérico, y, en consecuencia, tendrán la condición de sujetos a los efectos del artículo 9».

La norma concluye explicitando el modo con que se acreditará la condición de representante —«mediante la presentación del correspondiente poder notarial»— y consignando, con absoluta claridad, la prohibición de «autocontratación», concretando, además, los términos en que habrá de apreciarse la concurrencia de esta figura. En este sentido, se establece que «los agentes que actúen como representantes no podrán actuar simultáneamente por cuenta propia y por cuenta ajena. Se entiende que un representante actúa por cuenta propia cuando participe de forma directa o indirecta en más de un 50 por ciento del capital de la sociedad que representa», previsión, esta última, que simplifica enormemente la cuestión, pues el control jurídico de la entidad servirá de premisa para la valoración, en sentido positivo, de la existencia de la figura y, por ende, de un eventual conflicto de intereses.

3. OTRAS REFORMAS

Menor importancia, teniendo en cuenta el objetivo primordial de estas líneas, revisten las reformas articuladas por el Real Decreto Ley 5/2005 en sus artículos 24 y 25, a las que, no obstante, vamos a dedicar una sucinta explicación.

Empezando por el segundo de los preceptos antedichos, éste otorga nueva redacción a la Disposición Adicional Sexta de la LSE, a propósito del «Fondo para la financiación de las actividades del Plan general de residuos radioactivos». La nueva regulación busca internalizar el coste de la gestión de los residuos radiactivos, permitiendo un funcionamiento más eficiente del mercado, pues serán las empresas las que deberán recuperar en el mercado dichos costes. En todo caso, interesa señalar que la medida apuntada forma parte de un paquete más amplio de decisiones, que pretenden plasmarse en diferentes textos legales⁵⁵, y aun en simples Mandatos de actua-

⁵⁵ Debemos citar, a este respecto, el Proyecto de Ley de Reformas Fiscales de Impulso a la Productividad, aprobado por el Consejo de Ministros el 18 de marzo de 2005 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 31 de marzo siguiente, y que recoge una serie de incentivos fiscales en determinados sectores, con el objeto de impulsar su actividad, dada su especial incidencia sobre la productividad; y el Anteproyecto de Ley de Reformas de Impulso a la Productividad, aprobado por el Consejo de Ministros el 18 de marzo de 2005 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 31 de marzo siguiente, que incluye también actuaciones en los mercados energéticos.

ción⁵⁶, paquete que, a su vez, se inserta dentro del Plan de Dinamización de la Economía e Impulso a la Productividad, un ambicioso proyecto que contiene la estrategia de política económica en diversos ámbitos —defensa de la competencia, reformas en los mercados de bienes y servicios, reformas en los mercados financieros, I+D+i, calidad y eficiencia del gasto público y marco regulador y transparencia— para toda la Legislatura. Su aprobación por el Consejo de Ministros tuvo lugar el 25 de febrero de 2005.

Así las cosas, la reforma del Fondo para la financiación de las actividades del Plan general de residuos radioactivos se ve complementada por otras iniciativas, como es el caso de la transformación de la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos (ENRESA) en una entidad pública empresarial, la conversión en vinculantes de las Instrucciones del Consejo de Seguridad Nuclear, la agilización de la venta de emplazamientos afectos a los proyectos de centrales nucleares sujetas a Moratoria Nuclear⁵⁷ y de los procedimientos de autorización para las diversas fases de vida de las instalaciones nucleares y radioactivas⁵⁸.

Por su parte, el artículo 24 del Real Decreto Ley 5/2005 incluye una modificación del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes permanentes del sistema y de los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento. En particular, se añaden una serie de párrafos al apartado I.9 del Anexo I de la citada norma reglamentaria, con el único propósito de posponer el cierre de la liquidación de los costes de transición a la competencia tecnológicos, correspondientes al año 2004, hasta la fecha en la que el Gobierno pueda haber estudiado las conclusiones del Libro Blanco que se está elaborando sobre el mercado de producción en el sector eléctrico y, por consiguiente, pueda disponer de criterios objetivos para su determinación definitiva⁵⁹. En definitiva, se persigue diferir la liquidación de los costes de transición

⁵⁶ Vid. Acuerdo del Consejo de Ministros, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de abril de 2005, en el que se dictan mandatos de actuación para impulsar determinadas reformas e iniciativas en ámbitos como el de los servicios postales o los mercados energéticos.

⁵⁷ Esta medida pretende desbloquear el procedimiento para la puesta en valor de determinados emplazamientos, correspondientes a las centrales sometidas a la moratoria nuclear.

⁵⁸ En concreto, se modifica la legislación vigente para aclarar que el régimen de autorización previa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio se aplicará a todas las fases del ciclo de vida de las instalaciones nucleares y radioactivas, incluyendo, entre éstas, la selección de emplazamientos, la construcción, la puesta en marcha y el funcionamiento, así como su desmantelamiento y clausura.

⁵⁹ Se prevé que esa fecha pueda ser el 1 de enero de 2006.

a la competencia hasta que la Comisión Nacional de Energía realice la última liquidación provisional de cada año. Es, ciertamente, una medida de racionalización de los costes del sector eléctrico, que trata de evitar distorsiones de precios en el mercado de producción.

Por su parte, el artículo 24 del Real Decreto Ley 5/2005 incluye una modificación del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de distribución y comercialización de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes de transporte, distribución y comercialización y de los costes de explotación y seguridad de explotación. En particular, se establece un sistema de reparto de costes de explotación y de explotación de los costes de explotación y de explotación de los costes de explotación.

El artículo 24 del Real Decreto Ley 5/2005 incluye una modificación del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de distribución y comercialización de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes de transporte, distribución y comercialización y de los costes de explotación y seguridad de explotación. En particular, se establece un sistema de reparto de costes de explotación y de explotación de los costes de explotación.

El artículo 24 del Real Decreto Ley 5/2005 incluye una modificación del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de distribución y comercialización de transporte, distribución y comercialización a tarifa, de los costes de transporte, distribución y comercialización y de los costes de explotación y seguridad de explotación. En particular, se establece un sistema de reparto de costes de explotación y de explotación de los costes de explotación.

LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LOS PLANES Y PROGRAMAS EN LA NORMATIVA ESTATAL Y MADRILEÑA

POR

CARLOS YAÑEZ DÍAZ

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL PREVENTIVA. 2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL. 3. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LOS PLANES Y PROGRAMAS. 4. SU TRANSPOSICIÓN EN LA COMUNIDAD DE MADRID. LA EXPERIENCIA DE LA LEY 2/2002, DE 19 DE JUNIO, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 5. EXAMEN DE ALGUNAS EVALUACIONES AMBIENTALES DE PLANES GENERALES DE ORDENACIÓN URBANA REALIZADAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID. 5.1. Aguas. 5.2. Saneamiento y Depuración. 5.3. Infraestructuras. 5.4. Contaminación. 5.5. Calidad de los suelos. 5.6. Protección del medio natural. 5.7. Normas Urbanísticas de los Planes Generales. 6. LA LEY 9/2006, DE 28 DE ABRIL, DE EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE DETERMINADOS PLANES Y PROGRAMAS EN EL MEDIO AMBIENTE. 7. CONCLUSIONES.

1. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL PREVENTIVA

La protección del medio ambiente requiere, no solo medidas a posteriori tendentes a restaurarlo en los supuestos de daños al mismo, sino esencialmente una tutela preventiva que permita, evitando las posibles agresiones medioambientales de antemano, una mejor conservación y regeneración medioambiental. El principio de prevención en el derecho ambiental¹ aparece en Conferencia de las Naciones Unidas de Estocolmo sobre medio ambiente (1972) y en la Declaración de Río de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo y se ha convertido en uno de los principios estructurales del derecho ambiental comunitario apareciendo ya en el Primer Programa de Acción de 1973.

Una de las técnicas más conocidas de tutela medioambiental preventiva es la evaluación de impacto ambiental. Dicha técnica tiene un origen norteamericano² a raíz de la National Environmental Policy

¹ Véase el artículo de Paloma Sanz Baos «Los principios de prevención y de cautela en el Derecho ambiental», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, nº 19, Julio 2004.

² No obstante en España existe un cierto precedente en el Art. 29 del Decreto 2414 /1961, de 30 de noviembre, que aprobó el Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, el cual exigía la presentación de un proyecto técnico y una memoria

Act de 1969 (NEPA) de aplicación a las actuaciones federales pero que, posteriormente, ha sido introducida por numerosos Estados federados.

En Europa, dejando a un lado los precedentes de sendas leyes francesa e irlandesa, la Evaluación de Impacto ambiental aparece con la Directiva 85/337, de 27 de junio de 1985³, sobre «Evaluación de las incidencias de ciertos proyectos públicos y privados sobre el ambiente», modificada posteriormente por Directivas 97/11/CE, del Consejo, de 3 de marzo de 1997⁴ y 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo⁵.

Las citadas Directivas se diferencian del modelo americano en que aplican la evaluación ambiental también a los proyectos privados, pero no a cualquier proyecto que pueda afectar al medio ambiente sino tan sólo a los supuestos recogidos en sus Anexos, algunos de los cuales quedan a la decisión de los Estados miembros.

La evaluación ambiental aparece como una fase dentro del procedimiento administrativo de elaboración o autorización de un proyecto o actividad y desde la Directiva 2001/42 en el procedimiento de aprobación de un plan o programa, incluso aunque tenga carácter legislativo.

La característica más destacada de este procedimiento es que se atribuye la elaboración de la evaluación ambiental al órgano ambiental de la Administración pública que ha de elaborar o autorizar el proyecto. Esta intervención del órgano ambiental se debe esencialmente a dos razones, por un lado, una justificación técnica, en cuanto es necesaria una especialización en la materia medioambiental (conocimientos biológicos, forestales, etc.) y, por otro, ante la necesidad de una cierta independencia respecto del órgano que ha de aprobar el proyecto⁶.

El procedimiento de evaluación, que se integra y forma un todo con el procedimiento sustantivo, tal y como establece la STC 13/98, de

descriptiva que recogiesen las posibles repercusiones sobre la sanidad ambiental y los sistemas correctores que se propusiese utilizar.

³ DOCE 5-7-1985

⁴ DOCE 14-3-1997

⁵ DOCE 25-6-2003

⁶ Pese a que pueda ponerse en tela de juicio la independencia del órgano ambiental respecto del promotor cuando ambos están encuadrados en una misma Administración lo cierto es que las divergencias son tan posibles como que la legislación de evaluación de impacto prevé expresamente los mecanismos de resolución, de los cuales hay frecuentes e importantes ejemplos en los Boletines Oficiales. Así el Acuerdo de Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 6 de mayo de 1999 (BOCAM 24-5) por el que se resolvió la discrepancia entre las Consejerías de Medio Ambiente y Economía y Empleo en relación a la evaluación ambiental negativa de una cantera situada en una Zona de Especial Protección para las Aves.

22 de enero, se inicia cuando la persona física o jurídica, pública o privada, que pretende realizar un proyecto sometido a evaluación de impacto comunica esa intención al órgano ambiental competente acompañando una memoria-resumen del proyecto o actividad y comunicándolo igualmente al órgano sustantivo⁷.

El órgano ambiental realiza una fase preliminar de consultas con las personas, instituciones y Administraciones previsiblemente afectadas por el proyecto⁸. A continuación se procederá a redactar el estudio de impacto ambiental por el titular del proyecto, con el fin de determinar los efectos que el mismo puede provocar en el medio ambiente.

El procedimiento de evaluación de impacto busca asegurar una plena participación ciudadana habida cuenta de la naturaleza colectiva del derecho al medio ambiente por lo cual el estudio de impacto así como los documentos técnicos del proyecto son sometidos a un trámite de información pública por el plazo que establezca la normativa sectorial, la autonómica y, en su defecto, 30 días.

El estudio, junto con el resultado de la información pública (alegaciones de los particulares y observaciones del promotor), se remite a la autoridad ambiental para que ésta formule la declaración de impacto ambiental, determinando, a los efectos ambientales, la conveniencia o no de realizar el proyecto y, en su caso, establecerá las condiciones en que debe realizarse (Art. 18 Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental aprobado por Real Decreto 1131/88, de 30 de septiembre).

Si existe discrepancia sobre la realización o autorización del proyecto entre el órgano sustantivo o el órgano ambiental, bien sobre la conveniencia de ejecutar el proyecto o sobre los condicionantes impuestos, resolverá el Consejo de Ministros o el órgano competente de la Comunidad Autónoma (Art. 4.2 Real Decreto Legislativo 1302/86, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental y 20 del Reglamento).

En cuanto a la publicidad los Arts. 4.3 del Real Decreto Legislativo y 22 del Reglamento establecen que la Declaración se hará pública

⁷ En la legislación de la Comunidad de Madrid la Ley 2/2002 establece en su Art. 26 que el proyecto se presentará directamente ante el órgano sustantivo que lo remitirá al ambiental en quince días.

⁸ La transposición de la Directiva 2003/35 dictada en aplicación del Convenio de Aarhus ha supuesto englobar en estas consultas tempranas a lo que la Directiva denomina «público interesado» dentro del cual se incluyen a las organizaciones no gubernamentales de carácter medioambiental. Así el Art.10.2 de la Ley 9/2006 y los Arts. 2.2 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

en todo caso mediante su publicación en el correspondiente Boletín Oficial.

La Declaración de impacto tiene carácter vinculante para el órgano administrativo sustantivo salvo que se proceda de conformidad con lo previsto para los supuestos de discrepancias.

Debe destacarse que las condiciones impuestas en la declaración de impacto vinculan, al igual que las demás condiciones de la autorización, de tal forma que su incumplimiento permite a la Administración suspender la autorización e incluso proceder a su revocación, entendiendo que la misma sería una autorización condicionada, o bien proceder a la imposición de sanciones en el caso de proyectos privados.

En los proyectos públicos destaca el hecho de que la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2003 configure como un delito de prevaricación ex Art. 329 Código Penal el que la autoridad administrativa competente omita por inactividad dolosa la realización del preceptivo informe de impacto ambiental. Esta consideración penal permite asegurar una mayor diligencia administrativa en el cumplimiento de la normativa de evaluación de impacto que va más allá de la mera nulidad de pleno derecho del acto que apruebe el proyecto sin la preceptiva evaluación.

Por último, los Arts. 9 y 10 del Real Decreto Legislativo así como los Arts. 28 y 29 del Reglamento recogen la obligación, para el que ha comenzado a ejecutar un proyecto sin el preceptivo informe o bien ha falseado los datos para su realización o incumple las obligaciones impuestas, de restituir la realidad física y biológica a su estado anterior así como la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Queda por último determinar las consecuencias de la aprobación de una obra, proyecto, plan o programa sin la evaluación de impacto ambiental en los supuestos en los que la misma es preceptiva.

Pese al tratamiento restrictivo de las irregularidades invalidantes en el derecho administrativo, lo cierto es que la ausencia de un trámite esencial del procedimiento determina su nulidad al amparo del Art. 62.1.e) de la Ley 30/92, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, así sentencias de 13 de julio de 1987 y de 12 de febrero de 2001. Si la sentencia de 20 de marzo de 2001 del Tribunal Supremo establece que *«la declaración de impacto ambiental no es un requisito formal sin mayor trascendencia sino presupuesto de toda obra proyectada y ello porque el ambiente natural es un valor que los poderes públicos y no sólo los ciudadanos tienen el deber de respetar»*, ello permite entender que su omisión determinaría la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa.

Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2003 que confirma una sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de octubre de 1998 y, obiter dicta, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2006 al indicar que *«Sólo ante la ausencia del mencionado estudio, o ante una formulación de éste en términos tan vacíos e indeterminados que no pudieran ni siquiera ser suplidos a lo largo del procedimiento de evaluación de impacto, sería posible plantear si tales defectos determinarían, en su caso, la nulidad de la declaración final. Por el contrario, la mera omisión de algún dato (o incluso de alguna parte reglamentariamente exigible cuya ausencia pudiera ser suplida por otras) no tendrá dicho carácter invalidante. No es otro el criterio sentado en la sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 2000 (recurso 18/1993) a tenor de la cual la falta del programa de vigilancia ambiental «constituye un mero defecto de forma del estudio de impacto ambiental, defecto que no puede ocasionar su invalidez, dado que sí contiene 'las medidas previstas para reducir, eliminar o comparar los efectos ambientales negativos significativos', completadas con las que más tarde puso de manifiesto la Agencia del Medio Ambiente, lo que constituye en verdad la esencia del estudio de impacto ambiental, constituyendo el programa un apartado accesorio de lo principal»*.

Pese a ello sentencias como las de 9 de abril de 1999 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Baleares o la de 12 de mayo de 1999 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, consideran que ello únicamente supondría la anulabilidad conforme el Art. 63 Ley 30/92.

En el caso de los planes y programas con naturaleza normativa, como es el caso paradigmático de los planes urbanísticos, así sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1986, 20 de mayo de 1999, 9 de febrero de 2000 y 9 de julio de 2003 o STC 59/86 de 13 de mayo, su nulidad de pleno derecho vendría determinada preceptivamente por lo dispuesto en el Art. 62.2. Ley 30/92, si bien, a los efectos de su declaración, deberá tenerse presente la jurisprudencia que limita la alegación de los defectos formales en la elaboración de normas reglamentarias a lo que es el recurso contencioso administrativo directo, así sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2002, 10 de febrero de 2003 y 15 de marzo de 2006.

2. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

Como todo acto de la Administración (Art. 106 CE) la declaración de impacto esta sujeta al obligado control jurisdiccional, pero dicho

control no es independiente sino, dada su naturaleza de acto de trámite, conjunto con el de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo.

Esta naturaleza de acto de trámite⁹ resulta tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, STC 13/98, de 22 de enero, como de la del Tribunal Supremo, especialmente desde la sentencia de 17 de noviembre de 1998. Así sentencias de 13 y 25 de noviembre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 24 de noviembre de 2003 o la de 13 de octubre de 2003.

Sin embargo la doctrina se ha mostrado más partidaria de admitir la impugnación directa de las evaluaciones de impacto ambiental. Así podemos citar a Ángel Manuel Moreno Molina quien defiende una postura contraria a esa línea jurisprudencial entendiendo que la evaluación de impacto no es un acto de trámite sino un procedimiento administrativo perfecto y entero en sí mismo y, aun considerando que fuese un acto de trámite, sería impugnabile conforme los Arts. 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y 107 de la Ley 30/92.

En idéntico sentido y citando también como argumento a favor de su impugnabilidad el hecho de que las evaluaciones hayan de ser publicadas se pronuncia Iñigo Sanz Rubiales¹⁰.

La jurisprudencia en general se mantiene en la línea de considerar la evaluación de impacto como acto de trámite, si bien podemos observar que el debate no se encuentra totalmente zanjado.

Ya de entrada conviene recordar que en la STC 13/98 hubo un voto particular de cinco magistrados del que se infería la posibilidad de impugnación autónoma.

En las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2003 y 21 de enero de 2004, si bien se declara la inimpugnabilidad autónoma de la evaluación de impacto, se emiten sendos votos particulares por el Magistrado. D. Jesús Ernesto Peces Morate, el cual considera que la evaluación de impacto tiene un carácter definitivo en el aspecto medioambiental lo que permite su impugnación autónoma. Entiende este Magistrado que, si el órgano sustantivo no puede apartarse de lo dispuesto en la evaluación de impacto sino tan sólo plantear su discrepancia ante el órgano competente, a lo que se suma el que el órgano

⁹ Andrés Bentancor Rodríguez, Juan Rosa Montero, Ángel Manuel Moreno Molina. «Debate: ¿es impugnabile separadamente la declaración de impacto ambiental? (debate a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, de 17 de noviembre de 1998).» Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental, 1999, nº 2, Febrero, Págs. 62-72.

¹⁰ Iñigo Sanz Rubiales, «La evaluación ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico», Revista Jurídica de Castilla y León, nº 9 Mayo 2006, Págs. 209-218.

no ambiental tenga competencias de vigilancia y control para asegurar el respeto de la declaración de impacto, ello implica el que esa declaración tiene un carácter definitivo resolviendo el fondo del asunto en cuanto a la tutela preventiva medioambiental y, por tanto, debe ser susceptible de recurso tanto en vía administrativa como contenciosa.

Iguales pronunciamientos de inadmisibilidad en la impugnación autónoma de declaraciones de impacto se encuentran en las sentencias de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2005 y 29 de marzo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de julio de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de septiembre de 2005 o del Tribunal Superior de Murcia de 22 de noviembre de 2002.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 16 de diciembre de 2005 recuerda que, si bien el Art.38 de la Ley autonómica 11/1990, de Prevención del Impacto ecológico disponía que «1. La Declaración de Impacto Ecológico como acto definitivo del procedimiento de Evaluación de Impacto Ecológico es susceptible de recurso en los términos previstos en las Leyes reguladoras de Procedimiento Administrativo y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», dicho precepto fue derogado por la Ley autonómica 4/2001, de 6 de julio, por lo que la Sala concluye que, al eliminarse la particularidad del derecho autonómico, debe aplicarse la doctrina jurisprudencial en cuanto a la inadmisibilidad del recurso.

Por el contrario el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha mantenido posiciones contrarias a las anteriores. En la sentencia de 29 de abril de 2002 de la Sala de Granada considera que es posible la impugnación autónoma de la declaración de impacto cuando el órgano sustantivo carece de la posibilidad de impugnar la decisión de la discrepancia puesto que es él quien ha de aprobar el acto definitivo. Así la sentencia señala que «Asimismo, dijimos que «no cabe olvidar — y ello resulta decisivo para resolver este recurso— que, en todo caso, la DIA, según se deduce del artículo 19.3 de la repetida Ley 7/1994, no adquirirá el carácter de acto de trámite recurrible hasta que sea definitivo en vía administrativa, es decir, hasta que, una vez mostrada la discrepancia por el órgano con competencia sustantiva respecto del pronunciamiento hecho por el órgano autonómico competente en materia de Evaluación del Impacto Ambiental, dicha discrepancia no sea resuelta por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía», pues... «De admitir lo contrario nos encontraríamos con la incompatible situación derivada de ver sometida al control jurisdiccional una cuestión no zanjada entre los órganos administrativos contendientes, por ser suscepti-

bles de modificación en el sentido pretendido por el órgano discrepante, a través de lo que definitivamente resuelva otro órgano administrativo superior, expresamente designado en la normativa aplicable».

Aunque entonces no se dijo, debemos añadir que la razón que puede justificar la recurribilidad separada de la DIA en ese caso, siquiera sea con el carácter de excepción a la regla general, no es otra que la imposibilidad de que la misma pueda articularse frente al acto de aprobación definitiva del instrumento de planeamiento, pues si el mismo debe ser dictado por el propio Ayuntamiento (al ostentar la competencia sustantiva para ello, aunque sea por delegación del órgano de la Comunidad Autónoma Andaluza, conforme a lo dispuesto en el artículo 22, en relación con el artículo 12.10º, del Decreto 77/1994, de 5 de abril, sobre ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en la materia) carecería de la necesaria legitimación para alzarse contra su acto aprobatorio, impidiéndosele el ejercicio de su derecho a interponer el oportuno recurso jurisdiccional contra la decisión de la discrepancia resuelta por el Consejo de Gobierno, en el caso de que no hubiera prosperado la tesis defendida por aquél al plantearla.»

Todavía más lejos llega la sentencia de 7 de marzo de 2006 de la Sala de Sevilla que, a propósito de una evaluación ambiental estratégica, concluye en cuanto a su impugnabilidad que «Ciertamente, antes de la Ley 29/98 y reforma de la Ley 30/92, por la Ley 4/99, era posible la polémica doctrinal sobre la impugnación separada de una Declaración de Impacto Ambiental, polémica que tuvo reflejo en pronunciamientos judiciales vacilantes; tras las expresadas leyes, en concreto artículo 25 de la Ley 29/98, y el artículo 107.2 de la Ley 30/92, según reforma de la Ley 4/99, **no hay duda de que la Declaración de Impacto Ambiental, por sus características, su finalidad y su indudable sustantividad material, aún cuando formalmente se contemple como acto de trámite del procedimiento de elaboración y aprobación de los instrumentos de planeamiento o sus modificaciones, ha de entenderse que es susceptible de impugnación directa por decidir directa o indirectamente sobre el fondo del asunto o por causar perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos. De suerte que la jurisprudencia que se pronunciaba decidida y contundentemente sobre la imposibilidad de recurso separado contra la Declaración de Impacto Ambiental, parece ser reconsiderada, sobre todo porque cuando se produzca la transposición de la Directiva citada, parece obligado reconocer esta posibilidad de recurso separado de las Declaraciones de Impacto Ambiental** ¹¹.

¹¹ Como se verá la Ley 9/2006 no ha recogido los criterios de la Sala de Sevilla.

En nuestro caso la regulación de la EIA se contiene en la Ley 7/94 en relación con el Decreto 292/95. Como se observa, se recurre la aprobación definitiva de la Modificación del PGOU, aprobación que corresponde a una Consejería, a un órgano distinto del que formuló la Declaración de Impacto Ambiental, que necesariamente debe incorporarse a la aprobación, pero que mantiene una sustantividad e independencia que se manifiesta; por la separación entre los órganos competentes para formular la Declaración de Impacto Ambiental y para la aprobación de la Modificación, la finalidad del procedimiento para la Declaración de Impacto Ambiental en el procedimiento de elaboración y aprobación de la Modificación del planeamiento; aún cuando el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental en última instancia termine por integrarse en el procedimiento de Modificación del planeamiento, el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental tiene por finalidad el alcanzar la Declaración de Impacto Ambiental, debiéndose además señalar que no se establece un mecanismo de subordinación supeditando la Declaración de Impacto Ambiental al procedimiento de elaboración y por tanto correspondiendo la última decisión al órgano con competencia sustantiva, sino que lo que se establece, dentro de un plano de igualdad, aún insertando la Declaración de Impacto Ambiental en el procedimiento de elaboración y aprobación de los planes, es el mecanismo de coordinación entre órganos de la misma Administración, de suerte que la discrepancia viene a resolverla, no el órgano con la competencia sustantiva, sino, artº 26, el órgano jerárquicamente superior, el Consejo de Gobierno. **Si desde el punto de vista material, el órgano con competencia sustantiva para la aprobación de la Modificación del planeamiento, ninguna competencia tiene otorgada para revisar, modificar o simplemente no aceptar la Declaración de Impacto Ambiental, si todo lo más que se le autoriza es a plantear la discrepancia ante el Consejo de Gobierno, resultando patente la sustantividad e independencia de la Declaración de Impacto Ambiental, aún cuando la misma resulte necesaria y vinculante, cuyo contenido deberá incorporarse a las determinaciones del planeamiento»; a nuestro entender desde el punto de vista material la Declaración de Impacto Ambiental, procedente de la Consejería de Medio Ambiente, ni siquiera de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, posee sustantividad propia, distinta y diferenciada de la urbanística, en base a normas estrictamente medioambientales y en el ejercicio de la competencia medioambiental, que como se ha visto resulta distinta a la materia urbanística, tanto por su finalidad como por su indudable sustantividad material, aún cuando formalmente se contemple como acto de trámite del procedimiento de elaboración y aprobación de los instrumentos de planeamiento o sus modifi-**

caciones; al punto que consideramos, a pesar de la doctrina jurisprudencial, que ya hemos indicado evoluciona hacia postura de considerar posible la impugnación separada e independiente de la DÍA respecto del instrumento urbanístico del que es trámite, que es posible la impugnación separada de la DÍA en tanto que es posible reconocer sin esfuerzo alguno que puede decidir directa o indirectamente sobre el fondo de asunto o puede causar perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos; en cuyo caso resultaría de todo punto evidente que no existe acción pública reconocida legalmente.»

Frente a estas tesis el Tribunal Superior de Justicia de Madrid mantiene una posición en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo como ponen de manifiesto sentencias como la de 13 de enero de 2005 que rechaza expresamente el que se pueda considerar un acto de trámite cualificado y la 2 de febrero de 2006.

A nuestro juicio la discusión es un tanto inútil por cuanto el Art. 106 CE establece el control jurisdiccional de la actuación de la Administración pero para que ese control exista y el derecho a la tutela judicial efectiva del Art. 24 CE se vean garantizados basta con que los tribunales tengan acceso al control de la evaluación de impacto a través de la resolución final de la Administración. Lo contrario podría dar lugar a que todos los informes que se evacuan en el seno de un procedimiento fueran objeto de recurso independiente generando una serie de procedimientos judiciales que, sin ganar nada en cuanto al control jurisdiccional de la Administración, sí entorpecerían gravemente la efectividad de la actuación de ésta, Art. 103 CE.

Esta situación no se ha visto alterada ni por la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, ni tampoco por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente incorporando las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE¹². Dicha Ley recoge los tres pilares del Convenio de Aarhus: el acceso a la información medioambiental, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En lo relativo al acceso a la justicia, si bien el Convenio de Aarhus y el Art. 1 de la Ley admiten el derecho a interponer recurso contra los actos y omisiones imputables a cualquiera de las Administraciones Públicas que supongan vulneraciones de la normativa medioambiental, el Art. 20 de la Ley remite esa posibilidad a lo dispuesto en la Ley 30/92 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de tal forma que se desprende claramente

¹² Dichas Directivas incorporan a su vez el Convenio de Aarhus de 25 de junio de 1998.

te que el legislador no ha considerado oportuno ampliar el objeto de los recursos administrativos y contencioso administrativos.

3. LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LOS PLANES Y PROGRAMAS

Las Directivas indicadas se limitaban a la evaluación ambiental de proyectos pero no a los planes, sin perjuicio de que, si la ejecución de éstos conllevaba la realización de proyectos sometidos a evaluación ambiental, ésta debiera realizarse, con lo cual se podían producir disfunciones entre los resultados de esa evaluación ambiental y la planificación previa.

Por ello la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001¹³, relativa a la evaluación de determinados planes y programas en el medio ambiente, introduce la denominada evaluación ambiental estratégica. Esta denominación pone de manifiesto que su objeto va más allá del mero análisis de una actuación concreta sino que trata de analizar las consecuencias medioambientales de las políticas públicas que se plasman en instrumentos de planificación. Como señala la STC 13/98, de 22 de enero, la evaluación ambiental estratégica se refiere «al escalón superior de la planificación y programación».

Esta evaluación tiene por objeto examinar las repercusiones medioambientales de determinados planes y programas cuya elaboración o adopción corresponda a una autoridad nacional, regional o local mediante un procedimiento administrativo o por acto del legislativo.

Tal y como señala el preámbulo de la Directiva la misma se enmarca dentro de los objetivos del Quinto Programa de acción en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, en el Convenio sobre la diversidad biológica y en el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, hecho en Espoo el 25 de febrero de 1991.

La Directiva define los planes y programas como aquellos cuya elaboración, adopción o ambas, incumban a una autoridad nacional, regional o local o que estén siendo elaborados por una autoridad para su adopción, mediante un procedimiento legislativo por un parlamento o un gobierno y que sean exigidos por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas.

¹³ DOCE 21-7-2001

Se distinguen una serie de planes y programas que, en todo caso, deben ser sometidos a evaluación —Art. 3.2 de la Directiva— entre los que se encuentran los referidos a «la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo y que establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos I y II de la Directiva 85/337/CEE».

No obstante, si se trata de programas que establezcan el uso de pequeñas zonas a nivel local y la introducción de modificaciones menores en planes y programas, corresponde a los Estados miembros decidir si tienen efectos significativos en el medio ambiente y por tanto han de ser sometidos a evaluación ambiental.

Esta determinación, de aplicación igualmente a planes y programas para los que no se prevea obligatoriamente la evaluación ambiental, deberá aplicarse con arreglo a los criterios establecidos en el anexo II de la Directiva.

Únicamente se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva los planes y programas referidos a la defensa y casos de emergencia civil, los de tipo financiero o presupuestario y los cofinanciados con los fondos estructurales y el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola cuyos periodos de programación estaban vigentes en el momento de publicación de la Directiva.

El procedimiento de evaluación ambiental que contempla la Directiva está directamente inspirado, como es lógico, en la evaluación ambiental de obras y proyectos. Así comienza con la elaboración de un informe medioambiental en el que se identificaran, describirán y evaluarán los probables efectos significativos en el medio ambiente de la aplicación del plan o programa así como las alternativas razonables.

El Anexo I recoge lo que serían unas líneas generales del contenido del estudio de impacto ambiental, el cual debe contener:

- a) Un resumen del contenido y objetivos del plan así como sus relaciones con otros planes y programas.
- b) Los aspectos más relevantes de la situación actual del medio ambiente y su evolución en caso de ausencia del plan.
- c) Las características medioambientales de la zona.
- d) Los problemas medioambientales que puedan existir.
- e) Los objetivos de protección medioambiental.
- f) Los posibles efectos en el medio ambiente, a determinar con los criterios que establece el Anexo II de la Directiva.
- g) Las medidas correctoras.
- h) Un resumen de cómo se realizó la evaluación y una justificación de las alternativas planteadas.

- i) Una descripción de las medidas previstas para la supervisión.
- j) Un resumen no técnico de la información facilitada.

Para la realización de este estudio se consultará a las autoridades ambientales que designen los Estados miembros y el proyecto de plan o programa se pondrá a disposición de esas autoridades y del público.

La Directiva contempla expresamente las consultas transfronterizas en el caso de planes y programas que puedan afectar a otros Estados miembros.

A la hora de aprobar el plan o programa se tendrán en cuenta tanto el informe medioambiental como el resultado de las consultas internas y transfronterizas.

Una vez aprobado el plan o programa se informará a las autoridades medioambientales poniéndolo a disposición de las mismas así como presentando una declaración que resuma cómo se han integrado en el plan o programa los aspectos medioambientales y cómo se han tenido en cuenta las observaciones contenidas en el estudio medioambiental. Se informará igualmente de las medidas adoptadas para la supervisión con la finalidad de detectar los efectos adversos no previstos y llevar a cabo las medidas de reparación necesarias.

La directiva establecía como fecha límite de transposición el 21 de julio de 2004, fecha que fue incumplida por el Reino de España, si bien diferentes Comunidades Autónomas procedieron a regular la evaluación ambiental estratégica en su normativa medioambiental¹⁴.

La no transposición en plazo y la ambigüedad que preside la regulación de los proyectos sometidos a evaluación ambiental planteó problemas en diversos supuestos de planes que parecía que debían ser sometidos a evaluación ambiental conforme la normativa de obras y proyectos.

El principal problema se planteó con ocasión de lo establecido en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/89, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres al establecer que «Se amplía la lista de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental contenida en el anexo 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con la inclusión en la misma de las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la nación y, en todo caso,

¹⁴ Un análisis de esta normativa autonómica se puede encontrar en: Diego Vigil de Quiñones Otero, Inmaculada Hernández Sánchez, Isabel Otero Pastor, Miguel Ángel Casermeiro Martínez. «La evaluación de Impacto Ambiental en los instrumentos de ordenación del territorio y planeamiento urbanístico». Revista de Derecho Urbanístico, nº 211, Julio-Agosto 2004, Págs. 149-191.

cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas.»

Dicha Disposición trae causa de lo establecido en la Directiva 85/337 y fue declarada constitucional a los efectos de distribución de competencias por la STC 102/1995, de 26 de junio.

El problema que ha planteado dicha Disposición estriba en si una previsión de la Directiva sobre evaluación de obras y proyectos ha de ser aplicada a los instrumentos de planeamiento urbanísticos en los que concurren dichos requisitos¹⁵.

Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de octubre de 2003 y 3 de marzo de 2004 señalando esta última que «Centrémonos, pues, en la otra cuestión, a saber, si esa Disposición Adicional 2ª es o no aplicable a la aprobación de Planes que dispongan transformación del uso del suelo. (En el presente caso, la modificación del Plan cambia la clasificación del suelo, que pasa a ser de no urbanizable a urbanizable —no programado—, y ello constituye sin duda una transformación de su uso; según datos no discutidos la modificación posibilita la construcción de 4.400 hectáreas y 3.000 plazas hoteleras).

Así planteado el problema, ninguna duda cabe de la respuesta afirmativa. **Es la aprobación del Plan la que hace posible el cambio de uso del suelo y, por ello, es en ese procedimiento donde se ha de evaluar el impacto ambiental; no sería lógico posponer ese estudio a otro momento posterior (v.g. aprobación del Programa de Actuación, o del Plan Parcial, o del Proyecto de Urbanización), cuando restan sólo actuaciones de ejecución del Plan General, con el riesgo de que o bien por razones medio ambientales apreciadas posteriormente el Plan no pueda ser ejecutado o bien se devalúen o minimicen las razones medioambientales para no dejar inoperante al Plan. La primera actuación administrativa que cambia el uso del suelo es el Plan General y él es quien modifica drásticamente su régimen jurídico. En consecuencia, incluso antes de la aprobación inicial, tan pronto como estén claras las líneas generales del avance o proyecto del Plan, el mismo debe someterse a una evaluación de impacto ambiental, pues sólo así la Administración planificadora (en la aprobación inicial) y los ciudadanos en general (en la información pública) podrán tener la suficiente ilustración sobre las consecuencias de las transformaciones anunciadas en el medio ambiente.»**

¹⁵ Un análisis de esta cuestión se encuentra en: Jorge Agudo González, «Incidencia de la protección del medio ambiente en los usos del suelo», Bosch, Barcelona, 2004, Págs. 280 y ss.

Esta tesis jurisprudencial ha sido criticada con razón por Jorge Agudo González¹⁶ en cuanto supone desvirtuar el modelo del derecho comunitario por el cual se distingue entre la evaluación ambiental estratégica y la evaluación de obras y proyectos referida ésta última a «la realización de obras e instalaciones» tal y como recogía expresamente la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2002.

Sin embargo esta Jurisprudencia ha sido recogida por algunas sentencias como las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2002, 27 de junio de 2003, 30 de noviembre de 2004 y 1 de diciembre de 2004, en las cuales, no obstante, subyace la distinción de lo que es una evaluación ambiental de proyectos y una evaluación de planes, si bien ceden ante la dicción literal de la D.A. 2ª de la Ley 4/89 y su interpretación por el Tribunal Supremo.

En la sentencia de dicha Sala de 5 de abril de 2006, a propósito de la modificación puntual del PGOU de Madrid relativa a la ciudad deportiva del Real Madrid se recoge expresamente que «...es en la fase de ejecución del planeamiento o de proyectos de obras, en las que se incardinaría la necesidad de la evaluación de impacto ambiental y no en la de planeamiento, ya que éste en sí mismo no comporta eliminación de cubierta vegetal, arbustiva o arbórea o intervención directa sobre el medio físico, a lo que se ha de añadir que el objeto del recurso tampoco se puede incluir entre los proyectos y obras que, conforme el Anexo II de la Ley 10/91, deben someterse a tal procedimiento de evaluación, como tampoco se incluye entre los proyectos o actividades relacionadas en el Anexo I del Real Decreto Legislativo 1302/1986.»

Una solución razonable es la adoptada en la legislación andaluza en la cual la Ley 7/1994, de protección ambiental de Andalucía, al recoger el sometimiento a evaluación ambiental de las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación o de la Comunidad Autónoma, y especialmente cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 ha, añade «salvo si las mismas están previstas en el planeamiento urbanístico que haya sido sometido a Evaluación de Impacto Ambiental de acuerdo con lo previsto en la Ley 7/1994, de Protección Ambiental de Andalucía.»

La distinción entre los conceptos de «obra y proyectos» y «planes y programas» es clara, no sólo desde el punto de vista del derecho derivado comunitario, sino igualmente en la propia jurisprudencia espa-

¹⁶ Op. Cit. Págs. 287-290.

ñola; así la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de noviembre de 2003 afirma que «*En el plano comunitario, la Directiva 85/335/CEE se refiere a la evaluación de «proyectos», entendiéndose por tales la realización de obras (artículo 1 de la Directiva), de suerte que cada obra constituye un proyecto individualizado con sustantividad propia. Esa concepción del «proyecto» contrasta con la más amplia de planes y programas, que no están incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, sino que han sido objeto de reciente regulación comunitaria por otra Directiva, la Directiva 2001/42/CE del Parlamento y del Consejo de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente. Los propios Anexos de la Directiva 85/337/CEE muestran que los proyectos que allí se relacionan son proyectos concretos y específicos.»*»

Igualmente lo ha entendido así la propia Comisión Europea en el documento «*Aplicación de la Directiva 2001/42 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente*» elaborado por la Dirección General de Medio Ambiente.

Dicho documento al analizar el Art. 3.2 de la Directiva recuerda que la expresión «*establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos*» es clave para la interpretación de la Directiva en cuanto muestra el carácter más amplio de la evaluación ambiental estratégica y su diferente ámbito de aplicación respecto a la Directiva 85/337.

De ahí que la Directiva 2001/42 se refiera expresamente a su relación con otros actos legislativos comunitarios. Así el Art.11 establece que la evaluación ambiental de planes y programas se entenderá sin perjuicio de los requisitos de la Directiva 85/337 ni de cualquier otra norma comunitaria. Ello plantea el problema de la posible duplicidad de evaluaciones ambientales, entendiéndose el documento de la Comisión que, si un plan o programa contiene a su vez proyectos a los que sea de aplicación la Directiva 85/337, la aplicación ha de ser acumulativa.

Ello plantea diversos problemas que van desde la sobrecarga de trabajo en las unidades administrativas que realizan las evaluaciones de impacto hasta la posibilidad de resultados contradictorios entre las distintas evaluaciones. Por ello convendría articular en el derecho nacional mecanismos de coordinación entre ambos procedimientos de evaluación ambiental que evitasen duplicidades y permitiesen garantizar una tutela preventiva medioambiental sin incurrir en múltiples procedimientos de evaluación ambiental.

4. SU TRANSPOSICIÓN EN LA COMUNIDAD DE MADRID. LA EXPERIENCIA DE LA LEY 2/2002, DE 19 DE JUNIO, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

La Comunidad de Madrid se adelantó al Estado a la hora de aplicar la Directiva de Evaluación Ambiental Estratégica con motivo de la sustitución de la primera Ley de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid, la Ley 10/91, de 4 de abril, para la protección del medio ambiente, por la Ley 2/2002, de 19 de junio, de evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid.

La normativa de la Comunidad de Madrid se basó en la posibilidad de las Comunidades Autónomas para dictar normativa propia en los supuestos en los que no se ha dictado la normativa básica estatal reconocida por las SSTC 32/81 y 1/82, así como en la competencia autonómica para transponer normas comunitarias si la materia entra dentro de las asumidas estatutariamente, puesto que el derecho comunitario no supone alteración alguna del sistema de distribución de competencias interno de cada estado, como ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias como las de 11 de febrero de 1971 Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor GMBH, 16 de diciembre de 1971 International Fruit Company y de 13 de junio de 2002 Comisión c. Reino de España así como nuestro Tribunal Constitucional en las sentencias 252/88, 115/91, 112/95, 148/98 y 96/2002, entre otras.

Lo cierto es que, anticipándose a la Ley 2/2002, la vigente Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (Ley 9/2001, de 17 de julio) ya preveía el sometimiento a evaluación ambiental del planeamiento general en los Arts. 43 (Planes Generales) y 46 (Planes de Sectorización) recogiendo su imbricación en el proceso de aprobación de los planes señalando en el Art. 56 al establecer que el documento de Avance será sometido a informe previo de análisis ambiental en un plazo de tres meses y en la aprobación provisional, una vez realizada la información pública se emitirá en un plazo de dos meses el informe definitivo medioambiental —Art. 57—.

La Exposición de Motivos de la Ley 9/2001 justifica esta introducción indicando que «*El Plan General armoniza dos derechos constitucionales como son la ordenación urbanística, entendida como desarrollo económico y social, y la protección del medio ambiente. El Plan General deviene instrumento jurídico de protección del medio ambiente, siguiendo los criterios más recientes de la directiva europea en relación con la materia y de la Consejería de Medio Ambiente, exigiéndose en el documento de Avance del Plan un «Informe previo de Análisis Ambiental» y*

una vez superados los trámites de aprobación inicial y de información pública, un «Informe definitivo de Análisis Ambiental», previo a la aprobación provisional por el Pleno del Ayuntamiento del Plan General, que así aprobado será remitido a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes para el trámite de su aprobación definitiva.»

Lógicamente la Ley 2/2002 recogió la remisión normativa que hacía la ley urbanística y procedió a regular la evaluación ambiental de los planes y programas (no sólo el planeamiento urbanístico sino ya todos los contemplados en el Anexo I de la Ley).

La Ley 2/2002 parte de la definición de los planes y programas (Art. 2) como el «conjunto de documentos elaborados por las administraciones públicas que establecen un marco para posteriores decisiones de autorización, fijando fines y objetivos y determinando prioridades de la acción pública, de forma que posibilite la armonización de las decisiones referidas al espacio económico y la protección del medio ambiente.»

La Ley regula un procedimiento específico de análisis ambiental de los planes y programas contenidos en el Anexo I o cuya evaluación se decida por el Gobierno en función de la concurrencia en los mismos de circunstancias extraordinarias —Art. 6— si bien se regula igualmente la posible exención en el Art. 7. Dicho procedimiento se contempla en el Título II de la Ley —Arts. 12-21—.

El Art. 12 presenta una cierta antinomia con el Art. 3 ya que el primero únicamente somete a evaluación ambiental los planes o programas de la Administración Autonómica o local en tanto que el segundo incluye los aprobados por la Administración del Estado salvo que su evaluación resulte obligada por la legislación básica estatal.

El procedimiento comienza con la remisión por el promotor del plan o programa al órgano ambiental de la Comunidad de Madrid (en la actualidad la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio) de la documentación integrante del plan o programa (la cual dependerá de la normativa sectorial aplicable a dicho plan o programa) que va a ser objeto de aprobación incluyendo un estudio de la incidencia ambiental del mismo, el cual se elabora por el órgano promotor.

Dicho Estudio tiene por objeto identificar, describir y evaluar los posibles efectos del plan o programa en el medio ambiente y las alternativas que se planteen evaluadas con criterios de sostenibilidad ambiental. Se deberá aportar información sobre los siguientes aspectos (Art. 16):

- a) Contenido y objetivos del plan o programa y su relación con otros planes o programas.

- b) Descripción de la «alternativa cero». Esto es, la alternativa que comprende la situación actual del medio ambiente y su evolución en caso de no ejecutarse el plan o programa —Art. 2 j) —
- c) Criterios de la selección de las alternativas contempladas y descripción de la manera en que se evaluaron, incluyendo las dificultades que pudieran haberse encontrado a la hora de recabar la información requerida.
- d) Descripción de la alternativa seleccionada y de las demás alternativas consideradas para alcanzar los objetivos del plan o programa y los motivos por los cuales han sido rechazadas.
- e) Características ambientales de todas las zonas que puedan verse afectadas.
- f) Cualquier problema ambiental existente para el plan o programa, incluyendo, en particular, los problemas relacionados con cualquier área incluida en el Anexo Sexto de esta Ley.
- g) Objetivos de protección ambiental que estén establecidos tanto en el ámbito internacional, comunitario, estatal, autonómico o local y que guarden relación con el plan o programa y la manera en que tales objetivos y cualquier aspecto ambiental hayan sido tenidos en cuenta durante su elaboración.
- h) Análisis de los efectos, ya sean secundarios, acumulativos, sinérgicos, a corto, medio y largo plazo, permanentes o temporales, positivos o negativos, sobre el medio ambiente del plan o programa y metodología utilizada para el análisis, teniendo en cuenta aspectos como la biodiversidad, la población, la salud humana, la fauna, la flora, la tierra, el agua, el aire, los factores climáticos, los bienes materiales, el patrimonio cultural, el paisaje y la interrelación entre estos aspectos.
- i) Medidas previstas para prevenir, reducir y, en la medida de lo posible, compensar cualquier efecto negativo sobre el medio ambiente derivado de la aplicación del plan o programa. Se acompañarán de un conjunto de indicadores que permitan realizar un análisis de su grado de cumplimiento de tales medidas y de su efectividad.
- j) Medidas previstas para la supervisión, vigilancia e información al órgano ambiental de la ejecución de las distintas fases del plan y programación temporal de dichas medidas.
- k) Resumen en términos fácilmente comprensibles de la información facilitada en los epígrafes precedentes.

En todo caso, la información que se suministre debe tener el detalle suficiente para permitir una evaluación de la incidencia ambiental de las diferentes etapas que contemple el plan o programa.

Se establece que el promotor del plan o programa deberá consultar con el órgano ambiental la amplitud y grado de especificación de la información que debe contener el estudio (Art. 17) con lo cual se busca una colaboración entre las autoridades promotoras y las ambientales que, basándose en el Art. 6 de la Directiva, alcanza su mayor intensidad en la Ley básica estatal que analizaremos posteriormente.

Igualmente, en línea con el Art. 6 de la Directiva, se prevé un periodo de información pública por un plazo de treinta días si se realiza por el órgano ambiental o de quince si se realiza por el promotor (Art. 18). La información se realiza por el órgano ambiental si el promotor no la ha realizado previamente. Así, por ejemplo, el Art. 227.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, tal y como ha sido redactado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, establece que, en el contrato de concesión de obra pública, la información pública del estudio de viabilidad podrá servir para cumplimentar la concierne al estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo.

Para el supuesto en que el órgano ambiental considere que el informe ha de ser desfavorable o que se han de introducir medidas correctoras se dará traslado de la propuesta de informe al órgano promotor para que pueda realizar alegaciones en un plazo de diez días.

Por último el órgano ambiental¹⁷ emitirá el informe de análisis ambiental a la vista de los trámites anteriores remitiéndose tanto al órgano promotor como al sustantivo que ha de aprobar el plan o programa. Dicho informe determinará motivadamente la conveniencia o no de realizar el plan o programa y, en caso favorable, las condiciones necesarias para la protección del medio ambiente.

Asimismo establecerá los proyectos y actividades derivados del plan o programa que deban ser sometidos a un procedimiento ambiental así como los que requieran la adopción de medidas correctoras a los efectos medioambientales.

El plazo para emitir el informe es de cinco meses desde la solicitud de inicio por el órgano promotor y, una vez transcurrido dicho plazo sin resolución expresa, se entenderá que es desfavorable. El informe tiene un carácter preceptivo y vinculante sin perjuicio de lo establecido para la resolución de discrepancias.

La regulación concluye con el Art. 21 dedicado específicamente al planeamiento urbanístico recogiendo que el primer documento a

¹⁷ En la Comunidad de Madrid la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio —Art. 8 h) del Decreto 119/2004, de 29 de Julio, de estructura orgánica de la Consejería—

remitir al órgano ambiental será el que se vaya a someter a información pública en el procedimiento de aprobación del avance del planeamiento.

El artículo precisa el contenido del estudio de incidencia ambiental remitiéndose a la normativa sectorial ambiental de aplicación al planeamiento, en concreto lo relativo al saneamiento, depuración, evacuación de aguas pluviales, residuos y contaminación acústica. Ello supone una remisión específica a lo dispuesto en normas como el Decreto 170/98, de 1 de octubre, sobre gestión de las infraestructuras de saneamiento de aguas residuales de la Comunidad de Madrid, el Decreto 78/99, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica en la Comunidad de Madrid y la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de residuos de la Comunidad de Madrid.

Se analizarán y propondrán medidas para la protección del medio ambiente minimizando la contaminación lumínica e incidiendo, una vez más, en el análisis del agua como un factor medioambiental esencial se establece que se deberán incluir medidas para el ahorro efectivo y disminución del consumo del agua potable tratando de restringir su uso al abastecimiento para el consumo.

El informe previo deberá emitirse en el plazo de tres meses y, una vez aprobado inicialmente, deberá remitirse para la elaboración del informe definitivo de análisis ambiental en el plazo de dos meses.

La Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental ha establecido lo que sería el contenido mínimo del Estudio de incidencia ambiental conteniendo¹⁸:

Líneas Generales del planeamiento: así los objetivos del mismo y justificación de los usos, distribución de zonas verdes y tipología de éstas, demanda de creación de infraestructuras y servicios, etc.

Justificación del cumplimiento del Decreto 170/98 en cuanto al saneamiento de aguas residuales.

Justificación del cumplimiento del Decreto 78/98 en cuanto a la contaminación acústica.

Estudio de la contaminación atmosférica.

Estudio de la caracterización del suelo y, en su caso, de las aguas subterráneas.

Examen de las alternativas técnicamente viables: alternativa cero, infraestructuras, edificaciones, etc.

Descripción de aspectos ambientales relevantes: vegetación y usos del suelo, fauna, habitats, espacios naturales, suelos, paisaje, patrimonio cultural, vías pecuarias, etc.

¹⁸ VV.AA. (dirigidos por Luis Coscolluela Montaner), «Comentarios a la legislación ambiental de la Comunidad de Madrid», El Consultor-Ecoiuris, Madrid, 2003, Págs. 315 y ss.

Análisis de las repercusiones ambientales del planeamiento y metodología.

Por último se han de recoger medidas para prevenir, compensar, corregir y reducir las repercusiones ambientales negativas así como las medidas necesarias para la supervisión, vigilancia e información al órgano ambiental de la ejecución de las fases del plan y una programación temporal de las mismas.

5. EXAMEN DE ALGUNAS EVALUACIONES AMBIENTALES DE PLANES GENERALES DE ORDENACIÓN URBANA REALIZADAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Para analizar la aplicación práctica en la Comunidad de Madrid de la evaluación ambiental de planes y programas se han examinado cuatro evaluaciones ambientales de planes generales, en concreto, Valdemoro, Algete, Villar del Olmo y Brunete.

Podemos destacar como aspectos en los que más inciden dichas evaluaciones los siguientes:

5.1. Aguas

La protección de los recursos hídricos se realiza mediante la clasificación como suelo no urbanizable de protección por cauces y riberas o la consideración como espacio libre público de los márgenes de los arroyos con un ancho mínimo de cien metros a cada lado en cualquier caso. Se persigue asimismo que puedan funcionar como corredores ecológicos facilitando la conexión de todos los ámbitos de interés medioambiental fomentando, tanto su comunicación, como la diversidad y el movimiento de las especies animales, interconectando las cuencas con espacios protegidos tales como parques regionales.

Estos corredores ecológicos ya se preveían en las bases del Plan Regional de Estrategia Territorial de 1995.

Se establece, para la protección de los acuíferos, el riego de los parques y jardines mediante agua reciclada. Asimismo en los espacios libres se establece la prohibición de solados indiscriminados (los llamados parques duros) y se establecen límites de ocupación bajo rasante con la finalidad de permitir la recarga de los acuíferos. Con esa misma finalidad se establece la utilización de materiales porosos en aceras y paseos.

A estos efectos hay que sumar el informe que, tras la modificación del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 por la Ley 11/2005, de

22 de junio, deberá emitir la Confederación Hidrográfica en cuanto a la suficiencia de recursos hídricos.

En las evaluaciones se recuerda asimismo la necesidad de obtención de concesión administrativa para la utilización de aguas recicladas para riego (especialmente importante dada la profusión de planes que contemplan la creación de campos de golf utilizando este tipo de aguas para su riego).

En alguna evaluación se establece la necesidad de realizar la delimitación del dominio público hidráulico, las zonas de servidumbre y policía así como las zonas inundables para las avenidas extraordinarias aún cuando esto debería ser realizado por la Confederación Hidrográfica.

5.2. Saneamiento y depuración

Estrechamente vinculado con la protección de los recursos hidráulicos se establece la necesidad de incorporar al plan estudios de viabilidad de las alternativas de depuración en los nuevos desarrollos no cubiertos por las Estaciones Depuradoras de Aguas Residuales (EDAR) existentes, procurando que las redes de saneamiento de los nuevos desarrollos sean separativas conforme lo que establece el Plan Hidrológico del Tajo, salvo que se justifique debidamente.

Se establece también la necesidad de calcular los caudales de aguas residuales que se integraran al sistema integral de saneamiento tanto en la situación de inicio como a techo de planeamiento.

Se recuerda la necesidad de obtener el informe preceptivo y vinculante que establece el Decreto 170/98 sobre gestión de las infraestructuras de saneamiento de aguas residuales de la Comunidad de Madrid.

Se presta una especial atención a los posibles vertidos industriales exigiendo la correspondiente autorización en los supuestos del Art. 259.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

En este aspecto las evaluaciones de impacto se remiten al cumplimiento de las normas técnicas del Canal de Isabel II.

5.3. Infraestructuras

En este campo se establece como medida de protección del medio ambiente la creación de bandas de protección de un ancho variable no menor de cincuenta metros a cada lado que no se computaran como zonas verdes o de esparcimiento.

En el caso de las carreteras se establece la necesidad de establecer pantallas de protección mediante la plantación de especies autóctonas que mitiguen los ruidos, contaminación atmosférica e impacto visual.

En las infraestructuras eléctricas se estará a lo dispuesto en el Decreto 131/97, de 16 de octubre, por el que se fijan los requisitos que han de cumplir las actuaciones urbanísticas en relación con las infraestructuras eléctricas.

5.4. Contaminación

Se contempla la acústica en lo relativo al cumplimiento del Decreto 78/99 a efectos de los niveles de ruido buscando evitar incrementos de los mismos a raíz de la ejecución del plan, teniendo en cuenta las áreas de sensibilidad acústica que contempla dicho Decreto estableciendo que serán georeferenciadas. Se analiza el impacto acústico de las nuevas infraestructuras proponiendo medidas correctoras tales como cerramientos y retranqueos. No se analiza la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, por cuanto la misma precisa de un desarrollo reglamentario que todavía no se ha producido por lo que aún no se han elaborado los mapas de ruido previstos en la misma.

En lo referente a la contaminación atmosférica se establece la necesidad de realizar un estudio en función de las fuentes y los agentes contaminantes.

5.5. Calidad de los suelos

Se establece la necesidad de incluir en el informe definitivo un estudio sobre la generación y gestión de los residuos urbanos tal y como prevé el Art. 16 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Residuos de la Comunidad de Madrid.

Asimismo conforme establece el Art. 29 de dicha Ley se recuerda la necesidad de prever la obtención de terrenos para la disposición de, al menos, un punto limpio.

Cuando se prevean en el planeamiento cambios de uso de suelo industrial o pecuario se establece la necesidad de proceder a la descontaminación de los mismos así como a la realización de un estudio sobre la calidad del suelo.

5.6. Protección del medio natural

En materia de arbolado se recuerda la necesidad de proteger los árboles singulares conforme el Decreto 18/92, de 26 de marzo y se

establece la necesidad de georeferenciación del arbolado de las zonas en la que se prevé la creación de campos de golf. Para estos últimos se recuerda la necesidad de su sometimiento a evaluación ambiental y, para el caso que la misma no sea favorable, se propone sustituir la referencia en el plan a la creación de un campo de golf por la calificación genérica de uso deportivo extensivo¹⁹.

En cuanto a los terrenos forestales se establece la clasificación preceptiva como suelo no urbanizable de protección de los montes de régimen especial conforme el Art. 9 de la Ley 16/95, de 4 de mayo, forestal y de protección de la naturaleza y en el caso de los restantes terrenos forestales, éstos podrán ser objeto de clasificación como suelo no urbanizable de especial protección conforme el Art. 16.1 b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid si se considera necesaria su preservación. Si no se considera necesario ese mantenimiento se aplicará la regla del Art. 43 de la Ley 16/95, de tal forma que toda disminución de uso forestal deberá ser compensada mediante la reforestación de una superficie no inferior al doble de la ocupada. Si la disminución afecta a superficie arbolada con una fracción de cabida cubierta superior al 30 por ciento, la compensación será al menos del cuádruple de la ocupada.

Para la protección de parques regionales se utiliza también la técnica de bandas de protección, bandas que también se utilizan para evitar situaciones de conurbación.

Se establece la necesidad de clasificar como suelo no urbanizable de protección los lugares de interés comunitario (LIC).

Se protege especialmente el medio nocturno conforme el Art. 21 c) de la Ley 2/2002, de acuerdo con las medidas propuestas en la Guía para la reducción del resplandor luminoso nocturno y el Modelo de ordenanza municipal de alumbrado exterior para la protección del medio ambiente mediante la mejora de la eficacia energética redactadas por el Comité Español de Iluminación y el Instituto para la Diversificación y el Ahorro de Energía²⁰.

Se persigue asimismo el ahorro energético conforme el Plan de fomento de las energías renovables aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 1999.

¹⁹ Sobre la problemática urbanística y medioambiental de los campos de golf véase: Santiago González-Varas Ibáñez, «Retos y expectativas urbanísticas en el suelo no urbanizable. El «urbanismo autonómico». (Golf y Urbanismo)», Revista Jurídica de Castilla-León, nº 8, febrero 2006, Págs. 107-148.

²⁰ En diversas Comunidades Autónomas se ha legislado específicamente esta materia, así Ley 67/2001, de 31 de mayo, de ordenación ambiental del alumbrado para la protección del medio nocturno de Cataluña, la Ley 3/2005, de 20 de abril, de protección del medio nocturno de las Illes Balears, la Ley Foral 10/2005, de 9 de noviembre, de ordenación del alumbrado para la protección del medio nocturno y la Ley de Cantabria 6/2006, de 9 de junio, de prevención de la contaminación lumínica.

Al igual que en los cauces se contempla la utilización de las vías pecuarias como corredores ecológicos.

5.7. Normas Urbanísticas de los Planes Generales

La introducción de criterios medioambientales en las normas urbanísticas de los planes tiene una especial importancia por cuanto se trata del contenido más claramente normativo de los instrumentos de planeamiento y por tanto el que más incide en las conductas de los ciudadanos.

Así aparece en las mismas la introducción de controles medioambientales de las licencias y la exigencia de analizar el impacto visual de las antenas de telefonía²¹.

En cuanto a la utilización de materiales destaca la prohibición de la zahorra compactada en las vías que discurran por suelo no urbanizable de protección y en el suelo urbano la exigencia de utilización de materiales que permitan el drenaje. Se exige que dichas normas prohíban el tráfico rodado en las vías pecuarias.

Se establece que en materia de plantaciones se utilizarán especies diversas para mitigar así los efectos de las plagas. Se exige evitar la utilización del césped sustituyéndolo por xerófitas. Igualmente se recomienda la utilización de vegetación autóctona y la adopción de medidas de protección del arbolado.

Se deberán adoptar en dichas normas medidas para evitar la contaminación, así los centros de transformación eléctrica deberán ir enterrados y se deberán instalar purificadores en las chimeneas industriales, instalaciones colectivas de calefacción y salidas de humos y vahos de cocinas de colectividades, hoteles, restaurantes y cafeterías.

6. LA LEY 9/2006, DE 28 DE ABRIL, DE EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE DETERMINADOS PLANES Y PROGRAMAS EN EL MEDIO AMBIENTE

La Ley 9/2006 transpone al ordenamiento jurídico español lo establecido en la Directiva 2001/42/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de determi-

²¹ Ello sin perjuicio de la necesidad de obtención de licencia para la instalación de dichas antenas, sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2004 y 9 de febrero de 2005 así como de su sometimiento a la evaluación ambiental de actividades Anexo 5º apartado 16 en relación con los Arts. 41 y ss de la Ley 2/2002.

nados planes y programas en el medio ambiente, cuyo plazo de transposición expiró el 21 de julio de 2004, sin que el Reino de España hubiera adaptado su derecho nacional a la Directiva, lo cual motivó la apertura de un procedimiento de infracción por la Comisión Europea.

La Disposición Final 3ª de la Ley 9/2006 establece la justificación competencial de la misma al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.23ª CE (legislación básica sobre protección del medio ambiente sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección) con la excepción de lo dispuesto en el Título III, Disposiciones Adicionales 2ª apartado 2º, 6ª y 7ª y la Disposición Final 4ª apartado 3º que se aplicarán exclusivamente a la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Cumple así la ley la exigencia del Tribunal Constitucional relativa al carácter formal de la normativa básica en cuanto la misma ha de recogerse en una norma habitualmente de rango legal, STC 1/82, y sólo excepcionalmente en normas reglamentarias, actos o potestades SsTC 48/88, 69/88, 80/88, 132/92 y 179/92 si bien, en todo caso, la ley debe declarar expresamente ese carácter básico o, cuando menos, ha de venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica (SsTC 69/1988, 80/1988, 13/1989 y 179/1992).

La ley establece que serán objeto de evaluación ambiental los planes que puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente y que cumplan dos requisitos: 1º Que se elaboren o aprueben por una Administración Pública y 2º Que su elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma.

A su vez se definen los planes y programas que tienen efectos significativos sobre el medio ambiente entre los que se incluyen los de ordenación del territorio urbano y rural o del uso del suelo.

La Ley estatal distingue, al igual que la Directiva y la Ley madrileña, dos documentos básicos de análisis ambiental. De un lado el informe de sostenibilidad ambiental a cargo del órgano promotor con la información que recoge el anexo I, si bien su amplitud y nivel de detalle se determinará con la participación del órgano ambiental.

A continuación se abre una fase de consultas tanto al público como a las Administraciones Públicas, y el segundo documento de análisis ambiental es la memoria ambiental. Respecto a esta última, el proyecto de ley establecía que se elaboraría conjuntamente por el órgano promotor y el órgano ambiental.

Esta era una de las principales especialidades del proyecto de ley estatal planteando una serie de interrogantes. Así no se preveían en el proyecto de ley las consecuencias de una falta de acuerdo entre ambos órganos y, por otra parte, dicha regulación puede conllevar una menor independencia del órgano ambiental, forzado ex lege a llegar a un acuerdo con el órgano promotor de un plan o programa en el que subyace una finalidad de interés público y, frecuentemente, el desarrollo de un programa político. En este sentido la ley madrileña es más acorde con lo que tradicionalmente ha venido siendo el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

Pese a ello la Ley ha recogido esa fórmula de memoria ambiental realizada conjuntamente por el órgano ambiental y el órgano promotor a las evaluaciones realizadas en el ámbito de la Administración General del Estado —Arts. 12 y 22— en tanto que, en las realizadas por las Comunidades Autónomas, la Ley se remite a «...el órgano u órganos que éstas determinen, y, en todo caso, con el acuerdo del órgano ambiental.»

Destaca la regulación específica de la publicidad de la evaluación ambiental en la que destaca el que no se publica la memoria ambiental sino una «declaración» en la que se resumirá cómo se han integrado en el plan o programa los aspectos ambientales, cómo se han tomado en consideración el informe de sostenibilidad ambiental y la memoria ambiental y las razones de la elección del plan o programa aprobados en relación con las alternativas consideradas.

Interesa destacar igualmente la Disposición Adicional Quinta que excluye de la evaluación ambiental que se realice en los planes de ordenación urbanística o territorial las infraestructuras de titularidad estatal en cuya planificación sectorial se haya realizado la evaluación ambiental conforme lo dispuesto en la ley. Esta Disposición fue objeto de críticas en la tramitación parlamentaria de la Ley por representantes del Partido Nacionalista Vasco por considerar que se oponía a lo dispuesto en la Ley 3/98, de 27 de febrero, del Parlamento Vasco, General de Medio Ambiente.²²

La reciente STC 101/2006, de 30 de marzo, permite entender que dicha Disposición Adicional no puede considerarse inconstitucional al declarar inconstitucionales dicha sentencia los preceptos de la Ley Vasca en cuanto permitían a dicha Comunidad Autónoma ejercer competencias de evaluación ambiental en obras y proyectos de competencia estatal indicando, partiendo de los razonamientos de la STC

²² Diario de Sesiones del Congreso nº 460, 21 de diciembre de 2005, Pág. 9, Diario de Sesiones del Senado-Comisión nº 284, 14 de marzo de 2006, Pág. 33 y Diario de Sesiones del Senado-Pleno nº 76, 23 de marzo de 2006, Pág. 4447.

13/98 que «Sobre esta base, hemos de concluir que asiste razón al Abogado del Estado: el listado de actividades contenido en el anexo I B) no distingue entre las que sean de competencia estatal —las que puedan resultar cubiertas por los títulos competenciales del artículo 149.1 CE: 20, 21, 22, 24, 25, 26, etc.— o autonómica, por lo que, al ser de aplicación a ambas la atribución competencial impugnada, se vulneran las competencias del Estado respecto de las primeras, de acuerdo con la doctrina reproducida en el fundamento jurídico 4. En suma, la declaración de impacto ambiental correspondiente a las obras y actuaciones de competencia estatal debe ser emitida por el órgano estatal competente, previas las actuaciones de colaboración a que hemos hecho referencia.»

Añade igualmente la sentencia que las Comunidades Autónomas no pueden ejercer competencias ejecutivas de seguimiento y control de las evaluaciones ambientales del Estado como preveía la citada Ley Vasca indicando que «Reprocha el Abogado del Estado a todos estos preceptos que atribuyan al órgano ambiental competente de la Comunidad Autónoma del País Vasco facultades de carácter ejecutivo que son complementarias de la declaración de impacto, por lo que cuando ésta corresponde a un órgano estatal ha de ser el propio Estado el titular de la competencia prevista en cada uno de aquéllos.»

Efectivamente, así resulta de la aplicación de la ratio decidendi que ya hemos expuesto, pues las funciones objeto de controversia son complemento natural inseparable de la facultad principal ya reconocida al Estado (plazo para emitir la declaración de impacto y prórroga del mismo, establecimiento de plazo para la ejecución de proyectos y eventuales prórrogas, en su caso, resolución de discrepancias, traslado de información a otro Estado y suspensión de la ejecución de los proyectos).

Y es de añadir que las mencionadas funciones se inscriben en un procedimiento de tramitación de la declaración de impacto, que cuando se refiera a obras y actuaciones de competencia estatal sólo puede ser regulado por el propio Estado, de acuerdo con nuestra doctrina sobre la competencia para regular los procedimientos administrativos especiales.

En efecto, «hemos matizado que sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa racione materiae. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender

que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración» [STC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 10 c), con cita de las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre, y 98/2001, de 5 de abril, y otras muchas].»

Un aspecto importante de la nueva regulación estatal radica en que su carácter básico determina el que las Comunidades Autónomas que ya habían implantado procedimientos de evaluación ambiental estratégica deberán adaptar su normativa a la estatal salvo que sus normas puedan considerarse como normas adicionales de protección conforme el Art. 149.1.23ª CE, tal y como recuerda el Dictamen de 21 de abril de 2005 del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley estatal.

Así, como principales diferencias entre la normativa madrileña y la estatal, aparece el artículo 20.7 de la Ley 2/2002, que establece «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, el Informe de Análisis Ambiental favorable será un requisito previo e indispensable para la aprobación del plan o programa y su contenido será vinculante por lo que las condiciones contenidas en dicho informe deberán incluirse expresamente en el plan o programa antes de su aprobación.»

Frente a este carácter vinculante del informe ambiental que, en definitiva, coloca al medio ambiente en una posición de supremacía sobre la materia objeto del plan o programa, en una línea claramente aplicativa del artículo 45 CE en cuanto al medio ambiente como objeto de protección por los poderes públicos, los artículos 12, 13 y 14 de la Ley 9/2006 (de una forma en exceso reiterativa) se limitan a señalar que el resultado de la memoria ambiental «se tendrá en cuenta en el plan o programa antes de su aprobación definitiva» (Art. 12) y «elaborará la propuesta plan o programa tomando en consideración el informe de sostenibilidad ambiental, las alegaciones formuladas en las consultas, incluyendo en su caso las consultas transfronterizas, y la memoria ambiental.» (Art. 13) y por último el Art. 14 establece que deberá darse publicidad a cómo se han tomado en consideración en el plan o programa aprobado el informe de sostenibilidad ambiental, las consultas y la memoria ambiental así como «...cuando proceda (¿?) las discrepancias que hayan podido surgir en el proceso.»

Otra importante diferencia radica en la posibilidad que establece el Art. 7 de la Ley 2/2002 en cuanto a la exención de evaluación de impacto ambiental, exención que la Ley estatal no contempla.

El Art. 5 de la Ley 2/2002 prevé que las modificaciones de planes o programas serán objeto de estudio caso por caso cuando hayan sido objeto de análisis ambiental, en tanto que el Art. 3.3 de la Ley 9/2006 no prevé esa distinción.

De igual forma, en ese estudio caso por caso, la Ley madrileña no prevé la consulta a las Administraciones Públicas afectadas que exige la normativa básica. Esta misma consulta se exige para el análisis caso por caso de la evaluación ambiental de obras y proyectos conforme la modificación del Art. 1.7 del Real Decreto Legislativo 1302/86, de 28 de junio, que realiza la Disposición Final 1ª de la Ley.

Especiales problemas²³ pueden plantear las consultas a otras Administraciones públicas afectadas a la hora de fijar el alcance del informe de sostenibilidad ambiental (estudio de incidencia ambiental en la normativa autonómica) que el Art. 9 de la Ley 9/2006 establece como preceptivo en tanto que la consulta será meramente potestativa si se trata de otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, vinculadas a la protección del medio ambiente mientras que el Art. 17 de la Ley 2/2002 establecía una mera consulta potestativa a «otros órganos con competencias relacionadas con el medio ambiente».

El artículo 10 de la Ley estatal regula la fase de consultas que comprende la puesta a disposición del público y la consulta a las Administraciones públicas afectadas y al público interesado los cuales dispondrán de un plazo mínimo de 45 días para examinarlo y formular alegaciones. Como recuerda el Documento sobre la aplicación de la Directiva 2001/42 elaborado por la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, sólo las Administraciones y el público interesado tienen el derecho a expresar sus opiniones.

En la Comunidad de Madrid, la Ley 2/2002 establece de manera genérica la apertura de un procedimiento de información pública por un plazo de 30 días. Dicha opción puede considerarse válida por cuanto la norma autonómica va más allá de lo que establece la Directiva y la norma estatal básica en cuanto al ámbito subjetivo de la posibilidad de efectuar alegaciones y la notificación pública del plazo de consultas es admisible para la Comisión Europea según manifiesta en el informe mencionado.

No obstante en lo relativo al plazo la Ley madrileña se limita a 30 días, plazo que deberá ser ampliado a 45, al menos para las Administraciones competentes y el público interesado.

²³ La Directiva EIA no establece este requisito tratándose de una innovación de la Directiva 2001/42.

Si bien gran parte del contenido del Art. 14 de la Ley 9/2006 pierde importancia en la Comunidad de Madrid habida cuenta del carácter vinculante de la evaluación ambiental convendría adaptar la normativa autonómica a la estatal en cuanto a la publicidad de la evaluación realizada y, en particular, en lo relativo a las medidas de seguimiento.

Otros aspectos en los que pueden entrar en contradicción la normativa autonómica y la básica estatal son los relacionados con las modificaciones de la normativa de impacto ambiental de obras y actividades que introduce la Disposición Final 1ª en lo relativo a las consultas a las Administraciones y al público, el plazo de vigencia de las declaraciones de impacto y las modificaciones operadas en los Anexos del Real Decreto Legislativo 1302/86, si bien dichos aspectos exceden del ámbito del presente trabajo.

En suma, la Ley 9/2006 exigirá una revisión de la normativa madrileña en materia de evaluación ambiental, tarea que será especialmente compleja dada la indefinición en que se mueve el legislador estatal como lo demuestra la propia Exposición de Motivos de la Ley 9/2006 al indicar que «*Por otra parte, y con el fin de atender la demanda interpuesta contra el Reino de España por la Comisión Europea con fecha 27 de julio de 2004, por la incompleta transposición de la Directiva 85/337/CEE, modificada por la Directiva 97/11/CE, la **disposición final primera** modifica el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, en aquellos aspectos necesarios para dar cumplimiento estricto a las exigencias comunitarias establecidas en estas directivas, **sin perjuicio de una posible reforma posterior que fuera necesaria para aplicar los nuevos criterios que exija una adecuada política de evaluación ambiental.***»

A su vez la Ley 27/2006 vuelve a modificar la normativa de impacto ambiental de tal forma que la Disposición final 4ª de dicha Ley prevé la elaboración de un texto refundido en la materia para aclarar y armonizar la confusa regulación actual.

7. CONCLUSIONES

El examen de las evaluaciones ambientales de los planes y programas pone de manifiesto tanto las ventajas de dicho procedimiento como los potenciales problemas que plantea.

No hay duda de la estrecha relación entre el urbanismo (ejemplo paradigmático de planificación) y el medio ambiente, en cuanto el elemento físico sobre el que actúa el primero, el suelo, es un elemento

esencial del medio ambiente sin necesidad de tener que acudir a concepciones extensivas de este último. A ello se une el que el urbanismo tiene en su origen un carácter marcadamente local o municipal que hace necesario introducir el medio ambiente como un criterio en la planificación urbana toda vez que el elemento medioambiental presenta, por definición, un carácter más global.

Todo ello conduce a un balance positivo de la evaluación ambiental de planes urbanísticos, completamente necesaria en un momento de intensa presión urbanizadora que hace imprescindible la introducción del medio ambiente como un elemento a proteger por el propio plan junto con otros constitucionalmente protegidos como el derecho de propiedad, el derecho a la vivienda, el derecho de libre empresa, etc.

Asimismo, en cuanto a los restantes planes, su evaluación estratégica permite introducir la protección del medio ambiente en el momento de la planificación administrativa, asegurando así una verdadera tutela preventiva al llevar la evaluación ambiental a un momento en el que, al no haberse iniciado la actuación administrativa, es menos problemática la denegación o la imposición de condicionantes a los proyectos.

Es mediante el juego de estos bienes constitucionalmente protegidos como se ha de proteger el medio ambiente utilizándolo como parte de una estructura normativa en la que la protección del mismo contribuye a proteger los demás derechos y, al establecer los elementos medioambientales del territorio, permite aplicar las demás medidas protectoras, desde los tipos penales a los impuestos ecológicos.

En suma, si la evaluación ambiental de proyectos y obras ha jugado un papel clave en la protección del medio ambiente, la evaluación ambiental de planes y programas está llamada a jugar un papel todavía más importante dada la mayor extensión territorial y temporal de estos.

En esta materia las Comunidades Autónomas, entre ellas la Comunidad de Madrid, han sido pioneras, adelantándose a la transposición por el Estado de la Directiva 2001/42, generando una experiencia que podría haber sido muy útil a la hora de aplicar la nueva normativa básica. Frente a ello la transposición por la Ley 9/2006 no ha recogido, con carácter general, la experiencia autonómica sino que ha optado por un mero seguidismo de la Directiva, lo cual, si bien es decepcionante desde el punto de vista de articulación del Estado Autonómico, al menos deja margen a las Comunidades Autónomas para que, en cuanto son las Administraciones con más importantes competencias medioambientales, puedan introducir normas adicionales que posibiliten una más completa evaluación de los planes y programas.

Ahora bien, la tardía transposición estatal de la Directiva y la confusión jurídica que, a propósito de la evaluación ambiental de obras y proyectos, está generando el sistema de lista empleado por las Directivas hace que sentencias como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2006 Comisión c. Reino de España no hagan sino generar incertidumbre sobre el ámbito de aplicación de la evaluación de impacto de obras y proyectos y, a la larga, sobre la propia evaluación ambiental estratégica.

Un estado de derecho exige, no solo el sometimiento de los poderes públicos a un control jurisdiccional independiente, sino, asimismo, la existencia de seguridad jurídica en la producción normativa. La actual situación de la normativa europea y española en lo relativo a la evaluación ambiental no puede decirse que sea un modelo de seguridad jurídica.

Ciertamente las Directivas comunitarias, en cuanto fruto de un consenso, son, a menudo, imprecisas, pero en lo que a la evaluación ambiental se refiere, las constantes condenas del Tribunal a los Estados miembros por las deficientes transposiciones de las Directivas y, en el caso español, las continuas reformas legislativas, ponen de manifiesto la necesidad de una revisión del sistema de evaluación ambiental.

La experiencia que genere la aplicación de la evaluación ambiental estratégica conforme la nueva Ley estatal y la que ya están generando las leyes autonómicas podrá servir de criterio para acometer esa reforma que simplifique y aclare esta materia.

De esa reforma se beneficiarán las propias Administraciones Públicas, los ciudadanos y, sobre todo, la protección del medio ambiente, finalidad principal y, a veces, olvidada de toda esta compleja normativa de evaluación ambiental.

EL DESISTIMIENTO Y SU BILATERALIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

POR

VALERIANO PALOMINO MARÍN

MAGISTRADO EMÉRITO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA BILATERALIDAD EN EL PROCESO CIVIL. 2.1. Fundamento. 2.1.1. Sujeción del demandante al proceso. 2.1.2. Interés del demandado. 2.2. Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.3. Momento en que se extingue el proceso. 3. LA BILATERALIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 3.1. En la Ley de 1956. 3.2. En la vigente Ley de la Jurisdicción. 3.2.1. En la primera instancia. 3.2.2. En apelación y casación. 3.3. El desistimiento en la ejecución de Sentencia. 4. EL INTERÉS PÚBLICO COMO ÓBICE DEL DESISTIMIENTO.

1. INTRODUCCIÓN

La bilateralidad del desistimiento viene determinada por dos parámetros protectores del interés del demandado: a) su interés frente a la **repetibilidad** del proceso, y b) su interés en que, una vez suscitada, **la cuestión litigiosa sea resuelta judicialmente**, incluso aunque no pudiera repetirse en otro proceso.

El presente trabajo tiene por objeto la aplicación de estos parámetros en el proceso contencioso administrativo, así como la incidencia que en ellos tiene el interés público, apreciado o no por la Administración demandada, y la alteración producida por la regulación de la legitimación en la fase ejecutiva del proceso en la nueva Ley de esta Jurisdicción.

La elaboración doctrinal de la bilateralidad del desistimiento fue en su día obra de la jurisprudencia y de la doctrina procesal civil, cuya tarea comenzó por la aplicación analógica de las normas relativas a la segunda instancia, únicas a la sazón existentes en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. En esa situación normativa ha permanecido hasta que dos leyes relativamente recientes, la de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la actual de Enjuiciamiento Civil, han regulado por vez primera en sus respectivos órdenes esta materia sin que, paradójicamente y pese a la novedad de la regulación, ninguna de dichas leyes haya dado explicación alguna al respecto en sus correspondientes exposiciones de motivos.

Las grandes líneas doctrinales del proceso han emergido en el orden civil, fundamentalmente en el proceso declarativo, del cual han pasado al social y al contencioso administrativo. No del todo, sin embargo, es posible ese traslado o importación a este último dadas las peculiaridades del mismo. Así, instituciones tales como la cosa juzgada, el litis consorcio, la ejecución de sentencia o los límites del mejor proveer (hoy diligencias finales), tal como vienen dadas por el proceso civil, tienen difícil aplicación, si no imposible, en el contencioso administrativo. Dichas peculiaridades derivan de la bien diferente naturaleza de los respectivos objetos de uno y otro proceso, una relación de Derecho público en el contencioso administrativo a diferencia de la de Derecho privado que es materia del proceso civil.

Ello no obstante, no es posible el entendimiento del fenómeno procesal de un modo independiente o separado del orden civil, por lo cual haremos una primera consideración de la cuestión en lo ya elaborado para este orden, solo en tanto que necesaria para un correcto entendimiento del objeto de nuestro estudio.

2. LA BILATERALIDAD EN EL PROCESO CIVIL

2.1. Fundamento

Partiendo de que el objeto del proceso civil es una relación de Derecho privado y, como tal, sometida a la libre disposición de su titular, el desistimiento en el orden civil aparece en un primer momento remitido a esa misma libre disposición. El sujeto parece en principio libre de demandar o no y, por lo mismo, de sostener su demanda o apartarse de ella y, en este segundo caso, con la posibilidad de ejercitarla de nuevo.

Existe, sin embargo, un doble límite a esa libertad de disposición, protector del demandado; doble límite explicable desde el Derecho privado y que constituye el fundamento de la bilateralidad del desistimiento:

- la sujeción del *demandante* al proceso por él creado,
- y el interés del *demandado* frente a dos tipos de inquietamiento:
 - frente a la demanda fundada en tanto que, después de desistida, podría repetirse en un nuevo proceso,
 - y frente a la demanda infundada, incluso aunque no se repita.

2.1.1. Sujeción del demandante al proceso

Por lo que se refiere a la **sujeción del demandante al proceso** por él creado, ha tenido diversas aplicaciones en el Derecho histórico.

Así, en el germánico la vinculación (*Gebundenheit*) tuvo una base contractual con la cual fue concordante la idea de *litis contestatio* que acogió el Derecho común medieval, hasta la sustitución del concepto de sujeción por el de pérdida de la instancia (*Verlust der Instanz*). En nuestro Fuero Juzgo dicha vinculación es extrema y se realiza de modo indirecto a través de fuertes sanciones procesales y extraprocesales, incluidos los azotes, y que alcanzan tanto al demandante que abandona el pleito como al demandado en caso de transacción sin autorización judicial (Ley V, Tit. II, Libro II).

En la actualidad esa vinculación tiene su fundamento en la idea general de responsabilidad, esto es, en la idea de haber de estar a las consecuencias que los actos propios hayan producido a otras personas.

El demandante ha creado la relación procesal, la cual incluye al demandado y, como advierte Fiaren Guillén, por el solo hecho de ser demandado, ha podido ser molestado, perturbado y puesto en peligro en su hacienda, en su prestigio personal, comercial, familiar, profesional, social, es decir, ha podido producirse lo que en el Derecho y la práctica forense suizos se denomina «difamación judicial», de carácter civil y no penal; en lo cual es verificable la existencia de un interés del demandado en oponerse al desistimiento y en que el proceso continúe hasta una sentencia sobre el fondo que le absuelva, deje a salvo su reputación y le proteja, a través de la cosa juzgada, contra cualquier futuro ataque del demandante sobre el mismo asunto; y, teniendo en cuenta que los ordenamientos jurídicos conceden las acciones de jactancia o declarativas negativas para oponerse a las difamaciones judiciales civiles, es evidente que aún más tienen que proteger a quienes puedan haber sido objeto de aquella difamación judicial.

Este es, tal como lo expone una de nuestros clásicos, el fundamento de que se otorgue al titular de ese interés la posibilidad de que alegue y pruebe su existencia. Con la demanda se ejercita un derecho, pero también se asumen deberes. Se puede renunciar unilateralmente a aquél pero no a estos.

2.1.2. Interés del demandado

Así pues, la sujeción del demandante al proceso viene dada por el **interés del demandado**. A su vez, desde la exclusiva posición de éste, hemos apuntado que la bilateralidad del desistimiento tiene su razón de ser en un doble interés ante los perjuicios que le puede producir la demanda desistida:

- a) Frente a la demanda hipotéticamente infundada, opera su interés en que se resuelva en Sentencia y quede así judicialmente

afirmada la falta de derecho del demandante. Es en esta hipótesis en la que incide la difamación judicial, que queda definitivamente desvanecida. De este interés puede formar parte, pero no necesariamente, la repetibilidad del proceso.

b) Frente a la demanda fundada o que el demandado considere fundada, opera su interés frente a la repetibilidad del proceso, esto es, su solo interés en que la cuestión se resuelva actualmente y no pueda inquietarse en un nuevo proceso.

Se trata de dos fenómenos bien distintos que no aparecen claramente diferenciados en la doctrina ni en la legislación, las cuales han prestado atención preferente a la sola repetibilidad del proceso.

2.2. Ley de Enjuiciamiento Civil

El art. 20 dispone: "2. *El demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También podrá desistir unilateralmente en cualquier momento cuando el demandante se encontrase en rebeldía.*

3. *Emplazado el demandado, del escrito de desistimiento se le dará traslado por plazo de diez días.*

Si el demandado prestase su conformidad al desistimiento o no se opusiese a él dentro del plazo expresado en el párrafo anterior, el tribunal dictará auto de sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto. Si el demandado se opusiese al desistimiento el juez resolverá lo que estime oportuno".

En esta regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil la bilateralidad del desistimiento viene prevista solo para el proceso declarativo en primera instancia. Y es que solo en ella se realizan ambos designios justificativos de la bilateralidad: la irrepitibilidad del proceso y la afirmación definitiva de los derechos de las partes. En la segunda instancia y en la casación el desistimiento deja a salvo ambos efectos definitivamente trasladados a la primera: el proceso deviene irrepitible y los derechos han quedado definitivamente afirmados por la sentencia recurrida.

Siendo la declaración, la ejecución y el aseguramiento los tres modos de realización jurisdiccional del Derecho, lo que en principio no parece previsto en la Ley es el desistimiento de una ejecución, de condena por ejemplo, ni del aseguramiento. Además de que la Ley se refiere al desistimiento como realizable antes de la sentencia, los

vocablos «sobreseimiento» y «nuevo juicio» que figuran en el texto legal parecen referirse inicialmente solo al proceso declarativo. Y sin embargo es perfectamente posible el desistimiento de la ejecución y del aseguramiento, fenómenos que tienen su propia fisonomía procesal.

El demandante puede, en efecto, no solo renunciar a la ejecución ya iniciada, y con cuya renuncia estará concluido el proceso, sino que puede también simplemente desistir, dejando abierta la posibilidad de reanudar el procedimiento de ejecución.

Compulsando ese supuesto con los dos elementos determinantes de la bilateralidad, afirmación judicial definitiva e irrepitibilidad, advertimos que lo primero, esto es, la fijación o afirmación judicial corresponde al proceso declarativo. En cambio la repetición puede darse en la reanudación del procedimiento de ejecución, por lo cual parece procedente oír las razones del ejecutado, el cual puede tener interés en que la ejecución se realice actualmente y no permanezca en pendencia amenazante. No creo que se violente el sentido del citado artículo 20.2 si entendemos que, según su texto literal, en el procedimiento ejecutivo también cabe la bilateralidad de que tratamos. Y lo mismo puede decirse para el aseguramiento tras una compulsa del mismo con el inquietamiento que puede producir en algún caso la repetibilidad de la medida aseguratoria.

2.3. Momento en que se extingue el proceso

El desistimiento es un modo anormal de terminación del proceso. Siendo esto así, tiene importancia determinar cuándo puede considerarse terminado: ¿cuándo se presenta el escrito de desistimiento? ¿cuándo el demandado presta su conformidad? ¿cuándo el Tribunal dicta el Auto teniendo por desistido al demandante? ¿cuándo se notifica el Auto a las partes? La importancia de la cuestión radica, entre otras consecuencias, en la eventualidad de que en el tiempo que media entre la presentación del escrito de desistimiento y el Auto final, otras personas puedan o no incorporarse como partes al proceso desistido.

Entiendo que la cuestión es sustancialmente idéntica a la que ofrece la iniciación del proceso. ¿Cuándo comienza éste: cuando se presenta la demanda o cuando el Juzgado dicta su proveído admitiéndola? La cuestión está resuelta en el proceso civil, el cual se inicia cuando se presenta la demanda. Nuestros clásicos puntualizan: «Solo la demanda propuesta en legal forma constituye una relación procesal válida» (G.Orbaneja). «La litispendencia comienza con la interpo-

sición de la demanda ante el órgano jurisdiccional, no con su admisión -aunque esta es condición necesaria para la eficacia de la demanda- ni mucho menos con la citación o emplazamiento o con la contestación del demandado» (Guasp). Por su parte, FAIREN manifiesta que el proceso se inicia con la admisión de la demanda, si bien los efectos de dicha admisión se retrotraen al momento de la presentación.

En cualquier caso, nuestros clásicos vienen a estar concordes en que solo la demanda admisible inicia, *ella por sí misma*, la relación procesal. El Juzgado podrá tardar varios meses en proveer sobre su admisibilidad pero, una vez admitida, el proceso ha de tenerse por iniciado antes de esos varios meses.

A todo ello hay que añadir el principio general de subsanabilidad que introdujo la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11.3. Si la demanda adolece de defectos subsanables, dejamos apuntado que, una vez subsanados y admitida, el proceso ha de considerarse iniciado desde la presentación, no desde la subsanación.

Pues bien, del mismo modo entendemos que el proceso desistido termina en el momento en que ingresa en el Juzgado el escrito de desistimiento. En ese momento todas las potestades del proceso quedan en suspenso y eventualmente reducidas a la de verificación de la validez del desistimiento y a la de recabar la conformidad del demandado; pero una vez comprobada aquella validez y obtenida esta conformidad, el desistimiento válido y conformado ha sido operativo desde el momento en que se formuló. Si para esas verificaciones o, en la terminología italiana, para ese *acertamento*, y para esa conformidad, hacen falta tiempo y trámites y hasta dilaciones, por más que justificadas, ni el demandante ni el demandado tienen que soportar las consecuencias ni el proceso puede considerarse abierto a terceras personas. Y si el órgano jurisdiccional tarda varios días o meses en dictar el Auto de desistimiento, es lo cierto que éste recae en un proceso terminado con anterioridad. El Auto de desistimiento (de sobreseimiento en la última terminología) no tiene carácter constitutivo sino declarativo; y la situación transitoria de un proceso desistido no es ni la de un proceso cerrado ni la de un proceso abierto sino la de un proceso eventualmente reducido en su objeto a la sola verificación o *acertamento* de la validez del desistimiento. En esa situación transitoria el proceso solo puede versar sobre si vale o no el desistimiento. No admite incorporaciones ni ampliaciones hasta que aquella verificación se produzca; y, según cuál sea su resultado, el proceso recuperará su curso (porque se ha comprobado que nunca fue desistido real o válidamente) o bien se llegará a la conclusión de que ya concluyó en el momento mismo en que se desistió.

3. LA BILATERALIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1. En la Ley de 1956

Bajo la antigua ley los autores repararon asimismo en la sola repetibilidad del proceso, esbozando una indefinida bilateralidad del desistimiento. Así González Pérez afirma que, siendo brevísimo el plazo para iniciar el proceso, como plazo de caducidad y habida cuenta de la doctrina del acto confirmatorio, el desistimiento supondrá en la mayoría de los casos la imposibilidad de deducir de nuevo la pretensión si es que el nuevo recurso se intenta después de transcurrido dicho plazo; por lo cual entiende que no debería tenerse en cuenta el consentimiento del demandado «excepto en supuestos excepcionalísimos».

No explicando dicho autor, que es nuestro primer procesalista administrativo, cuáles pudieran ser esos supuestos excepcionalísimos, aparte de los por él directamente referidos, es decir, los de desistimiento formulado cuando aún está en curso el plazo de interposición del contencioso, parece aplicable el segundo de los parámetros justificativos de la bilateralidad, es decir, el del interés del demandado en que quede definitivamente resuelta judicialmente la cuestión litigiosa y, con ella, su derecho, que en algún momento le ha sido públicamente puesto en cuestión. Pensemos en una concesión administrativa de transportes de viajeros, cuyo solo cuestionamiento puede afectar al prestigio empresarial del concesionario. Su interés es tanto más digno de protección cuanto que en el proceso administrativo no existe la acción negativa o de jactancia que protege al titular de derecho privado. Sin embargo, la antigua Ley de la Jurisdicción, por sí sola y antes de la Constitución, no permitía esta justa conclusión.

Por su parte Gimeno Sendra afirma asimismo que la posibilidad de «volver a instar la reanudación del procedimiento» es más teórica que real pues, transcurridos los «plazos, el acto administrativo deviene firme con todos sus efectos ejecutivos cual si de una sentencia se tratara» y es por tanto irrecurrible. Ello no obstante, estima con otro autor que «hay que discriminar si la Administración ha contestado o no a la demanda; en este segundo caso, su ausencia de interés hace innecesario recabar su conformidad, pero en el primero debe conferírsele legitimación para oponerse al mismo (*desistimiento*) y obtener una resolución de fondo».

Varias dificultades vemos en este entendimiento del tema. Sobre todo no vemos la razón por la que la no contestación de la demanda implica lisa y llanamente ausencia de interés o que esa hipotética

ausencia de interés, que sería solo de interés en el trámite de contestación, que el demandado puede considerar innecesario dejando que la resolución recurrida se defienda sola, deje sin contenido la defensa de la resolución recurrida, que tiene su propia consistencia contenciosa. Ni en el proceso civil ni en el contencioso administrativo la no contestación de la demanda tiene la relevancia que este autor le atribuye. Por el contrario lo que en ambos órdenes jurisdiccionales sucede con la no contestación es que el demandante se queda a solas con su pretensión frente a la misma resolución, el mismo demandado y exactamente con las mismas cargas que si el demandado hubiese contestado oponiéndose. La demanda tiene por sí sola suficiente vigor para que el proceso llegue hasta la sentencia.

Desde luego en el solo texto literal de la antigua Ley de la Jurisdicción no hay base para estimar que el desistimiento fuese bilateral ni siquiera por aplicación subsidiaria de las normas y jurisprudencia del proceso civil pues esas hipotéticas normas subsidiarias, si son verdaderamente subsidiarias y generales, quedan desplazadas por la específica que contiene el artículo 88.4 de aquella Ley, la cual disponía el automatismo de que al desistimiento siguiese el Auto que había de declarar terminado el procedimiento y ordenar el archivo de las actuaciones y la devolución del expediente a su procedencia. No parece que el legislador de 1956 desconociera, al tiempo de los trabajos preparatorios, la exhaustiva aportación monográfica de Fairén y las aportaciones jurisprudenciales relativas a la bilateralidad. No obstante lo cual, no las acogió quizá porque la atención estaba deslumbrada por el elemento de juicio más ostensible y hasta entonces considerado, el de la irrepetibilidad práctica del juicio.

Veremos más adelante que, después de la Constitución y bajo la Ley anterior, al igual que bajo la vigente, es de apreciar la bilateralidad en los términos que impone la tutela judicial efectiva. Ciertamente, entendemos que la bilateralidad del desistimiento ha venido robustecida por la Constitución.

3.2. En la vigente Ley de la Jurisdicción

El artículo 74 dispone que «*el recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.*

(...)

3. *El Juez o Tribunal oír a las demás partes y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo de diez días y dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente a la oficina de procedencia.*

4. *El Juez o Tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público.*»

3.2.1. En la primera instancia

Esta regulación, referente al desistimiento en la **fase declarativa** del proceso y solo en la **primera o única instancia**, incorpora por vez primera a nuestro sistema contencioso la bilateralidad del desistimiento con unos matices que la diferencian sustancialmente de la que para su propio orden realizó posteriormente la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el contencioso administrativo esa regulación se resuelve en los siguientes trámites:

1. Audiencia de la Administración y de la parte codemandada y, en caso de acción popular, también del Ministerio Fiscal.
2. Manifestación de conformidad o disconformidad de dichas partes y Ministerio.
3. Auto por el que:
 - a) si nadie se opone y el Tribunal no aprecia daño para el interés público, se declara terminado el procedimiento,
 - b) si nadie se opone pero el Tribunal aprecia daño para el interés público, se desestima el desistimiento,
 - c) si se oponen la Administración demandada o el Ministerio Fiscal, se desestima el desistimiento,
 - d) si se opone solamente el codemandado, no hay previsión legal.

Sobre este último supuesto, hemos dicho que la bilateralidad del desistimiento ha venido robustecida por la Constitución. En efecto, el demandado y el codemandado no disponen de la acción negativa o de jactancia en la vía contencioso administrativa ni fuera de ella para el enjuiciamiento de la relación administrativa deducida en juicio. Por lo cual, precisando dichas partes pasivas un trámite de defensa de su derecho (derecho al menos frente a la *difamatio*), entendemos que, conforme al Art.5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se ha de resolver la cuestión conforme al principio de tutela judicial efectiva, el cual lleva a concluir que debe reconocerse al Tribunal la necesaria potestad para enjuiciar el contenido y fundamento de la oposición y estimar o rechazar el desistimiento. Sobre la incidencia del interés público trataremos más adelante. Importa ahora precisar tan solo que la regulación de la nueva Ley de la Jurisdicción ha introducido ese

nuevo óbice del desistimiento, que añadir a los dos antes considerados, el cual óbice incide en la bilateralidad además de ser directamente impeditivo de la viabilidad del desistimiento.

3.2.2. En apelación y casación

Hasta aquí la regulación en la primera o única instancia. Por lo que se refiere a la **apelación** y a la **casación**, el artículo 74.8 no establece condicionamiento alguno:

"8. Desistido un recurso de apelación o de casación, el Tribunal, sin más trámites dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución de las actuaciones recibidas el órgano jurisdiccional de procedencia".

No hay, pues, bilateralidad del desistimiento en la segunda instancia ni en la casación. La razón parece consistir, al igual que en el proceso civil, en la falta de intereses que proteger o, más exactamente, en poder considerarse satisfechos en firme en la instancia, primera o única, todos cuantos intereses protege la bilateralidad. Así, el proceso es ya irrepitable, y la demanda, fundada o infundada, ha quedado judicialmente resuelta en firme, desapareciendo la hipotética *difamatio* del demandado. Es esta la que parece ser la razón del legislador, aunque la solución podría haber sido distinta, incluso más garantista, pues el precepto sustrae al Tribunal *ad quem* la posibilidad de apreciar el daño para el interés público.

Anotemos por último otra especialidad del recurso contencioso administrativo. La sujeción del recurrente al proceso por él creado y a la conformidad del demandado con el desistimiento como determinante de la terminación del proceso, tienen validez general solo después de formalizada la demanda, pues si antes de la formalización desiste el recurrente y no obtiene aquella conformidad, tiene en todo caso a su alcance la terminación del recurso sencillamente no formalizando la demanda.

Todo ello dentro de la fase declarativa del proceso.

3.3. El desistimiento en la ejecución de sentencia

Ya hemos visto que el artículo 74.1 de la Ley de la Jurisdicción dispone que *«el recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia»*.

De la sola y aislada letra del precepto podría inferirse: a) que solo es posible desistir de la totalidad del recurso, no de alguna de las pre-

tensiones de fondo en él deducidas, ni de la pretensión cautelar, ni de una prueba inicialmente propuesta o del trámite de conclusiones, respecto de los cuales sólo cabría la renuncia; y b) que el desistimiento sólo es posible en la fase declarativa del proceso, pues solo en ella hay sentencia, a la cual se refiere expresamente el precepto como límite preclusivo del desistimiento.

Ello no obstante, creo que podemos entender: a) que el texto legal no impide que el desistimiento lo sea de *todo o parte* del recurso; y b) que en una primera lectura del precepto, éste no impide el desistimiento de la ejecución de sentencia, o lo que es igual, que después de dictada la sentencia, se ha de contar con ella y no puede quedar sin efecto por el solo hecho de desistirse del recurso; pero que, a partir de ella, el demandante puede desistir no *del recurso* pero sí *de la ejecución*.

Condición esencial, sin embargo, de este desistimiento, que en la práctica equivale a la mera suspensión del procedimiento ejecutivo, sería que la efectividad del procedimiento sea disponible en el tiempo. Pero sucede que el desistimiento, si verdaderamente lo es, no sólo ha de tener no ya la virtualidad de interrumpir el procedimiento sino la de permitir la reanudación de este. Tendría aquí el fenómeno una fisonomía bien distinta de la que tiene en la fase declarativa, en la cual, teóricamente, si está viva la acción, es posible *iniciar* otro proceso nuevo y distinto sobre el mismo objeto; en cambio en la ejecución lo que puede darse tras el desistimiento es la *reanudación* del mismo y único procedimiento. Aquí ya no existe el plazo inicial de caducidad para la interposición del recurso; solo se dan los generales extintivos de la acción y del derecho.

Pues bien, entendemos que esa disponibilidad en el tiempo puede darse en nuestra ejecución de sentencias, la cual ejecución tiene en principio su propio impulso de oficio, dados los términos inequívocos de los artículos 103 a 113 de la Ley de la Jurisdicción, en cuya regulación late la idea de que el recurrente que ha ganado su recurso no puede querer otra cosa que la de que la sentencia se ejecute. En ello abunda el precepto del artículo 103.4, conforme al cual *«serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento»*, y lo mismo puede decirse del que contiene el 105.1: *«No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo»*, preceptos ambos que, sin embargo, se refieren únicamente a actuaciones de la Administración y que miran al derecho del recurrente a la efectividad de la sentencia que le favorece.

Entendemos, pues, que no existe obstáculo legal alguno tanto para el desistimiento como para la renuncia del recurrente a los derechos

reconocidos en la sentencia, en lo cual se advierte en la práctica con frecuencia una cierta ósmosis o comunicación conceptual entre el desistimiento y la renuncia.

Por supuesto, esa renuncia está sometida al límite general que dispone el artículo 6.2 del Código Civil, conforme al cual las renunciaciones solo serán válidas «cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

En lo cual concurre el precepto que contiene el antes citado artículo 74.4 de la Ley de la Jurisdicción que, aunque sea para el desistimiento en la fase declarativa, encomienda al propio Tribunal la valoración de la incidencia del interés público en el acto dispositivo del recurrente.

Pues bien, el esquema esencial de la terminación del proceso de ejecución por desistimiento o renuncia viene alterado por las siguientes normas de la nueva Ley de la Jurisdicción: a) las sentencias que declaren la inadmisibilidad o desestimación del recurso solo producirán efectos entre las partes (art. 72.1); b) las que reconozcan una situación jurídica individualizada sólo producirán efectos entre las partes, sin perjuicio de la extensión que disponen los artículos 110 y 111 (art. 72.3); c) las que anulen una disposición o acto producirán efectos para todas las personas afectadas (art. 72.2); d) cualquiera de las personas afectadas podrá instar la ejecución forzosa (art. 104.2); e) si fuese imposible el cumplimiento de la sentencia, el Tribunal dará audiencia a las partes y a quienes considere interesados.

La distinción legal entre partes y personas afectadas plantea la cuestión de si, después de terminado un proceso por desistimiento, pueden personarse en ese mismo proceso extinto, para instar la ejecución, aquellas otras personas afectadas que no fueron partes (más exactamente, que no actuaron como partes).

Tal cuestión ha sido resuelta por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005. En síntesis, se trataba de una edificación parroquial de Madrid realizada al amparo de una licencia municipal que fue declarada nula por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; nulidad basada en que dicha edificación, en los términos en que había concluido y tal como había sido licenciada, rebasaba las distancias permitidas respecto de unas viviendas próximas, dos de cuyos titulares habían seguido el correspondiente recurso contencioso; llegado el cual a la fase de ejecución, los dos recurrentes presentaron escrito apartándose de la prosecución del proceso previo abono de una indemnización por el Arzobispado de Madrid, codemandado. Un cierto tiempo después de la presentación de ese escrito y antes de que dictara su Auto la Sala (pública y notoriamente recargada con miles de asuntos), se persona-

ron otros tres titulares de viviendas próximas, los cuales no habían sido partes en el pleito, pidiendo que se ejecutase la sentencia. La Sala de instancia les admitió la personación y contra el Auto confirmatorio en súplica interpuso el Arzobispado el recurso de casación que resolvió finalmente la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo.

La cuestión planteada es la estrictamente procesal de si caben nuevas personaciones en un proceso terminado por desistimiento. O con otras palabras, en qué medida el desistimiento (o la renuncia o el apartamiento) es verdadera causa de terminación del proceso; y en caso afirmativo, si de ello se exceptúa la ejecución de sentencia.

Aclaremos que el vocablo «apartarse» de la prosecución de un proceso viene empleado en la práctica conjuntamente y como sinónimo redundante de «desistir» («Suplico que se me tenga por apartado y desistido...»). Asimismo aclaremos que en realidad el desistimiento-apartamiento convenido con una contraprestación económica es una verdadera renuncia.

El Tribunal Supremo llega a una respuesta afirmativa con estos fundamentos: a) la sentencia de instancia había anulado la licencia municipal y dispuesto la demolición del exceso de edificación; b) este exceso, y el correspondiente pronunciamiento judicial, había afectado también a los tardíos comparecientes que no fueron partes en el recurso contencioso; c) y así como quienes fueron partes han de considerar concluido el proceso por ellas desistido, el Tribunal Supremo advirtió que el derecho de dichos otros comparecientes no tenía más límite temporal que el específico de la caducidad del art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o el general de quince años del art. 1964 del Código Civil, pudiendo en consecuencia personarse y pedir la ejecución no solo en un proceso desistido y pendiente del Auto de desistimiento sino incluso en un proceso ya archivado.

Frente a dicha sentencia, aprobada por dieciocho Magistrados, formularon otros doce un voto particular en que se expone la doctrina de que las personas afectadas pueden pedir la ejecución solo en el caso de que no hubiesen intervenido en el proceso por causas ajenas a su voluntad y no por simple pasividad o abandono de sus intereses pues otra cosa sería una inaplicación de presupuestos procesales tales como los plazos para recurrir, el agotamiento de la vía administrativa, la vinculación al acto consentido y firme, y las exigencias de la seguridad jurídica; y que, como señaló la sentencia de 7-XI-97 para el art. 86.2 de la antigua Ley de la Jurisdicción, equivalente al 72.2 de la vigente, el concepto de personas afectadas solo comprende a los destinatarios de la declaración de voluntad administrativa, en los actos plurales con dos o más destinatarios concretos, o en los actos generales con una pluralidad indeterminada de sujetos cuya nulidad haya

sido declarada por la sentencia en virtud de una previa impugnación de uno de ellos, en cuyo caso los demás pueden beneficiarse en fase de ejecución de los efectos de la nulidad, sin acudir a otro proceso; y finalmente, que la acción procesal se extinguió con la presentación del escrito en que los recurrentes se apartaron del procedimiento y desistieron de la tasación de costas.

Una y otra doctrina tienen distinta repercusión en la consideración del desistimiento como modo de terminación del proceso. Conforme al voto particular, el desistimiento-apartamiento-renuncia es un verdadero modo de terminación, excepto para las personas afectadas que no pudieron actuar como partes. Conforme a la sentencia, en cambio, solo es modo de terminación para las partes, pudiendo continuar o reabrirse indefinidamente para las personas afectadas que no actuaron como partes, tanto si les fue imposible como si posible el haber actuado.

4. EL INTERÉS PÚBLICO COMO ÓBICE DEL DESISTIMIENTO

Ya hemos visto que el art. 74.4 de la Ley de la Jurisdicción dispone que «El Juez o Tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público».

A diferencia de lo establecido para cuando se opongan la Administración o el Ministerio Fiscal, en que el Tribunal «no aceptará» el desistimiento, en el caso de apreciación de daño para el interés público, el Tribunal «podrá» rechazar el desistimiento.

La primera cuestión que suscita la bien escueta regulación legal es la de si podría el Tribunal apreciar el quebranto del interés público cuando no haya sido apreciado por la Administración titular de ese mismo interés o incluso en contra de la expresa negación de dicho quebranto. Pensemos en la impugnación, eventualmente infundada, de una actuación tributaria municipal cuya resolución podría beneficiar la recaudación y los presupuestos, que podría afectar a muchos contribuyentes y podría repetirse en el futuro; y que, otorgada audiencia a las partes, el Ayuntamiento demandado callase o manifestase expresamente que no aprecia daño para su (propio) interés público en que el proceso concluya sin resolverla. ¿Ha establecido el precepto legal una especie de apreciación sustitutoria por parte del Tribunal? Apunta aquí un problema de legitimación. En un proceso entre partes sólo estas tienen legitimación. El Tribunal solo tiene competencia. ¿Ha desplazado la Ley el contenido de una potestad de legitimación a una potestad competencial? En el proceso contencioso administrati-

vo el fenómeno no es nuevo. Lo tenemos en el planteamiento de la tesis. Más clara parece la cuestión en el caso de recurso contra disposiciones generales, cuya fijeza, siempre necesaria, pudiera quedar indefinida y sometida a posibles impugnaciones en el futuro. Pues bien, para el tema de nuestro estudio, y conforme a la letra del precepto, la respuesta parece en todo caso clara. La Ley no señala límite alguno. Lo único que exige es que la apreciación por parte del Tribunal sea razonada. Esto sentado, podrá rechazar el desistimiento «cuando apreciare daño para el interés público». El razonamiento, precedido necesariamente por la audiencia de las partes, habrá de dejar convincentemente expresado que el interés público exige que el proceso continúe, que la cuestión litigiosa sea resuelta por sentencia y que aceptar el desistimiento implicaría un daño cierto para dicho interés. Emerge aquí una vez más la realidad de que el objeto de nuestro proceso es una relación de Derecho público.

SEMIOTICAMENTE: 1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CESIÓN DE IMPUESTOS DEL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. NUEVEDAS IMPUESTOS POR LA LEY 7/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCAL Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 2.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 2.2. Impuesto sobre el Patrimonio. 2.3. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. 2.4. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 2.4.1. Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas. 2.4.2. Modalidad Actos Jurídicos Documentados. 2.5. Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar.

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CESIÓN DE IMPUESTOS DEL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como es sabido nuestra Constitución contempla la posibilidad de que el Estado pueda unilateralmente alterar el sistema de financiación autonómica a través de diversos mecanismos previstos al efecto, modificándose así el alcance y significado del conjunto de recursos establecidos por el art. 157.1 CE en aras de configurar el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.

Es esta una circunstancia que ha sido además puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional en diversas ocasiones. Declara por ejemplo el supremo intérprete de la Constitución en su Sentencia 181/1988, de 13 de octubre, que «(...) La potestad originaria del Estado no puede quedar reservada por disposición alguna de rango inferior referida a la materia tributaria y, en coherencia con ello, la regulación esencial de la cesión de tributos a las Comunidades Autónomas corresponde también al Estado, mediante Ley Orgánica» (FJ 3º).

el proceso de desistimiento en el momento en el que se produce el acto de desistimiento, el cual debe ser un acto de voluntad unilateral y expresa del interesado, que debe ser conocido por el órgano competente para su tramitación y resolución. En este sentido, el artículo 44.4 de la Ley de Jurisdicción Administrativa establece que el juez o tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público.

4. EL INTERÉS PÚBLICO COMO ÓBICE DEL DESISTIMIENTO

Ya hemos visto que el art. 44.4 de la Ley de la Jurisdicción dispone que «El juez o Tribunal no aceptará el desistimiento si se opusiere la Administración o en su caso el Ministerio Fiscal, y podrá rechazarlo razonadamente cuando apreciare daño para el interés público».

A diferencia de lo establecido para cuando se opongan la Administración o el Ministerio Fiscal, en que el Tribunal «no aceptará» el desistimiento, en el caso de apreciación de daño para el interés público, el Tribunal «podrá» rechazar el desistimiento.

La primera cuestión que suscita la bien escueta regulación legal es la de si podría el Tribunal apreciar el quebranto del interés público cuando no haya sido apreciado por la Administración titular de ese mismo interés o incluso en contra de la expresa negación de dicho quebranto. Pensemos en la impugnación, eventualmente infundada, de una actuación tributaria municipal cuya resolución podría beneficiar la recaudación y los presupuestos, que podría afectar a muchos contribuyentes y podría repetirse en el futuro y que, otorgada audiencia a las partes, el Ayuntamiento demandado callase o manifestase expresamente que no aprecia daño para su (propio) interés público en el momento en que el proceso concluya sin resolverla. ¿Ha establecido el precepto legal una especie de apreciación sustitutoria por parte del Tribunal? Apunta aquí un problema de legitimación. En un proceso entre partes sólo estas tienen legitimación. El Tribunal sólo tiene competencia. ¿Ha desplazado la Ley el contenido de una potestad de legitimación a una potestad competencial? En el proceso contencioso-administrati-

ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 7/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA 2006 EN EL CONJUNTO DE IMPUESTOS ESTATALES CEDIDOS

POR
JUAN CALVO VÉRGEZ

DOCTOR EN DERECHO PROFESOR AYUDANTE DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO. UNIVERSIDAD DE LEÓN

SUMARIO: 1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CESIÓN DE IMPUESTOS DEL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 7/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 2.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. 2.2. Impuesto sobre el Patrimonio. 2.3. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. 2.4. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. 2.4.1. Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas. 2.4.2. Modalidad Actos Jurídicos Documentados. 2.5. Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar.

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CESIÓN DE IMPUESTOS DEL ESTADO A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Como es sabido nuestra Constitución contempla la posibilidad de que el Estado pueda unilateralmente alterar el sistema de financiación autonómica a través de diversos mecanismos previstos al efecto, modificándose así el alcance y significado del conjunto de recursos establecidos por el art. 157.1 CE en aras de configurar el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas.

Es esta una circunstancia que ha sido además puesta de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional en diversas ocasiones. Declara por ejemplo el supremo intérprete de la Constitución en su Sentencia 181/1988, de 13 de octubre, que «(...) La potestad originaria del Estado no puede quedar enervada por disposición alguna de rango inferior referida a la materia tributaria y, en coherencia con ello, la regulación esencial de la cesión de tributos a las Comunidades Autónomas corresponde también al Estado, mediante Ley Orgánica» (F.J.º 3º).

Sucede sin embargo que en ningún momento nos proporciona la Constitución a este respecto una definición de lo que deba de entenderse por cesión total o parcial de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas. En efecto la Norma Fundamental no entra a prejuzgar las características de la cesión, aludiendo a la misma con una notable parquedad. ¿Cual puede ser el motivo de ello? Desde nuestro punto de vista podría apuntarse como principal razón que el constituyente, consciente quizás de la situación de la que se partía, no quiso establecer ningún tipo de delimitación específica en relación con el contenido de la cesión de impuestos estatales a las Comunidades Autónomas, evitando así tener que optar por el establecimiento de un sistema de financiación que pudiera llegar a ocasionar una ruptura con la realidad preexistente, dado que en aquél momento las Comunidades Autónomas aún no existían jurídicamente.¹

Esta ambigüedad y generalidad que caracterizaba a la fórmula constitucional anteriormente descrita (cualidades estas que, por otra parte, resultaban en general extrapolables a todo el tratamiento constitucional de la vertiente hacendística de los entes autonómicos) impedía aparentemente establecer un criterio preciso del concepto constitucional de impuesto estatal cedido.²

Téngase presente que el art. 157.1.a) de la Constitución no solamente no indica cuáles son los concretos impuestos susceptibles de ser cedidos a las Comunidades Autónomas, sino que ni tan siquiera facilita una genérica configuración o alusión a determinadas clases de impuestos o a particulares materias imponibles.

Tampoco existe pronunciamiento constitucional alguno sobre cuál ha de ser la posición cuantitativa que debe ocupar esta fuente de ingresos en términos relativos dentro del conjunto de recursos de que vaya a disponer cada Comunidad Autónoma. Por el contrario parece

¹ Ello no significa en cualquier caso que la figura de los tributos estatales cedidos resultase desconocida en nuestro país, ya que fue uno de los mecanismos más utilizados para proporcionar recursos financieros a las Entidades Locales. Así ocurrió por ejemplo con las Contribuciones Territoriales y las Licencias Fiscales, que eran impuestos estatales cuyo producto quedaba cedido a las Entidades Locales hasta que, como es sabido, la Ley 44/1978, reguladora del IRPF, los transformó en tributos locales. En todo caso la diferente naturaleza que presenta la autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas en relación con la de las Entidades Locales así como la incapacidad de estas Entidades Locales para regular íntegramente sus propios tributos cumpliendo el mandato del principio de reserva de Ley en materia tributaria impiden que resulte directamente aplicable el significado de la cesión de los tributos estatales a las Entidades Locales al ámbito de la cesión autonómica.

² Véase en este sentido MARTÍN QUERALT, J., «La institucionalización de la Hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía», en *HPE*, núm. 59, 1979, pág. 148, DELGADO GONZÁLEZ, A., «El nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas. Los tributos cedidos», en *RHAL*, núm. 51, 1987, pág. 406 y MEDINA GUERRERO, M., *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*, CEC, Madrid, 1992, pág. 373.

dejarse en manos del legislador la definición de este mecanismo de financiación y la resolución del conjunto de interrogantes que plantea. De la dicción del texto constitucional tan sólo queda claro que la cesión de impuestos estatales constituye un mandato imperativo dirigido al legislador.

¿Deberían haberse fijado en la Constitución unos criterios cuantitativos máximos y mínimos que permitiesen delimitar la cesión impositiva para no someter indefinidamente a una constante revisión? A nuestro juicio el texto constitucional no tenía ni tiene la obligación de entrar a concretar todas estas cuestiones. Piénsese que, a tenor de la naturaleza cambiante de las figuras que conforman un sistema tributario, se correría el riesgo de tener que estar efectuando continuas modificaciones en aquél.

Desde una perspectiva de «lege ferenda» no creemos que pudiera resultar conveniente la inclusión en el texto constitucional del conjunto de los impuestos cedidos y de sus porcentajes. Habrán de ser las circunstancias estructurales concurrentes en cada figura impositiva las que deban tomarse en consideración, no ya sólo para ponderar si resulta o no factible su cesión a las Comunidades Autónomas, sino también para decidir acerca de la conveniencia de otorgar un alcance total o parcial a la misma.

Ahora bien el hecho de que el concepto de cesión constituyese, en el momento de su incorporación al listado de recursos del art. 157.1 CE, un concepto jurídico susceptible de ser dotado de contenido por el legislador ordinario no significaba en absoluto que éste disfrutara de plena libertad a la hora de definir el concepto de cesión. Existen un conjunto de límites derivados de los distintos principios constitucionales así como del propio sistema de financiación autonómica diseñado originariamente en la Norma Fundamental que han de ser tomados en consideración. Y entre ellos se sitúa el principio de reserva de Ley.

Desde un punto de vista teórico la extensión que presenta el concepto de cesión comprende diversos niveles conceptuales que, en un sentido ascendente, vienen a otorgar progresivamente un mayor protagonismo a los entes autonómicos frente al Estado. El primero de estos niveles a los que nos referimos lo constituye la cesión a las Comunidades Autónomas de las sumas recaudadas³. A continuación

³ FERREIRO LAPATZA, J.J., sostiene en «La Hacienda Regional», *REDF*, núm. 14, 1977, pág. 350 que este debía de ser el contenido de la cesión de impuestos estatales en un primer momento. De la misma opinión se muestran PALAO TABOADA, C., *La Hacienda Regional y el Proyecto de Constitución*, Universidad de Zaragoza, 1978, pág. 36 y SIMÓN ACOSTA, E., *La autonomía financiera de las regiones*, Facultad de Derecho, Cáceres, 1978, pág. 26.

cabría aludir a una cesión de las competencias normativas necesarias en materia de gestión del impuesto. Finalmente la cesión alcanzaría el traspaso de las competencias normativas precisas para regular los aspectos materiales o estructurales del impuesto.

Originariamente no existía en la generalidad de la doctrina una unanimidad de criterio acerca de la posibilidad de ceder a las Comunidades Autónomas competencias de carácter normativo en materia de tributos cedidos. Autores como MARTÍN QUERALT⁴ o CHECA GONZÁLEZ⁵ defendían que la cesión había de ser operada en tres etapas distintas: una primera etapa de carácter restringido, con la cesión del rendimiento o de las sumas recaudadas; a continuación una segunda etapa de carácter intermedio, que se identificaría con la cesión de las competencias administrativas por delegación del Estado; y finalmente una cesión de las competencias administrativas precisas para obtener el producto del tributo. Pero siempre manteniendo el Estado la titularidad y el ejercicio de las competencias normativas.

El significado de la figura del impuesto estatal cedido a las Comunidades Autónomas no puede interpretarse de modo aislado, sino en conexión con otros aspectos de vital importancia tales como el grado de autonomía política que el constituyente había previsto para las Comunidades Autónomas (identificado en las competencias materiales asumibles por éstas), el sistema de recursos tributarios autonómicos recogidos en el art. 157.1 CE y su virtualidad como instrumentos idóneos para articular la autonomía tributaria o el conjunto de principios constitucionales específicos que configuran dicho sistema tributario autonómico, entre los que destaca el principio de reserva de Ley.

El conjunto de modificaciones experimentadas por los diversos aspectos que integran el concepto de cesión, progresivamente plasmados en la LOFCA, se vieron así influenciadas por el grado de descentralización política y jurídica alcanzado en la estructuración del Estado Autonómico. El alcance restrictivo que la citada Ley de 1980 otorgó inicialmente a la cesión de impuestos estatales se hallaba motivado por el deseo de evitar una ruptura de trascendencia con las categorías jurídicas presentes en el ordenamiento preconstitucional y respondía al estadio de formación en el que por aquél entonces se hallaba el Estado Autonómico.⁶

⁴ MARTÍN QUERALT, J., «La institucionalización de la Hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía», ob. cit., pág. 148.

⁵ CHECA GONZÁLEZ, C., «La delegación de competencias administrativas del Estado a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos», en *RHAL*, núm. 38, 1983, pág. 310.

⁶ En efecto el Estado era en aquellos primeros momentos reticente al abandono o renuncia de aquellas parcelas de poder que, como Estado centralizado, había venido ocu-

Parece claro que toda interpretación del concepto constitucional de cesión comprende en todo caso un traspaso, cuanto menos parcial, de la competencia sobre el producto. No tendría ningún sentido ceder total o parcialmente a las Comunidades Autónomas competencias normativas o de gestión sobre determinados impuestos estatales si no van acompañadas de ingresos para éstas.

Piénsese además que dado el carácter instrumental que tienen las competencias financieras y, sobre todo, las competencias tributarias, la naturaleza de las competencias materiales que las Comunidades Autónomas pueden asumir en base a lo dispuesto en los artículos 148 y 149.3 de la Constitución confiere un alto grado de autonomía política a estos entes territoriales y, por ende, de autonomía tributaria.

No obstante estimamos que la cesión de impuestos estatales a las Comunidades Autónomas significa esencialmente una delegación de las competencias tributarias sobre aquéllos a estos entes territoriales. El otorgamiento de esta competencia constituye el elemento definitorio esencial del concepto mismo de cesión. No creemos que pueda llegar a identificarse de modo exclusivo la cesión de los impuestos estatales con una mera atribución de las competencias necesarias para apropiarse de las sumas recaudadas, sin perjuicio de reconocer que la propia naturaleza de los impuestos estatales cedidos como recurso financiero autónomo demanda, como elemento imprescindible, la atribución a las Comunidades Autónomas de al menos una parte de la competencia sobre el producto recaudado.

Como es de sobra conocido el art. 133.1 CE confiere en exclusividad al Estado la potestad originaria para establecer los tributos mediante Ley. Es esta una importante declaración constitucional cuestionada en su momento por la doctrina debido a la utilización por el constituyente del calificativo de «originaria» con la finalidad de diferenciar esta potestad de la relativa al establecimiento y exigencia de tributos, asignada a continuación a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales en el art. 133.2 CE, y que constituye una de las máximas expresiones de la autonomía financiera de la que gozan estos entes.⁷

pando hasta este momento, en favor de los entes subestatales de nueva creación. Téngase presente además que durante los primeros años de vigencia del proceso autonómico, en los que aún no existían jurídicamente todas las Comunidades Autónomas que posteriormente integrarían el Estado Autonómico y en los que no todas las Comunidades existentes habían asumido idénticas competencias materiales, la principal preocupación era no tanto la profundización en la autonomía financiera entendida como capacidad de decisión en la vertiente de ingresos, sino más bien dotar a éstas de los recursos necesarios para gestionar las competencias asumidas.

⁷ Véanse, entre otros, RAMALLO MASSANET, J., «Incidencia de la Constitución española de 1978 en materia de fuentes normativas de las Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *Hacienda y Constitución*, IEF, Madrid, 1979, pág. 117, LASARTE ÁLVAREZ, J.,

Resulta innegable la existencia de un importante paralelismo entre la potestad tributaria estatal recogida en el art. 133.1 CE y aquella otra contenida en el apartado 2º del texto constitucional en favor de las Comunidades Autónomas. Los dos aspectos básicos que configuran dicho paralelismo son, de una parte, la existencia en ambos supuestos de una asignación de carácter constitucional, y de otra, como no podía ser menos, la instauración de la Ley como instrumento jurídico primordial del ejercicio del poder tributario a través del principio de reserva de Ley. Sin embargo, mientras el poder tributario estatal queda sujeto a lo dispuesto en los mandatos constitucionales, el autonómico ha de ajustarse además a los condicionamientos establecidos por las Leyes estatales, (LOFCA), y los Estatutos de Autonomía.

Ya en el sistema de financiación diseñado en la redacción original de la LOFCA y en los Estatutos de Autonomía, las CC.AA. de régimen general podían, mediante Ley, «establecer» sus propios tributos, con la consiguiente exigencia de la carga fiscal a los contribuyentes. En cambio, por lo que respecta a los impuestos cedidos por el Estado, tan sólo se encontraban capacitadas para «exigir» estos.

En tanto en cuanto las competencias normativas respecto a la mayor parte de los recursos de las Comunidades Autónomas eran de titularidad estatal, el poder tributario autonómico entendido como la potestad normativa para crear y regular tributos quedaba circunscrito al ámbito de los tributos propios y, en menor medida, al ámbito de los recargos sobre impuestos estatales. Por el contrario los impuestos cedidos parecían quedar al margen del mismo. Así las cosas, siendo los impuestos cedidos tributos propios del Estado, los recursos obtenidos de los mismos tenían para las Comunidades Autónomas la naturaleza de transferidos, constituyendo una suerte de participación en los impuestos del Estado.

En definitiva, la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas de 1980 proporcionaba un concepto de cesión de impuestos estatales que excluía la posibilidad de su consideración como instrumento para ejercitar la autonomía tributaria, entendida esta última como la capacidad para adoptar decisiones en materia tri-

«Potestad legislativa y poder tributario de las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. II, IEF, Madrid, 1979, pág. 1257, MARTÍN QUE-RALT, J., «La institucionalización de la Hacienda en los futuros Estatutos de Autonomía», ob. cit., pág. 133 y CAZORLA PRIETO, L.Mª., *El poder tributario en el Estado contemporáneo: un estudio*, IEF, Madrid, 1981, pág. 208. Todos ellos, a la vista del reconocimiento constitucional del poder tributario de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, cuestionan o dan por superado el criterio de distinguir el poder tributario del Estado frente al poder tributario de esos entes territoriales con base en el carácter originario o derivado de uno y otro.

butaria mediante el ejercicio de competencias normativas y, en menor medida, de competencias administrativas o de gestión.

Este inicial tratamiento conferido a los impuestos cedidos, carente de todo reconocimiento expreso a las Comunidades Autónomas de un poder de imposición estricto sobre los mismos e integrado únicamente por una simple delegación de competencias en los órdenes de gestión y resolución de aquellos conflictos que genera la potestad de exigirlos, se vio alterado a raíz de la aprobación de las Leyes 3/1996 y 14/1996.⁸

Ambas disposiciones supusieron un reconocimiento de la potestad de las Comunidades Autónomas para intervenir en su establecimiento, pudiendo legislar sobre ciertos elementos esenciales de su régimen jurídico. La inicial distribución de potestades, funciones y facultades se vio modificada con la configuración de esta ampliación del ámbito funcional de la cesión, otorgándose ciertas competencias normativas limitadas en la materia a las Comunidades Autónomas.

De este modo a los ya conocidos planos de gestión tributaria y apropiación de la recaudación se añade un tercer vértice, la capacidad legislativa. Si bien el impuesto cedido continúa siendo un impuesto creado por Ley estatal, perteneciendo al Estado la esencia de su potestad normativa, incorpora al mismo tiempo una potestad normativa autonómica parcial de la que en un primer momento se carecía absolutamente.

El impuesto cedido ya no es establecido por tanto de manera cerrada por el Estado, sino por el contrario de un modo abierto, permitiendo una integración posterior a través de la utilización de su poder normativo por la Comunidad Autónoma. El legislador estatal hace así uso de la autorización concedida por el art. 157.3 CE para redefinir el contenido de este mecanismo de financiación autonómica diseñado en la Norma Fundamental.

Ahora bien siendo los impuestos cedidos establecidos por una Ley estatal, incluso si en relación con ellos las Comunidades Autónomas

⁸ Véase en este sentido ZORNOZA PÉREZ, J., «Corresponsabilidad fiscal y financiación de las Comunidades Autónomas: el modelo para el quinquenio 1997-2001», en la obra colectiva *El Estado de las Autonomías*, vol. IV, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, pág. 4017, ALONSO GONZÁLEZ, L. M., «Los tributos cedidos y la reforma del sistema de financiación autonómica», en *QF*, núm. 22, 1997, pág. 14, «Capacidades normativas de las Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *El sistema de financiación autonómica*, Colección Informes y Documentos, Serie Administraciones Territoriales, INAP 1998, pág. 25, QUINTANA FERRER, E., «Tributos cedidos y legislación autonómica», en *RCT*, núm. 200, CEF, 1999, pág. 130 y AGULLÓ AGÜERO, A., «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas: significado y repercusiones sobre el sistema tributario (La ampliación del concepto de impuesto cedido)», en *Seminario sobre una nueva etapa en la corresponsabilidad fiscal*, Institut d'Estudis Autonòmics, Generalitat de Catalunya, 1999, pág. 3.

ostentan un cierto poder normativo será siempre dentro de los límites determinados por la correspondiente Ley de cesión, que constituye al mismo tiempo norma habilitante y límite específico para el ejercicio del poder tributario autonómico en este ámbito.

No debemos situar en un mismo plano la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas sobre la imposición cedida y aquella otra desplegada por estos entes al crear y regular sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales o recargos. Y es que la referencia constitucional a las Leyes como límite de la cesión comprende, además de lo dispuesto en la LOFCA y en los Estatutos de Autonomía, lo señalado por la Ley General y por las Leyes específicas de cesión.

Siguiendo a MARTÍNEZ LAFUENTE⁹ el impuesto cedido es estatal, no emanado del poder tributario que a las Comunidades Autónomas reconoce el apartado 2º del art. 133 de la Constitución. El Estado conserva la titularidad del impuesto en tanto dure la cesión del mismo. Y dicha titularidad, al amparo de lo dispuesto en el art. 133.1 CE, significa tener competencia para decidir su establecimiento y vigencia en todo el territorio, así como para dotarlo de unas características identificadoras concretas.

La titularidad plena de los tributos propios autonómicos corresponde en cambio a una Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que la capacidad para su establecimiento se halle más limitada que la perteneciente al Estado como consecuencia del carácter derivado del poder tributario de aquéllas frente al carácter originario del poder tributario estatal.

Pues bien, si admitimos que es la extensión de la competencia normativa a ejercer por una Comunidad Autónoma la que determina que un tributo autonómico adquiera la condición de propio, los impuestos cedidos, al ser creados por Leyes estatales, serán expresión del poder tributario dominante que ostenta la Hacienda central. Ello queda reflejado en la facultad reconocida al Estado por el art. 6.4 de la LOFCA de poder establecer tributos sobre hechos imposables ya gravados por las Comunidades Autónomas. Como titular del impuesto será el Estado el ente público encargado de decidir las competencias tributarias concretas cuyo ejercicio se reserve así como aquellas otras que atribuya a las Comunidades Autónomas, delimitando además el grado y la intensidad con la que deban ser ejercitadas estas últimas.

Tal y como declara el Tribunal Constitucional en su Sentencia 181/1988, «(...) Sólo al Estado corresponde elaborar la completa disci-

⁹ MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *La cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Cívitas, Madrid, 1983, pág. 47.

plina sustantiva de estos recursos financieros, así como definir en su cualidad de sujeto cedente el alcance y condiciones de la ulterior cesión de su rendimiento a las Haciendas autonómicas» (F.J.º 3º).

Los impuestos cedidos tienen su origen o dependen de fuentes de financiación pertenecientes a la Hacienda estatal. Con independencia de que las Comunidades Autónomas puedan disponer de tributos propios y de otros ingresos resultantes de una decisión autónoma de sus instituciones, requieren asimismo una canalización de parte de los ingresos generados por los recursos tributarios creados por la Hacienda estatal.

Son varios los elementos configuradores del concepto de impuesto estatal cedido que han de ser tomados en consideración. En primer lugar cabe referirse a su creación y establecimiento, que corresponde al Estado, de conformidad con el alcance del principio de reserva de Ley. Los impuestos cedidos total o parcialmente a las Comunidades Autónomas deben continuar siendo institutos jurídicos constitutivos de la Hacienda Pública estatal.

Las normas legales y reglamentarias emanadas del Estado con este fin han de ser respetadas en todo caso por las respectivas CC.AA. a las que se cede el impuesto, las cuales sólo podrán regular éste cuando así lo determine la normativa estatal. La cesión del impuesto estatal no podrá afectar en modo alguno a su carácter de recurso impositivo perteneciente a la Hacienda central. De lo contrario el constituyente hubiese ubicado esta categoría impositiva en la letra b) del art. 157 CE junto con los impuestos propios establecidos por las Comunidades Autónomas. Ha de ser pues el Estado quien, al amparo del principio de reserva de Ley estatal, decida el grado e intensidad de las competencias tributarias concretas cuyo ejercicio se atribuye a las Comunidades Autónomas.¹⁰

Sostiene AGULLÓ AGÜERO¹¹ que, con independencia de la existencia de una reserva de titularidad a favor del Estado, la ampliación experimentada por el concepto de impuesto cedido implica un reco-

¹⁰ Véase LASARTE ÁLVAREZ, J., «La financiación de las Comunidades Autónomas», en *RER*, Extraordinario, vol. I, 1979, pág. 841, ESEVERRI MARTÍNEZ, E., «Competencias legislativas de las Comunidades en materia tributaria. Una posible causa de conflictos de competencia», en la obra colectiva, *El Tribunal Constitucional*, IEF, Madrid, 1981, pág. 944 y ALONSO GONZÁLEZ, L.M., «Los tributos cedidos y la reforma del sistema de financiación autonómica», ob. cit., pág. 15. El propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado además sobre esta cuestión, si bien de manera colateral, en su Sentencia 296/1994, de 10 de noviembre, a propósito de la constitucionalidad del recargo del 20% establecido por la Ley del Parlamento catalán 2/1987, de 5 de enero, sobre la tasa fiscal que grava la autorización, organización o celebración de juegos de azar mediante máquinas o aparatos automáticos.

¹¹ AGULLÓ AGÜERO, A., «La capacidad normativa de las Comunidades: significado y repercusiones sobre el sistema tributario (La ampliación del concepto de impuesto cedido)», ob. cit., pág. 39.

nocimiento de que la titularidad de la competencia normativa sobre estos es propia y originaria de las Comunidades Autónomas y no de carácter derivado o cedido. También QUINTANA FERRER¹² alude a la existencia de una línea divisoria entre el carácter derivado de las competencias normativas autonómicas sobre los tributos cedidos y la naturaleza originaria, desde un punto de vista constitucional, de la cesión de dichas competencias.

No estamos de acuerdo con estas consideraciones. Los impuestos cedidos han de ser previamente establecidos por una Ley estatal. Y con independencia de que las Comunidades Autónomas puedan ostentar en relación con los mismos un cierto poder normativo, éste habrá de respetar siempre los límites configurados por la correspondiente Ley de Cesión al amparo de la reserva de Ley estatal. Es más, el Estado podrá eventualmente recuperar las competencias cedidas.

En consecuencia, el hecho de que la atribución de competencias normativas forme parte del contenido constitucional de la cesión no significa que las Comunidades Autónomas puedan gozar originariamente de la titularidad de dichas competencias. Al amparo de la reserva de Ley estatal el Estado no comparte la titularidad de las competencias normativas con los entes territoriales sino que, por el contrario, cede dichas competencias normativas.

Esta atribución de competencias ha de venir delimitada conforme a los mecanismos permitidos por el bloque de constitucionalidad, quedando así configuradas como competencias normativas inicialmente estatales pero cedidas en los términos establecidos por el conjunto de los principios constitucionales, entre los que destaca el principio de reserva de Ley.

Como es sabido la intensidad y el alcance de la atribución de competencias tributarias a las Comunidades Autónomas se encuentra necesariamente vinculada a las competencias materiales que las mismas hayan podido asumir, tal y como dispone el propio art. 156.1 CE al afirmar que «Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía para el desarrollo y ejecución de sus competencias (...)»¹³.

Disponía en este sentido el art. 4.Dos de la Ley 14/1996 que «La normativa que dicten las Comunidades Autónomas en relación con las materias cuya competencia les corresponda de acuerdo con su Estatuto

¹² QUINTANA FERRER, E., «Tributos cedidos y legislación autonómica», ob. cit., pág. 132.

¹³ CASADO OLLERO, G., «Capacidades normativas de las Comunidades Autónomas», en la obra colectiva *El sistema de financiación autonómica*, Colección Informes y Documentos, Serie Administraciones Territoriales, INAP, Madrid, 1998, pág. 27, destaca esta necesidad de equilibrio o de conexión entre las competencias de las Comunidades Autónomas para establecer y ordenar sus propios sistemas de recursos y sus competencias materiales.

de Autonomía y que sea susceptible de tener, por vía indirecta, efectos fiscales, no producirá tales efectos en cuanto el régimen tributario que configure no se ajuste al establecido por las normas estatales». Idéntica redacción se contiene en el art. 19.2 de la Ley 21/2001¹⁴.

La razón de ser de lo dispuesto en el citado precepto parece residir en el hecho de que, por aquél entonces, se consideró conveniente ratificar la completa carencia de poder normativo de las Comunidades Autónomas sobre los impuestos cedidos, privándose así de eficacia a cualquier disposición autonómica que pretendiese variar de modo indirecto el régimen fiscal propio del sistema estatal. El progresivo reconocimiento de competencias normativas a los entes territoriales determina sin embargo, en nuestra opinión, que la razón de ser del mantenimiento de la norma haya ido perdiendo progresivamente su sentido inicial.

La necesaria conexión que ha de existir entre competencias materiales de las Comunidades Autónomas y competencias tributarias sobre impuestos estatales cedidos nos ofrece además un segundo límite al alcance de la cesión, constituido por el hecho de que las competencias tributarias sobre impuestos estatales cedidas a aquéllas podrán diferir para cada una de ellas en la medida en que las propias Comunidades pueden tener asumido en cada momento distintas competencias materiales. De este modo el alcance de la cesión de los impuestos estatales a cada uno de los distintos entes territoriales resultará diferente.

Fijar de un modo concreto el alcance máximo de la cesión a las Comunidades Autónomas de competencias normativas sobre determinados impuestos estatales constituye una labor no exenta de una cierta complejidad. El principio constitucional de reserva de Ley estatal exige, en aras de su cumplimiento y garantía, que determinadas competencias tributarias queden reservadas al Estado y no puedan ser objeto de cesión a las CC.AA.

¹⁴ La práctica totalidad de la doctrina coincide en señalar que las eventuales disposiciones autonómicas a las que la norma se refiere y frente a las que se intenta reaccionar no son de carácter tributario, sino más bien relativas a otros sectores de actuación, tal y como deja entrever además el propio legislador cuando alude a normas susceptibles de producir «efectos fiscales por vía indirecta». Así, CALERO GALLEGO, J., F. ESCRIBANO LÓPEZ, F. y RAMÍREZ GÓMEZ, S., *La cesión de tributos a la Comunidad Autónoma andaluza*, IDR, Universidad de Sevilla, 1986, pág. 40, afirman, en relación con lo dispuesto por el art. 3.2 de la Ley 30/1983 (que constituyó el germen del art. 4.Dos de la Ley 14/1996), que la regla no hace referencia a un supuesto de competencia directamente tributaria. ZORNOZA PÉREZ, J., «Corresponsabilidad fiscal y financiación de las Comunidades Autónomas: el modelo para el quinquenio 1997-2001», ob. cit., pág. 4019, considera como objetivo fundamental de la disposición impedir que a través de la vía de la regulación de materias sustantivas de competencia de las Comunidades Autónomas, éstas puedan llegar a alterar los efectos propios de la normativa tributaria estatal.

Afirma RAMALLO MASSANET¹⁵ que el alcance de la cesión de competencias tributarias a las Comunidades Autónomas sobre los diferentes impuestos estatales dependerá de la naturaleza y características propias de cada impuesto así como de la función que cumpla cada uno de ellos en el sistema tributario.

Pues bien, a nuestro juicio se trata de una cuestión en la que el Estado debe actuar con suma prudencia. Solamente la existencia de un régimen de cesión caracterizado por una cierta flexibilidad en la distribución de competencias tributarias permitirá configurar progresivamente la autonomía financiera y tributaria de las Comunidades Autónomas. Estimamos por tanto que la asunción de competencias normativas por las Comunidades Autónomas debe llevarse a cabo de un modo flexible, reservándose al Estado la regulación completa de aquellos elementos estructurales que sean configuradores o identificativos de cada uno de los impuestos cedidos. Y, como analizaremos a continuación, esto no es lo que se ha llevado a cabo en la Ley 21/2001.

El necesario respeto al principio constitucional de reserva de Ley estatal impide que una Comunidad Autónoma pueda decidir unilateralmente la supresión de un impuesto estatal cedido, causando así distorsiones interterritoriales en figuras que resultan de obligada vigencia en todo el territorio nacional. Dicho principio representa el límite a las fuentes normativas utilizables por las Comunidades Autónomas para regular los impuestos cedidos.

Los impuestos cedidos a las CC.AA. deben mantener el carácter de recursos tributarios de titularidad estatal. En efecto las figuras tributarias generadoras de los ingresos impositivos que resultan cedidos a las Haciendas autonómicas deben mantenerse como piezas integrantes del sistema tributario estatal. Tan sólo perderían su condición de recurso financiero estatal en el supuesto de que el Estado decidiese su derogación, renunciando a la materia imponible por ellos gravada en favor de las Comunidades Autónomas. Esta afirmación de la estatalidad de los impuestos cedidos parte del plano de la legislación positiva, fundamentándose en lo dispuesto en la LOFCA, Estatutos de Autonomía y Leyes reguladoras de la cesión.

Si se considera el término «*titularidad*» al que se refieren las Leyes como «*ejercicio del poder tributario*», los impuestos cedidos deben continuar siendo estatales, y ello aunque en determinados casos la cesión sea tan amplia que las normas de las Comunidades Autónomas puedan llegar a neutralizar la teórica competencia estatal.

¹⁵ RAMALLO MASSANET, J., «Contenido, instrumentos y límites de la corresponsabilidad fiscal», en *Autonomías*, núm. 20, diciembre, 1995, pág. 29.

La responsabilidad en relación a su establecimiento es exclusivamente del Estado. Y este carácter estatal no puede quedar eliminado como consecuencia de una atribución de competencias normativas tan amplias que lleguen a difuminar la frontera trazada con suma nitidez dentro del bloque de constitucionalidad entre la tributación estatal cedida y la tributación autonómica propia. A través de la cesión de competencias normativas no se puede llegar a desvirtuar el cuadro de los impuestos propios del Estado.

Tal y como hemos subrayado en todo caso corresponderá al Estado la titularidad de las competencias normativas, de gestión, liquidación, recaudación e inspección de estos impuestos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas, así como la revisión de todos aquellos actos relativos a los mismos dictados en vía de gestión.

Sucede no obstante que el progresivo incremento de las potestades normativas concedidas a las Comunidades Autónomas en materia de cesión permiten a éstas en determinados casos llevar a cabo una modificación de la estructura del impuesto estatal. Así, a pesar de conservar su carácter de estatal, las CC.AA. viene gozando progresivamente de una amplia libertad en la determinación de sus elementos cuantificadores: base imponible, tarifa o tipo de gravamen y bonificaciones o deducciones en la cuota¹⁶.

Este poder normativo constituye una técnica de autonomía tributaria alternativa a los impuestos propios, dados los estrictos límites impuestos por la LOFCA sobre la imposición propia autonómica. Tiene lugar así una ampliación de la capacidad normativa de estos entes territoriales lo cual, analizado desde la perspectiva de los límites que el poder tributario autonómico debe respetar en el ejercicio de tal capacidad, merece a nuestro entender un juicio positivo al quedar reforzada la autonomía tributaria de aquéllos. Ahora bien, debe reconocerse igualmente que el impuesto cedido queda bastante desnaturalizado, aproximándose más a la figura del impuesto propio o a una especie de impuesto compartido.

Piénsese por ejemplo en la situación que se plantea en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), en relación con el cual han sido cedidas importantes competencias normativas en relación con los elementos directos de cuantificación, pudiendo modificar las Comunidades Autónomas la tarifa del impuesto así como las cuantías y los coeficientes del patrimonio preexistente y las deducciones y bonificaciones de la cuota.

¹⁶ Véase a este respecto *Estudios jurídicos sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*, IEF, Ministerio de Hacienda, Madrid, 2003, pág. 102.

Ha de ser pues la normativa estatal la encargada de perfilar en su integridad los elementos de identificación del impuesto cedido, entre los que se incluyen no ya sólo el hecho imponible o las exenciones, sino también los sujetos pasivos y las reglas de cuantificación de la base imponible. De este modo el ámbito de actuación de las Haciendas autonómicas se centraría en los tipos de gravamen o en las tarifas, siendo este último campo aquél en el que la autonomía financiera perseguida debiera alcanzar su máxima expresión, con el reconocimiento de las correspondientes competencias normativas¹⁷.

En cuanto a la posible extensión de las competencias normativas a una hipotética creación de reducciones en la base imponible o deducciones de la cuota adicionales a las previstas en la normativa estatal, nos hallamos ante una cuestión que dependerá fundamentalmente de la naturaleza propia de cada impuesto así como de la función desempeñada por el mismo dentro del sistema tributario estatal¹⁸.

Lógicamente el vehículo jurídico del que han de valerse las Comunidades Autónomas para ejercer las competencias asumidas debe ser el de las normas aprobadas por sus Asambleas Legislativas, respetándose así el principio de reserva de Ley. Cualquier reconocimiento a las CC.AA. de potestad reglamentaria para poder fijar tipos impositivos dentro de los límites establecidos por la Ley estatal significaría una vulneración de la reserva de Ley en materia tributaria consagrada por los arts. 31.3 y 133.1 y .2 de la Constitución. La intervención de estas normas reglamentarias sólo resultaría legítima en relación con aquellos aspectos no cubiertos por la propia reserva, o bien si lo que se pretende es completar el contenido de las leyes autonómicas¹⁹.

¹⁷ Coincidimos en este sentido con RAMOS PRIETO, J., *La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas*, Comares, 2002, Granada, pág. 154, quien considera que «Carecería de sentido que lo único que se permitiese a las Comunidades Autónomas fuese elevar los tipos impositivos establecidos en la normativa estatal, pues para conseguir idéntico resultado les bastaría con crear recargos. Por tanto, si se quiere evitar un solapamiento entre estas dos categorías de recursos, es preciso darles capacidad no sólo para aumentar los tipos, sino también para disminuirlos, ya con total libertad, ya con restricciones cuando así lo aconsejen las características del impuesto estatal de que se trate». Acerca de las diversas posibilidades que plantea la atribución de poder legislativo a las Haciendas autonómicas, véase también QUINTANA FERRER, E., «Tributos cedidos y legislación autonómica», ob. cit., pág. 132.

¹⁸ Tal y como afirma RAMALLO MASSANET, J., «El reparto de competencias tributarias entre los distintos ámbitos de gobierno», en *REDF*, núm. 60, 1988, pág. 530, no puede sostenerse al respecto la existencia de una regla general, si bien, *a priori*, no se ha de excluir la posibilidad de que las Haciendas autonómicas puedan instaurar beneficios fiscales complementarios a los dispuestos en la regulación común.

¹⁹ Mención especial merece el caso de las Ciudades de Ceuta y Melilla que, como es sabido, ostentan unas Asambleas que carecen de potestad legislativa, lo cual puede plantear problemas en el momento en que estos dos territorios puedan recibir la cesión de impuestos estatales. Tal y como subraya LASARTE ÁLVAREZ, J., «La reforma de la finan-

En este sentido es la LOFCA el instrumento jurídico que articula la cesión de competencias de gestión a las Comunidades Autónomas en materia de impuestos estatales cedidos. No obstante, a tenor de lo dispuesto por su art. 10.1, no parece posible hablar de potestad tributaria de las Comunidades Autónomas entendida en el sentido de potestad normativa.

Tal y como parece derivarse del contenido del art. 156.2 CE, la cesión de impuestos a las Comunidades Autónomas no implicaba necesariamente el reconocimiento a estos entes territoriales de un estricto poder de imposición, sino más bien de una delegación de competencias en los órdenes de gestión y resolución de conflictos que constituyen su potestad para exigirlos²⁰.

Por otra parte, la cesión de un impuesto estatal a las Comunidades Autónomas no puede ser calificada en ningún caso como una atribución irrevocable a éstas de las distintas competencias que comporta la titularidad de dicho impuesto.

Estimamos que la atribución de competencias normativas a las Comunidades Autónomas cesionarias no tiene por qué suponer una vulneración del marco constitucional siempre que se produzca el mantenimiento de la titularidad de las citadas competencias en manos del Estado, pudiendo éste incluso llegar a recuperar el ejercicio de aquéllas que no hubiesen sido asumidas por las Comunidades Autónomas como propias. Un impuesto cedido es siempre un impuesto estatal porque al Estado corresponde establecerlo, esto es, fijar su hecho imponible, y regularlo, es decir, disciplinar los aspectos esen-

ciación autonómica para el quinquenio 1997-2001», en la obra colectiva *Estatuto de Autonomía y Régimen Fiscal de Melilla*, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 178, «La atribución de competencias normativas sobre los impuestos cedidos a estas dos Ciudades deberá ser especialmente respetuosa con el principio de legalidad tributaria».

²⁰ Con carácter general es posible aludir a la existencia de una importante falta de coordinación técnica entre la Constitución y la LOFCA que, en ocasiones, puede llevar a equívocos. Así por ejemplo la Constitución se refiere en su art. 157.1.a) a «impuestos cedidos», mientras que el art. 10 de la LOFCA utiliza la expresión de «tributos cedidos». En opinión de FERREIRO LAPATZA, J. J., «Los impuestos cedidos y la Ley 42/1983, de 28 de diciembre», en *REDF*, núm. 40, 1983, pág. 611, esta contradicción ha de resolverse en favor de la Constitución, «no sólo por el rango supremo de la Norma Constitucional, sino también porque el texto constitucional es más congruente con la naturaleza de las tasas y de las contribuciones especiales». Lo cierto es que aunque el texto del art. 10 del Proyecto de la LOFCA inicialmente aprobada por el Congreso de los Diputados empleaba la expresión «impuestos cedidos», durante la tramitación en el Senado, a raíz de una enmienda se produjo este cambio terminológico, adoptándose la expresión de «tributos cedidos». ADAME MARTÍNEZ, F. D., *Tributos propios de las Comunidades Autónomas*, Comares, Granada, 1996, pág. 552, apunta al respecto que «(...) Si el motivo fundamental de esta modificación de tan hondo calado era tratar de posibilitar la cesión de las tasas sobre las diversas modalidades de juegos de suerte (incluidas en la enumeración recogida en el art. 11 del Proyecto de la LOFCA aprobado por el Congreso entre los «impuestos» que podían ser cedidos) dicha modificación no estaba ni mucho menos justificada».

ciales de su régimen jurídico. Por ello ha de ser el Estado el único competente para suprimir dicho impuesto cedido.

Y es que en la medida en que la titularidad de un determinado tributo supone ostentar una competencia normativa para establecerlo y regularlo así como para exigirlo o gestionarlo y para adquirir las sumas recaudatorias derivadas de su aplicación (competencias todas estas asumidas por el Estado respecto del conjunto de impuestos que conformaban el sistema impositivo estatal con anterioridad al nacimiento de las Comunidades Autónomas), admitir un criterio como el planteado significaría una renuncia definitiva por parte del Estado de todas o de algunas de las citadas competencias en favor de las Comunidades Autónomas²¹.

La denominación de «impuesto estatal cedido» está ya sugiriendo que existe una innegable titularidad estatal y que es el Estado el que ha de conservar dicha titularidad mientras se prolongue la cesión del mismo. A la luz de lo declarado en el art. 133.1 CE esta titularidad determina la competencia para decidir su establecimiento y su vigencia en todo el territorio, así como para dotarlo de unas características identificadoras concretas. La Hacienda central dispone además de la potestad de modificar los términos de la atribución de competencias o de recuperar su ejercicio como consecuencia de la incidencia del Derecho Comunitario.

El propio Tribunal Constitucional rechaza con rotundidad la posibilidad de que la cesión pueda entrañar una entrega irrevocable del impuesto a la Comunidad Autónoma, dejando de pertenecer al ente cedente para pasar a formar parte de las competencias propias del ente cesionario. Tal y como afirma el Tribunal en su Sentencia 192/2000, de 13 de julio, «Ello no se compadece con el ámbito de la competencia estatal del art. 149.1.14ª CE en su conexión con el art. 133.1 CE, pues pondría en cuestión el principio de la potestad tributaria originaria del Estado» (F.J.º 8º).

La asunción de competencias normativas por las Comunidades Autónomas en materia de impuestos cedidos no permite a éstas oponerse al conjunto de la normativa estatal existente en este ámbito, decidiendo por ejemplo su sometimiento a una reglamentación específica. En efecto si reconociésemos a las Comunidades Autónomas potestad para desarrollar reglamentariamente determinados aspectos

²¹ PÉREZ ROYO, J., *El nuevo modelo de financiación autonómica: análisis exclusivamente constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 51, va más allá y sostiene que, a tenor del carácter estatal de los impuestos cedidos, resultaría inconstitucional la renuncia por parte del Estado a ejercer aquellas competencias normativas que originariamente le corresponden sobre los mismos.

de la cesión impositiva, la vulneración del principio de reserva de Ley sería absoluta.

Al amparo del principio de reserva de Ley estatal la titularidad de los impuestos cedidos que el Estado se reserva no significa simplemente que éste dispone de la posibilidad jurídica de revertir la cesión. Supone además, y sobre todo, que el Estado puede fijar el alcance y las condiciones de la cesión en aquellos términos que estime más adecuados.

El concepto constitucional de impuesto cedido impide el abandono total por el Estado en favor de las Comunidades Autónomas de la materia imponible gravada. El Estado ha de reservarse siempre una mínima competencia normativa, regulando elementos identificadores del impuesto tales como el hecho imponible o los sujetos pasivos. Sólo así se garantiza la coherencia y equidad del sistema tributario. Y ello sin perjuicio de que con posterioridad el Estado decida ceder diversas competencias que afectan al impuesto a las CC.AA., proporcionando a éstas un instrumento flexible que profundice en su autonomía tributaria.

El acto normativo de la cesión no priva al Estado de la facultad de alterar la regulación establecida, pudiendo incluso llegar a suprimir los impuestos afectados por la misma. Por tanto defender el planteamiento de que el Estado no puede recuperar aquellas competencias normativas que hayan sido atribuidas a las Haciendas autonómicas, con independencia de que pueda reservarse la titularidad de las mismas, no resulta muy respetuoso con el principio de reserva de Ley estatal del art. 133.1 CE.

El hecho de que la regulación normativa sobre una determinada materia haya sido cedida a una concreta Comunidad Autónoma no justifica que dicha competencia autonómica quede «blindada» frente a la constante presión que ejerce la norma estatal al amparo del principio de reserva de Ley. Recuérdese en este sentido la recuperación por motivos comunitarios.

A priori, parece difícil pensar que el Estado pueda en un momento determinado proceder a recuperar aquellas competencias normativas que han sido objeto de cesión. Coincidimos con CALVO ORTEGA²² en que, en la práctica, la figura de la cesión será normalmente definitiva, dado el elevado coste político que tendría para el Gobierno Central proceder a la derogación de la cesión, sobre todo en un sistema como el nuestro en el que la cesión se halla precedida de un Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.

²² CALVO ORTEGA, R., «Tributos cedidos: concepto, evolución y problemas actuales», en *RDFHP*, núm. 268, págs. 262 y ss.

mas. Y ello al margen del nulo valor jurídico que reporta esta última medida, al proceder de un órgano de coordinación.

Es más, esta dificultad que plantea la reversión al Estado de un impuesto cedido cuando la cesión va acompañada de una atribución de capacidad normativa ha de ser juzgada positivamente en la medida en que contribuye a una mayor estabilidad del sistema tributario autonómico y a una mayor responsabilidad fiscal de estos entes territoriales.

Sin embargo desde un punto de vista estrictamente jurídico la cesión debe estar siempre sujeta a derogación, puesto que su soporte jerárquico está constituido por la Ley estatal de Cesión. Siempre será posible que una Ley estatal modifique o incluso derogue una de estas figuras impositivas. Piénsese además que una cesión formalmente definitiva carecería de todo sentido, ya que procedería a convertir al impuesto cedido en propio.

En conclusión, las disposiciones supletorias que pueda dictar el Estado en materia de impuestos cedidos constituyen un complemento esencial para la propia existencia de la normativa tributaria estatal y deben formar parte del propio marco normativo de atribución de potestades legislativas tributarias.

La vigencia de los impuestos cedidos depende únicamente de la voluntad del Estado quien, como ente público creador de los mismos, es el único capacitado para decidir su eventual supresión. Ello no obsta sin embargo para que las competencias normativas asumidas por las Comunidades Autónomas permitan a éstas acometer ciertas modificaciones.

Pero debe tenerse presente en todo caso que el establecimiento de normas supletorias por parte del Estado constituye una manifestación legítima de la titularidad que aquél ostenta sobre dichas competencias normativas, así como una necesidad ineludible para que se cumpla la función coordinadora que desempeña la cesión impositiva. Y es que ha de existir una técnica garantista que impida que, ante una determinada carencia en la disciplina legal de los impuestos cedidos imputable a las Comunidades Autónomas, pueda producirse su abolición de facto.

2. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 7/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sin lugar a dudas la capacidad normativa asumida por las CC.AA. en materia de cesión impositiva viene experimentando desde hace un tiempo un incremento progresivo. Las modificaciones efectuadas en

este ámbito son constantes, y se producen en aspectos tan relevantes para el contribuyente como las reducciones de la base imponible o las deducciones de la cuota, haciéndolas en ocasiones más atractivas que las contempladas en la normativa estatal. Y ello sin perjuicio de que, como es sabido, proceda la aplicación de aquélla con carácter supletorio.

Desde diversos sectores se ha apuntado, no sin cierta razón, la problemática que estas constantes modificaciones pueden llegar a plantear al contribuyente en términos de seguridad jurídica, máxime si tenemos en cuenta que las diferencias llegan a ser notables entre algunas Comunidades. Pero la realidad es que el conocimiento del conjunto de estas novedades que cada año se producen en el marco autonómico en materia de reducciones, mínimos exentos, bonificaciones o deducciones adquiere un carácter imprescindible para poder llevar a cabo una planificación fiscal adecuada a nuestras necesidades. Curiosamente la capacidad normativa de los entes regionales tiende a proyectarse además sobre los mismos elementos impositivos.

2.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

Como es de sobra conocido de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía, éstas tienen capacidad normativa dentro del IRPF sobre la escala autonómica y las deducciones:

Pues bien la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid para 2006 (*B.O.C.M. núm. 311, de 30 de diciembre de 2005* y *B.O.E. núm. 52, de 2 de marzo de 2006*) viene a regular en su artículo 1 diversas deducciones susceptibles de ser practicadas sobre la cuota íntegra autonómica.

Es el caso de la *deducción por nacimiento o adopción de hijos*, de conformidad con la cual los contribuyentes pueden deducir las siguientes cantidades por cada hijo nacido o adoptado en el período impositivo: 600 euros si se trata del primer hijo; 750 euros si se trata del segundo hijo y 900 euros si se trata del tercer hijo o sucesivos. Por otra parte en los casos de partos o adopciones múltiples las cuantías anteriormente citadas se incrementan en 600 euros por cada hijo.

Cabe no obstante precisar que sólo tienen derecho a practicar esta deducción los padres que convivan con los hijos nacidos o adoptados.

Y cuando los hijos nacidos o adoptados convivan con ambos progenitores el importe de la deducción se prorratea por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos, siempre y cuando optasen por tributación individual. A efectos de determinar el número de orden del hijo nacido o adoptado se atiende a los hijos que convivan con el contribuyente a la fecha de devengo del impuesto, computándose tanto los hijos naturales como los adoptivos.

Una segunda deducción que incorpora la Ley 7/2005 es la relativa a *adopción internacional de niños*. En los supuestos de adopción internacional los contribuyentes pueden deducir 600 euros por cada hijo adoptado en el período impositivo²³. De cara a determinar cuando tiene carácter internacional la adopción ha de estar a lo dispuesto en las normas y convenios aplicables a esta materia. Esta deducción es además compatible con la deducción por nacimiento o adopción de hijos.

De acuerdo con la *deducción por acogimiento familiar de menores* a que se refiere la Ley los contribuyentes madrileños pueden deducir, por cada menor en régimen de acogimiento familiar simple, permanente o preadoptivo, administrativo o judicial, y siempre que convivan con el menor durante más de 183 días del período impositivo, las siguientes cantidades: 600 euros si se trata del primer menor en régimen de acogimiento familiar; 750 euros si se trata del segundo menor en régimen de acogimiento familiar y 900 euros si se trata del tercer menor en régimen de acogimiento familiar o sucesivo²⁴. No obstante hemos de precisar que no da lugar a esta deducción el supuesto de acogimiento familiar preadoptivo cuando se produzca la adopción del menor durante el período impositivo. Por otra parte, tratándose de acogimiento de menores por matrimonios o uniones de hecho el importe de la deducción se prorratea por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos si optaran por tributación individual.

La *deducción por acogimiento no remunerado de mayores de 65 años y/o discapacitados* permite a los contribuyentes que tengan derecho a ella deducir la suma de 900 euros por cada persona mayor de 65 años o discapacitada con un grado de minusvalía igual o superior al 33% que conviva con el contribuyente durante más de 183 días al año en régimen de acogimiento sin contraprestación, cuando no diera

²³ En aquellos casos en los que el niño adoptado conviva con ambos padres adoptivos y éstos opten por la modalidad de tributación individual la deducción se prorrataría por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos.

²⁴ A efectos de precisar el número de orden del menor acogido únicamente se computan aquellos menores que hayan permanecido en dicho régimen durante más de 183 días del período impositivo. Y en ningún caso se computan los menores que hayan sido adoptados durante dicho período impositivo por el contribuyente.

lugar a la obtención de ayudas o subvenciones de la Comunidad de Madrid. Ahora bien no puede practicarse esta deducción en el supuesto de acogimiento de mayores de 65 años estando ligado el acogido al contribuyente por un vínculo de parentesco de consanguinidad o de afinidad de grado igual o inferior al cuarto²⁵.

A través de la *deducción por arrendamiento de vivienda habitual por menores de 35 años* aquellos contribuyentes que sean menores de la citada edad pueden deducir el 20% (con un máximo de 840 euros) de las cantidades que hayan satisfecho en el período impositivo por el arrendamiento de su vivienda habitual. Téngase presente que sólo se tiene derecho a la deducción cuando las cantidades abonadas por el arrendamiento de la vivienda habitual superen el 10% de la renta del período impositivo del contribuyente. Y no procede la misma cuando resulte aplicable la compensación por arrendamiento de vivienda habitual a que se refiere la Disposición Transitoria 13ª del RDLeg. 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (TRLIRPF).

La Ley 7/2005 se refiere además a dos interesantes deducciones. De una parte la *deducción por donativos a fundaciones*, que permite a los contribuyentes deducir el 15% de las cantidades donadas a fundaciones que cumplan con los requisitos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, y persigan fines culturales, asistenciales o sanitarios o cualesquiera otros de naturaleza análoga a éstos²⁶. Y de otra la *deducción para compensar la carga tributaria de determinadas ayudas*, de acuerdo con la cual aquellos contribuyentes que integren en la base imponible del IRPF el importe de las ayudas percibidas en aplicación del Decreto 47/2000, de 23 de marzo, de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la concesión de ayudas a quienes sufrieron prisión durante al menos un año como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, pueden aplicar una deducción en la cuota íntegra autonómica por importe de 600 euros²⁷.

²⁵ También en este caso si la persona acogida generase el derecho a la deducción para más de un contribuyente simultáneamente el importe de la misma se prorrataría por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos, siempre y cuando optaran por tributación individual.

²⁶ Es preciso no obstante que estas fundaciones se encuentren inscritas en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, así como que rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente y que éste haya ordenado su depósito en el Registro de Fundaciones.

²⁷ En estos casos, si la deducción se hubiese practicado ya en períodos impositivos anteriores, únicamente podría aplicarse la resultante de minorar el importe de 600 euros en la cuantía de las deducciones ya practicadas, sin que el resultado de esta operación pueda ser negativo.

Al hilo de la aplicación de este conjunto de deducciones prevé el legislador diversos *límites y requisitos formales que deben ser tenidos en cuenta*. Por ejemplo, únicamente tienen derecho a la aplicación de las deducciones por nacimiento o adopción de hijos, por acogimiento familiar de menores, por acogimiento no remunerado de mayores de 65 años y/o discapacitados y por arrendamiento de vivienda habitual por menores de 35 años aquellos contribuyentes cuya renta del período impositivo no sea superior a 24.700 euros en tributación individual o a 34.900 euros en tributación conjunta.

A efectos de la aplicación de la deducción por donativos a fundaciones la suma de la base de la misma y la base de las deducciones a las que se refieren los apartados 3 y 5 del artículo 69 del TRLIRPF no puede exceder del 10% de la base liquidable del contribuyente. Los contribuyentes que deseen gozar de la deducción por acogimiento familiar de menores han de estar además en posesión del correspondiente certificado acreditativo de la formalización del acogimiento expedido por la Consejería competente en la materia. Y aquellos otros contribuyentes que quisieran practicarse la deducción por acogimiento no remunerado de mayores de 65 años y/o discapacitados deben disponer de un certificado, expedido por la Consejería competente en la materia, por el que se acredite que ni el contribuyente ni la persona acogida han recibido ayudas de la Comunidad de Madrid vinculadas con el acogimiento.

Por último la deducción por arrendamiento de vivienda habitual por menores de 35 años requiere la acreditación del depósito de la fianza correspondiente al alquiler en el Instituto de la Vivienda de la Comunidad de Madrid formalizado por el arrendador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y en el Decreto 181/1996, de 5 de diciembre, por el que se regula el régimen de depósito de fianzas de arrendamientos en la Comunidad de Madrid.

2.2. Impuesto sobre el Patrimonio

Dentro del Impuesto sobre el Patrimonio las CC.AA. disponen de capacidad normativa para regular el mínimo exento, el tipo de gravamen, las exenciones del patrimonio protegido de los discapacitados y aquellas deducciones y bonificaciones propias y complementarias a las del Estado. En este sentido son cada vez más las Comunidades Autónomas que deciden hacer uso de su capacidad normativa proyectándola sobre aspectos tales como el mínimo exento general (muy similar en la mayoría de los casos al recogido por la normativa estatal) o el mínimo exento establecido para discapacitados.

El artículo 2 de la Ley 7/2005 fija el mínimo exento en 112.000 euros. No obstante, en el caso de contribuyentes discapacitados con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 %, el mínimo exento asciende a 224.000 euros.

2.3. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

En materia del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones las CC.AA. disponen de capacidad normativa sobre las reducciones de la base imponible (pueden crear reducciones propias o mejorar las contenidas en la normativa estatal), así como sobre la tarifa, las cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente y las deducciones y bonificaciones de la cuota. Es precisamente en este Impuesto donde las diferencias interterritoriales alcanzan una mayor trascendencia, si bien en conjunto las rebajas van siendo cada vez mayores.

¿Qué reducciones de la base imponible establece la Ley 7/2005? En las adquisiciones *mortis causa*, incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros sobre la vida, se contempla la aplicación de las siguientes reducciones en función del grado de parentesco con el causante, cuya aplicación permite obtener la base liquidable²⁸:

- Grupo I: Adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años, 100.000 euros.
- Grupo II: Adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 o más años, cónyuges, ascendientes y adoptantes, 100.000 euros.
- Grupo III: Adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad, 7.850 euros.
- Grupo IV: En las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no hay lugar a reducción.

Al margen de la aplicación de estas reducciones, se contempla una reducción de 55.000 euros en relación con las personas discapacitadas con un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Esta reducción sería no obstante de 153.000 euros para aquellas personas que, con arreglo a la normativa antes citada, acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Asimismo se prevé una reducción del 100% con el límite de 9.200 euros (independiente de la anterior) para las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida cuando su parentesco con el contratante fallecido sea

²⁸ Estas reducciones sustituyen a las análogas del Estado reguladas en el artículo 20.2 de la LISD.

el de cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptante o adoptado²⁹. La aplicación de esta reducción es única por sujeto pasivo, cualquiera que fuese el número de contratos de seguros de vida de los que sea beneficiario.³⁰

En aquellos casos en los que en la base imponible de una adquisición *mortis causa* que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una *empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades* a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo, del artículo 4 de la Ley 19/1991, reguladora del IP, o de derechos de usufructo sobre los mismos, para obtener la base liquidable ha de aplicarse en la base imponible, con independencia de las reducciones que procedan, otra del 95% del mencionado valor neto siempre que la adquisición se mantenga durante los 5 años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciese el adquirente dentro de este plazo.³¹

Este mismo porcentaje de reducción, con el límite de 122.000 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, es previsto expresamente por el legislador madrileño en los supuestos de adquisiciones *mortis causa* de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean el cónyuge, ascendientes o descendientes de aquél, o bien pariente colateral mayor de 65 años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento³². Téngase presente en este punto que, en caso de no cumplirse el citado requisito de permanencia el adquirente beneficiario de esta reducción debe declarar tal circunstancia a la Administración tributaria de la Comunidad de Madrid y pagar la parte del impuesto que se hubiese dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada junto con los correspondientes intereses de demora dentro del plazo de 30 hábiles desde que se produzca el hecho determinante del incumplimiento.

²⁹ En los seguros colectivos o contratados por las empresas en favor de sus empleados se ha de estar al grado de parentesco entre el asegurado fallecido y el beneficiario.

³⁰ Y en el supuesto de que el sujeto tuviese derecho al régimen de bonificaciones y reducciones que establece la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto, podría optar entre aplicar dicho régimen o la reducción que se establece en este apartado.

³¹ Si no existiesen descendientes o adoptados la reducción sería de aplicación a las adquisiciones efectuadas por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado con los mismos requisitos anteriormente señalados. En todo caso el cónyuge superviviente tiene derecho a la reducción del 95%.

³² Si en la base imponible correspondiente a una adquisición *mortis causa* del cónyuge, descendientes o adoptados de la persona fallecida se incluyeran bienes comprendidos en los apartados uno, dos o tres del artículo 4 de la LIP en cuanto integrantes del Patrimonio Histórico Español o Cultural de las Comunidades Autónomas, se aplicaría asimismo una reducción del 95% de su valor, con idénticos requisitos de permanencia.

Finalmente cuando en la base imponible del Impuesto se integren indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas a los herederos de los afectados por el síndrome tóxico podrá practicarse una reducción propia del 99% sobre los importes percibidos, cualquiera que sea la fecha de devengo del impuesto. Este mismo porcentaje de reducción, y con el mismo carácter, se ha de practicar en las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo percibidas por los herederos.³³

La **tarifa** del Impuesto queda recogida en el art. 3 de la Ley, y es la siguiente:

Base liquidable Hasta euros	Cuota íntegra euros	Resto base liquidable Hasta euros	Tipo aplicable Porcentaje
0,00	0,00	8.313,20	7,65
8.313,20	635,96	7.688,15	8,50
16.001,35	1.289,45	8.000,66	9,35
24.002,01	2.037,51	8.000,69	10,20
32.002,70	2.853,58	8.000,66	11,05
40.003,36	3.737,66	8.000,68	11,90
48.004,04	4.689,74	8.000,67	12,75
56.004,71	5.709,82	8.000,68	13,60
64.005,39	6.797,92	8.000,66	14,45
72.006,05	7.954,01	8.000,68	15,30
80.006,73	9.178,12	39.940,85	16,15
119.947,58	15.628,56	39.940,87	18,70
159.888,45	23.097,51	79.881,71	21,25
239.770,16	40.072,37	159.638,43	25,50
399.408,59	80.780,17	399.408,61	29,75
798.817,20	199.604,23	En adelante	34,00

Y por lo que respecta a la **cuota tributaria**, ésta viene determinada por el resultado de aplicar a la cuota íntegra el coeficiente multiplicador en función de la cuantía del patrimonio preexistente y de los grupos de parentesco siguientes:

³³ Lógicamente la reducción no es de aplicación cuando las indemnizaciones percibidas estén sujetas al IRPF.

Patrimonio preexistente en euros	Grupos de artículo 20		
	I y II	III	IV
De 0 a 403.000	1,0000	1,5882	2,0000
De más de 403.000 a 2.008.000	1,0500	1,6676	2,1000
De más de 2.008.000 a 4.021.000	1,1000	1,7471	2,2000
De más de 4.021.000	1,2000	1,9059	2,4000

Especialmente significativas resultan las **bonificaciones** susceptibles de aplicarse en el Impuesto Sucesorio. En el ámbito de *adquisiciones mortis causa* los sujetos pasivos incluidos en el Grupo I tienen derecho a la aplicación de una bonificación del 99% en la cuota tributaria derivada de adquisiciones *mortis causa* y de cantidades percibidas por beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integren la porción hereditaria del beneficiario. Y dentro de las *adquisiciones inter vivos* los sujetos pasivos incluidos en los Grupos I y II de parentesco pueden aplicarse una bonificación del 99% en la cuota tributaria derivada de las mismas. En todo caso es requisito necesario para la aplicación de esta bonificación que la donación se formalice en documento público.³⁴

2.4. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

A la hora de analizar el alcance de las competencias normativas en el ámbito del ITPyAJD deberemos tener presente que, por lo que respecta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, las CC.AA. pueden fijar los tipos aplicables a concesiones administrativas, transmisiones de bienes muebles e inmuebles, constitución y cesión de derechos reales sobre los mismos y arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, al margen de las deducciones y bonificaciones de la cuota en relación a los actos anteriores. Y dentro de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (Documento Notarial) la competencia normativa se extiende sobre el tipo de gravamen y las deducciones y bonificaciones de la cuota en relación a estos documentos.

³⁴ Puede suceder que la donación practicada se efectúe en metálico o en cualquiera de los bienes o derechos contemplados en el artículo 12 de la Ley 19/1991. Pues bien en este caso la bonificación sólo resultaría aplicable si el origen de los fondos donados estuviese debidamente justificado siempre que, además, se manifieste en el propio documento público en que se formalice la transmisión el origen de dichos fondos.

2.4.1. Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas

En la transmisión de inmuebles así como en la constitución y en la cesión de derechos reales que recaigan sobre los mismos, excepto en los derechos reales de garantía, el tipo de gravamen que ha de aplicarse es el 7%. Prevé no obstante el legislador madrileño la aplicación de un tipo reducido del 4% a las transmisiones de inmuebles en las que se adquiera la propiedad de viviendas ubicadas dentro del Distrito Municipal Centro del Ayuntamiento de Madrid, incluidos los anejos y garajes que se transmitan conjuntamente con aquéllas, siempre que se cumplan de manera simultánea los siguientes requisitos:

- Que la vivienda esté ubicada en el Distrito Municipal Centro del Ayuntamiento de Madrid.
- Que la vivienda tenga una superficie construida inferior a 90 metros cuadrados y una antigüedad mínima de 60 años.
- Que vaya a constituir la vivienda habitual de los adquirentes durante al menos 4 años, entendiéndose que se cumple este requisito cuando así lo alegue el contribuyente, sin perjuicio de la posterior comprobación administrativa.
- Que la vivienda no haya sido objeto de una rehabilitación en todo o en parte subvencionada con fondos públicos en los 15 años inmediatamente anteriores al momento de la adquisición.

No cumpliéndose el requisito de permanencia anteriormente citado el adquirente beneficiario del tipo reducido se vería obligado a declarar tal circunstancia a la Administración tributaria de la Comunidad de Madrid, así como a pagar la parte del impuesto que se hubiera dejado de ingresar como consecuencia de la aplicación del tipo de gravamen reducido más los intereses de demora correspondientes dentro del plazo de 30 días hábiles desde que se produzca el hecho determinante del incumplimiento.

El tipo impositivo reducido del 4% es susceptible de aplicarse a la transmisión de un inmueble que vaya a constituir la vivienda habitual de una familia numerosa, siempre que se cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

- Que el sujeto pasivo sea titular de una familia numerosa.
- Que el inmueble represente la vivienda habitual de la familia numerosa de la que sea titular el sujeto pasivo.

- Que, en el supuesto de que la anterior vivienda habitual fuera propiedad de alguno de los titulares de la familia numerosa, ésta se venda en el plazo de 2 años anteriores o posteriores a la adquisición de la nueva vivienda habitual.³⁵

2.4.2. Modalidad Actos Jurídicos Documentados

De acuerdo con lo dispuesto por el legislador en el art. 4 de la Ley 7/2005, tratándose de primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de viviendas cuando el adquirente sea persona física, se aplica el tipo 0,2% a la transmisión de viviendas de protección pública reguladas en la Ley 6/1997, de 8 de enero, de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad de Madrid, con una superficie útil máxima de 90 metros cuadrados, y que no cumplan los requisitos para gozar de la exención en esta modalidad del impuesto.³⁶

En cambio los tipos de gravamen son del 0,4% cuando se transmiten viviendas cuyo valor real es igual o inferior a 120.000 euros; del 0,5% en las transmisiones viviendas cuyo valor real resulta igual o inferior a 180.000 euros y superior a 120.000 euros; y del 1% para las transmisiones de viviendas cuyo valor real supera los 180.000 euros.³⁷

Las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten la constitución de hipoteca en garantía de préstamos para la adquisición de vivienda cuando el prestatario sea persona física son objeto de gravamen a un tipo del 0,4% si el valor real del derecho que se constituye resulta igual o inferior a 120.000 euros; al 0,5% cuando el valor real del derecho que se constituye es igual o inferior a 180.000 euros y superior a 120.000 euros; y al 1% en aquellos casos en los que el valor real del derecho que se constituye resulta superior a 180.000 euros.³⁸

Por último en las primeras copias de escrituras y actas notariales que documenten transmisiones de bienes inmuebles respecto de las cuales se haya renunciado a la exención contenida en el artículo

³⁵ Este último requisito no es exigible sin embargo cuando se adquiera un inmueble contiguo a la vivienda habitual para unirlo a ésta, formando una única vivienda de mayor superficie.

³⁶ Si el adquirente de la vivienda de protección pública resultase titular de familia numerosa se aplicaría el límite máximo incrementado de superficie construida que resulte de lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

³⁷ En todos estos casos, a efectos de la determinación del valor real de la vivienda transmitida, se incluyen los anejos y plazas de garaje que se transmitan conjuntamente con aquélla, aun cuando constituyan fincas registrales independientes.

³⁸ La determinación del valor real del derecho que se constituye se ha de llevar a cabo en estos casos de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2.c) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido del ITPYAJD.

20.Dos, de la Ley del IVA se aplica un tipo de gravamen del 1,5%. Y en las primeras copias de escrituras y actas notariales que documentan actos o contratos distintos de todos los anteriores el tipo de gravamen que ha de tomarse en consideración es el 1%.

2.5. Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar

Tal y como dispone el art. 5 de la Ley 7/2005 el tipo de gravamen general de la Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar se sitúa en el 20%, si bien en los casinos de juego resulta de aplicación la siguiente tarifa:

Porción de la base imponible comprendida entre (Euros)	Tipo aplicable (Porcentaje)
0 y 2.000.000	22 %
2.000.000,01 y 3.000.000	30 %
3.000.000,01 y 5.000.000	40 %
Más de 5.000.000	45 %

Por lo que respecta a la cuota esta se determina, en los supuestos de explotación de máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de los juegos, en función de la clasificación de las máquinas realizada por el reglamento técnico específico de aplicación en la Comunidad de Madrid, de acuerdo con las siguientes normas.

Para las Máquinas de tipo B o recreativas con premio programado la cuota anual se cifra en 3.600 euros. No obstante tratándose de máquinas o aparatos automáticos tipo B en los que puedan intervenir dos o más jugadores de forma simultánea, y siempre que el juego de cada uno de ellos resulte independiente del realizado por otros jugadores, son aplicables las siguientes cuotas: para las máquinas o aparatos de dos jugadores, dos cuotas con arreglo a lo anteriormente señalado; y para las máquinas o aparatos de tres o más jugadores, 7.200 euros más el resultado de multiplicar por 1.920 el producto del número de jugadores por el precio máximo autorizado para la partida. Por lo que respecta a las máquinas de tipo C o de azar la cuota anual asciende a 5.400 euros. Y en las restantes máquinas recreativas con premio en especie la cuota anual asciende a 500 euros.³⁹

³⁹ En todo caso los tipos tributarios y las cuotas fijas pueden ser modificados en la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid.

Los supuestos de modificación del precio máximo de 20 céntimos de euro autorizado para la partida en máquinas de tipo B o recreativas con premio programado presentan una cuota tributaria de 3.600 euros de la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar; la cual se incrementa además en 70 euros por cada 4 céntimos de euro en que el nuevo precio máximo autorizado exceda de 20 céntimos de euro. Ahora bien si la modificación se produjera con posterioridad al devengo de la tasa los sujetos pasivos que explotasen máquinas autorizadas en fecha anterior a aquella en que hubiese sido autorizada la subida habrían de autoliquidar e ingresar la diferencia de cuota que corresponda en la forma y plazos que determine la Consejería de Hacienda.⁴⁰

Con carácter específico hemos de referirnos a la **Tasa sobre rifas, tómbolas, apuestas y combinaciones aleatorias**, objeto de regulación en el art. 5 de la Ley. Su *base imponible* la integra el importe total de las cantidades que los jugadores dediquen a su participación en los juegos. No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en las rifas y tómbolas la base viene determinada por el total de los boletos o billetes ofrecidos; en las combinaciones aleatorias integra la base imponible el valor de los premios ofrecidos⁴¹; y en las apuestas la base consiste en el importe total de los billetes, boletos o resguardos de participación vendidos, sea cual fuere el medio a través del cual se hubiesen realizado.⁴²

En todo caso a efectos de proceder a la determinación de la base imponible pueden emplearse los regímenes de estimación directa o estimación objetiva regulados en los artículos 51 y 52 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. E igualmente resulta posible la determinación, a través de convenios, del importe de los premios y las bases de población, sirviendo como signos, índices o módulos el número y valor de los billetes, boletos o resguardos de participación, sea cual fuere el medio a través del cual se hubieran expedido o emitido.⁴³

Los *tipos tributarios* ascienden, en el caso de las rifas y tómbolas, al 45,5%, si bien las declaradas de utilidad pública o benéfica tributan

⁴⁰ Esta autoliquidación e ingreso sería sólo del 50% de la diferencia si la modificación del precio máximo autorizado para la partida se produjera después del 30 de junio.

⁴¹ Por valor de los premios hemos de entender el valor de mercado de los mismos, incluyendo la suma de todos los gastos necesarios para la puesta a disposición del premio.

⁴² Una situación especial se plantea en las apuestas sobre acontecimientos deportivos, de competición o de otro carácter previamente determinado. En estos casos la base imponible queda constituida por la diferencia entre la suma total de las cantidades apostadas y el importe de los premios obtenidos por los participantes en el juego.

⁴³ En aquellos casos de participación a través de medios técnicos, telemáticos o interactivos, dichos medios deben indicar además el procedimiento o los elementos de control necesarios que garanticen la exactitud en la determinación de la base imponible.

al 19,5%. Y para las tómbolas de duración inferior a 15 días organizadas con ocasión de mercados, ferias o fiestas de ámbito local y cuyos premios no exceden de un valor total de 60 euros, el sujeto pasivo puede optar entre satisfacer la tasa con arreglo al tipo general del 45,5% o bien a razón de: 6 euros por cada día de duración en poblaciones de más de 100.000 habitantes; 3 euros por cada día en poblaciones entre 20.000 y 100.000 habitantes; y 1,50 euros por cada día de duración en poblaciones inferiores a 20.000 habitantes.⁴⁴

Dentro de las apuestas el tipo tributario general es del 13%. Ahora bien en las apuestas sobre acontecimientos deportivos, de competición o de otro carácter previamente determinado, el tipo queda fijado en el 10%; en las apuestas hípcas el tipo tributario es del 3%; y las apuestas gananciosas de las denominadas «traviesas» celebradas en el interior de los frontones y hechas con la intervención de corredor tributan al 1,5%. Por su parte las combinaciones aleatorias tributarán al tipo general del 13%.

La Ley 7/2005 mantiene el criterio general de fijar el *devengo* de la tasa en las rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias cuando se concede la autorización necesaria para cada una de ellas y, en defecto de autorización, cuando se celebren. A pesar de ello en las apuestas la tasa se devenga cuando se celebren u organicen. Y, tal y como se encarga de precisar la Disposición Transitoria 2ª de la Ley, en el supuesto de que se concediesen nuevas autorizaciones de casinos de juego en la Comunidad de Madrid, la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite y azar aplicable a los casinos se devengaría al tipo tributario general del 20%, a partir del momento en que se conceda una nueva autorización de apertura y funcionamiento.

Recuérdese finalmente, por lo que al *pago* se refiere, que en las rifas, tómbolas y combinaciones aleatorias los sujetos pasivos quedan obligados a practicar la declaración-liquidación de las mismas en el plazo de los 20 primeros días naturales del mes siguiente a aquel en el que se produzca el devengo. En cambio en las apuestas los sujetos pasivos han de presentar en los 20 primeros días naturales de cada mes una declaración-liquidación referente a las apuestas efectuadas en el mes natural anterior.

ningún ánimo, que no debe olvidarse que la jerarquía es uno de los pilares de la Administración Pública. Sin embargo, no resulta extraño que cuando la Administración se aparta de los fines fijados por la CE y el ordenamiento jurídico, el uso de la potestad sancionadora se articula como instrumento represor no en beneficio de la Administración

⁴⁴ Aquellas rifas benéficas de carácter tradicional que durante los últimos 10 años hubieran venido disfrutando de un régimen especial más favorable tributarían sólo al 1,5% sobre el importe de los billetes distribuidos. Sucede sin embargo que este beneficio se limita al número e importe máximo de los billetes que se hayan distribuido en años anteriores.

POTESTAD DISCIPLINARIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

POR

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

DOCTOR EN DERECHO

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO: 1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO COMO POTESTAD ADMINISTRATIVA. 1.1. Definición y fundamento en la doctrina. 1.1.1. La denominada relación de sujeción especial de los funcionarios públicos. 1.1.2. Responsabilidad administrativa. 1.2. La potestad disciplinaria en el Derecho Comparado. 2. DERECHO PENAL Y DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO. 3. Potestad disciplinaria, derecho al cargo y honor del funcionario.

1. EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO COMO POTESTAD ADMINISTRATIVA

1.1. Definición y fundamento en la doctrina

Para García de Enterría, las sanciones administrativas comprenden dos grandes grupos: las sanciones administrativas de autoprotección y las sanciones administrativas de protección de orden general. En las primeras se incluye la impuesta al empleado público encuadrado en una relación de sujeción especial con la Administración. La potestad disciplinaria es una potestad de supremacía especial y ello la diferencia con la potestad punitiva penal que es característica de la supremacía general. Este es el modelo más puro del género de las sanciones de autoprotección administrativa¹.

La titularidad de la potestad disciplinaria se atribuye no a cargos profesionales de la organización sino a cargos políticos y lo digo sin ningún ánimo, pues no debe olvidarse que la jerarquía es uno de los pilares de la Administración Pública. Sin embargo, no resulta extraño que cuando la Administración se aparta de los fines fijados por la CE y el ordenamiento jurídico, el uso de la potestad sancionadora se articula como instrumento represor no en beneficio de la Administración sino en provecho de intereses varios, algunos pintorescos, otros

¹ García de Enterría, E., *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1976, pp. 399 y ss...

inconfesables y todos bajo una patina de supuesta legalidad pero de dudosa legitimidad. Obviamente nos referimos a actuaciones injustas consentidas por actos injustos, dictados, sin duda con un espíritu flagrantemente prevaricador que el funcionario debe sufrir con la mayor resignación, con un estoicismo heroico y hasta provocador cuando decide defenderse.

Viene a colación las reflexiones del profesor Von Mises², exponiendo la filosofía de la *estatolatría*: «(...) el Estado siempre tiene razón y el individuo siempre se equivoca. El Estado es el representante de la comunidad, de la justicia, de la civilización y de la sabiduría suprema. El individuo es un pobre desgraciado, un loco vicioso (...).

O bien cuando el economista se plantea la siguiente paradoja: «El ciudadano individual cuando viola una ley de su país es un criminal que merece castigo, ya que ha actuado en su propio beneficio egoísta. Pero la cuestión es muy distinta si un funcionario elude las leyes de la nación debidamente promulgadas en beneficio del Estado (...).

Estas críticas en general, y volviendo al ámbito jurídico, han sido expuestas por diversos autores a lo largo de décadas. Alejandro Nieto que ya en 1970 en su artículo *Problemas capitales del Derecho disciplinario*³, apuntaba: «(...) Con harta frecuencia las sanciones de este tipo no persiguen, como pudiera suponerse, la corrección del funcionario y el mejoramiento del actuar administrativo, sino que son meros pretextos o coberturas de una represión política. Igualmente —y por desgracia añadido—, en el año 2005, en su obra *Derecho Administrativo Sancionador*⁴, declara: *El Derecho administrativo sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los Poderes Públicos, que sancionan, expolian y humillan protegidos por la Ley y a pretexto de estar ejecutándola con toda clase de garantías. Éste es, en verdad, el escalón más infame a que puede descender el Derecho*».

Sistemática con esta doctrina el insigne y valiente Catedrático explica en el prólogo al estudio de Trayter Jiménez que «el funcionario es un instrumento del poder político y lo que de él pide el Estado (y las demás Administraciones y Corporaciones públicas) es su sumisión, no su eficacia⁵».

² Von Mises, L., *Burocracia*, trad. Negro Pavón, Dalmacio, Unión Editorial, Madrid, 1974, p. 103-4.

³ Alejandro Nieto, *Problemas capitales del Derecho disciplinario*, Revista de Administración Pública, 1970, 63, p. 39.

⁴ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª Edic. totalmente reformada, Tecnos, Madrid, 2005, p. 29.

⁵ Alejandro Nieto en el prólogo al libro de Trayter Jiménez, J., *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons - Generalitat de Catalunya, Madrid, 1992, p. 11.

El derecho disciplinario del personal de las Administraciones Públicas se integra dentro del concepto más amplio de responsabilidad administrativa⁶ consistente en el ejercicio de una potestad discrecional con un objeto de aplicación difuso cuando no contradictorio. Quizás esa versatilidad en el ejercicio de la facultad se deba a la compleja simbiosis existente entre las exigencias de la gestión y la aplicación de las normas jurídicas que regulan aquélla y que ante ciertas circunstancias la amordazan. En muchas ocasiones, además, la estricta observancia del reglamento se modula para alcanzar una solución extrajurídica amparada por el principio del «mal menor» o el de «necesidades del servicio» o el de «potestad de autoorganización», principios delictuosamente etéreos que amparan actuaciones, en ocasiones, de difícil justificación legal. Pero que usados en unas Administraciones más que en otras, dan cobertura a una patrimonialización particular y no general de lo público cuando se anteponen otros intereses desde luego desviados a los previstos en el ordenamiento jurídico.

La existencia de un derecho disciplinario como apuntó Vedel⁷ no es especial de la Función Pública sino que es propio de toda agrupación persiguiendo asegurar la vida ordenada del grupo.

La responsabilidad disciplinaria se fundamenta, por un lado, en la sujeción general del funcionario pero sobretodo en la sujeción especial. Ello explicaba que un mismo hecho pueda ser conocido por los tribunales, consecuencia de la sujeción general, y por la propia Administración, a través de sus órganos investidos de competencia, consecuencia de la sujeción especial y que podrá acabar mediante una sanción disciplinaria⁸.

1.1.1. La denominada relación de sujeción especial de los funcionarios públicos

Hoy, la teoría de las sujeciones especiales causa intensos debates dada la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en la CE: Fernández Rodríguez sostiene una nueva construcción sobre la concurrencia de los preceptos constitucionales; Morey Ocaña, inspirándose en los postulados de Mayer, defiende la subsistencia de estas relaciones especiales si bien acotándolas a un campo propio de actuación y reconociendo sus limitaciones de concepción; Gallego Anabitarre, reconoce la influencia decisiva de los principios de legalidad y

⁶ Montoro Puerto, M., *Régimen Disciplinario en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado*, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1963, p. 10.

⁷ Vedel, G., *Droit administratif*, Paris Universitaires de France, 1961, pp. 122 y ss...

⁸ Entrena Cuesta, R., *Curso de Derecho Administrativo*, v. I/2, 12ª Edic., Tecnos, Madrid, 1998, p. 331.

de reserva material de ley; García Macho, defiende la continuidad de la categoría de relaciones de especial sujeción ya que de este modo se desprende de las limitaciones o restricciones que en materia de derechos fundamentales introduce la Constitución Española en relación a determinados colectivos pero también fundamenta su existencia. Fuertes Suárez, que si bien admite la existencia de derechos fundamentales de los funcionarios públicos, aquéllos se encuentran matizados, no limitados por el principio de jerarquía normativa. Por último, Martínez de Pisón, las justifica por el hecho de que las necesidades organizativas no suponen una restricción de derechos fundamentales. Los derechos constitucionalmente garantizados no suponen un bloque homogéneo aplicable apriorísticamente a todos por igual, dado que el principio constitucional de igualdad debe ponderarse con otras posiciones jurídicas dignas también de protección. Quizás sea ésta la posición ecléctica necesitada para fundamentar la pervivencia de todas las instituciones que se derivan de ese acto condición, entre ellas, los principios de autoridad y jerarquía. Esta tesis también es compartida por Embid Irujo con remisión a la STC de 10 de octubre de 1983, cuyo FD segundo dice:

«El fondo del asunto consiste en la ponderación del ejercicio que un funcionario público ha hecho de determinados derechos que la Constitución le reconoce. En una primera etapa del constitucionalismo europeo, simultánea a la construcción de un modelo de burocracia creciente, pero no debidamente racionalizada, solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia (cuando no se regulaban prohibiciones expresas) al uso de determinadas libertades y derechos, todo lo cual había de admitirse si no quería el funcionario caer en la temida situación del cesante. En la actualidad, y en concreto en nuestro país, al menos a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación es muy distinta. Conquistas históricas como la racionalización del ingreso en la función pública, como la inamovilidad del funcionario en su empleo, así como la **consagración constitucional de los principios del artículo 103.1 y 3 y la de los derechos de los artículos 23.2, 20.1, a), y 28.1 CE, que luego analizaremos, son factores que de forma convergente contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano (...)**».

Sin embargo esta ortodoxia, la inclinación hacia el abandono de esta teoría alemana empieza a ser plasmada en la doctrina: Parejo

Alfonso, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez⁹, entienden «*que si bien la CE diseña un status para los funcionarios públicos, éste no ha de entenderse de una forma totalmente peculiar frente al trabajador privado, sino que por el contrario la relación orgánica que une al funcionario con la Administración, debe estar presidida por una relación estatutaria, mientras que en la relación de servicio debe primar la relación contractual*».

Igualmente, el magistrado Sánchez Díaz apunta como quiebra de la teoría de las relaciones de especial sujeción, la negociación y participación de los funcionarios en la gestión y condiciones de trabajo, y la progresivamente homologación en derechos con cualquier ciudadano en su relación profesional¹⁰.

1.1.2. Responsabilidad administrativa

Las definiciones de la dogmática son variadas en sus formas pero idénticas en su fondo. Para Santamaría Pastor, la responsabilidad disciplinaria es una potestad correctiva interna, consecuencia necesaria de la jerarquía y de la potestad de organización, propia de cualquier organismo¹¹. Santi Romano diferenciaba entre la responsabilidad disciplinaria, derivada de la relación especial que une al funcionario con su Administración o Corporación, junto a la responsabilidad penal, derivada de la relación general de soberanía admitiendo la concurrencia de ambas. Sin embargo, hoy, la preeminencia de los tribunales aparta a la Administración de enjuiciar el mismo hecho.

Esta potestad se incardina en el ordenamiento interno administrativo del que una de sus partes está constituida por el régimen disciplinario, como refirió Romano¹². Ordenamiento interno de la Administración que viene avalado por las siguientes razones:

- a) Porque refieren a la organización y a la relación de los distintos órganos e institutos.
- b) Porque comprende los ordenamientos de los diferentes órganos e institutos bien considerados en sí mismos, ya en sus relaciones con las personas titulares de los respectivos cargos o con las personas que por distintas razones puedan ser admitidas en tales institutos.

⁹ Parejo Alfonso, L., Jiménez Blanco, A. y Ortega Álvarez, L., *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona, 1991.

¹⁰ Sánchez Díaz, J.L., Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas, *Revista del Poder Judicial*, 1997, 45, s.p. [pero 445-477].

¹¹ Santamaría Pastor, J.A., *Principios de derecho Administrativo General*, T. I, 1ª Edic., Iustel, 2004, p. 803.

¹² Santi Romano, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 330.

Muñoz Machado, la define como un sistema jurídico conducente a sancionar o castigar determinadas conductas del personal funcionario de las Administraciones Públicas que constituyen incumplimiento de los deberes y obligaciones que a estos les corresponden en razón de la relación de servicios con la finalidad de preservar y obtener el correcto funcionamiento de la organización administrativa¹³.

Para Gascón y Marín, la potestad disciplinaria es correlativa a la potestad de mando derivada de la necesidad que tiene la Administración de evitar que puedan prevalecer actos contrarios a los por ella dictados y su finalidad es la misma que la penalidad en general como es la restauración del orden jurídico perturbado¹⁴.

Se manifiesta en el interior de la relación de servicios y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario con sanciones que inciden en sus derechos profesionales. García Oviedo y Martínez Useros, la identifican con la que se aplica a los funcionarios por acciones cometidas en ejercicio de su cargo quebrando el orden interno de la organización, sin trascendencia social especial pero que afecta a la propia esencia y a la ordenación administrativa. Trata de fiscalizar el inacomodamiento del funcionario a la función y afecta a la propia esencia de la ordenación administrativa¹⁵.

Álvarez Gendín, sostiene que el poder disciplinario es la facultad del órgano administrativo de corregir a los funcionarios cuando hayan cometido faltas¹⁶. Y Royo-Villanova aduce que la potestad disciplinaria es la que derivando de una más general, la potestad correctiva, se ejerce por un funcionario respecto a sus inferiores o subordinados en la jerarquía y como consecuencia de una infracción de un mandato administrativo. Esa potestad se desenvuelve sin traspasar los límites que la ley marca¹⁷.

Parada Vázquez, siguiendo este iter racional la fundamenta en el principio de jerarquía¹⁸ y de mando, como consecuencia. Estas tesis coadyuvan, sin duda, al mantenimiento de una cierta tensión gestora que gravita sobre la amenaza implícita o explícita del expediente dis-

¹³ Muñoz Machado, S., *Diccionario de Derecho Administrativo*, t. I., Iustel, Madrid, 2005, p. 1271.

¹⁴ Gascón y Marín, J., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 9ª Edic., Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 205.

¹⁵ García Oviedo, E., y Martínez Useros, E., *Derecho Administrativo*, t. I, l. 2ª, 9ª Edic., EISA, Madrid, Madrid, p. 450-1; Institut belge des Sciences Administratives, *L'exercice de la fonction disciplinaire dans les Administrations centrales des pays du Marché Commun*, Bruxelles, 1964.

¹⁶ Álvarez Gendín, S., *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, pp. 199-200.

¹⁷ Royo Villanova, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 25ª Edic., t. I., autor editor, Valladolid, 1960, p. 77-8.

¹⁸ Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, t. II, 14ª Edic., en «Organización y empleo público», Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 518.

ciplinario. Práctica *in crescendo* en cualquier organización pública. Aún hoy, cuando la incidencia del *management* brinda a los directivos y ejecutivos de la Administración nuevas estrategias motivadoras del personal para con la organización y su fidelización, aquella práctica se mantiene, se incita y practica con absoluta impunidad, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito laboral. Esto constituye un contrasentido con un colectivo de empleados que ha tenido que superar pruebas selectivas y en los cuales la idea de ética y prestigio profesional son los únicos alicientes que poseen¹⁹. Aspecto éste que sí fue detectado por la originaria LF de 1964, con antecedente en el Reglamento para la aplicación de la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 a los Cuerpos generales de la Administración Civil del Estado y al personal subalterno de la misma, arts. 52 a 57. Y que hoy, al amparo de las nuevas estrategias directivas, se *descubren* como modos óptimos para incentivar al personal. Circunstancia que denota la poca importancia que la gestión humana de los servicios públicos ha generado en sus directivos, más preocupados en mantener su rol de autoridad dentro de la organización que apostar por una integración progresiva de todo el personal en un fin común y productivo.

La potestad disciplinaria resistió los intentos de absorción por el Derecho penal durante el auge del liberalismo quedando hoy consolidada en todos los países como un ordenamiento punitivo autónomo construido sobre una potestad de supremacía²⁰. Sin embargo, la influencia de principios constitucionales y principios de Derecho penal que suplen el incompleto régimen disciplinario de los funcionarios se dibuja como esencial en el vigente marco jurídico. Efectivamente, la potestad sancionadora es tan antigua como la propia Administración siendo considerada como elemento esencial de su actividad de policía. Sin embargo, a partir del constitucionalismo y debido al desprestigio de la gestión policial administrativa se cedió a favor de

¹⁹ Véase a Fábregas del Pilar y Díaz de Cevallos, J.M., *Políticos y funcionarios*, 1ª Edic., Reus, Madrid, 1932, p. 223, cuando refiere: «(...)La Literatura ha proyectado, las más de las veces, agrandándolos y deformándolos, los aspectos ingratos y desagradables de nuestra profesión; tenemos derecho a pedir y a esperar que se nos retrate íntegramente, porque en nuestras oficinas, al lado de la mezquindad y de la miseria y de la pequeñez, seguramente ni mayores ni menores que las que aquejan a otras clases sociales, hay elevación de espíritu y conciencia del deber y ansias de elevación y de cultura, y abnegaciones por el cumplimiento del servicio público y convicción íntima de su trascendencia. Yo estoy convencido de que una de las principales causas de la decadencia y de la postración de la burocracia, consiste en la deformación de su imagen, hecha por una literatura ligera o parcial. Ella nos desprestigia ante los demás y nos deprime a nosotros mismos. No nos vemos en espejos planos, sino convexos o cóncavos, y la contemplación de los trazos de nuestra fisonomía, puestos así en grotesca caricatura, aplana nuestro espíritu y lo priva de aquel caudal de ilusión que todos necesitamos para cumplir nuestros deberes (...)».

²⁰ Santamaría Pastor, J.A., *Apuntes de Derecho Administrativo*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1982, p. 137.

los tribunales a los que se reconoció el monopolio estatal de la represión²¹.

1.2. La potestad disciplinaria en el Derecho Comparado

Sin embargo, algunas legislaciones de la UE, por ejemplo, la alemana, la belga y la francesa, tras una evolución plausible, han privado a la autoridad jerárquica de la potestad disciplinaria en garantía de los derechos de los funcionarios²². La potestad queda atribuida a órganos cuasi-jurisdiccionales. Ese cambio fue reclamado por la dogmática ante las deficiencias del régimen disciplinario que impera en España. Una de las tesis que esgrimían se construían sobre las defendidas por Wisscher que referenciando el Derecho belga, declara: «(...) El cuidado que se toma el superior jerárquico de no crear enemigos y de no deteriorar la atmósfera de su servicio utilizando la potestad disciplinaria, el respeto que muestra la autoridad a las organizaciones sindicales que dominan las cámaras de recursos, el miedo a proporcionar a la oposición la oportunidad de una campaña de prensa, el riesgo, en fin, de ver la sanción disciplinaria anulada por el Consejo de Estado dieciocho meses o dos años después de haberla impuesto, son, otras tantas razones que explican por qué la disciplina administrativa se muere y por qué la calidad de la Administración se va deteriorando».

Bonnefous, en cuanto a la Administración francesa, apunta: «(...) La autoridad jerárquica tiende a encogerse, el control a esclerotizarse y la inspección a desaparecer... La autoridad se ejerce raramente: en ciertos servicios, los jefes como los subordinados han perdido el hábito de la disciplina. Sus relaciones son menos las de la jerárquica que las de la camaradería. La huna de la costumbre, más que los planes concertados, es lo que hace funcionar el conjunto de los servicios. Toda reforma, incluso modesta, se hace difícil. La autoridad se encoge y la disciplina es difícil de restablecer inmediatamente».

En Italia, la Ley 421/1992 y el Decreto 29/1993, acoge lo apuntado por la doctrina que coincide con lo ya expuesto y que gravita sobre tres puntos²³:

²¹ Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, cit., p. 26.

²² En sentido opuesto a este criterio restrictivo véase a Parada Vázquez, R., *La degeneración del modelo de función pública. Conmemoración 50 Aniversario*, Revista de Administración Pública, 150, 1999.

²³ Marina Jalvo, B., *Sobre las últimas reformas italianas del empleo público*, Revista de Administración Pública, 1995, 137, pp. 504-5.

1. Redefinición de los ilícitos administrativos.

Tipificando en las infracciones comportamientos que entorpezcan el normal desarrollo de la prestación de servicios, la funcionalidad y la eficiencia de la organización administrativa. El D. 29/1993 enumera las obligaciones de diligencia, lealtad e imparcialidad que integran el correcto cumplimiento de los deberes de los funcionarios y configura el núcleo de preceptos cuya violación dará lugar a la aplicación de las sanciones disciplinarias debiendo ser plasmadas en un denominado Código ético en donde se enumeran. Este Código será elaborado por la Presidencia del Consejo de Ministros (Departamento de la Función Pública), oídas las Confederaciones sindicales más representativas a nivel nacional. El Código se renovará cada cuatro años atendiendo las sugerencias de las Administraciones Públicas, organizaciones sindicales y asociaciones de consumidores y usuarios. Este código de comportamiento será recogido en los convenios colectivos y éstos definirán la tipología y entidad tanto de las infracciones como de las sanciones integrando las disposiciones del Código civil y del Estatuto de los Trabajadores en materia disciplinaria.

2. Reducción de las formalidades en el procedimiento disciplinario.

No supone una reducción del nivel de garantías sino agilizar el procedimiento otorgándole un aspecto menos formalista. Los procedimientos conciliatorios y arbitrales, como formas heterocompositivas de resolución de conflictos jurídicos, en este caso, de aplicación del procedimiento sancionador, suponen un acercamiento a las fórmulas previstas en el ET. Desde esta perspectiva el D. 29/1993 reconoce al funcionario la posibilidad de negociar con el órgano sancionador la rebaja de la sanción inicialmente propuesta por éste, en cuyo caso desaparecería la posibilidad de impugnar la sanción que resultara del acuerdo logrado entre ambas partes. En caso contrario, la sanción podrá impugnarse ante el Colegio arbitral disciplinario de la Administración donde el funcionario presta sus servicios.

3. Previsión de un órgano *ad hoc* encargado exclusivamente de perseguir las infracciones disciplinarias, que viene previsto por el art. 59 D. 29/1993 modificado por el D. 546/1993.

A pesar ello en España existe un procedimiento administrativo sancionador previo que adolece de imperfecciones. Por un lado, la escasa participación de las centrales sindicales en esa actividad san-

cionadora: solamente será informada la Junta de Personal y Delegados Sindicales ante la imposición de faltas muy graves, art. 9.3º Ley 9/1987, de 12 junio 1987, que regula los Órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Por otro, el deterioro del principio de jerarquía administrativa en la legislación funcionarial, que sin embargo ser un principio de organización recogido por la CE y la LOFAGE, carece del apoyo normativo necesario al haber sido suprimido los grados y categorías funcionariales por la LF de 1964. Por otro, la influencia de los principios informadores del Derecho Penal que se han traducido en un incremento de las garantías hacia los funcionarios, si bien cabría cuestionarse la misma y por un elemento fundamental: el órgano sancionador es parte y juez en un procedimiento que depende de la propia Administración y por tanto, bajo la autoridad que ordena la inspección. Es decir, la unidad inspectora carece de independencia orgánica con lo que su autonomía se encuentra mediatizada por decisiones externas a ella. Además de encontrarse sometida por el principio de jerarquía que como principio de organización de la Administración puede perturbar alguna actuación objetiva. Prueba de esta tesis es la ausencia de pronunciamientos administrativos resultado de fiscalizaciones del propio Ministerio a su personal, o incluso la dejación de funciones aún la concurrencia de hechos que podrían constituir no ya falta de disciplinaria sino ilícitos penales, constituyendo lo que algún autor denomina de *indolencia consentida* como exteriorización del fracaso del régimen disciplinario funcionarial²⁴.

Aún cabe añadir otra causa que evidencia que la relación bilateral Administración-funcionario queda rota: frente a la imposición de sanciones en ejercicio de la potestad disciplinaria, el reconocimiento de servicios a su personal ha quedado prácticamente inoperativo ya que el art. 66.1º LF de 1964 considerado derogado por la LMRFP de 1984. Artículo 66.1º que preveía la concesión de menciones honoríficas, premios en metálico además de condecoraciones y honores²⁵.

No es extraño entender por ello que Nieto apunte a la necesaria humanización del Derecho disciplinario pues el único modo de comprender la actividad del funcionario, en cuanto tal, es acercarse al

²⁴ Sarmiento Larrauri, J.I.: *Recensión al libro «El régimen Disciplinario de los funcionarios públicos» de Belén Marina-Jalbo*, Revista Española de Derecho Administrativo, 2002, 116, pp. 116 y ss.

²⁵ Debo indicar que durante mi etapa como Director Provincial concedí diversas menciones honoríficas a distintos funcionarios que se habían destacado por su celo profesional. El resultado no pudo ser más óptimo pues generó una atmósfera de confianza hacia la Dirección en cuanto no se manifestaba como órgano dador de órdenes sino también como órgano dador de reconocimientos morales.

mismo a través de la organización en que trabaja²⁶, debiéndose abandonar el principio *fiat jus, pereat vita*²⁷. Esa simbiosis que se produce entre los actos u omisiones del funcionario y su organización se confunden, en un todo, provocando indefensiones cuando se pretenda enjuiciar conductas fuera de ese contexto. No olvidemos las frecuentes costumbres administrativas que nidifican en cualquier unidad administrativa, prácticas admitidas por todos aún cuando contravenían de algún modo, directo o indirecto, el reglamento administrativo. Sin embargo, Parada critica el procedimiento sancionador sobre la concurrencia del derecho a la inamovilidad funcional, la creación de órganos mixtos con los sindicatos que participan en el procedimiento sancionador, la concurrencia de recursos jurisdiccionales plenos, lo que ocasiona una tortura y castigo no para el funcionario presuntamente infractor sino para quienes tengan que tramitarlo causando una profunda crisis en esta tipología de responsabilidad²⁸.

2. DERECHO PENAL Y DERECHO SANCIONADOR ADMINISTRATIVO

Se ha intentado diferenciar entre un derecho penal administrativo y un derecho penal disciplinario²⁹ atribuyendo una distinta sustantividad entre ambos y entre los dos con el Derecho Penal. Coadyuva a ello la distinción de García de Enterría entre un derecho disciplinario y un derecho sancionador, teoría compartida por otros autores³⁰ y que es congruente con las dos categorías del derecho sancionador aludidas. Conforme a este criterio, pertenecen al primero, además del disciplinario *sensu stricto*, la policía demanial, las de autoprotección, las rescisorias de actos favorables y tributarias; contrapuestas a las sanciones de orden público. Específicamente Enterría diferencia entre las

Cfr. Castillo Blanco, F. e Ildefonso Huertas, R.M., *Régimen disciplinario y responsabilidad civil y penal en la función pública*, en «Lecciones de Función Pública», CEMCI, Granada, 2003, p. 525.

²⁶ Alejandro Nieto, *Problemas capitales del Derecho disciplinario*, cit., p. 42.

²⁷ Aforismo derivado de otro, *Fiat iustitia et pereat mundus*, Hágase justicia y perezca el mundo, brocardo extraído del existente en la Edad Media que decía: *Fiat iustitia, pereat liceo integer orbis*: hágase justicia aunque perezca el entero orbe. Criterio recogido en la STS 4 de julio de 1988 (RJ 1988,6472), Vid. Domingo, R. y Rodríguez Antolín, B., *Reglas jurídicas y aforismos*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 53.

²⁸ Parada Vázquez, J.R., *La degeneración del modelo de función pública. Conmemoración 50 Aniversario*, Revista de Administración Pública, 1999, 150, p. 443 y Parada Vázquez, J.R., *Obstáculos a la responsabilidad penal de los funcionarios*, 1960, 31, pp. 148-9.

²⁹ Rodríguez Deves, J.M., *Derecho Penal Español*, Parte General, 10ª Edic., Dykinson, Madrid, 1986, p. 30, nota 72.

³⁰ García-Trevijano Fos, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 969 con remisión al t. I. c. XIV.

sanciones por las que la Administración tutela su organización y orden interno, incluyendo el sistema de sus actos jurídicos, y otras por las que tutela el orden social general, en un amplio sentido, el orden público³¹. En cualesquiera de los casos, la potestad por la cual la Administración Pública impone sanciones deriva del *ius puniendi* previsto en el art. 25 CE y por ello esta distinción es irrelevante: sea desde la esfera del Derecho administrativo, sea desde su sustantividad frente al Derecho Penal.

Lo que constituyó el núcleo de las disquisiciones de la dogmática es la aplicación de los Principios de Derecho Penal al Derecho Administrativo, criterio que fue acordado en el III Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1950 cuyas dos conclusiones principales se transcriben a continuación:

"a) El Derecho penal y el Derecho disciplinario son de naturaleza idéntica. Son dos variedades del Derecho social de castigar que se ejercen en medios diferentes. Esta dualidad de funciones explica y justifica su existencia paralela.

b) Su común naturaleza se traduce, bajo reserva de las adaptaciones necesarias, en una concepción concordante del delito y de la pena. El procedimiento disciplinario tiende a modelar sus principios sobre los de la instrucción común. Tal aproximación del Derecho disciplinario y del Derecho penal debe proseguirse. Importa particularmente que se instituyan serias garantías en beneficio de las personas sujetas al Derecho disciplinario, especialmente en el campo procesal."

La tesis de la independencia del Derecho penal administrativo, que causó un gran impacto en la doctrina, tiene su origen en los autores alemanes. Francia e Italia no participaron en este debate dado que los injustos de policía y criminal se encuentran globalizados en las infracciones punibles, profundizando más en la etiología de la lesión ocasionada alejándose de planteamientos generales.

Fue Fuebarbarch en el S. XIX quien justificó una oposición entre el injusto criminal y el injusto administrativo. La distinción radicaba en que el ilícito criminal atentaba a un derecho subjetivo de una persona o entidad mientras que el de policía o administrativo castigaba la prevención o previsión de un posible peligro.

Parte este autor de la distinción entre delitos naturales y legales. Son naturales los ataques a los derechos de titulares jurídicos indivi-

³¹ García de Enterría, E., *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, Revista española de Derecho Administrativo, 1976, 10, pp. 399 y ss.

duales consistentes en una lesión o concreto peligro; mientras que los delitos legales son los cometidos contra el Estado en su función de prevenir la lesión a los derechos de las personas. Esa función previsorra era considerada de policía y la trasgresión de las mismas ocasionaba un ilícito de policía. Por ello diferenciaba entre acciones dañosas y acciones previsiblemente dañosas, prohibidas penalmente por una peligrosidad natural inherente a ellas, dirigidas a proteger los derechos individuales, pero que al no ocasionar una lesión o concreto peligro sino sólo la previsión de un peligro no constituían propiamente un injusto natural.

Para Goldschmidt la distinción radicaba en que el injusto administrativo constituía la omisión de apoyo a la Administración del Estado en cuanto encaminada al fomento del bienestar estatal o público. El ilícito penal, los delitos, son las acciones que la ley declara ilícitos que restringen la autonomía de la voluntad, la libertad de los individuos³². La construcción de Goldschmidt se fundamenta en la contraposición Estado-individuo. La naturaleza de éste la caracterizó desde el aspecto de individuo como desde su dimensión social, en cuanto su voluntad está sometida al bien del Estado. El delito administrativo sería la conducta contraria al bienestar y progreso del Estado.

Frank aceptó la tesis de Goldschmidt para incluir los delitos que denominaba de policía, pero la diferencia con el anterior autor radicaba en que no sólo era punible la falta de colaboración enderezada al bienestar general sino a la seguridad particular. Sobre esta distinción construyó dos tipos de delitos de policía por eso hay dos grupos de infracciones: unas que afectan al interés de la seguridad general y otras contrarias al buen orden de la comunidad.

En definitiva, el derecho penal administrativo consistiría en el conjunto de aquellos preceptos en los cuales la Administración, en tanto tiene confiado el fomento del bienestar público, enlaza, bajo la forma de preceptos jurídicos y dentro del marco de una autorización jurídico-política, a la contravención de una disposición administrativa como tipo, una pena como consecuencia administrativa³³.

Afirmación ésta que provocaba la irrelevancia entre dolo y culpa, la obviedad de los distintos grados de participación en la comisión del

³² Goldschmidt, J., *Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre* en Festgabe f. Koch, 1903; *Deliktsobligationen des Verwaltungsrech*, 1905; *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts* en *Archiv, des Strafr.*, LIV, 1907; *Verwaltungsstrafrecht, in Oesterreich* en *ZStW.*, 31 (1911), 495 y *Was ist Verwaltungsstrafrecht in Oesterreich* en *Strafr. Ztg.*, 1914, 1.

Véase también a Forsthoff, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 402 y ss.

³³ Rodríguez Devesa, J.M., *Derecho Penal Español*, Parte General, cit., 31.

ilícito administrativo, la admisión de la prueba de la ignorancia disculpable en el precepto administrativo infringido y la creación de tribunales administrativos constituidos al efecto. Sin embargo, esta tesis es rechazada por autores en cuanto supone una separación entre Justicia y Administración, y con ello, las antiguas aspiraciones de crear un derecho penal administrativo alemán. Se ha verificado, en cualquier caso, un acercamiento hacia formulas generalistas, a semejanza de la legislación italiana y francesa, no oponiendo Justicia y Administración sino distinguiendo entre conductas éticamente irrelevantes y delitos³⁴. Mattes, puntualiza en su obra *Problemas de Derecho penal administrativo*³⁵ que no está probado por la vía empírica la existencia de infracciones del orden o administrativas sujetas a leyes propias (deducidas de la naturaleza de las cosas, que descansen en la diferente índole material de las acciones).

Recalca el autor la indiferenciación entre el Derecho Penal y el Derecho Penal de la Administración. Tesis corroborada por un estudio de derecho comparado: en ninguna de las legislaciones examinadas las contravenciones administrativas han provocado la creación de un código en esta materia. No existiendo características propias entre unas y otras no existe posibilidad de construir un derecho penal administrativo. Sienta por ello, la falta de elementos necesarios para diferenciar el derecho penal administrativo del derecho penal³⁶.

España, sin embargo, no siguió la senda de Alemania y otros países de nuestro acervo cultural y ello como consecuencia de que el cambio de un Estado liberal a otro Social no ocasionó un desarrollo desproporcionado del Derecho Penal, más bien, del poder punitivo de la Administración. Por ello, los autores no perseguirán la creación de un Derecho penal administrativo sino la aplicación de sus Principios creados al amparo del *ius puniendi* del Estado. Esa potenciación en España de las potestades administrativas no ha tenido parangón en ningún país europeo constituyendo este hecho, como apunta García de Enterría, una de las imperfecciones más graves de nuestro sistema de Estado de Derecho.

Dos motivos avalan esa potenciación: uno político, como arma frente a sus oponentes que constituyen el origen histórico de las san-

³⁴ Heinz y Herta Mattes, *Problemas de Derecho penal administrativo*, I, trad. Rodríguez Devesa, J.M., Edersa, Madrid, 1979.

³⁵ Idem., p. 496.

³⁶ Un estudio más profundo de las diferentes posiciones de autores en Torio López, A. *Injusto penal e Injusto administrativo (presupuestos para la refirma del sistema de sanciones)*, en «Comentarios a la Constitución. Estudios Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría», Civitas, Madrid 1991, pp. 2536-39; Octavio de Toledo y Ubieta, E. *La prevaricación del funcionario público*, Civitas 1980, pp. 263 y ss. y Suay Rincón, J. *Sanciones administrativas*, Bolonia, 1989, pp. 51 y ss.

ciones. Y en segundo lugar, una inadecuación del sistema penal, sea por su lentitud, por su rigidez o por la benignidad de sus sanciones o, por su contenido, socialmente infamante³⁷.

A pesar de esta situación normativa han existido dos corrientes enfrentadas inducidas por la polémica europea: los que sostienen una identidad entre el ilícito penal y el administrativo, entre ellos, como penalistas: Pacheco, Grolzard y Gómez de la Serna, Dorado Montero, Rodríguez Muñoz, Antón Oneca, Jiménez de Asua, del Rosal, Teruel Carralero y Rodríguez Devesa, entre otros. Como administrativistas, destacamos: Gascón y Marín, Parada Vázquez, García de Enterría y Martín-Retortillo.

En signo contrario, defendiendo la sustantividad del ilícito administrativo frente al penal: Garrido Falla, Villar Palasí, Nieto García y Montoro Puerto³⁸.

Hoy cabe realizar dos observaciones. Primera, como apuntan Cobo del Rosal y Vives Antón, la Administración carece de unos intereses propios diferentes de los intereses colectivos y prueba de ello lo constituye el art. 103.1º CE cuando afirma que *la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la ley y al Derecho* y por ello no es posible distinguir entre ilícitos penales y administrativos³⁹. A lo sumo, cabe esperar un replanteamiento por el legislador de los límites del Derecho penal y el Administrativo con una redistribución de la materia en atención a la gravedad material de las infracciones y subsidiariamente a consideraciones de Política criminal de rapidez y eficacia de la sanción, como defiende Cerezo Mir.

La CE ha determinado un punto de inflexión importante en este debate: el tratamiento unitario que practica a todo el *ius puniendi* del Estado, arts. 24 y 25 CE; La progresiva jurisdiccionalización de la potestad disciplinaria; el reconocimiento a todos los ciudadanos de unos derechos fundamentales que vertebran jurídicamente toda la CE y el ordenamiento jurídico; La imposibilidad de extraer de las relaciones de especial sujeción otras consecuencias diferentes a las previstas en la CE, como apunta Trayter Jiménez⁴⁰. Pero también, no

³⁷ García de Enterría, E., *El problema jurídico de las sanciones administrativas*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1976, 10, pp. 399 y ss.

³⁸ Lozano Cutanda, B., La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad, en «Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997, 11, s.p. [pero 41-77].

³⁹ Judel Prieto, A. y Piñol Rodríguez, J.R., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, T. I, coor. Suárez-Mira Rodríguez, C., Thomson-Civitas, Pamplona, 2005, p. 75.

⁴⁰ Trayter Jiménez, J.M., *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons- Escola D'Administració Pública de Catalunya, Madrid, 1992, p. 47.

obviemos los Tribunales de honor, que principalmente operaban en la función pública y que quedan prohibidos por el art. 26 CE y que es un dato a tener en cuenta en la dimensión organizacional de la potestad disciplinaria. Prohibición constitucional que deroga el art. 90 LF de 1964. Los Tribunales de honor quedan prohibidos por cuanto atentaban al principio de legalidad ya que no existía una previa tipificación de las conductas merecedoras de sanción, pues el objeto del enjuiciamiento trataba lo que hoy cabe denominar *conceptos jurídicos indeterminados*. La dignidad y el honor, por ejemplo, de los funcionarios y de la propia Administración es muestra de la dificultad que entraña la violación de estos principios.

En España, el Código Penal de 1995 declara en su Título III, Capítulo I, art. 34, que no se reputarán penas:

“1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.

2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.

3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparatorias que establezcan las leyes civiles o administrativas.”

Lo que produce el rechazo a la existencia de un derecho penal administrativo. A lo sumo, como defiende algún autor, la creación de un procedimiento administrativo simplificado, construido a semejanza del procedimiento penal monitorio y cuya incidencia posibilitaría una recepción amplia de los principios del Derecho Penal⁴¹. Las características más destacadas de este procedimiento son las siguientes:

- a) El carácter *objetivo* de las conductas, que habrían de entrar en su ámbito de aplicación. Tales conductas debieran permitir el enjuiciamiento típico del hecho por la autoridad administrativa una vez determinada la participación de su autor.
- b) Las sanciones previstas para tales infracciones nunca han de conllevar la privación de libertad, por lo que a la Autoridad administrativa no se le puede conceder, en el curso del procedimiento, la adopción de la detención o la de cualquier otra medida limitativa de los derechos fundamentales.

⁴¹ Gimeno Sendra, V., *Los procedimientos penales simplificados (principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)*, en «Justicia Penal», Revista del Poder Judicial, 1988, 2, s.p. [pero 31-49] y Villagómez Cebrián, M. A., *El nuevo procedimiento penal monitorio italiano como modelo de simplificación y aceleración de la justicia penal*, en «Derecho Comparado», Revista del Poder Judicial, 1990, 19, s.p. [pero 167-87].

c) Las multas a imponer por la Autoridad administrativa, debieran serlo a un «tanto alzado» (*amende forfaitaire*) con arreglo a unos baremos normativamente fijados, que permitieran a dicha Autoridad disponer tan sólo de una parte de la totalidad de la sanción prevista. El particular ha de ser consciente (ilustrándole el agente a tal efecto) de que puede finalizar el procedimiento mediante el pago de la sanción o ejercitar el recurso contencioso-administrativo correspondiente con la posibilidad de que triunfe su pretensión, pero con el riesgo también de que el órgano jurisdiccional, apreciando su culpabilidad, le puede imponer un *quantum* de multa más oneroso.

d) Dicho procedimiento ha de estar informado por el artículo 24 de la CE y ha de ser por tanto escrupuloso con el derecho de defensa y demás garantías constitucionales, en consonancia con la Sentencia TEDH, de 21 de febrero de 1984, dictada en el caso Otzürck contra la RFA, reclamando la vigencia del derecho de defensa y demás garantías procesales penales del Convenio al sujeto pasivo de un procedimiento administrativo sancionador. Por ello, la Autoridad administrativa habrá de ser celosa con la puesta en conocimiento de la infracción, informándole de todas las consecuencias desfavorables que le pueden reportar el incumplimiento de la sanción y, de modo especial, de los recursos existentes contra ella.

e) Las sanciones administrativas no han de llevar aparejadas antecedente penal alguno, y

f) Caso de que el hecho sea susceptible de ser calificado simultáneamente como ilícito penal y administrativo, la jurisdicción penal ha de ser siempre la preferente, excluyéndose en cualquier caso la posibilidad de infracción al *non bis in idem*.

La creación de este procedimiento paliaría los problemas del principio constitucional de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3º CE como el referente a la eficacia probatoria del material instructorio que en muchas ocasiones infringe el art. 24.1º CE.

3. POTESTAD DISCIPLINARIA, DERECHO AL CARGO Y HONOR DEL FUNCIONARIO

Hasta 1963, se mantuvo en la legislación de función pública la libre separación del servicio y la cesantía como resultado de las necesidades organizativas de la Administración. La Ley de Bases de los funcionarios civiles del Estado, 109/1963, de 20 de julio, Base VII,

Dos, señala que: «El Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia».

Desarrollado en el art. 63.2º LF de 1964: «El Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia, así como todos los derechos inherentes al mismo que en esta Ley se establecen».

No obstante la declaración de inamovilidad funcional en la LF de 1964 no produjo, como tampoco ahora produce, una garantía *sensu absoluto* de permanencia en la Administración Pública como empleado. El art. 37 reconoce junto a la sanción disciplinaria de separación de servicio, la renuncia, la pérdida de nacionalidad española, la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta, la jubilación forzosa o voluntaria y la inhabilitación especial, como modos, a través de los cuales, la inamovilidad desaparece por extinción del vínculo especial que une al funcionario con la organización pública.

Sin embargo, Martínez de Pisón encuentra una distinción en los modos de pérdida de la condición de funcionario y sobre ella concluye que la separación del servicio disciplinaria, presupone la derogación de la separación discrecional o del sistema *spoils system*.

Este postulado lo extrae de la modificación del objeto de protección en el procedimiento sancionador: de una protección al honor del funcionario (que supuso la tipificación de conductas sancionables y la aplicación de principios procesales⁴² persiguiendo el esclarecimiento de la verdad) a un procedimiento garantista —presuntamente— con el derecho al cargo y el resto de derechos estatutarios⁴³. No creo que el derecho al honor hubiese desaparecido sino que junto al derecho al cargo crea una simbiosis necesaria e imperativa. La relevancia del honor, con independencia del tiempo o época de la que se hable, es un atributo de la personalidad, manifestación de la dignidad humana. De ello da cuenta el art. 18.1º CE que lo contempla como un derecho fundamental, cosa que el constituyente español no hizo expresamente con el derecho al cargo. Y la dignidad del art. 10 CE como un valor constitucional ubicado en el Título Preliminar de la CE, lo que de por sí provoca un plus de valoración y preeminencia interpretativa.

El derecho al cargo junto al derecho al honor produce las siguientes consecuencias:

⁴² Entre ellos el de presunción de inocencia. Principio éste que nació en el procedimiento diseñado por el Estado liberal, vid. López Ortega, J.J., *La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia*, Revista del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1999, 17 s.p. [pero 13-33].

⁴³ Martínez de Pisón Aparicio, I., *Régimen Jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, cit., p. 468.

1. El régimen disciplinario opera como criterio delimitativo del derecho al cargo cuando tipifica las sanciones disciplinarias. De este modo no cabe la separación del servicio por causas no tasadas.
2. El régimen procedimental se articula como garantía del funcionario imputado. Imputación que no debe concurrir sino existen unos hechos sancionadores.
3. La sanción de separación del servicio requiere la comisión de unos hechos graves. Supone el enunciado de unos deberes que se contraponen a los derechos estatutarios, marco en el cual interviene la reserva de ley del art. 103.3º CE. Exigiéndose el mayor grado de determinación de esas conductas, rechazándose las cláusulas abiertas como propugnó García de Enterría pues ello supone *volatilizar en rigor el principio de tipicidad*⁴⁴. Sin perjuicio que la jurisprudencia del TS haya admitido las cláusulas abiertas sobre conceptos jurídicos indeterminados.
4. La sanción de traslado forzoso ocasiona una transformación del derecho al puesto de trabajo por el deber al puesto de trabajo⁴⁵. Sanción que más adelante examinaremos pero que causa sorpresa por absurdo obligar a un funcionario a la movilidad geográfica del puesto y más tarde exigirle un compromiso sincero con la organización, demandándole eficiencia y eficacia en el trabajo. Esto no sucede porque no es realista. Con lo que la sanción es una pena más moral que retributiva y desde luego no se dirige a la reinserción del *condenado* a la diminuta sociedad administrativa, en nuestro caso, la existente en el órgano administrativo, véase el art. 25.2º CE que cabe su aplicación mediante una interpretación analógica pues no sólo se dirige a las penas privativas de libertad sino también a las medidas de seguridad, es decir, a cualquier pena derivada del *ius puniendi* del Estado.

Martínez de Pisón apunta ideas que defendemos: Destaca lo decisivo de la potestad disciplinaria en manos de la Administración y sus efectos positivos o negativos que su correcto empleo puede ocasionar. De ahí lo decisivo de identificar el elemento finalista que se persigue con lo disciplinario. Preservar una Administración objetiva e imparcial en el ejercicio de sus funciones debe ser lo prioritario a tenor de la CE y el resto de legislación. Pero ese criterio no está exento de des-

⁴⁴ García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1990, pp. 165 y ss.

⁴⁵ Martínez de Pisón Aparicio, I., *Régimen Jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*, cit., p. 471.

viciaciones patentes sobretodo si el empleo de la interpretación jurídica persigue otros objetivos que los legítimos. Ello debe condicionar la labor tipificadota de los ilícitos disciplinarios. Lo que genera otro límite: evitar un *ensanchamiento indebido del principio de jerarquía y sus consecuencias de fidelidad, lealtad u obediencia*. Ello provoca una lesión flagrante del derecho al cargo usando la potestad disciplinaria como velo injustificable.

El TC ya se pronunció en la Sentencia de 15 de noviembre de 1990⁴⁶, FD tercero, entre lo que supone una discrepancia de criterio técnico en relación con el cumplimiento de unas órdenes dadas por el superior y lo que es una dejación de las funciones públicas. El razonamiento establece:

“(…) En la STC 75/1984 (RTC 1984\75), que la Sala de la Audiencia de Cáceres invoca para fundar su fallo anulatorio de la sanción administrativa, este Tribunal ha declarado que el principio de legalidad penal y el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, no toleran la aplicación analógica in peius de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta doctrina, que ahora procede reiterar, es sin duda aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, pues a ellas se refiere también expresamente el art. 25.1 de la Constitución. Pues bien, en el presente caso, tal como razonablemente sostiene la Audiencia de Cáceres, la conducta sancionada no reúne los elementos del tipo definido en el precepto reglamentario aplicado y, por lo mismo, no puede ser subsumida en aquel tipo, **ya que no puede reprocharse incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario porque el órgano sancionador disienta de la previa calificación jurídica de unos hechos observados por la Inspectora de Trabajo en el ejercicio de sus funciones propias(…)**.”

⁴⁶ (RTC 1990,182).

INFORME EN RELACIÓN CON EL ESCRITO PRESENTADO POR EL ILUSTRE COLEGIO DE GESTORES ADMINISTRATIVOS POR EL QUE SE SOLICITA AUTORIZACIÓN PARA LA COMPULSA DE DOCUMENTOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ALTAS DE AUTORIZACIONES DE TRANSPORTE

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Se ha recibido en el Servicio Jurídico por el Sr. Director de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el escrito presentado por el Ilustre Colegio de Gestores Administrativos por el que solicitan autorización para la compulsión de documentos en los procedimientos de altas de autorizaciones de transporte.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

El escrito presentado por el Colegio de Gestores Administrativos plantea la posibilidad de que se realice la compulsión de determinada documentación por parte de los Gestores Administrativos.

El Diccionario de la Real Academia define la compulsión como el cotejo de una copia con el documento original para determinar su exactitud (definición que adopta también la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989). Entiende González Pérez que se trata de una forma de autenticación de documentos y puede incluir una diligencia en la que se haga constar que la copia concuerda fielmente con el original.

La compulsión de los documentos aparece como un derecho de los ciudadanos en el Art. 35 c) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece el derecho de los administrados a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto a los originales. Ello implica que las Administraciones Públicas competentes para realizar la compulsión deben —tras realizar el cotejo— devolver los documentos originales a los presentantes.

En la Comunidad de Madrid la compulsión aparece regulada en el Art. 22 del Decreto 21/2002, de 24 de enero, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid que establece bajo

viaciones patentes sobretodo si el empleo de la interpretación jurídica persigue otros objetivos que los legítimos. Ello debe condicionar la labor tipificadora de los illeitos disciplinarios. Lo que genera otro límite: evitar un *ensanchamiento indebido del principio de jerarquía y sus consecuencias de fidelidad, lealtad u obediencia*. Ello provoca una lesión flagrante del derecho al cargo usando la potestad disciplinaria como velo injustificable.

El TC ya se pronunció en la Sentencia de 15 de noviembre de 1990*, FD tercero, entre lo que supone una discrepancia de criterio técnico en relación con el cumplimiento de unas órdenes dadas por el superior y lo que es una dejación de las funciones públicas. El razonamiento establece:

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

(...) En la STC 75/1984 (RTC 1984/75) que la Sala de la Audiencia de Cáceres invoca para fundar su fallo anulando la sanción administrativa, este Tribunal ha declarado que el principio de legalidad penal y el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta según la legislación vigente, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, no toleran la aplicación analógica in peius de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anular la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta doctrina, que ahora procede reiterar, es sin duda aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, pues a ellas se refiere también expresamente el art. 25.1 de la Constitución. Pues bien, en el presente caso, tal como razonablemente sostiene la Audiencia de Cáceres, la conducta sancionada no reúne los elementos del tipo delictivo en el precepto reglamentario aplicado y por lo mismo, no puede ser subsumida en aquel tipo, ya que no puede reprocharse incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario porque el órgano sancionador disiente de la previa calificación jurídica de unos hechos observados por la Inspectora de Trabajo en el ejercicio de sus funciones propias (...)

* (RTC 1990/132)

INFORME EN RELACIÓN CON EL ESCRITO PRESENTADO POR EL ILUSTRE COLEGIO DE GESTORES ADMINISTRATIVOS POR EL QUE SE SOLICITA AUTORIZACIÓN PARA LA COMPULSA DE DOCUMENTOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ALTAS DE AUTORIZACIONES DE TRANSPORTE

Se ha recibido en este Servicio Jurídico procedente del Ilmo. Sr. Director General de Transportes una solicitud de informe en relación con el escrito presentado por el Ilustre Colegio de Gestores Administrativos por el que solicitan autorización para la compulsa de documentos en los procedimientos de altas de autorizaciones de transporte.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

El escrito presentado por el Colegio de Gestores Administrativos plantea la posibilidad de que se realice la compulsa de determinada documentación por parte de los Gestores Administrativos.

El Diccionario de la Real Academia define la compulsa como el cotejo de una copia con el documento original para determinar su exactitud (definición que adopta también la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989). Entiende González Pérez que se trata de una forma de autenticación de documentos y puede incluir una diligencia en la que se haga constar que la copia concuerda fielmente con el original.

La compulsa de los documentos aparece como un derecho de los ciudadanos en el Art. 35 c) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece el derecho de los administrados a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto a los originales. Ello implica que las Administraciones Públicas competentes para realizar la compulsa, deben —tras realizar el cotejo— devolver los documentos originales a los presentantes.

En la Comunidad de Madrid la compulsa aparece regulada en el Art. 22 del Decreto 21/2002, de 24 de enero, por el que se regula la atención al ciudadano en la Comunidad de Madrid que establece bajo

la rúbrica «Aportación de copias y compulsas de documentos» que “1. El ciudadano podrá presentar copia de aquellos documentos que quiera acompañar a las solicitudes, escritos o comunicaciones. 2. No obstante, tendrá derecho a que dichas copias le sean compulsadas cuando las normas reguladoras de un procedimiento o actividad administrativa así lo requieran y se acompañen los originales. 3. La compulsas consistirá en la comprobación de la identidad del documento original con su copia. Será realizada por la persona del Registro encargada de recoger la documentación, que devolverá el original al ciudadano y unirá la copia una vez compulsada, a la solicitud escrito o comunicación. 4. El sello o acreditación de compulsas expresará el Registro en que se practicó, la fecha y la identificación y firma de la persona que la realiza. Se acompaña como Anexo 3 el modelo de sello que se utilizará. 5. El Registro no estará obligado a compulsar copias de documentos originales cuando dichas copias no acompañen a las solicitudes, escritos o comunicaciones presentadas por el ciudadano. 6. La copia compulsada tendrá la misma validez que el original en el procedimiento concreto de que se trate, sin que en ningún caso acredite la autenticidad del documento original.”

Este precepto es el equivalente autonómico del Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, que en su Art. 8 establece “1. Cuando las normas reguladoras de un procedimiento o actividad administrativa requieran la aportación de copias compulsadas o cotejadas de documentos originales, el ciudadano podrá ejercer su derecho a la inmediata devolución de estos últimos por las oficinas de registro en las que se presente la solicitud, escrito o comunicación a la que deba acompañar la copia compulsada, con independencia del órgano, entidad o Administración destinataria. Las oficinas de registro no estarán obligadas a compulsar copias de documentos originales cuando dichas copias no acompañen a solicitudes, escritos o comunicaciones presentadas por el ciudadano.

2. Para el ejercicio de este derecho el ciudadano aportará, junto con el documento original, una copia del mismo. La oficina de registro realizará el cotejo de los documentos y copias, comprobando la identidad de sus contenidos, devolverá el documento original al ciudadano y unirá la copia, una vez diligenciada con un sello o acreditación de compulsas, a la solicitud, escrito o comunicación a la que se acompañe para su remisión al destinatario.

El sello o acreditación de compulsas expresará la fecha en que se practicó así como la identificación del órgano y de la persona que expiden la copia compulsada.

3. La copia compulsada tendrá la misma validez que el original en el procedimiento concreto de que se trate, sin que en ningún caso acredite la autenticidad del documento original.”

De la legislación autonómica y de la estatal resulta claramente que la función de compulsas se atribuye a los Registros del órgano ante el que se presenta la solicitud y que sea destinatario de la misma o que se halle habilitado para recibirla y remitirla al órgano competente.

Esto conduce a que, en principio, sólo puedan realizar la compulsas los registros que puedan admitir la documentación dirigida a la Comunidad de Madrid, es decir, conforme el Art. 38 LRJPAC y Art. 58 de la Ley 1/83, de 13 de diciembre, de gobierno y administración de la Comunidad de Madrid, los registros de la misma así como los de la Administración General del Estado, los de otras Administraciones Públicas y los registros de las Entidades Locales con las que se suscriba el oportuno convenio.

El Colegio de Gestores Administrativos recoge en su escrito la posibilidad de firmar un convenio de encomienda de gestión sin aclarar suficientemente si la posibilidad de compulsas quedaría limitada al propio Colegio o si podrían compulsar igualmente los propios colegiados como parece desprenderse de lo señalado en el punto 5 de su escrito.

Pues bien, a juicio de este Servicio Jurídico, es imposible que los Gestores Administrativos puedan proceder a la compulsas de documentos tal y como establece con claridad el Dictamen de 16 de mayo de 2002 del Consejo de Estado que, a propósito del Proyecto de Decreto de Atención al Ciudadano de la Junta de Castilla y León, establece «La disposición adicional octava prevé la posibilidad de convenir con Colegios Profesionales o Consejos de Colegios la encomienda de gestión para la realización de la compulsas de documentos por parte de la Corporación y de sus colegiados para la tramitación de cada procedimiento administrativo o trámite específico, conforme al artículo 25 del Decreto. A juicio del Consejo de Estado y, si se tiene en cuenta la naturaleza de la función de compulsas de los documentos a presentar en los procedimientos administrativos, dicha encomienda, en cuanto se extiende a los colegiados, no puede encuadrarse en los límites del artículo 15 de la Ley 30/1992. Esta observación se formula con carácter esencial a los efectos de lo establecido en el artículo 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.»

En cuanto a la posibilidad de encomienda de gestión a favor del propio Colegio dicha posibilidad viene admitida a priori por el Art. 15 LRJPAC y el Art. 5 de la Ley 19/97, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid si bien dicho artículo condiciona tal posibilidad a dos circunstancias «razones de eficacia» o «cuando no se posean los medios técnicos idóneos para tal desempeño».

Corresponde a la Excm. Sra. Consejera de Transportes e Infraestructuras (en cuanto titular de la competencia para la firma del convenio) valorar en que medida la adición de un registro a los que ya tiene la Comunidad de Madrid (registros de consejerías, registros de organismos autónomos, Entidades de derecho público y demás entes públicos así como los registros auxiliares existentes), la Administración General del Estado y las Entidades Locales con las que se haya suscrito un convenio puede suponer una mejora en la eficacia de la actuación de la Comunidad de Madrid.

Por todo lo expuesto procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los Gestores Administrativos no pueden en ningún caso asumir funciones de compulsión de documentación dirigida a la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA. Es conforme a derecho la posibilidad de suscribir un convenio de encomienda de gestión con el Colegio de Gestores Administrativos de la Comunidad de Madrid siempre que ello conlleve una clara mejora en la eficacia de la actuación de la Administración Autónoma.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yañez Díaz.

INFORME EN RELACIÓN CON SI LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DEL REAL DECRETO 386/1996, DE 1 DE MARZO, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS INSTITUTOS DE MEDICINA LEGAL CONSTITUYEN LEGISLACIÓN BÁSICA O SI, A SENSU CONTRARIO, LA COMUNIDAD DE MADRID PODRÍA DETERMINAR EN EL REGLAMENTO DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL DE MADRID QUE EL PUESTO DE DIRECTOR Y SUBDIRECTOR FUESE OCUPADO POR PERSONA NO PERTENECIENTE AL CUERPO DE MÉDICOS FORENSES Y, EN TAL CASO, SI DEBERÍA TENER LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO DE CARRERA

Se ha recibido en esta Dirección General procedente de la Ilma. Sra. Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia y de Política Interior una solicitud de informe relativa a si los Arts. 5 y 6 del Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal constituyen legislación básica o si, a sensu contrario, la Comunidad de Madrid podría determinar en el Reglamento del Instituto de Medicina Legal de Madrid que el puesto de Director y Subdirector fuese ocupado por persona no perteneciente al Cuerpo de Médicos Forenses y, en tal caso, si debería tener la condición de funcionario de carrera.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

La contestación a las cuestiones planteadas por la Ilma. Sra. Directora General de Relaciones con la Administración de Justicia y de Política Interior requiere analizar previamente las competencias de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración de Justicia.

El Art. 149.1. 5ª CE establece la competencia exclusiva del Estado en materia de Administración de Justicia. No se trata por tanto como

plantea la petición de informe de si el Real Decreto 386/1996 constituye legislación básica por cuanto no nos hallamos ante una competencia compartida en la cual al Estado le corresponda la legislación básica y a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo.

La STC 56/90 señaló que el concepto de Administración de Justicia reservado al Estado se entiende como Poder Judicial, o lo que es lo mismo, el ejercicio de la función jurisdiccional así como todo lo que suponga una exigencia absoluta para que dicha función se cumpla de manera independiente pero, al lado de ese núcleo irreductible, existe un concepto más amplio de Administración de Justicia en el que se incluye todo lo relacionado con los medios personales y materiales que sirven de ayuda para el ejercicio de la función jurisdiccional que no formaría parte de ese núcleo. El Art. 149.1.5ª CE no alcanza esa última materia denominada «administración de la Administración de Justicia» y por tanto puede ser asumida por las Comunidades Autónomas. Criterio confirmado por las SSTC 62/90 y 105/2000.

La reforma de la LOPJ por LO 16-11-1994 permitió que las Comunidades Autónomas asumieran competencias en materia de personal al servicio de la Administración de Justicia. Se establece así una «cláusula subrogatoria», por la que se permite al legislador estatal definir campos en los que las CCAA pueden luego asumir las competencias del ejecutivo estatal, siendo una modalidad de competencia por remisión.

Así el Art. 49 del EA de la Comunidad de Madrid (LO 25-2-83) redactado por LO 7-7-98 establece que el Gobierno de la CAM en relación con la Administración de Justicia, exceptuando la militar, ejerce «todas las facultades que la LOPJ reconozca o atribuya al Gobierno de la Nación»; a la Asamblea le corresponde «fijar los límites de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales de la Comunidad de Madrid y la capitalidad de las mismas, de conformidad con la LOPJ» y a ambas instituciones «coadyuvar en la organización e instalación de los Tribunales y Juzgados con sujeción, en todo caso, a lo dispuesto en la LOPJ».

El Real Decreto 600/2002, de 1 de julio, aprobó el acuerdo sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia y el Real Decreto 1429/2002, de 27 de diciembre, procedió al traspaso en materia de provisión de medios personales y materiales.

Así corresponde a la Comunidad de Madrid la provisión de medios materiales a los Tribunales de Justicia y Fiscalías en la Comunidad de Madrid, adquisición y gestión del patrimonio mobiliario e inmobiliario para los órganos judiciales, instalación y puesta en funcionamien-

to de nuevos órganos judiciales, reconocimiento y gestión de la asistencia jurídica gratuita, indemnizaciones por actuaciones profesionales ante los Tribunales de Justicia y gestión del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Si bien es cierto que los Reales Decretos de traspaso no son instrumentos de atribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sí pueden servir como criterios interpretativos especialmente en competencias como la presente de delimitación un tanto confusa como lo prueban las discrepancias en la sentencias del Tribunal Constitucional en la materia, vgr. STC 105/2000.

II

Analizada la distribución competencial en la materia debemos proceder partiendo de la misma a responder las cuestiones planteadas.

La petición de informe considera que la Comunidad de Madrid podría cubrir los puestos de Director y Subdirector del Instituto de Medicina Legal de Madrid de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 471.1 y 525 LOPJ así como en el Art. 57 del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al servicio de la Administración de Justicia con personas que no tuviesen la condición de médicos forenses o incluso que no fuesen funcionarios de carrera.

Sin embargo, lo expuesto anteriormente permite entender que las competencias de la Comunidad de Madrid en cuanto a la Administración de Justicia se limitan a la mera ejecución, pudiendo crear dichos Institutos de Medicina e introducir algunas especialidades derivadas de su autoorganización pero en ningún caso puede atribuirse a las Comunidades Autónomas una potestad reglamentaria de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De hecho el Decreto autonómico de creación del Instituto de Medicina Legal de Madrid es un decreto de autoorganización que no precisa de dictamen del Consejo de Estado.

Debe tenerse en cuenta que la exigencia de la condición de médicos forenses para acceder a la condición de Director y Subdirector de los Institutos de Medicina Legal viene exigida no solo en el Real Decreto 386/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Institutos de Medicina Legal sino también en el Art. 26 del Real Decreto 296/96, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses al indicar que los citados puestos se cubrirán mediante el sistema de libre designación.

A propósito de los cuerpos nacionales de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia la STC 56/90 indicó que «en lo referente al estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, debe comenzarse recordando que las competencias que pueden asumirse en este terreno por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de las cláusulas subrogatorias, en ningún caso pueden ser legislativas. Congruentemente con lo anterior, corresponde al Estado fijar normativamente el estatuto y régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Ello se desprende, tanto de la limitación antes señalada, como de otro título competencial: el que deriva del mandato expreso del art. 122.1 de la Constitución, que dispone que la Ley Orgánica del Poder Judicial «determinará el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia». Concede así la Constitución al legislador orgánico (y por tanto estatal) la potestad de configurar el estatuto de ese personal, y ante la atribución expresa a la LOPJ en este sentido, las cláusulas subrogatorias de los Estatutos de Autonomía han de interpretarse a la luz de lo que en esa disposición estatal se prevea. Pues, en cualquier caso, y ante el mandato constitucional, las cláusulas estatutarias atributivas de competencias a las respectivas Comunidades Autónomas no podrán implicar que se prive al legislador orgánico de la «determinación del estatuto de personal» de que se trate, ni que se vacíe de contenido a los preceptos al respecto de la LOPJ. La eficacia de las cláusulas subrogatorias de los Estatutos, por consiguiente, operará en tanto no afecten al ámbito reservado a la regulación orgánica, es decir, en tanto no alteren los elementos allí contenidos que puedan reputarse definitorios y esenciales del estatuto del personal.»

En concreto y respecto a los Médicos Forenses la sentencia citada establece que «El art. 503.1 se refiere a la competencia para dictar normas precisas sobre actuación de los Médicos Forenses y sobre la adscripción de éstos a efectos gubernativos a órganos judiciales o fiscales. El Cuerpo de Médicos Forenses, «Cuerpo Titulado Superior al servicio de la Administración de Justicia», según reza el artículo 497.1 de la LOPJ, se configura también dentro de las previsiones del art. 454.2 de la misma Ley, como un cuerpo nacional. En consecuencia, resulta obligado que sean de alcance general las normas que regulen su actuación y su adscripción a órganos jurisdiccionales o fiscales. Debe señalarse que no nos hallamos aquí ante atribución de competencias concretas de adscripción, sino ante la fijación de una normativa que se integra directamente en el Estatuto de estos funcionarios, y que debe ser competencia, por tanto, de una instan-

cia de alcance nacional, sin que juegue por consiguiente, la cláusula subrogatoria de los Estatutos de Autonomía».

Por ello las Comunidades Autónomas tienen competencias en cuanto a la provisión de destinos, tal y como lo entiende el Art. 524 LOPJ «...de conformidad con lo que determinen las relaciones de puestos de trabajo y en atención a la naturaleza de las funciones a desempeñar.» Lo que no puede hacer la Comunidad Autónoma es modificar la organización de la Administración de Justicia que ha establecido el legislador estatal. Debe además tenerse en cuenta que conforme el Art. 522.2 LOPJ corresponde al Ministerio de Justicia la aprobación definitiva de las relaciones de puestos de trabajo que solo podrá denegar por motivos de legalidad. No parece que el Ministerio de Justicia pueda aprobar una relación de puestos de trabajo que no se ajusta a lo dispuesto en los Reales Decretos 196 y 386/1996.

A ello hay que sumar la regulación que de los Institutos de Medicina Legal han hecho otras Comunidades Autónomas. Así en el País Vasco el Decreto 328/1998, de 1 de diciembre, establece en su D.A. 3ª que los puestos de trabajo se proveerán conforme lo dispuesto en el Real Decreto 296/1996. En Galicia el Decreto 119/2005, de 6 de mayo, establece expresamente que los puestos de Director (Art. 6) y Subdirectores (Art. 14) se cubrirán con médicos forenses. En Cataluña ocurre otro tanto con el Decreto 302/2001, de 20 de noviembre, que establece el mismo sistema. Canarias con el Decreto 198/2002, de 20 de diciembre, por el que se crea el Instituto de Medicina Legal de Santa Cruz de Tenerife. De igual manera los Decretos 124, 125 y 126/1998, de la Generalidad Valenciana, por los que se crean los Institutos de Medicina Legal de Alicante, Castellón y Valencia.

Por último la referencia contenida en la petición de informe al Art. 57 del Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, debe tener en cuenta que la competencia autonómica al convocar los puestos de libre designación debe respetar los requisitos establecidos en la relación de puestos de trabajo y ésta a su vez ha de cumplir lo establecido en los Reales Decretos 296 y 386/1996.

En cuanto a lo indicado respecto a que la mayoría de las funciones de Director y Subdirector son de naturaleza esencialmente administrativa y de gestión baste con indicar que, aun admitiendo ese hecho, ello no desvirtúa que también les corresponde dirigir la actividad de los médicos forenses adscritos al Instituto y ello aconseja que, al menos, disponga de la misma capacitación técnica que estos. Así el apartado k del Art. 5 del Proyecto de Decreto y el apartado ñ del Art. 5 del Real Decreto 386/1996 atribuyen al Director las funciones que le sean atribuidas por el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos

Forense lo que no podría ser cumplido si el puesto no fuese cubierto por un médico forense.

Todo lo anterior conduce a la necesidad de que los puestos de Director y Subdirector sean cubiertos entre funcionarios del cuerpo de médicos forenses, lo cual implica la imposibilidad de que, como plantea subsidiariamente la petición de informe, puedan cubrirse con personas que no tengan la condición de funcionarios de carrera. Debe tenerse en cuenta que la STC 99/87, de 11 de julio, estableció que la Constitución ha optado por un régimen de empleo público esencialmente de naturaleza estatutaria por lo que la contratación laboral tiene un carácter residual como lo demuestra el Art. 15.1 c) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, modificada por Ley 23/88, de 28 de julio.

Por todo lo expuesto procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. La normativa reglamentaria de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los puestos de Director y Subdirector de los Institutos de Medicina Legal han de ser cubiertos con médicos forenses.

SEGUNDA. Las Comunidades Autónomas tienen competencias para la provisión de dichos puestos pero no pueden alterar el cuerpo funcional al que están adscritos.

TERCERA. Conforme lo anterior no cabe en ningún caso cubrir dichos puestos con personas que no tengan la condición de funcionarios.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yañez Díaz.

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
1/2006	14/06/2006	28/06/2006	DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA «UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID» (UDIMA)

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE 2006

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO	ASUNTO
				ESTRUCTURA DE LA CONSEJERÍA DE INMIGRACIÓN A LA LEY 4/2005, DE 14 DE DICIEMBRE, DE LA AGENCIA PARA LA INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN
6/2006	12/01/2006	30/01/2006	SANTIDAD Y CONSUMO	SE APRUEBAN MEDIDAS PARA LA MEJORA DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA A LOS PACIENTES CRÓNICOS
18/2006	09/02/2006	13/02/2006	TRANSPORTE E INFRAESTRUCTURAS	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DE LAS JUNTAS ARBITRALES DEL TRANSPORTE DE MADRID
19/2006	09/02/2006	22/02/2006	MEDIO AMBIENTE Y ORDENA. DEL TERRITORIO	SE RIGULA EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS DEL INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE MADRID

Forense lo que no podría ser cumplido si el puesto no fuese cubierto por un médico forense.

Todo lo anterior conduce a la necesidad de que los puestos de Director y Subdirector sean cubiertos entre funcionarios del cuerpo de médicos forenses, lo cual implica la imposibilidad de que, como plantea subsidiariamente la petición de informe, puedan cubrirse con personas que no tengan la condición de funcionarios de carrera. Debe tenerse en cuenta que la STC 99/87, de 11 de julio, estableció que la Constitución ha optado por un régimen de empleo público esencialmente de naturaleza estatutaria por lo que la contratación laboral tiene un carácter residual como lo demuestra el Art. 15.1 e) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, modificada por Ley 23/88, de 28 de julio.

Por todo lo anterior, se recomienda:

DE LA COMUNIDAD DE MADRID. PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE

PRIMERA. La normativa estatutaria de desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los puestos de Director y Subdirector de los Institutos de Medicina Legal han de ser cubiertos con médicos forenses.

SEGUNDA. Las Comunidades Autónomas tienen competencias para la provisión de dichos puestos pero no pueden alterar el cuerpo funcional al que están adscritos.

TERCERA. Conforme lo anterior no cabe en ningún caso cubrir dichos puestos con personas que no tengan la condición de funcionarios.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.E. resolverá

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yañez Díaz.

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO	
1/2006	14/06/2006	28/06/2006	DE RECONOCIMIENTO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA «UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID» (UDIMA)	
N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
5/2006	19/01/2006	20/01/2006	INMIGRACIÓN	SE ADAPTA LA ESTRUCTURA DE LA CONSEJERÍA DE INMIGRACIÓN A LA LEY 4/2005, DE 14 DE DICIEMBRE, DE LA AGENCIA PARA LA INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN
6/2006	19/01/2006	30/01/2006	SANIDAD Y CONSUMO	SE APRUEBAN MEDIDAS PARA LA MEJORA DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA A LOS PACIENTES CRÓNICOS
18/2006	09/02/2006	13/02/2006	TRANSPORT. E INFRAESTRUCTURAS	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DE LAS JUNTAS ARBITRALES DEL TRANSPORTE DE MADRID
19/2006	09/02/2006	22/02/2006	MEDIO AMBIENTE Y ORDENA. DEL TERRITORIO	SE REGULA EL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS DEL INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
20/2006	09/02/2006	10/02/2006	INMIGRACIÓN	SE ADAPTA LA COMPOSICIÓN DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS ADSCRITOS A LA CONSEJERÍA DE INMIGRACIÓN A LO DISPUESTO EN EL DECRETO 5/2006, DE 19 DE ENERO
22/2006	09/02/2006	17/02/2006	SANIDAD Y CONSUMO	SE REGULA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN VOLUNTARIA EN EL RÉGIMEN ESTATUTARIO DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO QUE PRESTA SERVICIOS EN EL HOSPITAL «CARLOS III»
25/2006	02/03/2006	22/03/2006	SANIDAD Y CONSUMO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL OBSERVATORIO REGIONAL SOBRE DROGODEPENDENCIAS Y OTROS TRANSTORNOS ADICTIVOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
28/2006	23/03/2006	28/03/2006, Corrección de Errores 03/04/2006	SANIDAD Y CONSUMO	SE REGULA LA CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DE LOS DEPÓSITOS DE SANGRE PROCEDENTE DE CORDÓN UMBILICAL

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
29/2006	30/03/2006	05/04/2006	HACIENDA	SE ESTABLECE LA INTERVENCIÓN DELEGADA EN LA CONSEJERÍA DE INMIGRACIÓN
37/2006	04/05/2006	09/05/2006	JUSTICIA E INTERIOR	SE CREA EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID Y SE APRUEBA SU REGLAMENTO
38/2006	04/05/2006	08/05/2006	JUSTICIA E INTERIOR	SE MODIFICA EL DECRETO 113/2004, DE 29 DE JULIO, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR
46/2006	18/05/2006	22/05/2006	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE DEJAN SIN EFECTO PARCIALMENTE DETERMINADAS MEDIDAS PARA LA REGULACIÓN DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA EN LA COMUNIDAD DE MADRID, APROBADAS POR EL DECRETO 97/2005, DE 29 DE SEPTIEMBRE
51/2006	15/06/2006	26/06/2006	SANIDAD Y CONSUMO	REGULADOR DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN Y REGISTRO DE CENTROS, SERVICIOS Y ESTABLECIMIENTO

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				SANITARIOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
54/2006	22/06/2006	26/06/2006	PRESIDENCIA	SE REGULA EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID
55/2006	22/06/2006	30/06/2006, Corrección de Errores 06/07/2006	HACIENDA	SE CREA EL INSTITUTO REGIONAL DE CUALIFICACIONES
57/2006	29/06/2006	04/07/2006	TRANSPORT. E INFRAESTRUCTURAS	SE EXTIENDE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE VIAJEROS DEL FERROCARRIL METROPOLITANO AL METRO LIGERO EN LA COMUNIDAD DE MADRID
				ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL OBSERVATORIO REGIONAL SOBRE DEPENDENCIAS Y OTROS TRASTORNOS ADICTIVOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
				SE REGULA LA CONSTITUCIÓN Y
				REGIMEN JURÍDICO Y PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN Y REGISTRO DE CENTROS DE SERVICIOS Y ESTABLECIMIENTO

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				SANITARIOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
54/2006	22/06/2006	26/06/2006	PRESIDENCIA	SE REGULA EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID
55/2006	22/06/2006	30/06/2006 Corrección de Errores 06/07/2006	HACIENDA	SE CREA EL INSTITUTO REGIONAL DE CUALIFICACIONES
57/2006	29/06/2006	04/07/2006	TRANSPORT. E INFRAESTRUCTURAS	SE EXTIENDE LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE VIAJEROS DEL FERROCARRIL METROPOLITANO AL METRO LIGERO EN LA COMUNIDAD DE MADRID

