

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020>

ESTUDIOS

- 17 **García Ureta, Agustín:** Enfermedad de los pinos, fumigaciones y Red Natura 2000. Algunas cuestiones sobre la Comunidad Autónoma Vasca
- 43 **López Rubio, Daniel:** Referéndum y deliberación
- 83 **Serrano Lasa, Iñaki:** El urbanismo sostenible de proximidad: la Ley 10/2019, de 27 de junio, de Ordenación Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales del País Vasco

EUSKERA

- 139 **Cobrerros Mendazona, Edorta:** La normativa sobre el euskera publicada en 2019

JURISPRUDENCIA

- 151 **Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki:** Actos y disposiciones de las Juntas Generales, ¿se sitúan al margen del control contencioso-administrativo?
- 169 **Merino Jara, Isaac:** Nuevo pronunciamiento del TJUE sobre la consideración como «órgano jurisdiccional» de los Tribunales Económico-Administrativos
- 191 **Romeo Ruiz, Aritz:** Conflictos entre protección de datos personales y publicidad activa sobre retribuciones de empleados públicos. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 2386/2019, de 26 de marzo de 2019

NOTAS

- 213 **Polo Roca, Andoni:** Telecomunicaciones y protección de datos: interconexiones de redes, datos de tráfico y conservación de datos

BIBLIOGRAFÍA

- 247 Garrido López, Carlos, *El Senado ante el enigma de la representación territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2019, 150 págs. (**Vicente A. Sanjurjo Rivo**)
- 253 Gómez Jiménez, M. L.: *Urbanismo participativo y gobernanza urbana en las ciudades inteligentes: el efecto «Reina Roja» en Derecho Administrativo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2019. (**Noel Armas Castilla**)
- 257 Foucault, M. (2020): *Maires au bord de la crise de nerfs*. La Tour d'Aigues: Editions de l'Aube. (**Eguzki Urteaga**)
- 269 Torres Gutiérrez, Alejandro: *La vertebración de Quebec en el modelo federal canadiense*, Dykinson, Madrid, 2019. (**Alejandro Villanueva Turnes**)

Los originales destinados a la publicación en esta REVISTA deberán dirigirse a la Secretaría de la misma: Instituto Vasco de Administración Pública - OÑATI (Gipuzkoa).

argitalpenak-ivap@ivap.eus

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN ANUAL:

| | |
|---------------|---------------|
| Número suelto | España |
| <hr/> 26,00 € | <hr/> 62,40 € |

Herri-Ardura
laritzako
Euskal
Aldizkaria

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.ivap.euskadi.net/rvap

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

URTARRILA
APIRILA

2020 ENERO
ABRIL

116

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

Versión impresa ISSN: 0211-9560

Versión en línea ISSN: 2695-5407

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

Director: Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)
Secretaria: Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)
Secretaria técnica: Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Vocales: Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU).
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU).
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación Foral de Gipuzkoa).
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao).
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU).
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU).
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto).
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU).
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU).
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU).
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).
Gurutz JAUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU).
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra).
Henri LABAYLE (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto).
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU).
Alberto LÓPEZ BASAGUREN (UPV/EHU).
Maitena POELEMANS (Universidad de Pau y de los Países del Adour).
Martín M.^º RAZQUIN LIZARRAGA (Universidad Pública de Navarra).
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra).
Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU).
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU).
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU).
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao).

CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III).
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona).
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU).
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona).
Juan Manuel ALEGRE ÁVILA (Univ. de Cantabria).
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Consuelo ALONSO GARCÍA (Univ. de Castilla-La Mancha).
M.^a Rosario ALONSO IBÁÑEZ (Univ. de Oviedo).
Bertrand ANCEL (Univ. de Paris II. Francia).
Larry ANDRADE-ABULARACH (Univ. Rafael Landivar. Guatemala).
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada).
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU).
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU).
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto).
Géraldine BACHOUÉ PEDROUZO (Univ. de Pau. Francia).
José María BAÑO LEÓN (Univ. Complutense de Madrid).
Daniel BARCELÓ ROJAS (Univ. Autónoma de México).
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva).
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU).
Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Univ. de Sevilla).
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo).
Miguel BELTRÁN DE FELIPE (Univ. de Castilla-La Mancha).
Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU).
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid).
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional).
Iñigo BULLAIN LOPEZ (UPV/EHU).
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU).
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU).
Eloísa CARBONELL PORRAS (Univ. de Jaén).
Ana CARMONA CONTRERAS (Univ. de Sevilla).
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra).
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca).
Carlo CASONATO (Univ. de Trento. Italia).
Federico CASTILLO BLANCO (Univ. de Granada).
José Ignacio CUBERO MARCOS (UPV/EHU).
Miriam CUETO PÉREZ (Univ. de Oviedo).
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco DELGADO PIQUERAS (Univ. de Castilla-La Mancha).
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED).
Eva DESDENTADO DAROCA (Univ. de Alcalá de Henares).
Francisco Javier DÍEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Luis M.^a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha).
Adriana DREYZIN DE KLOR (Univ. de Córdoba. Argentina).
Antonio EMBJD IRUJO (Univ. de Zaragoza).
Eduardo ESPÍN TEMPLADO (Univ. de Castilla-La Mancha).
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona).
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU).
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja).
Severiano FERNÁNDEZ RAMOS (Univ. de Cádiz).
María del Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (UNED).
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid).
Vicenzo FERRARI (Univ. de Milán. Italia).
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona).
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autónoma de Barcelona).
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León).
Eduardo GAMERO CASADO (Univ. Pablo Olavide).
Gerardo GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA (Univ. de Zaragoza).
Zoraida GARCÍA CASTILLO (Univ. Autónoma de México).
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid).
Nuria GARRIDO CUENCA (Univ. de Castilla-La Mancha).
Ángel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia).

Ángel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra).
Julio Víctor GONZÁLEZ GARCÍA (Univ. Complutense de Madrid).
Ana Rosa GONZÁLEZ MURUA (UPV/EHU).
Isabel GONZÁLEZ RÍOS (Univ. de Málaga).
Emilio GUICHOT REINA (Univ. de Sevilla).
Concepción HORGUÉ BAENA (Univ. de Sevilla).
Juan IGARTUA SALAVERRIA (UPV/EHU).
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU).
Manuel IZQUIERDO CARRASCO (Univ. de Córdoba).
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid).
Massimo LA TORRE (Univ. de Catanzaro. Italia).
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba).
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III).
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza).
Fernando LOUREIRO BASTOS (Univ. de Lisboa. Portugal).
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba).
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona).
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria).
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla).
Eva MENÉNDEZ SEBASTIÁN (Univ. de Oviedo).
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia).
Antoni MILIAN i MASSANA (Univ. Autónoma de Barcelona).
Encarnación MONTOYA MARTÍN (Univ. de Sevilla).
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla).
Mariela MORALES ANTONIAZZI (Instituto Max Planck. Alemania).
Dário MOURA VICENTE (Univ. de Lisboa. Portugal).
Manuel MUÑIZ (Univ. Sagrado Corazón. Puerto Rico).
Eva María NIETO GARRIDO (Univ. de Castilla-La Mancha).
Alba NOGUEIRA LÓPEZ (Univ. de Santiago de Compostela).
María Carmen NÚÑEZ LOZANO (Univ. de Huelva).
Pablo PÉREZ TREMPES (Univ. Carlos III).
Carlos Newton PINTO DE SOUZA (Univ. Potiguar de Natal. Brasil).
José Luis PIÑAR MANAS (Univ. CEU-San Pablo).
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla).
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU).
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo).
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León).
Luis RAIGOSA SOTELO (Instituto Tecnológico Autónomo de México).
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba).
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Univ. de Cádiz).
Fernando REY MARTINEZ (Univ. de Valladolid).
Ricardo RIVERO ORTEGA (Univ. de Salamanca).
Orlando ROSELLI (Univ. de Florencia. Italia).
Agustín RUIZ ROBLEDO (Univ. de Granada).
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto).
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén).
Marco RUOTOLO (Univ. de Roma 3. Italia).
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares).
René Javier SANTAMARIA ARINAS (Univ. de La Rioja).
Francisco Javier SANZ LARRUGA (Univ. da Coruña).
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autónoma de Madrid).
Javier TAJADURA TEJADA (UPV/EHU).
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo).
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona).
M.ª Asunción TORRES LÓPEZ (Univ. de Granada).
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona).
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU).
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU).
Marcos VAQUER CABALLERÍA (Univ. Carlos III).
Diego VERA JURADO (Univ. de Málaga).
Francisco VILLAR ROJAS (Univ. de La Laguna).
María ZAMBONINO PULITO (Univ. de Cádiz).

KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

RVAPen argitaratuak izan daitezen, bidalitako lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionalak azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. ORCID kodea ematea ere oso gomendagarria da. Datu horiek publiko egingo dira Aldizkarian, bidalitako lana argitaratuko duen zenbakian bertan.

Lanek ez dute izango berrogei orrialde baino gehiago, tarte eta erdirekin idatzita. Izenburuak ingeleserako itzulpena izango du, eta 100 eta 150 hitz bitarteko laburpen bat ere gehitu beharko da beti. Laburpen hori jatorrizko paragrafo bat izango da, eta hortxe egongo dira jasota lanaren aurkezpen labur bat, helburuak, metodologia eta ekarpen nagusiak, bai eta zenbait hitz gako ere (hiru eta bost bitartean). Bai paragrafoa eta bai hitz gakoak ingelesez eta EAEko bi hizkuntza ofizialetan argitaratuko dira (euskararako itzulpena RVAPek berak egin dezake, hala nahi izanez gero). Gainera, lanaren hasieran, lana nola aipatu behar den azalduko da: ABI-ZENAK, Izena (urtea), Lanaren izenburua, *Herri Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, zenbakia, hasierako-amaierako orrialdeak. Argitaratutako lanean bertan, bi data hauek zehaztuko dira: zein egunetan jaso zen lana, eta zein egunetan erabaki zen lana argitaratzea.

Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute.

Letra «lodia» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «etzana» baino ez da erabiliko. «Azpi-marra» ez da sekula erabiliko.

Erreferentzia bibliografikoek APA irizpideak jarraitu beharko dituzte. Aipamen-arau horien arabera, erreferentzia bibliografikoen sistema alfabetikoa erabili ahal izango da testu barruan, edo erreferentzia bibliografikoko sistema numerikoa (orri-oineko aipamenak). Baina, edonola ere, bibliografiari buruzko azken apartatu bat gehitu beharko da, eta hortxe jasoko dira testuan aipatutako lan guztiak (eta soilik horiek), oso-osorik eta alfabetikoki.

Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoko bidez, Aldizkariaren Idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap.eus. Inprentako proben zuzenketa, asko jota, probak jaso eta 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa handiak edo funtsezkoak egin.

Bidalitako lana aurrez beste ezein aldizkaritara bidali gabekoa izango da, eta ez erretiratzeko konpromisoa hartu beharko da, baldin eta RVAPek

jakinarazten badu, ebaluatu ostean, argitaratzeko asmoa duela. Jakina, aurrez beste inon ez argitaratzeko konpromisoa ere hartu beharko da. Beraz, ezin da erretiratu beste aldizkari batera bidaltzeko, salbu eta RVAPek jakinarazten badu ez duela argitaratuko, edo desadostasunen bat badago lana argitaratzeko asmoa zeukan atalarekin edo sartu nahi diren aldaketekin, halakorik balego. Baldintza hori onartzea funtsezkoa da, Aldizkariak lana ebaluatzeko prozesua has dezan. Baldintza hori ez bada betetzen, RVAPek, beste zenbait neurriren artean, erabat baztertu ahal izango du egile berak bidalitako beste edozein lan.

Lanak, gutxienez, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Hala ere, RVAPen Zuzendaritzak lan bat baztertu ahal izango du ebaluazio-prozesua martxan jarri gabe, baldin eta lana, modu nabarmenean, ez bada sartzen bere tematikaren esparruan, edo ez bada egokitzen baldintzetan adierazitako edukietara edo formara. Txostenetan, ebaluatutako lanen alderdi positiboak eta negatiboak eskatuko dira, eta gomendatuko da argitaratzeko modukoak ote diren eta zein ataletan argitaratu behar diren, edo, hala badagokio, ez diren argitaratu behar. Txosten horiek aztertuta, Erredakzio Kontseiluak lana argitaratzeari buruzko behin betiko erabakia hartuko du. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikuluen erreprodukzio, banaketa eta komunikazio publikoko eskubideak, euskarri informatikoan argitaratzekoak barne.

Ebaluazio-prozesuaren eta Erredakzio Kontseiluaren erabakiaren ostean, RVAPek ofizialki helaraziko die egileei argitaratzeari buruzko erabakia, bai eta zein ataletan argitaratuko den ere —kontuan hartu beharreko aldaketekin, halakorik balego—. Bestela, jakinaraziko zaie ez dela argitaratuko.

RVAPek modu ireki, berehalako eta erabatekoan eskaintzen du edukia. IVAPek argitaratutako lanen ondare-eskubideak dauzka (*copyright*), eta aukera eta baimena ematen du lana Creative Commons BY-NC-ND lizentziapean berrerabiltzeko; beraz, kopiatu, erabili, hedatu, transmititu eta jendaurrean erakuts daiteke, baldin eta: 1) egilea eta argitalpenaren jatorrizko iturria aipatzen badira, 2) ez bada helburu komertzialetarako erabiltzen, eta 3) erabilera-lizentzia eta horren espezifikazioak aipatzen badira.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES

Para su publicación en la RVAP, los trabajos enviados tendrán que reunir los siguientes requisitos:

Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico y es muy recomendable la indicación del orcid. Datos que se harán públicos en la propia Revista en la que se publique el trabajo.

Los trabajos no deberán sobrepasar las cuarenta páginas a espacio y medio. Su título ha de incluir la traducción al inglés y siempre deberá acompañarse un resumen de entre 100 y 150 palabras, que será un párrafo original que contenga una sucinta presentación del trabajo, los objetivos, la metodología y las aportaciones principales, así como de tres a cinco palabras-clave. Tanto aquel como estas se publicarán en inglés y en las dos lenguas oficiales del País Vasco (la traducción al euskera la facilita la propia RVAP, si así se prefiere). Además, al comienzo del trabajo, se indicará cómo citar el trabajo: APELLIDOS, Nombre (año), Título del trabajo, *Revista Vasca de Administración Pública*, número, páginas inicial-final. En fin, en el propio trabajo publicado se precisará la fecha de recepción y la de la decisión favorable a su publicación.

Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan.

El tipo de letra «negrita» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el cuerpo del texto, cuando proceda, sólo se empleará el tipo de letra «cursiva» y nunca podrá utilizarse el «subrayado».

Las referencias bibliográficas deberán seguir los conocidos como criterios APA. Según tales normas de citación, puede seguirse el sistema alfabético de referencia bibliográfica en el cuerpo del texto o el sistema numérico de referencia bibliográfica (las más conocidas como citas a pie de página). Pero en todo caso se deberá incluir un apartado final dedicado a la bibliografía, en el que aparecerán todos (y solo) los trabajos citados a lo largo del texto de manera completa y ordenados alfabéticamente.

Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap.eus. La corrección de las pruebas de imprenta deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales.

El trabajo enviado no ha debido ser mandado para su publicación a ninguna otra revista e implica el compromiso de no retirarlo si la RVAP comunica su intención de publicarlo tras la correspondiente evaluación y, por supuesto, de no publicarlo previamente en lugar alguno. Así, no puede retirarse para enviarlo a otra revista, salvo que la respuesta de la RVAP sea negativa a su publicación o por desacuerdo con la sección en la que se va a publicar o con las modificaciones que tuviera que introducir, en su caso. La aceptación de esta condición es indispensable para que la Revista inicie el proceso de evaluación del trabajo. El incumplimiento de este requisito permitirá a la RVAP, entre otras acciones, rechazar de plano cualquier otro trabajo enviado por el mismo autor o autora.

Los trabajos serán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) pertenecientes al Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública, por el sistema de doble anonimato. No obstante, la Dirección de la RVAP podrá rechazar un trabajo, sin poner en marcha el proceso de evaluación, cuando el trabajo ostensiblemente no entre en el ámbito de su temática o no se adapte a los requisitos de contenido o formales. En los informes se solicitarán los aspectos positivos y negativos de los trabajos evaluados y se recomendará su publicación y en qué sección o, en su caso, su no publicación. A la vista de tales informes, el Consejo de Redacción adoptará la decisión definitiva sobre su publicación. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de distribución, comunicación pública y reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos.

Tras el proceso evaluatorio y la decisión del Consejo de Redacción, la RVAP comunica oficialmente a los autores la decisión sobre la publicación y en qué sección —con las modificaciones que deban tomarse en consideración, en su caso— o la negativa a publicarlo.

La RVAP proporciona su contenido con acceso abierto, inmediato y a texto completo. El RVAP conserva los derechos patrimoniales (*copyright*) de los trabajos publicados y favorece y permite su reutilización bajo la licencia Creative Commons BY-NC-ND, pudiendo copiarse, usarse, difundir, transmitir y exponer públicamente, siempre que 1.º) se cite la autoría y la fuente original de su publicación, 2.º) no se use para fines comerciales y 3.º) se mencione la existencia y especificaciones de esta licencia de uso.

Sumario

N.º 116/2020

Estudios

- GARCÍA URETA, Agustín:** Enfermedad de los pinos, fumigaciones y Red Natura 2000. Algunas cuestiones sobre la Comunidad Autónoma Vasca . . . 17
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.01>
- LÓPEZ RUBIO, Daniel:** Referéndum y deliberación 43
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.02>
- SERRANO LASA, Iñaki:** El urbanismo sostenible de proximidad: la Ley 10/2019, de 27 de junio, de Ordenación Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales del País Vasco 83
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.03>

Euskera

- COBREROS MENDAZONA, Edorta:** La normativa sobre el euskera publicada en 2019 139
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.04>

Jurisprudencia

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, Iñaki:** Actos y disposiciones de las Juntas Generales, ¿se sitúan al margen del control contencioso-administrativo? 151
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.05>

MERINO JARA, Isaac: Nuevo pronunciamiento del TJUE sobre la consideración como «órgano jurisdiccional» de los Tribunales Económico-Administrativos. 169
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.06>

ROMEO RUIZ, Aritz: Conflictos entre protección de datos personales y publicidad activa sobre retribuciones de empleados públicos. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 2386/2019, de 26 de marzo de 2019
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.07> 191

Notas

POLO ROCA, Andoni: Telecomunicaciones y protección de datos: interconexiones de redes, datos de tráfico y conservación de datos. 213
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.08>

Bibliografía

GARRIDO LÓPEZ, Carlos, *El Senado ante el enigma de la representación territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2019, 150 págs. (Vicente A. SANJURJO RIVO). 247
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.09>

GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L.: *Urbanismo participativo y gobernanza urbana en las ciudades inteligentes: el efecto «Reina Roja» en Derecho Administrativo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2019. (Noel ARMAS CASTILLA) 253
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.10>

FOUCAULT, M. (2020): *Maires au bord de la crise de nerfs*. La Tour d'Aigues: Editions de l'Aube. (Eguzki URTEAGA) 257
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.11>

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro: *La vertebración de Quebec en el modelo federal canadiense*, Dykinson, Madrid, 2019. (Alejandro VILLANUEVA TURNES). 269
DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.12>

Estudios



Enfermedad de los pinos, fumigaciones y Red Natura 2000. Algunas cuestiones sobre la Comunidad Autónoma Vasca

Pine plagues, pesticides spraying and Natura 2000. Some issues regarding the Autonomous Community of the Basque Country

AGUSTÍN GARCÍA URETA*

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
agustin.garcia-ureta@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.01>

LABURPENA: Lan honetan 2019an pinuen gaixotasunari (*pinus radiata*) aurre egiteko Euskal Autonomia-erkidegoan hartu diren erabakiak daude aztergai. Horretarako pestizidei buruzko Europar Batasuneko Zuzenbidearen marko juridikoa ikasi da, bereziki, aireko fumigatzearen debekua, Estatu espainiarrean egindako arauen transposizioa, bai eta pestizidak erabili ahal izateko emandako baimenak ere. Lanak Lurralde Historikoek zenbait jarraibideren bidez eman duten erantzuna ere aztertzen du. Aurreko kasuetan hainbat hutsegite izan da kontuan, besteak beste, pestizidak erabiltzeko erabakietan arrazoitzerik ez egotea, hala nola, Autonomia-erkidegoko Natura 2000 sareko guneengan ondorioen ebaluazio egokia egin beharri buruzko hausnarketa.

HITZ GAKOAK: Fumigazioak. Europar Batasuneko zuzenbidea. Natura 2000. Prozedura urraketa.

ABSTRACT: This contribution examines the decisions taken during 2019 to combat a plague affecting pines (*pinus radiata*) in the Autonomous Community of the Basque Country. The article analyses the current EU legal framework concerning pesticides, in particular, the prohibition to carry out their aerial spraying, the implementing Spanish rules on the subject, and also the authorisations granted. The contribution also examines the measures (instructions) adopted by the three provincial governments (*Territorios Históricos*). In those cases, it highlights various procedural errors, such as the lack of proper reasons when granting the authorisation for the use of pesticides, or the absence of an appropriate assessment of their effects on Natura 2000 sites in the Autonomous Community.

KEYWORDS: Pesticides spraying. EU pesticides law. Natura 2000. Procedural failures.

* Agradezco a Blanca Soro Mateo (Universidad de Murcia) sus comentarios sobre un borrador previo. Errores u omisiones son solo atribuibles al autor.

RESUMEN: Este trabajo analiza las decisiones tomadas en 2019 para combatir la enfermedad de los pinos (*pinus radiata*) en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Para ello se examina el marco jurídico del Derecho de la Unión Europea sobre los pesticidas, en particular, la prohibición de fumigaciones aéreas, las normas de transposición en el Estado español, así como las autorizaciones concedidas para el uso de los pesticidas. El trabajo también analiza la respuesta dada por los Territorios Históricos mediante una serie de instrucciones. En los anteriores casos se tienen en cuenta algunos errores como la ausencia de motivación de la decisión de uso de los pesticidas, así como de consideración del requisito de llevar a cabo una adecuada evaluación de los efectos sobre las zonas de la red Natura 2000 en la Comunidad Autónoma.

PALABRAS CLAVE: Fumigaciones. Derecho de la UE. Natura 2000. Infracciones procedimentales.

Trabajo recibido el 22 de septiembre de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Sumario: I. Introducción.—II. La regulación sobre el uso sostenible de los plaguicidas. 1. Cuestiones generales sobre la Directiva 2009/128 (marco de actuación comunitaria sobre un uso sostenible de los plaguicidas). 2. Prohibición general de pulverizaciones aéreas y excepciones. 3. Procedimiento de autorización de pulverizaciones aéreas. La aplicación de la DUP en el caso de las autorizaciones adoptadas por los Territorios Históricos. 4. Medidas de protección previstas en la DUP en el caso de las pulverizaciones aéreas.—III. Situaciones de emergencia en materia fitosanitaria.—IV. Utilidad pública de las medidas para combatir plagas.—V. Fumigaciones terrestres en la comunidad vasca: autorización concedida, «Instrucciones» adoptadas por los territorios históricos y alguna ausencia relevante. 1. Autorización inicial. 2. La actuación de los Territorios Históricos. 2.1. Objeto material y territorial de las órdenes forales. 2.2. Obligación de comunicación previa. 3. La autorización para el tratamiento terrestre y las exigencias de la Directiva de hábitats de la UE.—VI. Comentarios conclusivos. Bibliografía.

I. Introducción

1. Los problemas ambientales tienen variadas causas y múltiples efectos. Las soluciones no resultan sencillas y pueden dar lugar a ulteriores problemas, ya sea en la salud de las personas o en distintos factores ambientales(1). El caso que aquí se expone tiene que ver con tres hongos (*dothistroma septosporum*, *lecanosticta acicola* y *dothistroma pinii*) que afectan a miles de pinos, básicamente de la especie *pinus radiata*, en la Comunidad Autónoma del País Vasco (aproximadamente 40.000 hectáreas de las más de 117.000 que ocupa esta especie, lo que supone el 30% de la superficie forestal arbolada total)(2).

2. Las «plagas» que afectan a las especies arbóreas no son nuevas (previsiblemente aumentarán a raíz de realidades ya presentes, como

(1) En el caso de los plaguicidas puede verse Christos DAMALAS, e Ilias G. ELEFTHEROHORINOS, «Pesticide Exposure, Safety Issues, and Risk Assessment Indicators», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2011, págs. 1402-1419.

(2) La superficie forestal arbolada, 396.701ha., alcanza el 54,2% de la superficie total de la Comunidad Autónoma: los porcentajes varían entre el 46,5% de Araba, el 58,6% de Bizkaia y el 61,1% de Gipuzkoa. Véase el Informe de HAZI Fundazioa sobre el Inventario forestal del País Vasco-2018, accesible en https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/inventario_forestal_2018/es_def/adjuntos/EI%20bosque%20vasco%20en%20cifras%202018.pdf; y el Inventario Forestal CAE 2018; accesible en https://www.euskadi.eus/web01-3estbin/es/contenidos/informacion/inventario_forestal_2018/es_def/index.shtml.

es el cambio climático (3), unida al fenómeno de las especies invasoras (4). Los tratamientos mediante plaguicidas (5) también han sido habituales, tanto de forma aérea como de manera más focalizada. De hecho, como ha expuesto la Academia de Ciencias Médicas de Bilbao a raíz del caso que aquí se comenta, durante más de un cuarto de siglo, Bizkaia y Gipuzkoa han sido fumigadas sistemáticamente con un pesticida (dimilil), que, en opinión de aquella, «ha ocasionado daños al medio ambiente y a la salud de las personas» (6). No es el objeto de este trabajo entrar a examinar el intrincado mundo de los pesticidas (7), sino centrarse en la respuesta jurídica que se ha dado al concreto problema de los pinos mediante el uso del óxido cuproso (incluyendo algunas infracciones de los requisitos de publicación de los actos administrativos). Este análisis tiene en cuenta también la perspectiva que plantea la normativa sobre la red Natura 2000 que, como se verá, no consta que haya sido contemplada en el proceso de autorización y ulterior uso del óxido cuproso ni en las autorizaciones de fumigaciones aéreas.

II. La regulación sobre el uso sostenible de los plaguicidas

1. Cuestiones generales sobre la Directiva 2009/128 (marco de actuación comunitaria sobre un uso sostenible de los plaguicidas)

3. La regulación sobre el «uso sostenible de los plaguicidas» se encuentra en la Directiva 2009/128 (en adelante DUP) (8), cuya base legal fue el anterior art. 175.1 TCE (actual art. 192.1 TFUE). Se hace alusión a esta base legal, en la medida en que, a pesar de que el medio ambiente

(3) Puede verse GARCÍA URETA, Agustín «¿El antropoceno y el fin de la biodiversidad?», en GARCÍA URETA, Agustín (dir.), *Nuevas Perspectivas del Derecho Ambiental en El Siglo XXI – New Perspectives on Environmental Law in the 21th Century*, Marcial Pons, 2018, págs. 162-194, págs. 162-165 y págs. 191-193.

(4) Véase, por ejemplo, el asunto C-443/18, *Comisión v. Italia*, ECLI:EU:C:2019:676.

(5) Los plaguicidas son compuestos químicos que se emplean para combatir parásitos de los cultivos, árboles o ganado. Dependiendo de su acción se clasifican en insecticidas, fungicidas, herbicidas y rodenticidas. En función de su naturaleza química, se clasifican en inorgánicos y orgánicos. El óxido cuproso se encuentra en el primer grupo.

(6) Accesible en: https://www.academia.cat/Portal/academia/Gabinet-de-premsa/Detall-Notes/_OpeedyQck4D20VfcML5j15TxzLzgHrQ.

(7) SORO MATEO, Blanca, *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo blanch, 2018.

(8) Sobre las debilidades de la regulación europea véase, Olivia HAMLIN, «Sustainability and the failure of ambition in European pesticides regulation», *Journal of Environmental Law*, 2015, 27, págs. 405-429. BOZZINI, Emanuela, *Pesticide Policy and Politics in the European Union. Regulatory Assessment, Implementation and Enforcement*, Palgrave Macmillan, 2017.

se encuadra en las denominadas competencias compartidas (UE-Estados miembros)(9) el legislador europeo ha detraído en buena medida tal materia de la órbita estatal. En la DUP destaca una cuestión que será examinada más adelante, a saber, que sus medidas «deben ser complementarias y no afectar» a las que establecen otras normas europeas, básica, aunque no solamente, la Directiva 2009/147 (relativa a la conservación de las aves silvestres; en adelante DAS) y 92/43 (relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres; en adelante DH). Entre esas medidas, que la DUP no menciona, se encuentra la debida evaluación de aquellos proyectos (o planes) que puedan afectar a las zonas incluidas en la red Natura 2000, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.3 DH (lugares de importancia comunitaria, LIC, zonas de especial conservación, ZEC y zonas de especial protección para las aves silvestres, ZEPA). En todo caso, la DUP no afecta a otras normas europeas, ya que carece de una disposición de modificación o derogación de posibles disposiciones y tampoco se desprende de su tenor que se hubiese llevado a cabo una modificación de estas, por incompatibilidad con esta Directiva. Aparte de lo anterior, la DUP se fundamenta en el principio de cautela al establecer que sus normas no impiden a los Estados miembros aplicarlo, «limitando o prohibiendo el uso de plaguicidas en zonas o circunstancias específicas» (10).

4. Por «plaguicida», la Directiva 2009/128 entiende los productos fitosanitarios definidos en el Reglamento 1107/2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios y por el que se derogan las Directivas 79/117/CEE y 91/414/CEE, y los productos biocidas definidos en la Directiva 98/8/CE, relativa a la comercialización de estos. La DUP no recoge otras definiciones, como es el caso de la de «organismos nocivos», incluida también en el Reglamento 1107/2009 («cualquier especie, cepa o biotipo perteneciente al reino animal o vegetal o agente patógeno nocivo para los vegetales o los productos vegetales»)(11).

5. La DUP fue transpuesta en el Estado español mediante el Real Decreto 1131/2012, de 14 de septiembre, por el que se establece el marco de actuación para conseguir un uso sostenible de los productos fitosanitarios(12). Este desarrolla la Ley 43/2002, de Sanidad Vegetal (en adelante

(9) Art. 4.2.e) TFUE.

(10) Art. 2.3. DUP.

(11) Art. 3.7).

(12) SORO MATEO, *supra* nota 7, págs. 47-53.

LSV)(13). Esta Ley contiene una norma general sobre el uso adecuado de los medios de defensa fitosanitaria, de manera que este quede subordinado a la salud de las personas y de los animales y a su compatibilidad con el desarrollo de una agricultura sostenible respetuosa con el medio ambiente(14).

2. Prohibición general de pulverizaciones aéreas y excepciones

6. La pulverización aérea fue un medio que se contempló desde las instituciones vascas para combatir la actual plaga de los pinos(15), aunque no se tratase de la primera ocasión en la que se emplease. En efecto, en distintas ocasiones, los Territorios Históricos, invocando sus competencias en materia de montes(16), han venido autorizando tales fumigaciones(17). La DUP regula este tipo de técnica, que define como la

(13) Art. 25 LSV.

(14) El art. 25 dispone: «Con el objeto de crear condiciones favorables para que los medios de defensa fitosanitaria puedan ser utilizados adecuadamente atendiendo a las condiciones generales enunciadas en el artículo anterior, particularmente para subordinar su uso a la salud de las personas y de los animales y a su compatibilidad con el desarrollo de una agricultura sostenible respetuosa con el medio ambiente, las Administraciones públicas podrán promover:

- a) Sistemas de producción vegetal que, en el control de las plagas, utilicen racionalmente prácticas culturales y mecanismos de regulación naturales, así como medios químicos, biológicos, físicos o materiales, a fin de obtener unos resultados económicos, rendimientos, calidades y costes de producción de las cosechas que sean aceptables desde los puntos de vista social y medioambiental.
- b) Agrupaciones de agricultores para luchar en común contra las plagas, que incluyan entre sus objetivos la aplicación de los sistemas de producción a que se refiere el párrafo a) o cualesquiera otras medidas tendentes a la reducción o la optimización del uso de medios de defensa vegetal.
- c) Programas de formación y especialización en el uso de productos fitosanitarios de usuarios y distribuidores que les capaciten para una aplicación segura y racional de dichos productos. La responsabilidad de estos programas corresponderá a técnicos competentes, propiciando el uso de buenas prácticas agrícolas que limiten o tiendan a eliminar, en la medida de lo posible, el uso de productos fitosanitarios. d) Programas de investigación para la búsqueda de alternativas técnicas y económicamente viables que posibiliten la resolución de problemas de carácter fitosanitario.»

(15) *El País*, «Euskadi decide fumigar con óxido cuproso miles de pinos enfermos», de 13 de octubre de 2018; https://elpais.com/sociedad/2018/10/11/actualidad/1539259099_492056.html.

(16) Araba: Norma Foral11/2007, de 26 de marzo, de Montes (arts. 60-61); Bizkaia: Norma Foral 3/94, de 2 de junio, de Montes y Administración de Espacios Naturales Protegidos (arts. 93-97); Gipuzkoa: Norma Foral 7/2006, de 20 de octubre, de Montes de Gipuzkoa (arts. 74-78). Por cierto que esta última Norma Foral es la única de las tres que recoge expresamente, entre las competencias de la Diputación Foral, la «extinción de plagas».

(17) Véase el Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 121/2016, de 28 de junio, por el que se declara la Utilidad Pública de las actuaciones de lucha contra la plaga denominada procesionaria del pino (*Thaumetopoea pityocampa Schiff*) en el Territorio Histórico de Bizkaia para 2016; la Orden Foral n.º 0441 LI/2017, de 26 de julio, por la que se declara la existencia de la plaga denominada procesionaria del pino (*Thaumetopoea pityocampa Schiff*) y se establece la calificación de utilidad pública de las actuaciones de lucha contra la misma. Véase *Noticias de Álava*, «La lenta guerra contra la procesionaria», 5 de febrero de 2018; <https://www.noticiasdealava.eus/2018/02/05/araba/la-lenta>

«aplicación de plaguicidas desde una aeronave, ya sea avión o helicóptero» (18). Debido a los problemas de «deriva» (dispersión), que dependen de una serie de factores (v.g., condiciones atmosféricas o de las propias hélices del aparato en cuestión) (19), esta queda prohibida como regla general (20). Sin embargo, la DUP permite su autorización «solo en casos especiales» (que no define) y siempre que se cumpla una serie de condiciones. De acuerdo con la Comisión Europea, en el contexto de la UE todos los Estados miembros han prohibido la pulverización aérea en su legislación nacional, aunque la concesión de excepciones en casos especiales es legalmente posible en veintiún Estados miembros (21). De hecho, en 2015, cerca del 85 % de la pulverización aérea notificada se concentró en solo dos Estados miembros: España con 339.000 hectáreas y Hungría con 88.000 hectáreas, representando respectivamente el 0,7 % y el 0,9 % de la superficie de estos dos Estados (22).

7. Las condiciones que establece la DUP para poder efectuar una pulverización aérea son las siguientes:

- a) No debe haber ninguna alternativa viable, o debe haber ventajas claras en términos de menor impacto en la salud humana y el medio ambiente en comparación con la aplicación terrestre de plaguicidas.
- b) Los plaguicidas utilizados deben haber sido aprobados explícitamente para pulverización aérea por el Estado miembro de que se trate, previa evaluación específica de los riesgos que suponga la pulverización aérea.

ta-guerra-contra-la-procesionaria. «La diputación fumigará 1.354 hectáreas de pino para combatir la procesionaria», 12 de agosto de 2017; <https://www.noticiasdegipuzkoa.eus/2017/08/12/sociedad/la-diputacion-fumigara-1354-hectareas-de-pino-para-combatir-la-procesionaria>. *El Correo* (Bizkaia), «La plaga de la procesionaria se expande tras dos años sin fumigaciones aéreas», 27 abril 2010; <https://www.elcorreo.com/vizcaya/v/20100427/vizcaya/plaga-procesionaria-expande-tras-20100427.html>; *El Diario vasco* (Gipuzkoa), «La Diputación iniciará el lunes la campaña de fumigación contra la procesionaria del pino», 22 septiembre 2017; <https://www.diariovasco.com/gipuzkoa/diputacion-iniciara-lunes-20170922171628-nt.html>.

(18) Art. 3.5) DUP.

(19) Véase Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *Guías sobre Buenas Prácticas para la Aplicación Aérea de Plaguicidas* (Roma, 2002); accesible en <http://www.fao.org/3/Y2766S/Y2766S00.htm#2.1>.

(20) Art. 9.1 DUP.

(21) Alemania, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Reino Unido y Suecia.

(22) COM(2017) 587 final, «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre los planes de acción nacionales de los Estados miembros y sobre los avances en la aplicación de la Directiva 2009/128/CE, relativa al uso sostenible de los plaguicidas», pág. 9.

- c) El operador que efectúe la pulverización aérea debe ser titular de un certificado, de acuerdo con las condiciones de la Directiva.
- d) La empresa encargada de realizar las pulverizaciones aéreas debe estar certificada por la autoridad competente de la autorización de los equipos y las aeronaves utilizados para la aplicación aérea de plaguicidas.
- e) Si la zona en la que se va a efectuar la pulverización está próxima a zonas abiertas al público, se deben incluir medidas específicas de gestión de riesgo para velar por que no se produzcan efectos adversos en la salud. La zona en la que vaya a realizarse la pulverización no puede estar «muy cerca» de zonas residenciales.
- f) Las aeronaves deben estar equipadas con accesorios de la mejor tecnología disponible para reducir la deriva de la pulverización.

8. Como medida de seguridad, la DUP exige que se publique información sobre los cultivos, las zonas, las circunstancias y los requisitos particulares de aplicación, incluidas las condiciones meteorológicas en que sea posible la pulverización aérea. Lo anterior incluye las medidas necesarias para advertir oportunamente a los residentes y circunstantes, y para proteger el medio ambiente en las inmediaciones de la zona pulverizada.

9. Por su parte, el Real Decreto 1311/2012 establece una prohibición general de pulverizaciones aéreas, salvo en determinadas circunstancias. Tales pulverizaciones sólo pueden realizarse tras ser autorizadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vayan a realizarse, o las que sean promovidas por la propia Administración, tanto para el control de plagas declaradas de utilidad pública según el art. 15 LSV, como para el control de otras plagas «en base a razones de emergencia» (se entiende que cumpliéndose las condiciones de la DUP). A diferencia de esta, el Real Decreto 1311/2012 incluye dentro de las alternativas las de carácter «económico», cuando la norma europea tiene básicamente en consideración la viabilidad técnica(23). En efecto, la DUP equipara la concurrencia de una alternativa viable con las ventajas de menor impacto en la salud humana y el medio ambiente, es decir ventajas también «técnicas» y no de otra naturaleza (discrecional) como serían las económicas. En todo caso, los tratamientos se deben realizar con productos fitosanitarios autorizados y aprobados específicamente para aplicación aérea por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, previa evaluación específica de los riesgos que supone dicho tipo de aplicación(24).

(23) SORO MATEO, *supra* nota 7, pág. 49.

(24) Art. 27.3.

3. Procedimiento de autorización de pulverizaciones aéreas. La infracción de la DUP en el caso de las autorizaciones adoptadas por los Territorios Históricos

10. El procedimiento de autorización contemplado en la DUP tiene dos peculiaridades a destacar. Por una parte, los Estados «*podrán disponer* que se consideren *aprobadas* las solicitudes de aplicación de pulverizaciones aéreas de conformidad con un plan autorizado de aplicación, para las que se no se haya recibido respuesta en relación con la decisión sobre aquella» (25). El Real Decreto 1311/2012 señala que «[s]alvo norma en contrario de la comunidad autónoma correspondiente, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución expresa será de seis meses, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación». Transcurrido dicho plazo, sigue diciendo la norma, sin que se haya dictado y notificado la resolución, «la solicitud *se podrá entender estimada* por silencio administrativo» (26).

11. Dejando aparte la cuestión general de si es posible acudir a la técnica del silencio administrativo estimatorio que, en principio, queda en manos de los Estados miembros (27), (a pesar de haber pronunciamientos en contra del propio Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en el marco de otras normas ambientales) (28), hay que entender que la previsión del Real Decreto ha quedado derogada por lo dispuesto en el art. 24.1 (segundo párrafo) de la Ley 39/2015 (29), (en adelante LPAC) por el que en los procedimientos iniciados *por un interesado*, el silencio tendrá efecto desestimatorio en aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente (30). Con

(25) Art. 9.4 (segundo párrafo) DUP.

(26) Art. 28.1 (segundo párrafo), cursiva añadida.

(27) SORO MATEO, *supra* nota 7, pág. 49, entiende que el Real Decreto plantea problemas de compatibilidad con la DUP, pues exige autorización expresa.

(28) Véanse los asuntos C-360/87, *Comisión v. Italia*, ECLI:EU:C:1991:86; C-131/88, *Comisión v Alemania*, ECLI:EU:C:1991:87; C-230/00, *Comisión v. Bélgica*, ECLI:EU:C:2001:341; C-381/07, *Association nationale pour la protection des eaux et rivières – TOS v. Ministère de l'Écologie, du Développement et de l'Aménagement durables*, ECLI:EU:C:2008:612; C-494/01, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:2005:250.

(29) Disposición derogatoria única, apt. 1 LPAC.

(30) El Grupo Parlamentario Confederal Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó en el Congreso de los Diputados, el 12 de diciembre de 2018, una Proposición no de Ley para su debate y aprobación en la Comisión de Agricultura, Pesca y Alimentación relativa a la reforma del sistema excepcional para métodos de fumigación aérea con fitosanitarios, en la que, entre otras cuestiones, se solicita modificar el artículo 27.1 del Real Decreto 1311/2012 para que declarase expresamente que, al amparo del segundo párrafo del art. 24.1 LPAC, el silencio administrativo en el caso de las solicitudes de autorización de tratamientos aéreos se entendiese desestimatorio en tanto implicaba el ejercicio de actividades que podían dañar el medio ambiente.

su referencia a «la solicitud», el Real Decreto 1311/2012 estaría contemplando únicamente los procedimientos promovidos por una persona interesada, pero no por la Administración. En efecto, la DUP se refiere a la solicitud de «un usuario profesional». Este término se define como cualquier persona que use plaguicidas en el ejercicio de su actividad profesional, incluidos los operadores, técnicos, empresarios o trabajadores autónomos, tanto en el sector agrario como en otros sectores» (31). Como se puede apreciar, tal definición no alude a las autoridades públicas de los Estados miembros, sino esencialmente al sector privado. Esta circunstancia implicaría que una eventual autorización presunta no cabría en el supuesto de que fuese una Administración la promotora. En este caso y siguiendo el tenor literal del art. 25.1.a) LPAC, en ausencia de resolución y publicación en plazo de la correspondiente decisión, habrá que entender que esta se ha desestimado, si bien para aquellos interesados que hubiesen comparecido en el procedimiento (32).

12. La segunda peculiaridad que presenta la DUP es la que se refiere al hecho de que, en circunstancias especiales, como «situaciones de emergencia o de especial dificultad», pueden presentarse para su autorización solicitudes concretas para aplicar la pulverización aérea. En caso justificado, las autoridades competentes tendrán la posibilidad de seguir un procedimiento «acelerado» antes de proceder a la pulverización aérea (33). Respecto de esta previsión es destacable, por una parte, el lenguaje «circular» que se emplea. En efecto, una circunstancia es especial por ser, aparte de emergencia, de «especial dificultad», sustantivo este que no se define. En segundo lugar, el procedimiento acelerado queda en manos de los Estados miembros, pero, en todo caso, no podría escapar de lo dispuesto en otras normas de la UE, como sería, en su caso, el requisito de evaluación previa de su impacto sobre las zonas de la red Natura 2000, ya que la DH no contempla tal eventualidad.

13. Como se ha señalado con anterioridad, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, los tres Territorios Históricos han venido autorizando fumigaciones aéreas en diversos ejercicios, en particular para combatir la plaga de la procesionaria del pino. Las sucesivas órdenes forales han seguido un mismo patrón, declarando,

(31) Art. 3.1) DUP.

(32) Art. 25.1.a) LPAC.

(33) Art. 10.4 (tercer párrafo) DUP.

por una parte, la utilidad pública de las medidas a adoptar (aspecto que se examina más adelante en este trabajo)(34), así como la previsión expresa de la autorización bajo «las condiciones que el Real Decreto 1311/2012 exige». A lo anterior se añade que tales condiciones se recogerán en un Plan de Aplicación a aprobar por el departamento de agricultura correspondiente(35). Ahora bien, a pesar de que se hace mención del Real Decreto 1311/2012, se puede apreciar en las autorizaciones la ausencia de los requisitos de la DUP antes analizados aplicados *ad casum*. Esto resulta evidente respecto de que no debe haber ninguna alternativa viable, o que debe haber ventajas claras en términos de menor impacto en la salud humana y el medio ambiente *en comparación con* la aplicación terrestre de plaguicidas. Sin embargo, aunque hay una remisión a un plan de aplicación, la decisión de autorización, que es la que procedimentalmente debe acreditar tales extremos, no explícita (motivadamente) qué alternativas se han podido considerar, con lo que se produce una infracción de la DUP y, por ende, de la norma que la transpone en el Estado(36). Otro tanto sucede con la evaluación de riesgos y, en particular, la exigible en las condiciones de la DH(37).

(34) Véase el epígrafe IV.

(35) Véase, por ejemplo, la Orden Foral 276/2017, de 8 de septiembre, que modifica la Orden Foral 256/2017, de 26 de julio, que aprobó la declaración oficial de la plaga de la procesionaria del pino (*Thaumetopoea pityocampa*) y de la utilidad pública de la lucha contra la misma, apartado segundo, o la Orden Foral n.º 0441 LI/2017, de 26 de julio, *supra* nota 17, art. 2 (segundo párrafo). Otro tanto se señala en Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 121/2016, *supra* nota 17, aunque este no se refiere, expresamente, a la autorización, aunque sí indica que «las aplicaciones aéreas de productos fitosanitarios realizadas por la propia administración conforme a lo dispuesto en el artículo 27.1 del Real Decreto 1311/2012, de 14 de setiembre, por el que se establece el marco de actuación para conseguir un uso sostenible de los productos fitosanitarios, se llevarán a cabo por el Servicio de Montes del Departamento de Sostenibilidad y Medio Natural de la Diputación Foral de Bizkaia, de acuerdo con el plan de aplicación que en cada caso se apruebe, mientras la plaga supere los niveles de infestación que supongan daños graves que comprometan la vitalidad de las masas forestales afectadas».

(36) Véase, por ejemplo, la declaración de utilidad pública de las actuaciones de lucha contra la plaga denominada procesionaria del pino (*Thaumetopoea pityocampa* Schiff) en el Territorio Histórico de Bizkaia. Por el contrario, la Orden Foral 256/2017, de 26 de julio, de declaración oficial de la de plaga de la procesionaria del pino (*Thaumetopoea pityocampa*) y de la utilidad pública de la lucha contra la misma (Araba), señala: «Considerando que los tratamientos fitosanitarios contra la plaga son inviables desde tierra tanto por la falta de la necesaria infraestructura viaria y las dificultades orográficas de nuestros montes para el acceso a las masas, como por no se poder lograr la adecuada cobertura al arbolado (altura del arbolado, densidad, pendiente, etc.) y dado que las superficies afectadas por la plaga son muy extensas y por ello no se pueden realizar dentro de un periodo de tiempo prudencial, se estima que la ejecución se hará por medios aéreos».

(37) Véase el epígrafe V.3.

4. Medidas de protección previstas en la DUP en el caso de las pulverizaciones aéreas

14. Como la pulverización aérea presenta el problema de la deriva o dispersión del plaguicida empleado, la DUP presta una atención especial a dos ámbitos para los que prevé medidas específicas. Uno de ellos es el relativo al medio acuático y el agua potable. En efecto, como sucede con el óxido cuproso, una de las preocupaciones que ha motivado que algunas instituciones hayan reaccionado ante las noticias relativas a las fumigaciones aéreas. A este respecto, el Colegio de Biólogos de Euskadi había señalado el 8 de noviembre de 2018:

«1) Según reconocidos autores, el óxido de cobre es extremadamente venenoso y tóxico por ingestión. Causa daños al sistema nervioso central y al sistema endocrino, y también es irritante para los ojos y piel.

2) Respecto a su toxicidad crónica y a largo plazo, al ser bioacumulable, es peligroso tanto por inhalación como por ingestión a bajas concentraciones.

3) La Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA) ha calificado su uso como de elevado riesgo para aves, mamíferos y organismos del suelo».

15. En similares términos se manifestó la Academia de Ciencias Médicas de Bilbao (Sección de Salud Medioambiental), indicando, entre otras cosas, que «si el óxido de cobre se utiliza de una manera masiva e indiscriminada, puede ser absorbido por el organismo tanto por inhalación como por ingestión. La exposición a esta sustancia puede producir tos, dolor de garganta, irritación en los ojos y vías respiratorias, dolores abdominales, diarrea, dermatitis y puede tener efecto sobre los riñones y el hígado. No se trata, por lo tanto, de una molécula inocua para las personas ni para los animales. A largo plazo, además, el cobre se irá acumulando en la tierra y en el agua con el consiguiente problema para el medio ambiente, las personas y los animales».

16. La DUP exige una serie de medidas complementarias de aquellas que se mencionan en la Directiva 2000/60 (marco de aguas, en adelante DMA) y el Reglamento 1107/2009 (comercialización de productos fitosanitarios) (38). Estas medidas pasan por las siguientes:

(38) En realidad, la DUP hace referencia a la ya derogada Directiva 1999/45/CE, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la clasificación, el envasado y el etiquetado de preparados peligrosos.

- a) Dar preferencia a plaguicidas que no estén clasificados como peligrosos para el medio acuático de acuerdo con el Reglamento 1272/2008 sobre clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, y que no contengan sustancias peligrosas prioritarias de acuerdo con la Directiva marco de aguas.
- b) Dar preferencia a las técnicas de aplicación más eficientes, como el uso de equipos de aplicación de plaguicidas de baja deriva⁽³⁹⁾. Estos persiguen evitar el desplazamiento de un plaguicida fuera del blanco determinado, al ser transportado por masas de aire o por difusión.
- c) Utilizar medidas paliativas que reduzcan al mínimo el riesgo de contaminación hacia afuera ocasionada por la deriva de la pulverización, la filtración y la escorrentía (mediante bandas de seguridad para la protección de los organismos acuáticos no objetivo, así como de zonas de protección de las aguas superficiales y subterráneas utilizadas para la extracción de agua potable donde no se deberán aplicar ni almacenar plaguicidas).
- d) Reducir, «en la medida de lo posible», o eliminar de las aplicaciones en, o a lo largo de, carreteras, líneas de ferrocarril, superficies muy permeables u otras infraestructuras próximas a las aguas superficiales o subterráneas, o en superficies selladas con riesgo elevado de llegar por escorrentía a las aguas superficiales o a las redes de alcantarillado.

17. Dejando aparte las anteriores medidas, la DUP presta especial atención a determinadas zonas. Resulta interesante el tenor de la Directiva cuando señala que los Estados miembros, «teniendo debidamente en cuenta los requisitos necesarios de higiene y salud pública y la biodiversidad, o los resultados de las evaluaciones de riesgo pertinentes, velarán por que se minimice o prohíba el uso de plaguicidas en algunas zonas específicas» (40). De lo anterior se puede concluir, como ya se ha indicado, que la DUP no afecta en ningún caso a las obligaciones de la DH. Segundo, las evaluaciones de riesgo no son discrecionales, ya que la DUP asume que se deben realizar. Por lo que respecta a las zonas específicas estas son:

(39) Véase Diputación de Bizkaia, «Programa de revisión de maquinaria de tratamientos fitosanitarios y equipos de protección personal. II—Maquinaria de Tratamientos Fitosanitarios: Tipos, Calibración y Mantenimiento»; accesible en: <http://www.bizkaia.eus/nekazaritza/agricultura/boletines/ii%20maquinaria%20tratamientos%20fitosanitarios%20castellano.pdf?hash=07f3b2b6a-0188c2086958a673ebd74f4>.

(40) Art. 12 DUP.

- a) Los espacios utilizados por el público en general o por grupos vulnerables (mujeres embarazadas y lactantes, los *nascituri*, los lactantes y los niños, las personas de edad avanzada y los trabajadores y residentes expuestos a un alto grado de plaguicidas durante un largo periodo de tiempo)(41). Tales espacios son los parques y jardines públicos, campos de deportes y áreas de recreo, áreas escolares y de juego infantil, así como en las inmediaciones de centros de asistencia sanitaria.
- b) Las zonas protegidas definidas en la DMA u otras zonas señaladas a efectos de establecer las necesarias medidas de conservación de acuerdo con la DAS y DH.
- c) Las zonas tratadas recientemente que utilicen los trabajadores agrarios o a las que estos puedan acceder.

III. Situaciones de emergencia en materia fitosanitaria

18. Por lo que se comenta más adelante, se considera necesario hacer mención del Reglamento 1107/2009, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios. Su art. 53 contempla, «en circunstancias especiales», la autorización, por un período no superior a 120 días, de la comercialización de productos fitosanitarios para una utilización controlada y limitada, si tal medida fuera necesaria debido a un peligro que no pueda controlarse por otros medios razonables. El Reglamento exige que el Estado miembro de que se trate informe inmediatamente de la medida adoptada a los demás Estados miembros y a la Comisión y proporcione información detallada sobre la situación y cualquier medida adoptada para garantizar la seguridad de los consumidores. Aparte de esta previsión, el Reglamento habilita a la Comisión a solicitar a la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria un dictamen o asistencia científica o técnica (a emitir en el plazo de un mes desde su solicitud). El carácter facultativo del dictamen implica también que el mismo carezca de naturaleza vinculante para la Comisión. Así como la posible invocación de este procedimiento queda en manos del Estado miembro concernido (bajo, en última instancia, la supervisión de la Comisión), no sucede lo mismo con la prórroga, retirada o modificación de la medida adoptada. En efecto, estos supuestos se sujetan al procedimiento establecido en el Reglamento 182/2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

(41) Estos se mencionan en el Reglamento 1107/2009, art. 3.14).

IV. Utilidad pública de las medidas para combatir plagas

19. En el marco de lo dispuesto en la LSV y en las correspondientes normas forales de montes (42), los Territorios Históricos han venido declarando de utilidad pública la lucha contra las plagas, en particular la procesionaria del pino. En efecto, la LSV contempla la posibilidad de que la Administración pueda declarar de utilidad pública la lucha contra una plaga (así establecida) cuando su aparición (o «sospecha» de esta) pueda tener importancia económica o ambiental (43). Aunque la LSV se refiere a «supuestos», en realidad también hace referencia a diversas medidas (incluidas las cautelares de carácter inmediato, que se estimen necesarias) (44). La propia LSV enumera ocho medidas fitosanitarias (45), que no resultan exhaustivas, ya que se refiere a «cualquier otra medida que se justifique técnica o científicamente como necesaria en el control de la plaga».

20. La declaración de utilidad pública depende de las circunstancias que se citan en el art. 15 LSV (unidas a las que anteriormente se han mencionado). Estas circunstancias dependen (entre otras) tanto de la intensidad, extensión o técnicas requeridas, de los niveles de la población de que se trate, de su difusión o de la afección a montes o espacios naturales (v.g., las zonas protegidas por la normativa de la UE) o de la afección a vegetales o sus productos habitualmente destinados a la exportación y que internacionalmente sean objeto de medidas de cuarentena.

(42) En realidad, la única norma foral de montes que hace una referencia expresa a la utilidad pública es la Bizkaia, Norma Foral 3/94, de 2 de junio, de Montes y Administración de Espacios Naturales Protegidos, art. 95.1.

(43) Art. 14 LSV.

(44) Art. 15 LSV.

(45) El art. 18 LSV enumera las siguientes: «a) Condicionar o prohibir en zonas concretas la plantación o cultivo de especies o variedades sensibles a determinadas plagas o que puedan actuar de transmisoras de las mismas. b) Desinsectar, desinfectar, inmovilizar, destruir, transformar, enterrar o someter a cualquier otra medida profiláctica los vegetales y sus productos, así como el material con ellos relacionado, que sea o pueda ser vehículo de plagas. c) Desinsectar o desinfectar los locales, útiles y maquinaria empleados en la producción, manipulación, transformación, almacenamiento o conservación de vegetales y sus productos, así como de los medios para el transporte de los mismos que contengan o puedan ser vehículos de plagas. d) Establecer las condiciones de almacenamiento y conservación de determinados vegetales y productos vegetales para prevenir los daños que puedan producir las plagas, así como la propagación de las mismas. e) Determinar las fechas de comienzo y terminación de las labores de cultivo, incluidas las de recolección y aprovechamiento forestal, cuyo tiempo de ejecución pueda influir en el desarrollo de una plaga. f) Confinar en instalaciones apropiadas, durante el tiempo necesario, los vegetales procedentes de terceros países susceptibles de ser portadores de organismos nocivos y los organismos útiles destinados a la lucha biológica. g) Arrancar las plantaciones abandonadas cuando constituyan un riesgo fitosanitario para las plantaciones vecinas o para el control de una determinada plaga».

V. Fumigaciones terrestres en la comunidad vasca: autorización concedida, «Instrucciones» adoptadas por los territorios históricos y alguna ausencia relevante

1. Autorización inicial

21. Una vez consideradas algunas cuestiones sobre el marco jurídico a tener en cuenta, es necesario examinar la actuación seguida con las fumigaciones realizadas para combatir la enfermedad de los pinos. Por lo que respecta a las autorizaciones que se han concedido para llevarlas a cabo en 2019, hay que mencionar, en primer lugar, una Resolución, de 15 de febrero de 2019, de la Dirección General de Sanidad de la Producción Agraria (del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación). Esta se dictó a raíz de una solicitud de la Dirección de Agricultura y Ganadería del País Vasco para la realización de una aplicación *aérea* de productos fitosanitarios formulados a base de óxido cuproso. Como ya se ha indicado, esta fórmula fue la que inicialmente se había contemplado por las instituciones vascas. Sin embargo, con unos términos sintéticos, la resolución fue denegatoria al entender que no existía un peligro imprevisible que no pudiese ser controlado por otros medios (que la Resolución no menciona) (46).

22. La segunda Resolución a contemplar fue dictada el 6 de marzo de 2019 por la misma Dirección General de Sanidad de la Producción Agraria, a raíz de una solicitud, también de la Dirección del País Vasco, (cuya fecha no consta en la Resolución que aquí se menciona). En este caso, a diferencia de la anterior solicitud, se planteó la autorización excepcional de comercialización y, según indica la Resolución, *de uso* «en aplicación terrestre». El fundamento jurídico de la Resolución del 6 de marzo es el ya citado art. 53 del Reglamento 1107/2009, así como el Real Decreto 971/2014, por el que se regula el procedimiento de evaluación de productos fitosanitarios (aparte de la correspondiente norma orgánica del Ministerio, Real Decreto 904/2018).

23. Ahora bien, dejando aparte estos extremos, un aspecto destacable de la Resolución (esta vez favorable) es la ausencia de motivación exigible por el Reglamento 1107/2009 y, en general, por la LPAC. En efecto, como se ha indicado con anterioridad, el primero se refiere a una autorización «si tal medida fuera necesaria *debido a* un peligro que no pueda controlarse por otros medios *razonables*» (47). Nada se señala sobre esta circunstancia de peligro y, en especial, sobre los medios que eventualmente se ha-

(46) Fundamentos de Derecho, apt. IV.

(47) Cursiva añadida.

yan podido desechar. La Resolución se limita a indicar, en los antecedentes, que «[l]a eficacia de la aplicación de productos fitosanitarios a base de óxido cuproso 75% [WG] contra las bandas criptogámicas en *Pinus radiata* ha sido demostrada y acreditada por la comunidad científica, siendo esta aplicación un tratamiento habitual utilizado en otros países». Sin embargo, tal afirmación no evitaría la comparación con otros tratamientos eventualmente posibles o, al menos, con una referencia justificada de que ese medio era el único aceptable en las circunstancias del caso. Todo eso se obvia en la Resolución, sin que la circunstancia de que sea favorable la exima de cumplimentar tales extremos. El Reglamento 1107/2009 ofrece a los Estados miembros un margen de discrecionalidad (técnica) al hacer mención de la razonabilidad de los medios, lo que exigiría que la Resolución hubiese elaborado una respuesta motivadora de la decisión (48), aunque la misma fuese favorable para la Administración solicitante.

24. El resto de los fundamentos de Derecho refieren las normas aplicables, mientras que el Resuelvo hace mención del período de vigencia de la autorización, 1 de abril-29 de julio de 2019 (ambos inclusive) y de la Comunidad Autónoma vasca como único territorio de aplicación del producto fitosanitario.

2. La actuación de los Territorios Históricos

2.1. NATURALEZA, OBJETO MATERIAL Y TERRITORIAL DE LAS ÓRDENES FORALES

25. A raíz de la Resolución del Estado de 6 de marzo de 2019, los tres Territorios Históricos dictaron sus correspondientes órdenes forales estableciendo «*instrucciones* para el uso en aplicación terrestre de los productos fitosanitarios formulados a base de óxido cuproso» (49). Se resalta

(48) Art. 35.1.i) LPAC.

(49) El Pleno del Parlamento Vasco, en la sesión celebrada el 21 de febrero de 2019, aprobó una Proposición no de Ley 10/2019, sobre las medidas que es necesario adoptar ante la enfermedad denominada «banda marrón» o «banda roja» que ha aparecido en los bosques de la Comunidad Autónoma vasca, y relativa a la idoneidad de las fumigaciones de pinares con óxido cuproso, con arreglo al siguiente texto: «1. El Parlamento Vasco insta al Gobierno Vasco a que, conjuntamente con las 3 diputaciones forales, titulares de la competencia, y el sector forestal, elaboren un documento que contenga un diagnóstico compartido de la situación actual del sector forestal, así como una estrategia de futuro que, entre otras cosas, contemple los métodos de lucha contra las patologías forestales, un plan de retirada ordenada de las masas afectadas y una propuesta. 2. El Parlamento Vasco insta al Gobierno Vasco a trabajar conjuntamente con las diputaciones forales para profundizar en la investigación de las patologías que afectan al pino radiata y elaborar un protocolo de actuación de aplicación de los resultados obtenidos, conjugando la optimización de la lucha contra la enfermedad con la protección de la salud y del medio ambiente. 3. El Parlamento Vasco insta al Gobierno Vasco a que despliegue esfuerzos para coordinar con las diputaciones forales, titulares de la competencia, la elaboración de una estrategia de futuro que considere los aspectos socioeconómicos y los ambientales del monte vasco».

esta circunstancia por dos motivos. Por una parte, porque el acto de base para el uso de este tratamiento se residencia esencialmente en la Administración del Estado, lo que acarrea determinadas consecuencias que se examinan en el apartado posterior. Ahora bien, las órdenes forales no solo fijan unas instrucciones de uso, sino que igualmente contienen una determinación sobre el objeto sobre el que aplicar el tratamiento (ausente en la Resolución del Ministerio antes contemplada, que solo se refirió a «[m]asas de coníferas en montes»), el ámbito territorial del mismo, así como otras determinaciones relativas a ciertas comunicaciones a realizar por los interesados.

26. Por otra parte, a pesar de que las tres órdenes a) emplean el título de «instrucciones», b) señalan que tienen por objeto «la regulación» de las condiciones para el uso en aplicación terrestre del producto fitosanitario y c) se dividen en distintos «artículos», (salvo de la Araba) en realidad se trata de actos administrativos y no de normas generales. En efecto se está en los tres supuestos ante decisiones ejecutivas de aplicación del Reglamento 1107/2009, de la LSV y de la propia Resolución de 6 de marzo de 2019 (ya citada), especificando determinados extremos para un supuesto concreto de aplicación. Esta circunstancia implica que las tres órdenes deberían haberse visto acompañadas de la correspondiente referencia a la finalización (o no) de la vía administrativa, así como a los recursos procedentes contra las mismas, cuestiones que están ausentes en ellas.

27. El objeto material de las tres órdenes forales es el mismo, a saber, pinares de edad inferior a 25 años y con defoliación inferior al 75%. La razón de la edad radicaría en el período de maduración de los pinos, que suele extenderse hasta los 35-40 años. Por lo que respecta al objeto territorial, tanto Bizkaia como Gipuzkoa coinciden en las zonas a excluir que fueron las siguientes:

- a) 100 metros alrededor de todos los núcleos habitados y edificaciones.
- b) 100 metros alrededor de todos los embalses, lagunas y zonas húmedas.
- c) 100 metros alrededor de las captaciones de agua, tanto subterráneas como superficiales.
- d) 100 metros alrededor de las zonas clasificadas como de vulnerabilidad de los acuíferos tipo alta y muy alta.
- e) 100 metros a cada lado alrededor de todos los cursos de agua permanentes (tipo 1, 2 y 3) situados en subcuencas de superficie total superior a 10 km² y 50 metros a cada lado alrededor de todos los cursos de agua permanentes (tipo 1, 2 y 3) situados en subcuencas de superficie total inferior a 10 km²

28. Solo la Orden Foral de Araba establece, como zonas excluidas, a los espacios naturales protegidos, teniendo en cuenta su zona periférica de protección «en caso de existir». La referencia a los «espacios naturales protegidos» implica, de acuerdo con el texto refundido de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco (aprobado por el Decreto Legislativo 1/2014), que se trate de aquellos propios de la Comunidad Autónoma (parques, reservas y biotopos) como también de las categorías de la UE (LIC, ZEC y ZEPA(50), a los que habría que añadir los de origen internacional). Como se expone más adelante, la previsión contenida en la orden de Araba no evitaba la aplicación, en su caso, del mecanismo de evaluación de impacto establecido en la DH. Aparte de lo anterior, esta Orden Foral contiene otras exclusiones que no se mencionan en las otras dos órdenes: a) una de menor extensión para los denominados cursos de agua de tipo 4 y 5, de acuerdo con la capa de ríos de la Agencia Vasca del Agua (URA) (10 mts.), b) una específica para las charcas de la rana ágil (*Rana dalmatina Bonaparte*) «sobre las que se tiene conocimiento» (esta especie requiere de una protección estricta de acuerdo con la DH)(51), y c) otra relativa a las parcelas de agricultura ecológica (un área de influencia de 5 metros a los límites de dichas parcelas).

2.2. OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN PREVIA

29. Las tres órdenes coinciden en que aquellas personas titulares de las parcelas en las que se vaya a realizar el tratamiento previsto deben de comunicarlo previamente al Departamento de Agricultura. Ahora bien, señalan que los servicios técnicos del Departamento verificarán que las comunicaciones previas recibidas cumplen las condiciones en las que se autorizan los tratamientos, advirtiendo en caso contrario a las personas interesadas de la imposibilidad de efectuar los mismos. A salvo de una orden para subsanar defectos(52). Por tanto, a pesar del tenor inicialmente impositivo de las órdenes («advirtiendo en caso contrario a las personas interesadas de la imposibilidad de efectuar los mismos»), esta actuación se enmarca en la actividad de comprobación, control e inspección que pueda llevar a cabo la Administración.

(50) Arts. 13-17.

(51) Anexo IV.

(52) Art. 69.3 LPAC. CUBERO MARCOS, José Ignacio, *La Comunicación Previa, la Declaración Responsable y el Procedimiento Administrativo: Especial Referencia al Establecimiento de Actividades y a la Prestación de Servicios*, Aranzadi, 2013, 184.

3. La autorización para el tratamiento terrestre y las exigencias de la Directiva de hábitats de la UE

30. La cuestión que hay que plantearse en este punto es si la autorización concedida para llevar a cabo el tratamiento: a) debía haberse sujetado a una previa evaluación de impacto ambiental bajo la DH (53); y b) qué instancia debería haberla llevado a cabo. Ni la Resolución del 6 de marzo de 2019 ni las tres órdenes forales hacen mención alguna del primer extremo. Tampoco consta que se haya realizado, en su caso, una evaluación de la denominada «Estrategia vasca para la recuperación de bosques de coníferas», anunciada por el Gobierno vasco y los tres Territorios Históricos (54), cuyo texto no se ha podido obtener para la realización del presente trabajo, pero que inicialmente se podría enmarcar en la noción de «plan» que emplea la DH. La información publicada por el Gobierno vasco habla de «un plan vivo, abierto a las modificaciones que sea necesario realizar en función de la evolución de la situación en cada momento y es fruto del trabajo realizado desde octubre de 2017 en esta materia». Además, se indica que «se importarán plantas resistentes a esta enfermedad, se reforzarán las medidas preventivas en los Planes de Ayudas Forales y se elaborará una guía que recogerá las prácticas forestales recomendadas para estos casos». A lo anterior se añade que «se reforzarán los planes de ayudas forales para incentivar la corta de masas muy afectadas y la repoblación, se simplificarán y agilizarán los trámites administrativos para las cortas, se preparará la infraestructura técnico-administrativa necesaria para realizar tratamientos, se designarán zonas de cortas prioritarias y áreas de corta para limitar la expansión de la enfermedad, y se organizarán áreas de almacenamiento de madera cortada para su venta paulatina» (55).

(53) En su comparecencia en el Parlamento vasco, el día 1 de abril de 2019, la Consejera de desarrollo económico e infraestructuras señaló que el documento técnico para cursar la solicitud al Ministerio se había elaborado con las tres diputaciones forales y que «se elevó una propuesta para la evaluación, además del tratamiento, para la evaluación en tiempo real de la sanidad de las masas forestales, así como el posicionamiento de las áreas susceptibles de ser tratadas» (pág. 7). En otro momento afirmó: «Somos conscientes del impacto del cobre Nordax, es la marca comercial con la que se comercializa en óxido cuproso en Europea para la fauna acuática, según el último estudio de... el último informe de la EFSA [*European Food Safety Agency*], de la European Food Safety Authority y el tratamiento se condicionaba, la propuesta, a un exhaustivo sistema de seguimiento para evitar cualquier riesgo» (pág. 9).

(54) <http://www.euskadi.eus/noticia/2018/las-instituciones-vascas-refrendan-su-apoyo-al-sector-forestal-y-ponen-en-marcha-un-plan-contra-la-enfermedad-de-los-pinos/web01-a2nekber/es/>.

(55) *Ibid.*, *supra* nota 53.

31. Como se sabe, la DH establece un requisito exigente para la evaluación de los efectos de planes y proyectos con posible afección a tales zonas, en la medida en que no es «la certeza de tales efectos», sino su «mera probabilidad», la que obliga a realizarla (56). De acuerdo con el TJUE,

«[E] elemento desencadenante del mecanismo de protección del medio ambiente, previsto en el apartado 3 de dicho artículo, *no presupone la certeza* de que el plan o el proyecto considerado afecte de forma apreciable al lugar de que se trate, sino que resulta de *la mera probabilidad* de que dicho plan o proyecto produzca tal efecto» (57).

32. Por otra parte, la DH no define las nociones de plan o proyecto. Por el contrario, señala que «[c]ualquier(a)» de ellos puede estar sujeto a evaluación. Además, como ha precisado el TJUE respecto de la relación entre la Directiva 2011/92, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (en adelante, DEIA), y la DH, dado que la definición de «proyecto» en la primera directiva es más restrictiva que la resultante de la DH, si a una actividad se le aplica la DEIA, debe aplicársele, con mayor motivo, la DH. Por tanto, si una actividad se considera proyecto, en el sentido de la DEIA, puede ser un «proyecto» en el sentido de la DH. No obstante, el mero hecho de que una actividad no pueda clasificarse como proyecto, en el sentido de la DEIA, no basta, por sí solo, para deducir de ello que no se le pueda aplicar el concepto de proyecto en el sentido de la DH (58).

33. Con todo, como ha precisado también el TJUE, actividades como la fertilización del suelo pueden caer en el concepto de proyecto de la DEIA, ya que se pueden modificar las propiedades del suelo enriqueciéndolo en nutrientes y constituir, por tanto, una intervención que modifique la realidad física del lugar en el sentido de la DEIA («la realización de tra-

(56) Art. 6.3 DH.

(57) Asunto C-127/02, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee y Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels contra Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, ECLI:EU:C:2004:482, apt. 41.

(58) Asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA y Vereniging Leefmilieu contre College van gedeputeerde staten van Limburg y College van gedeputeerde staten van Gelderland*, ECLI:EU:C:2018:882, apts. 65-66. 2. GARCÍA URETA, Agustín, «Nitrogen depositions, agricultural undertakings and Natura 2000. Comments on Joined Cases C-293/17 and C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*, judgment of the Court of Justice of the European Union of 7 November 2018, *Environmental Law & Management*, 2018, págs. 120-129.

bajos de construcción o de otras instalaciones u obras»)(59). Una jurisprudencia constante también ha puesto de manifiesto que incluso un proyecto de dimensiones reducidas puede tener un impacto considerable en el medio, cuando esté situado en un lugar en el que los factores ambientales sean sensibles a la más mínima modificación. De igual modo, un proyecto puede tener un impacto considerable cuando, debido a su naturaleza, exista el riesgo de que transforme de manera importante o irreversible dichos factores ambientales, «con independencia de sus dimensiones» (60).

34. Por tanto, a la luz de lo dispuesto en la DH, el TJUE ha adoptado tradicionalmente un criterio proclive a la sujeción a evaluación de proyectos o planes que puedan implicar tales efectos. El tamaño u otras circunstancias específicas de los mismos no resultan concluyentes para omitir la evaluación. En consecuencia, en palabras del TJUE, «un Estado miembro *no puede dar por sentado* que algunas categorías de planes o proyectos —determinadas por sectores de actividad— y algunas instalaciones específicas tendrán, por definición, un impacto irrelevante en el hombre y el medio ambiente» (61). Sin embargo, el TJUE ha cualificado la obligación de llevar a cabo una evaluación, precisando, desde el asunto C-127/02, antes citado, que no cabe considerar que un plan o proyecto pueda afectar de manera significativa al lugar de que se trate «cuando, a pesar de tener alguna repercusión sobre este, no pueda comprometer los objetivos de conservación de dicho lugar».

35. Finalmente, la DH no recoge posibles excepciones por motivos de urgencia o de grave extensión de una plaga o enfermedad, como sucede en la Comunidad Autónoma. De ahí que la evaluación, en las condiciones de la DH, pueda ser un requisito a cumplimentar, con independencia de que, en el caso de que fuese negativa (y no concurriesen otras alternativas), se pudiese acudir a las excepciones mencionadas en el apartado 4 del art. 6. De manera adicional hay que señalar que las posibles excepciones de la DEIA no resultan aplicables al requisito de evaluación de la

(59) Art. 1.2.a) (segundo inciso) DEIA. Asuntos acumulados C-293/17 y C-294/17, *supra* nota 58, apt. 71. El TJUE señaló (apt. 72): [E]l vertido de residuos líquidos puede modificar las propiedades del suelo enriqueciéndolo en nutrientes y constituir, por tanto, una intervención que modifica la realidad física del lugar en el sentido del citado artículo 1, apartado 2, letra a), y, por lo que respecta al pastoreo de ganado, la instalación de pastos puede corresponderse con «la realización de trabajos de construcción o de otras instalaciones u obras» en el sentido de esa disposición, en particular si esa realización implica, en las circunstancias del caso de autos, un desarrollo inevitable o programado de tales pastos, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente».

(60) Asunto C-392/96, *Comisión v. Irlanda*, ECLI:EU:C:1999:431, apts. 66 y 67.

(61) Asunto C-538/09, *Comisión v. Bélgica*, ECLI:EU:C:2011:349, apt. 56, cursiva añadida.

DH(62), que no menciona ninguna posible (a salvo de aquellas que se pueden invocar una vez llevada a cabo aquella con una conclusión negativa).

36. Por lo que respecta a la localización, la DH no exige que un plan o proyecto se deba ejecutar «en» una zona de la red Natura 2000 para que se deba sujetar a evaluación, ya que lo importante es examinar los posibles efectos sobre las misma. De ahí que el TJUE haya llegado a afirmar que el hecho de que un proyecto no se situase en las zonas afectadas, «sino a una distancia *considerable* de éstas» (600 km), no excluía «en modo alguno» la aplicabilidad del art. 6.3 DH(63). Las previsiones de la Orden Foral 197/2019, de Araba, sobre las instrucciones para uso en aplicación terrestre, de los productos fitosanitarios formulados a base de óxido cuproso, que excluyen de su ámbito a los espacios naturales protegidos o a las charcas de la rana ágil (*Rana dalmatina Bonaparte*), especie que cuenta con protección especial en la DH, no impiden llegar a una misma conclusión. En el caso que se analiza en este trabajo, las fumigaciones autorizadas y en la extensión que se han llevado cabo (solo en Gipuzkoa han sido 5.561 has., en 8.500 parcelas) junto con los posibles acondicionamientos de pistas y el uso de maquinaria, deberían haber estado sujetas a una evaluación tal y como exige la DH, al corresponderse con el criterio de precaución del que esta parte y, por ende, la normativa de estatal de transposición de la misma (64), con independencia de su resultado.

37. De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21/2013, de evaluación ambiental, tras la modificación operada por la Ley 9/2018(65), se exige al promotor del plan o proyecto que elabore un informe de repercusiones sobre los hábitats y especies objetivo de conservación de los espacios afectados, para que el órgano competente en la gestión de los espacios Red Natura 2000 afectados determine, «a la vista del expediente», si el plan, programa o proyecto causará un perjuicio a la integridad de algún espacio Red Natura 2000 (66). Si este llega a tal conclusión, se debe

(62) Véanse los arts. 1.3 y 2.4, respectivamente. Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, art. 20.

(63) Asunto C-142/16, *Comisión v. Alemania*, ECLI:EU:C:2017:301, apt. 29, cursiva añadida. GARCÍA URETA, Agustín, «Natura 2000 and protective measures in environmental assessments: further headaches for the Member States and good news for habitats and species. Comment on Case C-142/16 *Commission v Germany* CJEU (26 April 2017)», *Environmental Liability*, 211-217.

(64) Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (en adelante LPNB).

(65) Téngase en cuenta que las modificaciones operadas por la Ley 9/2018 se aplican a todos los planes, programas y proyectos cuya evaluación se iniciase a partir del día de la entrada en vigor de esta (7 de diciembre de 2018). A diferencia de la Resolución de 15 de febrero de 2019, la Resolución de 6 de marzo de 2019 no indica en qué fecha se recibió la solicitud del Gobierno vasco.

(66) Art. 8.5 (segundo párrafo), cursiva añadida.

sustanciar el procedimiento establecido en la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB) (67), que, en realidad, se vuelve a remitir a 1) la legislación estatal básica (esto es, la propia Ley 21/2013) y 2) las normas adicionales de protección dictadas por las Comunidades Autónomas (68). No consta en la Resolución de 6 de marzo de 2019 nada sobre este extremo (tampoco en las órdenes forales que determinan «instrucciones»). La primera no hace ninguna referencia sobre la posible evaluación que se haya podido plantear y, en su caso, efectuar y su resultado, cuando esta decisión autoriza expresamente la comercialización y el «uso» del plaguicida empleado, como así se expone en su título oficial. En hipótesis, la autorización no habría comprometido los objetivos de conservación de los lugares previsiblemente afectados. En este punto se puede plantear en qué instancia debería haberse llevado a cabo una evaluación. La jurisprudencia del TJUE ha indicado que en el caso de que el Derecho de un Estado miembro prevea que el procedimiento de autorización conste de varias etapas, la evaluación de impacto debe efectuarse, en principio, tan pronto como sea posible identificar y evaluar todos los efectos que un proyecto pueda producir en el medio ambiente.

«De esta manera, si una de esas etapas es una decisión principal y la otra una decisión de ejecución que no puede ir más allá de los parámetros determinados por la decisión principal, los efectos que el proyecto pueda producir en el medio ambiente deben identificarse y evaluarse en el procedimiento de adopción de la decisión principal. Solo en el supuesto de que los referidos efectos únicamente sean identificables durante el procedimiento relativo a la decisión de ejecución, la evaluación debería realizarse durante este último procedimiento» (69).

38. En el caso que se contempla en este trabajo, las fumigaciones terrestres realizadas dependían básicamente de una resolución favorable de la Administración del Estado sobre el uso del plaguicida. Sin ella, tal actuación terrestre no podía llevarse a cabo. A pesar de que las órdenes forales circunscribiesen el ámbito de actuación, el carácter preventivo de la evaluación exigía la consideración de los posibles efectos en el marco de la autorización concedida, siendo las órdenes medidas concretas de

(67) Art. 46 (apartados 4-7) LPNB.

(68) Art. 46.4 LPNB.

(69) Asunto C-201/02, *The Queen, a instancia de Delena Wells contra Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, ECLI:EU:C:2004:12, apt. 52.

ejecución de la anterior. Por tanto, se puede concluir que era en dicha instancia en la que se debería haber llevado a cabo la adecuada evaluación a la que se refiere la DH (otra cuestión es que siendo el solicitante el Gobierno vasco le hubiese correspondido a este o, en su caso, a cada Territorio Histórico, la realización del pertinente estudio de impacto ambiental que acompañase a la solicitud) (70).

VI. Comentarios conclusivos

39. El empleo de plaguicidas para combatir plagas cuenta con un marco jurídico que, sin ser ciertamente perfecto, establece determinadas cortapisas y garantías para poder llevarlas a cabo. Entre ellas se encuentra la prohibición general de efectuar fumigaciones aéreas (salvo determinadas excepciones). También aquellas que puedan llevarse a cabo de manera terrestre deben cumplimentar requisitos de análisis de alternativas viables. La respuesta que se ha dado al concreto supuesto de la enfermedad de los pinos en la Comunidad Autónoma pone en evidencia la inexactitud de las decisiones adoptadas. Por una parte, desde la perspectiva de la Administración del Estado se ha obviado avanzar una motivación suficiente, a la luz de la normativa de la UE, al autorizar el empleo de los plaguicidas por los tres Territorios Históricos. Por su parte, estos han adoptado diversas instrucciones en aplicación de la autorización del Estado. Sin embargo, aparte de algunas deficiencias procedimentales (ausencia de mención de los recursos procedentes) se ha obviado la exigencia de plantearse si era precisa una evaluación de impacto ambiental de la autorización y ulterior ejecución de las fumigaciones en el ámbito de la Comunidad Autónoma, cuando los 55 espacios integrados en la Red Natura 2000 en Euskadi se extienden por una superficie aproximada de 1.500 kilómetros cuadrados (20,5% del territorio). El hecho de que las órdenes forales hayan excluido determinadas áreas, al igual que los espacios naturales protegidos (solo en Araba) no evita la posible circunvalación de la DH. La gravedad de la enfermedad, conocida desde hace tiempo, o la posible urgencia de las medidas a adoptar no impiden mantener lo indicado.

(70) Téngase en cuenta que, según el TJUE, el proceso de evaluación «no es un mero acto administrativo formal, sino que debe proporcionar un análisis en profundidad acorde con los objetivos de conservación establecidos para el lugar de que se trate». Asunto C-441/03, *Comisión v. Países Bajos*, ECLI:EU:C:2005:233, apt. 22, cursiva añadida.

Bibliografía

- BOZZINI, Emanuela, *Pesticide Policy and Politics in the European Union. Regulatory Assessment, Implementation and Enforcement*, Palgrave Macmillan, 2017.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, *La Comunicación Previa, la Declaración Responsable y el Procedimiento Administrativo: Especial Referencia al Establecimiento de Actividades y a la Prestación de Servicios*, Aranzadi, 2013.
- DAMALAS, Christos, e. ELEFTHEROHORINOS, Ilias «Pesticide Exposure, Safety Issues, and Risk Assessment Indicators», *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2011, págs. 1402-1419.
- GARCÍA URETA, Agustín «¿El antropoceno y el fin de la biodiversidad?», en GARCÍA URETA, Agustín (dir.), *Nuevas Perspectivas del Derecho Ambiental en El Siglo XXI – New Perspectives on Environmental Law in the 21th Century*, Marcial Pons, 2018, págs. 162-194.
- «Nitrogen depositions, agricultural undertakings and Natura 2000. Comments on Joined Cases C-293/17 and C-294/17, *Coöperatie Mobilisation for the Environment UA*, judgment of the Court of Justice of the European Union of 7 November 2018, *Environmental Law & Management*, 2018, págs. 120-129.
 - «Natura 2000 and protective measures in environmental assessments: further headaches for the Member States and good news for habitats and species. Comment on Case C-142/16 *Commission v Germany* CJEU (26 April 2017)», *Environmental Liability*, 211-217.
- HAMLIN, Olivia, «Sustainability and the failure of ambition in European pesticides regulation», *Journal of Environmental Law*, 2015, 27, págs. 405-429.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA AGRICULTURA Y LA ALIMENTACIÓN, *Guías sobre Buenas Prácticas para la Aplicación Aérea de Plaguicidas* (Roma, 2002); accesible en <http://www.fao.org/3/Y2766S/Y2766S00.htm#2.1>.
- SORO MATEO, Blanca, *Derecho de los pesticidas*, Tirant lo blanch, 2018.



Referéndum y deliberación

Referendum and deliberation

DANIEL LÓPEZ RUBIO

Universidad Carlos III de Madrid
dalopezr@der-pu.uc3m.es
ORCID 0000-0003-2718-4906

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.02>

LABURPENA: Erreferenduma gai publikoak erabakitzeke bide gisa erabiltzearen aurka egiten den kritika ohikoenetako bat honako hau da: erabakitzeke gabeziak dituela. Erreferendumak soilik balioko luke interesak gehitzeko, hausnarketaz eta elkarrizketaz kezkatu beharrik izan gabe. Artikulu honek zehatz-mehatz aztertzen ditu herri-bozketaren aurreko kanpainan eztabaida-maila arrazoizkoa lortzeko funtsezkoak diren elementu guztiak, hala nola: galdera argia izatea, boto-emaileari informazioa ematea edo baliabide publikoak banatzea tartean dauden alderdien artean. Nazioko eta nazioarteko esperientzietan oinarrituta, tesi hau defendatzen da: horiek guztiak behar bezala arautuz gero erakundeak aurrez aurre dituen gabeziak asko gaitutuko lirateke. Azken batean, lan honen bidez frogatu nahi da erreferendumari kritika globalak egitea alperrekoa dela, askoz zentzu handiagoa baitu sistema bakoitzean modu jakin batean diseinatzea.

HITZ GAKOAK: Erreferenduma. Zuzeneko demokrazia. Deliberazioa. Deliberazio-demokrazia. Zehaztasun printzipioa. Partaidetza politikoa.

ABSTRACT: One of criticisms usually made against the referendum as a way for citizens to take part in public decision-making processes refers to its deliberative disadvantages. The referendum would be simply an instrument to gather opinions, with no interest in reflection or dialogue processes. This paper thoroughly analyses the key elements to achieve a reasonable level of deliberation in the previous campaign, such as the clarity of the question, the information provided to the voter or the distribution of public resources among the contestants. Considering national and international experiences, the author supports the idea according to which an appropriate regulation of these key elements would allow us to overcome many of the shortcomings faced by the institution. Ultimately, this paper shows the futility of general criticisms against the referendum while considers that it would be more useful to pay attention to the design of the institution made in each system.

KEYWORDS: Referendum. Direct democracy. Deliberation. Deliberative democracy. Principle of clarity. Political participation.

RESUMEN: Una de las críticas más habituales que se realiza contra el empleo del referéndum como cauce de decisión de los asuntos públicos es aquella que hace referencia a sus carencias deliberativas. El referéndum serviría como mero instrumento de agregación de intereses, sin preocupación alguna por la reflexión y el diálogo. El presente artículo estudia pormenorizadamente todos aquellos elementos que resultan claves para la consecución de un grado razonable de deliberación en la campaña previa a la votación popular, como la claridad de la pregunta, la información facilitada al votante o el reparto de los recursos públicos entre las partes en liza. Con apoyo en experiencias nacionales e internacionales, se defiende la tesis de que una regulación adecuada de todos ellos podría servir para salvar muchos de los déficits que enfrenta la institución. En definitiva, el trabajo pretende demostrar la escasa utilidad que tiene la formulación de críticas globales a la figura del referéndum, cobrando mucho más sentido dirigir la mirada hacia su concreto diseño en cada sistema.

PALABRAS CLAVE: Referéndum. Democracia directa. Deliberación. Democracia deliberativa. Principio de claridad. Participación política.

Trabajo recibido el 16 de octubre de 2019

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Sumario. I. Introducción.—II. El referéndum en el marco de una democracia deliberativa.—III. Presupuestos deliberativos. 1. Definiendo la deliberación. 2. La claridad de la pregunta. 2.1. Claridad en el planteamiento general. 2.2. Claridad en la concreta terminología empleada. 2.3. Claridad en las alternativas planteadas. 2.4. Claridad en los efectos. 3. La necesidad de información suficiente y equilibrada sobre las distintas posiciones. 4. La necesidad de una equitativa distribución de las ayudas públicas. 5. La necesidad de contar con tiempo suficiente para la campaña.—IV. Referéndum y deliberación monológica.—V. Referéndum y deliberación dialógica.—VI. Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

Las sociedades democráticas modernas basan su esquema de decisión pública en el sistema representativo. Incluso aquellos estados que más privilegian los mecanismos de participación directa lo hacen sobre la base de un bien asentado y predominante modelo representativo. Ello no es casual. Como explica Rubio Llorente, razones de orden técnico y sociológico imponen este predominio. Así, la «imposibilidad de comunicación recíproca perfecta y actuación simultánea de todos los ciudadanos», junto con la constatación de que estos «deben dedicar la mayor parte de su tiempo al trabajo», siendo incapaces de afrontar la llevanza directa de todos los asuntos públicos(1), destierran el ideal rousseauiano de participación directa. Pero, además de estas imposibilidades de carácter práctico, la democracia de identidad no puede superar lo que Aragón denomina un «auténtico sofisma», esto es, su errónea consideración de la «unidad de la voluntad popular como un supuesto del que el Derecho parte, no como el resultado de la composición plural que por el Derecho se obtiene» (2).

Los sistemas políticos modernos se construirán, pues, sobre fórmulas representativas, perdiendo la democracia directa toda capacidad de actuar como modelo global alternativo. Ello no impedirá, sin embargo, el surgimiento de un interesante debate en torno a su utilidad como complemento de los preminentes engranajes representativos. Clásico en este sentido es el debate mantenido entre Carré de Malberg y Mirkine-Guetzévitch. En opinión del primero, la fundamentación del poder del Parlamento en la idea de soberanía de la volun-

(1) RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012, pág. 653.

(2) ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*. Tecnos. Madrid, 1989, pág. 105.

tad general tiene como evidente correlato la imposibilidad de «negar la capacidad de deliberar e incluso de decidir a aquellos de los que la voluntad general toma su origen y su consistencia, esto es, a los ciudadanos que se reúnen a este efecto en un colegio único e indivisible» (3). El segundo, desde posiciones más técnicas que filosóficas, entenderá innecesaria la combinación de referéndum y representación, al considerar que ello no se corresponde «con la estructura jurídica del nuevo parlamentarismo ni con la realidad política de la democracia moderna» (4).

Desde el fin de la segunda Guerra Mundial han sido muchos los países que han tratado de injertar el referéndum dentro de sus estructuras representativas. De hecho, como se observa en los gráficos 1 y 2, el número de países que han empleado la institución, así como el número de consultas efectivamente celebradas ha experimentado un crecimiento sostenido. Esta extensión de la democracia semidirecta ha sido posible porque muchos de los reparos habitualmente formulados frente a la misma se han entendido progresivamente matizados. En opinión de Aguiar, ha sido clave al respecto la consolidación del propio sistema representativo y del Estado de derecho, pues ello ha permitido considerar «notablemente mitigados los riesgos de instrumentalización de las consultas populares» y «más alejado aún el peligro de una flagrante y patente adulteración de los resultados» (5). En este sentido, expone Luciani, «la compleja textura de la democracia madura hace emerger la idea de la necesidad de que en aquélla se desarrolle una combinación de elementos plebiscitarios identitarios con elementos representativos-pluralísticos» (6). Siempre sobre la base, pues, de un esquema de representación al que se desea mejorar y no

(3) CARRÉ DE MALBERG, Raymond, «Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme», en *Annuaire de l'institute international de droit public*, Vol. II, 1931, pág. 273.

(4) MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, «Le referendum et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes», en *Annuaire de l'institute international de droit public*, Vol. II, 1931, pág. 334. Debe aclararse, en todo caso, que el estudio de Mirkine-Guetzévitch se centraba en las nuevas modalidades de referéndum surgidas tras la primera Guerra Mundial, y que tenían por principal objetivo resolver los conflictos entre Gobierno y Parlamento. Ello, en su opinión, tiene poco sentido en los nuevos sistemas parlamentarios, pues el Gobierno no tiene ya un origen dinástico sino derivado de la fuerza política mayoritaria en el propio Parlamento (pág. 333).

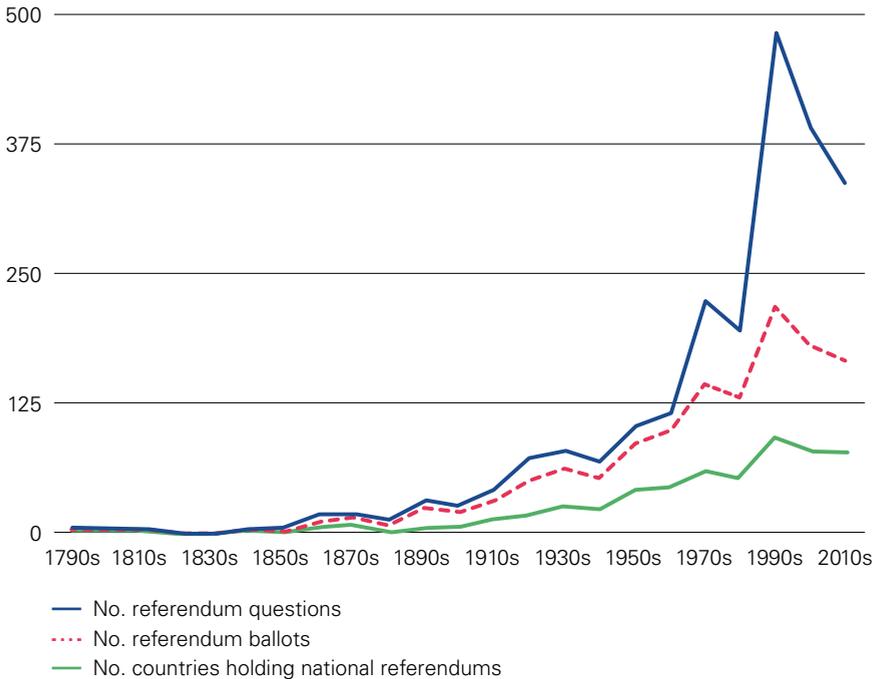
(5) AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español». En TRUJILLO, Gumersindo, LÓPEZ GUERRA, Luis, y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (coords.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000, pág. 73.

(6) LUCIANI, Massimo, «Introduzione». En LUCIANI, Massimo, VOLPI, Mauro, y AMATO, Giuliano (coords.), *Referendum: problemi teorici ed esperienze costituzionali*. Laterza. Roma, 1992, pág. 5.

ya superar, se entenderá deseable que «el poder de decisión y dirección representativo se pueda corregir y contrapesar democráticamente (...) mediante la decisión directa sobre ciertos asuntos por el pueblo mismo» (7).

Gráfico 1

Evolución del número de referendos en estados soberanos (1790-2010)



Fuente: Report of the Independent Commission on Referendums (julio 2018).

Este esquema de pensamiento no resulta, sin embargo, incontrovertido. La doctrina ha destacado con frecuencia la existencia de una serie de debilidades en el empleo de la institución referendaria que aconsejaría limitar su influencia en el funcionamiento ordinario de las democracias modernas. Aguiar(8) sintetiza estas críticas con precisión, ordenándolas en tres grandes bloques: i) el referéndum supondría la imposición con

(7) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta. Madrid, 2000, pág. 143.

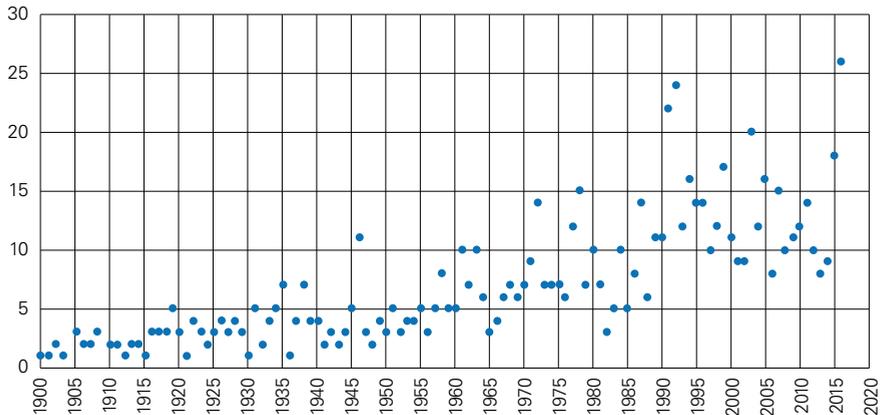
(8) AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales», en *Revista de Derecho Público*, n.º 102, 1986, pág. 9.

firmeza de un único criterio, excluyendo las demás alternativas; ii) el referéndum tendería a la profundización de las tensiones sociales existentes sobre la cuestión debatida; y iii) el referéndum generaría el olvido de determinados intereses sociales que pueden resultar relevantes. Todas ellas podrían reconducirse a lo que autores como Böckenförde(9) o Tierney(10) denuncian como el déficit deliberativo del referéndum. Desde estas coordenadas, se entiende que el sistema parlamentario, a través de la garantía de unos mayores niveles de discusión e integración de los intereses sociales relevantes, sirve con mayor eficacia a los fines de proveer de legitimación al sistema político democrático.

La discusión, así pues, queda marcada por el interrogante de si el referéndum no podría terminar por generar perjuicios mayores que aquellos déficits representativos a cuya superación se encomienda su presencia. El objetivo de reducir la fuerte dicotomía entre gobernantes y gobernados, generando cauces participativos que permitan a estos últimos controlar la acción de los primeros más allá de las periódicas citas electorales, podría quedar enterrado si el referéndum, arma de gran potencia política, no fuera regulado con la suficiente habilidad y prudencia.

Gráfico 2

Evolución del número de países que convocan referendos (1900-2016)



Fuente: Solijonov, Abdurashid, «A statistical look back at referendums through the years», en International Institute for democracy and electoral assistance, 21-12-2016.

(9) BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Democrazia e rappresentanza», en *Quaderni Costituzionali*, n.º 2, 1985, pág. 236.

(10) TIERNEY, Stephen, *Constitutional Referendums: The Theory of Practice of Republican Deliberation*. Oxford University Press. New York, 2012, págs. 232-233.

Compartimos con Garrorena, en este sentido, la necesidad de un enfoque neutro de la institución referendaria, que ponga el foco, no en su naturaleza abstracta, sino en su diseño jurídico concreto (11). En efecto, los referendos no deben reducirse al mero acto de votación, sino que comprenden toda una serie de pasos previos de cuya correcta configuración depende en buena medida su utilidad como complemento democrático. Empleando las palabras de Martí, «la votación en un referéndum equivale al acto de decisión, pero para que dicha decisión tenga valor el decisor —es decir, la ciudadanía— debe haberse preparado concienzudamente, debe haber identificado y evaluado la información relevante, analizado las alternativas, sopesado pros y contras, etc.» (12) En consecuencia, resulta imprescindible atender a la fase deliberativa que ha de realizar la sociedad de manera previa a la decisión final, pues allí donde ésta resulte precaria las posibilidades de manipulación crecerán, y con ellas se harán más intensos —en ocasiones insoportables— los déficits propios del referéndum como procedimiento decisorio.

El estudio de la experiencia comparada, que tendrá un lugar destacado en este trabajo, acredita la enorme variedad de diseños que puede adquirir el referéndum. Desde esta óptica, como subraya Chambers, resulta «casi imposible realizar afirmaciones, en particular afirmaciones normativas, sobre la funcionalidad, deseabilidad, o legitimidad democrática de los referendums en general» (13). La calificación del referéndum como procedimiento adecuado para la expresión del parecer ciudadano dependerá en gran medida de las especificaciones adoptadas en cada sistema. Deberemos atender, pues, entre otros extremos, «a quién pregunte, a qué se pregunte, y en qué condiciones se delibere en la campaña» (14). El objetivo del presente estudio es el de analizar con el máximo detalle estos elementos, tratando de esclarecer en qué grado es subsanable el déficit deliberativo del referéndum.

II. El referéndum en el marco de una democracia deliberativa

Existen múltiples definiciones de la democracia deliberativa, pero todas ellas presentan un denominador común: la asunción de las decisio-

(11) GARRORENA MORALES, Ángel, «Teoría y práctica española del referéndum», en *Anales de la Universidad de Murcia*, n.º 3-4, 1977, pág. 94.

(12) MARTÍ, José Luis, «Tres confusiones sobre los referendos» en *Agenda Pública*, 10-12-2016. Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/tres-confusiones-sobre-los-referendums/> (consultado el 1 de junio de 2019)

(13) CHAMBERS, Simone, «Making Referendums Safe for Democracy», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, pág. 305.

(14) GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «La utilidad del referéndum como acicate y contrapeso en las democracias representativas», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 181, 2018, pág. 146.

nes públicas debe realizarse sobre la base de la participación de los afectados por ellas —sea directamente, sea a través de representantes—, y a través de un proceso colectivo de discusión de los diversos argumentos implicados(15).

El referéndum, suele decirse, puede cumplir un relevante papel como complemento de los predominantes esquemas representativos. Así, explica Luciani(16), la institución podría desempeñar funciones como: i) proteger a las minorías frente al arbitrio de la mayoría; ii) aliviar la partitocracia; iii) exigir responsabilidad política de parlamentos y gobiernos; iv) verificar el mantenimiento de cierta conformidad entre representantes y representados; o v) o incrementar la educación política del pueblo. Ocurre, sin embargo, que el éxito de estas funciones se encuentra fuertemente vinculado al modo concreto en que opere el referéndum. Dicho de otro modo, sin una adecuada vinculación de la herramienta a los ideales de una democracia deliberativa, parece difícil que pueda generar beneficio alguno al sistema político representativo. Antes al contrario, podría provocar serias disfunciones en su actividad.

Así pues, nuestro estudio tratará de someter al referéndum a una estructurada evaluación, partiendo de dos grandes ejes de trabajo: intrínseco e instrumental(17). El segundo trata de averiguar si un procedimiento de decisión genera mayor o menor probabilidad de lograr decisiones correctas, mientras que el primero elude cualquier discusión sobre los resultados del proceso, poniendo el foco únicamente en las credenciales estructurales del mismo.

Pues bien, ¿qué calificaciones obtiene el referéndum en la cuestión de la legitimidad procedimental o intrínseca? Para poder emitir una respuesta adecuada resulta imprescindible aportar una mínima definición de tal legitimidad. En el contexto democrático parece claro que la misma dependerá de la posibilidad de que los ciudadanos puedan participar en condiciones de igualdad en la toma de aquellas decisiones que afecten su ámbito particular de intereses. La clave sería, por consiguiente, el principio de igualdad política. Desde esta óptica, la posibili-

(15) Véase, por todos, ELSTER, Jon, «Introducción», en ELSTER, Jon (coord.), *La democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona, 2001, pág. 21.

(16) LUCIANI, Massimo, «El referéndum. Cuestiones teóricas y de la experiencia italiana», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 37, 2008, págs. 8-9.

(17) La conveniencia de operar la comparación entre procedimientos de decisión pública con arreglo a ambos tipos de criterios es defendida, entre otros, por RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, 1999, pág. 194; BEITZ, Charles, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*. Princeton University Press. Princeton, 1989, págs. 95-96; o BAYÓN, Juan Carlos, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en VV.AA. *Constitución y derechos fundamentales*. Ministerio de la Presidencia: Secretaría General Técnica. Madrid, 2004, págs. 106-110.

dad de participación directa y universal que ofrece el procedimiento referendario parece proyectar buenas credenciales estructurales.

Más controvertido resulta el eje instrumental. Para su estudio omitiremos el debate sobre cuándo el referéndum ha producido los «mejores» o más «correctos» resultados, por dos motivos. Primero, porque con facilidad podría rebatirse que en sociedades plurales como las nuestras cabe adoptar posturas diversas sobre cuándo una determinada decisión o medida es o no «correcta». Segundo, porque los obstáculos técnicos de una evaluación de este tipo serían en todo caso insalvables. Téngase presente, solo por citar el más evidente, que el volumen de decisiones a enjuiciar resultaría inabarcable.

En consecuencia, el objetivo no ha de ser el de evaluar el procedimiento referendario para determinar si es capaz de producir resultados más correctos que el procedimiento parlamentario, sino intentar desentrañar desde la reflexión teórica en qué condiciones puede generar una probabilidad razonable de alcanzar resultados óptimos, sin necesidad de entrar a definir qué se entiende por tal. Debemos considerar, pues, si desde un punto de vista estructural o institucional el referéndum puede considerarse netamente inferior en términos epistemológicos respecto de la decisión parlamentaria. Con tal fin, y siguiendo el trabajo de autores como Nino o Martí, analizaremos dos variables: una participativa y otra deliberativa (18).

Respecto de la participativa, Nino destaca la tendencia a la imparcialidad que se genera cuando en una determinada decisión intervienen todas las personas interesadas o afectadas a través del procedimiento mayoritario. En este punto parece razonable sostener la fortaleza del referéndum, que permite una participación directa universal. La cuestión deliberativa, que monopolizará nuestra atención, es mucho más compleja. Resulta sensato entender que la posibilidad de que todos los afectados por una medida participen en su adopción no lo es todo epistemológicamente, siendo igualmente crucial la existencia de un previo proceso de discusión «generalizada, amplia y abierta» (19).

La construcción de un proceso discursivo resulta esencial desde la perspectiva epistemológica. Como afirma Martí (20), la confrontación argumental ofrece varias ventajas: i) el intercambio de información, que lo-

(18) En su defensa del valor epistémico de la democracia, NINO, Carlos Santiago, «La filosofía del control judicial de constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4, 1989, págs. 86-87, subraya que tal valor deriva tanto del proceso discursivo como de la decisión mayoritaria que es inherente al procedimiento democrático. Aboga también por esta doble consideración MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons. Madrid, 2006, págs. 184-185.

(19) NINO, Carlos Santiago, «La filosofía del control judicial...», *op. cit.*, págs. 86-87.

(20) MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa...*, *op. cit.*, págs. 324-325.

gra mejorar la capacidad epistémica de los agentes decisores; ii) la detección de errores fácticos y lógicos en los razonamientos; iii) el control de los aspectos emocionales y el filtrado de las preferencias impulsivas o irracionales; y iv) revelar intentos de manipulación. El proceso decisivo, por tanto, no debería estar preocupado únicamente por los votos, sino también por las voces escuchadas de manera previa. Siendo claro el compromiso del referéndum con el primer aspecto, deben estudiarse en profundidad sus activos y sus pasivos en relación con el segundo. A ello dedicaremos los siguientes apartados.

III. Presupuestos deliberativos

1. Definiendo la deliberación

¿Qué significa exactamente la necesidad de que los ciudadanos que van a decidir en referéndum sobre una determinada cuestión deliberen suficientemente con anterioridad a la fijación de su posición? Como expone Chambers, hay dos maneras principales de entender la deliberación(21): la monológica y la dialógica. La primera hace referencia, simplemente, a la conveniencia de que los ciudadanos adopten una postura reflexiva e informada, eludiendo guiarse por el mero impulso, los prejuicios o los hábitos. La segunda va más allá, y apela a la construcción de un diálogo entre los electores que permita el contraste de argumentos e ideas.

Como puede comprobarse a simple vista, el primer tipo de deliberación puede ser realizado en absoluta soledad, sin contacto alguno con otros ciudadanos. Se estaría exigiendo, tan solo, el destierro de los argumentos irracionales o pasionales a la hora de tomar una decisión sobre la medida enjuiciada. La deliberación dialógica, por el contrario, es mucho más exigente. La ciudadanía debe verse inmersa en un diálogo colectivo que fomente el intercambio crítico de pareceres. En opinión de Chambers esta segunda modalidad ofrecería dos grandes oportunidades(22): por un lado, se sujetarían las preferencias individuales y grupales a un test de publicidad, lo que fuerza a los participantes a ser especialmente reflexivos; por otro, serviría para construir puentes de reconocimiento, entendimiento y, a veces, consenso.

En los apartados sucesivos analizaremos todos aquellos elementos de la configuración de un referéndum que pueden influir en cada uno de los

(21) CHAMBERS, Simone, «Constitutional Referendums and Democratic Deliberation», en MENDELSON, Matthew y PARKIN, Andrew, (eds.). *Referendum Democracy*. Palgrave Macmillan. Londres, 2001, pág. 233.

(22) *Ibid.*, págs. 233-234.

tipos de deliberación. Comenzaremos, en todo caso, analizando una serie de presupuestos comunes, sin los cuales sería imposible la materialización de ambos.

2. La claridad de la pregunta

Resulta indiscutible que para poder materializar cualquier clase de deliberación en torno al dilema planteado por el referéndum la pregunta debe estar formulada en términos claros. Así lo entiende la Comisión de Venecia, que en su Código de Buenas Prácticas sobre Referendos(23) recalca que «la cuestión sujeta a votación debe ser clara» y «no debe inducir a error ni sugerir algún tipo de respuesta» (Lineamiento I, punto 3.1 letra c), siendo ello crucial para la libre formación de la opinión de los electores.

El principio de claridad es particularmente conocido a raíz de la decisión de 1998 de la Corte Suprema de Canadá sobre la cuestión secesionista de Quebec(24). Aquel pronunciamiento, como es sabido, trajo causa de la celebración de un segundo referéndum soberanista, en el que, por cierto, la pregunta distaba de ser clara:

«¿Está usted de acuerdo en que Quebec debería convertirse en soberano después de haber hecho una oferta formal a Canadá para una nueva asociación económica y política en el ámbito de aplicación del proyecto de ley sobre el futuro de Quebec y del acuerdo firmado el 12 de junio de 1995?»

Enredada en la apelación a una oferta a las autoridades federales para la construcción de una nueva vinculación económica, las implicaciones de un voto afirmativo a la pregunta planteada distaban de resultar evidentes. El resultado de la consulta se saldó, por muy estrecho margen, en favor de los contrarios a la independencia (50,58% frente a 49,42). Lo apretado de la contienda llevó al Primer Ministro, Jean Chrétien, a elevar una consulta al Tribunal Supremo sobre las posibilidades jurídicas de que Quebec operara una secesión unilateral.

El Tribunal Supremo negó la existencia de un derecho a la secesión con arreglo a las normas internacionales, y descartó igualmente que el Derecho interno permitiera a una provincia independizarse de Canadá de manera unilateral. En opinión del Tribunal, no obstante, los principios

(23) Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008rev-cor-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008rev-cor-spa) (consultado el 2 de febrero de 2019)

(24) Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217.

constitucionales no se oponen a una secesión, siempre que ello sea el resultado de un proceso legítimo de reforma constitucional (párrafo 84). Asentado este marco, el dilema que se plantea es el siguiente: ¿qué efectos debe conferirse a un voto afirmativo de la ciudadanía de una provincia sobre su independencia? El respeto a las normas constitucionales impide derivar de tal manifestación de voluntad la posibilidad de acometer la secesión de manera directa y unilateral, pero tampoco es posible ignorarla, toda vez que el principio democrático es clave en la estructura constitucional. Así pues, el Tribunal afirmará que una «mayoría clara» en favor de la independencia deberá ser tenida en cuenta por las autoridades federales, siempre que se haya recabado en torno a una pregunta «libre de ambigüedad» (párrafo 87). De satisfacerse ambos requisitos nacerá «una recíproca obligación de todas las partes de la Confederación a negociar los cambios constitucionales que den respuesta a ese deseo» (párrafo 88) (25).

La decisión del Tribunal Supremo dejará en el aire, en todo caso, la concreción de qué debe entenderse por «mayoría clara» en torno a una «pregunta clara». Será el Parlamento canadiense el encargado de acometer su especificación, lo que ocurrirá a través de la *Clarity Act*, aprobada definitivamente el 29 de junio del 2000 (26). La norma establece que deberá ser la Cámara de los Comunes quien establezca si la pregunta sobre la secesión cumple con la exigencia de claridad (artículo 1.1), subrayando que en ningún caso podrá entenderse satisfecha si se hace referencia meramente a un mandato para negociar (artículo 1.4, párrafo a), sin solicitar la directa manifestación de voluntad sobre si el electorado de la provincia desea dejar de formar parte del estado canadiense. Será también la Cámara quien determine si la mayoría obtenida en el referéndum es suficientemente clara como para derivar de ella la necesidad de articular negociaciones (artículo 2.1).

Realizado el apunte sobre la cuestión canadiense, debemos detenernos en las múltiples derivaciones que ofrece la cuestión de la claridad en la pregunta.

(25) Como explica LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, «Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá», en SAENZ ROYO, Eva y CONTRERAS CASADO, Manuel, *La participación política directa: referéndum y consultas populares*. Comuniter. Zaragoza, 2013, pág. 81, esta obligación de negociar supone que ninguna de las dos partes puede pretender mantener sus posiciones de manera absoluta, de modo que el resto de provincias y el gobierno federal no «pueden ejercer sus derechos de forma que lleven a una negación absoluta de los derechos de Quebec», y, por su parte, Quebec, «en la medida en que ejerza sus derechos respetando los derechos de los demás, puede pretender la secesión y tratar de lograrla a través de la negociación».

(26) Disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/pdf/c-31.8.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2019).

2.1. CLARIDAD EN EL PLANTEAMIENTO GENERAL

En primer lugar, el planteamiento general de la pregunta debe ser sencillo y hacer referencia a una única cuestión. Que el planteamiento deba ser sencillo impide la inclusión en la papeleta de comentarios o afirmaciones adicionales, que desborden lo que ha de ser una mera interrogación, simple y concisa. Un buen ejemplo de falta de claridad en este sentido sería la pregunta formulada en el referéndum sobre la permanencia de España en la OTAN de 1986. En aquella ocasión la papeleta incluía el siguiente comentario previo a la pregunta:

«El Gobierno considera conveniente, para los intereses nacionales, que España permanezca en la Alianza Atlántica, y acuerda que dicha permanencia se establezca en los siguientes términos:

1.º La participación de España en la Alianza Atlántica no incluirá su incorporación a la estructura militar integrada.

2.º Se mantendrá la prohibición de instalar, almacenar o introducir armas nucleares en territorio español.

3.º Se procederá a la reducción progresiva de la presencia militar de los Estados Unidos en España.»

Tras esta afirmación, la papeleta preguntaba: «¿Considera conveniente para España permanecer en la Alianza Atlántica en los términos acordados por el Gobierno de la Nación?». El principio de claridad exige el planteamiento sencillo y neutral de la pregunta, algo difícilmente conseguible si la interrogación al electorado viene precedida de este tipo de acotaciones, claramente sesgadas en favor de una de las opciones en liza.

La importancia de que la pregunta haga referencia a una única cuestión es subrayada por la Comisión de Venecia, que en el ya citado Código de Buenas Prácticas (Lineamiento III, punto 2) descarta la posibilidad de someter a votación preguntas que apelen a elementos diversos sin conexión intrínseca. Esta necesidad de homogeneidad tiene un sentido muy claro: a mayor cantidad de cuestiones dispares incluidas en la consulta menos probable será que los ciudadanos se muestren capaces de acometer una deliberación razonable. Además, se incrementa el riesgo de que el referéndum se convierta en un simple plebiscito sobre las autoridades gobernantes. Encontramos un reciente ejemplo de ello en el referéndum celebrado en 2016 en Italia, que tuvo por objeto la reforma constitucional impulsada por Matteo Renzi. En aquella consulta los ciudadanos italianos debían mostrar su conformidad o disconformidad global a un conjunto temático absolutamente heterogéneo, a saber: organización parlamentaria, referéndum abrogativo, capacidad normativa del gobierno, presi-

dencia de la República, administración pública, cuestión territorial, Corte Constitucional... (27) En estas circunstancias la libre formación de la voluntad del elector, motor último del principio de claridad, quedaría seriamente afectada (28).

No ayudó tampoco a los fines deliberativos la vinculación que hizo el primer ministro entre el resultado de la votación y su futuro político. El órdago de Renzi, similar al que en su día hiciera Felipe González en relación con el referéndum sobre la OTAN, minó las posibilidades de que la campaña previa a la votación versara sobre las ventajas e inconvenientes de la reforma, quedando centrada en la valoración de un gobierno al que la oposición deseaba derribar por todos los medios.

Caben, a este respecto, tres comentarios adicionales. En primer lugar, el riesgo de que el referéndum se convierta en un mero voto plebiscitario aumenta en los supuestos de exclusiva convocatoria gubernamental. Tal y como afirmaba Lijphart, «cuando los gobiernos controlan el referéndum tienden a usarlo solo cuando esperan ganar» (29). Recuérdese en este sentido la experiencia francesa en los primeros tiempos de la V República, con el Presidente De Gaulle empleando el referéndum como instrumento de legitimación personal (30). La conclusión, como enfatiza Garrido López, es clara: si se amplía el número de sujetos capaces de activar una consulta «esa tentación se reduce y la funcionalidad del referéndum aumenta considerablemente» (31). En todo caso, se ha de ser realista en la gestión de las expectativas de una medida tal. Nada garantiza que un referéndum, por más que sea convocado a iniciativa, por ejemplo, de la ciudadanía, no termine por ser convertido por las fuerzas políticas en un plebiscito sobre el gobierno o su

(27) El tenor literal de la pregunta planteada a los electores era el siguiente: «¿Aprueba usted el texto de la ley constitucional referente a la «Disposición para la superación del bicameralismo paritario, la reducción del número de parlamentarios, la limitación del coste de funcionamiento de las instituciones, la supresión del CNEL y la revisión del título V de la parte II de la Constitución»?»

(28) ROMBOLI, Roberto y PANIZZA, Saule, *Aspettando il referendum (con el fiato sospeso): Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi*. Giappichelli. Torino, 2016, pág. 17, denunciaron, en su reflexión sobre el referéndum constitucional, que la probabilidad de que una consulta se convierta en plebiscito con fines de legitimación es mayor «cuanto más general y genérica es la pregunta sometida al cuerpo electoral», reduciéndose este riesgo cuando la pregunta es simple y clara.

(29) LIJPHART, Arend, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*. Yale University Press. New Haven, 1984, pág. 204.

(30) Sobre la cuestión véase PÉREZ SOLA, Nicolás, «Breve análisis de las experiencias de referéndum en la V República Francesa», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 78, 1992, págs. 336-343.

(31) GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «El debate sobre los riesgos y los límites de los referéndums en perspectiva comparada», en SÁENZ ROYO, E. y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, pág. 217.

líder. LeDuc(32) emplea como ejemplo la oleada de iniciativas populares sobre el matrimonio homosexual y el aborto que, apoyada por el Partido Republicano, tuvo lugar en los meses precedentes a las elecciones presidenciales de 2004, y que pretendía movilizar al electorado conservador como vía de legitimación de las políticas de la Administración Bush.

En segundo lugar, existen determinadas consultas en las que la claridad en el planteamiento general es difícilmente alcanzable. Piénsese, por ejemplo, en los referéndums de revisión total de la Constitución o en los de ratificación de complejos tratados internacionales. Por su propia configuración, estas votaciones someten a la ciudadanía una amplia relación de cuestiones heterogéneas, dificultando la deliberación pausada sobre su contenido y la posibilidad de emisión de un voto consciente y libre. Así ha ocurrido en los distintos referendos celebrados en países europeos sobre los sucesivos tratados de la Unión: centenares de artículos sobre cuestiones diversas, muchas de ellas de gran complejidad técnica. Revisiones constitucionales como la ya citada de Italia en 2016 o la emprendida en Canadá en 1992(33) constituyen también buenos ejemplos. En ocasiones se ha sugerido, no obstante, dividir estas cuestiones en varios bloques temáticos, de manera que el elector no tenga que decantarse por un mero voto afirmativo o negativo a todo el paquete(34). Al hilo de la reforma Renzi-Boschi se habló de la posibilidad de realizar este *spacchettamento*, dividiendo la consulta en tres (cuestión parlamentaria, cambios en la Administración, y reforma territorial). Como es conocido, la propuesta no prosperó, pues la literalidad del texto constitucional en materia de su reforma lo impide.

En tercer y último lugar, debe decirse que la necesidad de plantear al electorado una única y clara cuestión sirve a los fines de garantizar una manifestación popular coherente. La mejor manera de ejemplificar esta función es rememorar el referéndum australiano de 1999 sobre la jefatura del Estado. Como recuerda Simón(35), en aquel entonces existía entre la ciudadanía australiana una mayoría sólida en favor de la sustitución de la monarquía por la república. Sin embargo, reinaba la división a la hora de

(32) LEDUC, Lawrence, «Referendums and deliberative democracy», en *Electoral Studies*, n.º 38, 2015, pág. 140.

(33) En aquel supuesto los votantes debían votar únicamente sí o no al «acuerdo del 28 de agosto». Sin embargo, aquel acuerdo contenía una gran variedad de asuntos complejos, como el estatus de Quebec; la composición del Senado; el autogobierno aborígen; posibles transferencias de competencias a las provincias, etc.

(34) Véase CHOLLET, Antoine, «Referendums Are True Democratic Devices», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, pág. 346.

(35) SIMÓN, Pablo, *El príncipe moderno: democracia, política y poder*. Debate, Madrid, 2018, pág. 118.

concretar el método de elección del nuevo presidente: unos preferían la elección parlamentaria, otros la designación popular directa. El error en el planteamiento general de la pregunta fue la combinación de estas dos cuestiones independientes: monarquía o república; elección directa o parlamentaria del presidente. La interrogación finalmente sometida al electorado permitía optar por el mantenimiento del sistema monárquico o por el establecimiento de una república en la que el presidente fuera elegido por mayoría parlamentaria de dos tercios. Al entremezclar así las dos cuestiones el resultado fue incongruente con el sentir mayoritario de la población. Los republicanos partidarios de la designación popular directa optaron por la abstención o por el voto favorable al statu quo, resultando vencedora la opción monárquica.

2.2. CLARIDAD EN LA CONCRETA TERMINOLOGÍA EMPLEADA

Más allá del planteamiento general de la pregunta, es imprescindible que esta se encuentre redactada con un lenguaje sencillo, inteligible para la ciudadanía, y desprovisto de cualquier sesgo en favor de una de las opciones. Ello implica, en primer lugar, que debe evitarse el empleo de terminología compleja, técnica o farragosa, pues haría muy complejo el proceso de deliberación previo a la votación. Debe descartarse, igualmente, toda referencia a preceptos normativos o procedimientos jurídicos sobre los que el cuerpo electoral no tiene por qué tener conocimiento. Un ejemplo de pregunta a evitar en este sentido fue la empleada en el referéndum de iniciativa autonómica en Andalucía, celebrado en 1980. La papeleta decía así:

«¿Da usted su acuerdo a la ratificación de la iniciativa prevista en el art. 151 de la Constitución a efectos de la tramitación por el procedimiento establecido en dicho artículo?» (36)

En segundo lugar, las autoridades organizadoras del referéndum deben mostrarse muy vigilantes con todas y cada una de las palabras empleadas en la interrogación. Destaca en este sentido la labor de la *Electoral Commission* británica, cuyo nivel de minuciosidad en el control (37)

(36) SÁENZ ROYO, Eva, *El referéndum en España*. Marcial Pons. Madrid, 2018, pág. 70, recuerda las enormes críticas que enfrentó la redacción, a la que se acusó de ser «promotora de la confusión, del voto negativo y de la abstención».

(37) La sección 104 de la Political Parties, Elections and Referendums Act del año 2000 establece la competencia de la Comisión para emitir informe consultivo sobre la inteligibilidad de la pregunta cuando un referéndum sea propuesto.

resulta encomiable. Sirva como muestra el episodio del referéndum de independencia de Escocia, desarrollado en 2014. El órgano regulador redactó un documento de cuarenta y siete páginas (38) reflexionando sobre la pregunta inicialmente propuesta, cuyo tenor literal era el siguiente:

«¿Está de acuerdo en que Escocia debería ser un país independiente?»

Para acometer su fiscalización sobre la inteligibilidad de la pregunta, la Comisión empleó cuatro herramientas fundamentales: i) la realización de estudios de opinión entre la población escocesa, garantizando la representatividad de las muestras consultadas; ii) la asesoría por expertos en accesibilidad y sencillez del lenguaje; iii) la consulta a organizaciones interesadas y partidos políticos; y iv) el estudio de las reclamaciones individuales y colectivas recibidas. Con estos recursos, el órgano vigila que la terminología empleada satisfaga cinco criterios: i) ser fácil de entender; ii) ir directa al asunto («al grano»); iii) no ser ambigua; iv) evitar animar a los votantes a considerar una opción más favorable que la otra; y v) evitar confundir a los votantes.

Sobre estos pilares la Comisión desgranó palabra por palabra el enunciado de la pregunta, concluyendo que la construcción «¿Está de acuerdo...?» animaba a los votantes a considerar más favorable la respuesta afirmativa que la negativa. Y ello porque «es más sencillo estar de acuerdo con algo que en desacuerdo», «sugiere que la independencia de Escocia es algo bueno, al estar invitando a la gente a estar de acuerdo con ello»; e «implica que la decisión ya ha sido tomada y que la independencia es inevitable». Por ello, la Comisión recomendó sustituir tal expresión por otra más neutral, a saber:

«¿Debería ser Escocia un país independiente?»

Las recomendaciones fueron aceptadas por las autoridades escocesas, y finalmente ésta fue la pregunta aprobada en la *Scottish Independence Referendum Act* de 2013 (sección 1(2)) (39).

(38) El documento, titulado «Referendum on Independence for Scotland: Advice of the Electoral Commission on the proposed referendum question», puede consultarse aquí: https://www.electoralcommission.org.uk/_data/assets/pdf_file/0007/153691/Referendum-on-independence-for-scotland-our-advice-on-referendum-question.pdf (consultado el 19 de mayo de 2019)

(39) Una visión detallada del proceso jurídico de convocatoria del referéndum puede encontrarse en LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, «Escocia: El referéndum sobre la independencia y la propuesta de reforma de la Devolution», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015, págs. 135-167.

2.3. CLARIDAD EN LAS ALTERNATIVAS PLANTEADAS

La pregunta realizada en referéndum debe implicar únicamente dos alternativas claras y comprensibles. Como sostienen Lupia y Johnston, las preguntas con opción múltiple afrontan numerosos inconvenientes, entre los que destacan la necesidad de un mayor esfuerzo informativo sobre las posibilidades de cada alternativa y la dificultad de declarar un ganador (40). En relación con este último aspecto, en efecto, tanto si se opta por el mecanismo de preguntas sucesivas como si se plantea una única pregunta con opciones múltiples las probabilidades de enfrentar dificultades a la hora de designar la opción predilecta aumentan. La consulta ilegal de independencia celebrada en Cataluña en 2014 constituye un buen ejemplo (41). En aquella ocasión las autoridades catalanas aprobaron la siguiente interrogación:

«¿Quiere que Cataluña se convierta en un Estado?»

En caso afirmativo:

«¿Quiere que este Estado sea independiente?»

Tal y como ha estudiado Senserrich, la pregunta tenía déficits de claridad muy notables (42), al generar todos los posibles resultados muchas dudas. En primer lugar, si el electorado votara mayoritariamente en favor de la primera pregunta y en contra de la segunda, el resultado sería incomprensible. ¿Qué significa un estado *dependiente*? En opinión del autor, las posibilidades al respecto son múltiples: «¿Hablaríamos de un estado federado como Connecticut o Baviera?»; ¿tal vez un estado libre asociado como Puerto Rico?» La alternativa, pues, era de todo menos clara.

En segundo lugar, si el electorado votara mayoritariamente en favor de ambas preguntas —a modo de hipótesis el autor habla de un 60% de apoyo a ambas—, no resulta nada claro qué opción resulta victoriosa. En efecto, con tales resultados tendríamos un «40% del electorado diciendo

(40) LUPIA, Arthur y JOHNSTON, Richard, «Are Voters to Blame? Voter Competence and Elite Maneuvers in Referendums». En: MENDELSON, Matthew y PARKIN, Andrew, (eds.). *Referendum Democracy*, op. cit., pág. 209.

(41) Convocada por Decreto 129/2014, sobre la base de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana. La Ley sería declarada nula por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2015, por entender que su objeto era el de regular auténticos referendos, cuestión vetada a las Comunidades Autónomas en virtud de la distribución de competencias que realiza el bloque de la constitucionalidad. La sentencia 32/2015 declararía la inconstitucionalidad del Decreto.

(42) SENSERRICH, Roger, «De preguntas y referendums», en *Politikon*, 13-12-2013. Disponible en: <https://politikon.es/2013/12/13/de-preguntas-y-referendums/> (consultado el 5 de julio de 2019)

que no quiere ser un estado, un 24% diciendo que quieren ser un estado dependiente, y un 36% diciendo que quieren ser un estado independiente» (43). Incluso aunque la victoria de ambas opciones fuera más abultada con un 70% «nos quedaría un electorado dividido en un 30% que no quieren estado, un 21% que quieren ser un estado dependiente y un 49% que quieren ser un estado independiente» (44).

Lo más conveniente, pues, en aras de la emisión de un voto libre, consciente, y capaz de resolver el dilema con claridad, es la construcción de una opción binaria lo más sencilla y comprensible posible. Finalmente, en ocasiones se ha planteado cuál es el mejor modo, desde el punto de vista de la neutralidad exigida, de presentar las alternativas en la papeleta. El caso del referéndum sobre la salida del Reino Unido de la Unión Europea ofreció un interesante debate al respecto. En un primer momento se sugirió la siguiente redacción:

«¿Debería el Reino Unido permanecer como miembro de la Unión Europea?»

El elector podía marcar la casilla del «Sí» o la del «No». La *Electoral Commission* volvió a realizar otro estudio pormenorizado de la pregunta (45), empleando los mismos criterios asentados en su resolución sobre el referéndum de independencia escocés. Fueron muchas las reclamaciones que denunciaron un sesgo en la interrogación en favor de la permanencia en la Unión, y ello por dos motivos: primero, la pregunta solo hacía referencia a una de las dos opciones, la de permanecer. Segundo, la respuesta favorable quedaba alineada con el statu quo. La Comisión constató que buena parte de los participantes consultados en el bloque del *leave* recelaban del planteamiento de las opciones, considerando que existía un riesgo cierto de que esta percepción minara la legitimidad del referéndum en caso de un resultado favorable al «Sí». Por ello, se consideró conveniente enfocar la pregunta de un modo más neutral en cuanto a sus opciones, proponiéndose el siguiente tenor literal:

«¿Debería el Reino Unido permanecer como miembro de la Unión Europea o abandonar la Unión Europea?»

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*

(45) El documento, titulado «Referendum on membership of the European Union: Assessment of the Electoral Commission on the proposed referendum question», es accesible aquí: https://www.electoralcommission.org.uk/_data/assets/pdf_file/0006/192075/EU-referendum-question-assessment-report.pdf (consultado el 19 de mayo de 2019).

La redacción sugerida, que fue la finalmente aprobada por el Parlamento, permitía escoger dos opciones: «Permanecer como miembro de la Unión Europea» o «Abandonar la Unión Europea». Lo más relevante de la resolución de la Comisión es recordar que su sentido viene determinado por las opiniones que recibe, tanto de los votantes como de expertos y partes interesadas. Ello supone que sus recomendaciones sobre el modo de presentar las alternativas en la papeleta pueden variar en función de las circunstancias, siendo perfectamente posible que en otro contexto la opción «Sí/No» se considere adecuada. A nuestros efectos interesa destacar la necesidad de operar una reflexión semejante antes de someter un asunto a votación, pues las especificaciones de cada caso deben ser muy tenidas en cuenta para preservar del mejor modo posible el principio de claridad.

2.4. CLARIDAD EN LOS EFECTOS

El Código de Buenas Prácticas de la Comisión de Venecia insiste también en la necesidad de que los electores estén informados del impacto de su voto y, por tanto, «de los efectos del referéndum» (Lineamiento I, punto 3.1 letra c). Es decir, debe quedar claro si la votación tiene efectos vinculantes o meramente consultivos, así como qué consecuencias tendría una eventual mayoría afirmativa: ¿implica la directa adopción de una medida o solo consiste en una etapa más de un procedimiento complejo?

Es fundamental que los electores manejen esta información para poder calibrar la importancia de su voto. Así, se considera que en la información institucional que las autoridades habrán de difundir sobre el referéndum (fecha de celebración, fases del procedimiento, voto por correo, etc.) deberían constar también estos extremos sobre los efectos de la consulta.

Un ejemplo de falta de claridad en cuanto a los efectos, expone López Hernández, sería el referéndum sobre el paquete de rescate a Grecia en 2015, «donde no quedaba claro si el 'no' significaba que el gobierno debía renegociar una oferta con mejores condiciones o si implicaba la salida de la zona euro» (46). Otro tanto puede decirse del referéndum colombiano sobre los acuerdos de paz con las FARC, en el que resultaba dudoso qué significado debería darse a una eventual negativa, pues para algunos implicaba la necesidad de «renegociar los términos del acuerdo y para otros el fin del proceso de paz» (47).

(46) LÓPEZ HERNÁNDEZ, Jaume, *Referéndums: una inmersión rápida*. Tibidabo, Barcelona, 2017, pág. 30.

(47) *Ibid.*

Los dos referendos soberanistas celebrados en Quebec (1980 y 1995) adolecían también de estas dificultades. En ninguno de ellos se llegaba a preguntar directamente por la independencia de la provincia, sino que se remitían a la apertura de un proceso negociador previo con las autoridades federales sobre su futuro político. En tales circunstancias, no resultaba claro qué implicaba realmente votar a favor.

3. La necesidad de información suficiente y equilibrada sobre las distintas posiciones

Otra de las claves esenciales para que la campaña previa a una votación referendaria posea un nivel razonable de deliberación es la difusión entre el cuerpo electoral de información suficiente y equilibrada sobre las distintas posiciones. Solo si los ciudadanos conocen los argumentos de ambas partes en el dilema tratado podrán reflexionar y dialogar sobre cuál de ellas resulta preferible.

Tal y como propugna la Comisión de Venecia, las autoridades tienen el deber de realizar esta difusión de información, procurando que sea accesible a todos los ciudadanos (Lineamiento I, punto 3.1 d) del Código de Buenas Prácticas sobre referendos). Para ello no es suficiente su publicación en los diarios oficiales, sino que debería procederse a su envío directo al domicilio de cada elector. Además, la información deberá traducirse a todas las lenguas oficiales existentes en el país. Un buen modelo a seguir en este sentido es la regulación suiza. Según la misma, el Consejo Federal (poder ejecutivo) debe elaborar un folleto informativo en el que se resuman los argumentos a favor y en contra de la medida. Además, como subraya Sáenz Royo, desde 1994 debe incluir los argumentos del comité promotor de la iniciativa o referéndum (48). Dispone el artículo 11.2 de la Ley Federal sobre los derechos políticos que el Consejo podría modificar o rechazar la inclusión de comentarios que atenten contra el honor, manifiestamente contrarios a la verdad o demasiado largos.

También en California el elector recibe información detallada sobre las distintas posturas en liza. A través de la Secretaría de Estado, se elabora y envía una Guía de Información al Votante (49), que incluye el siguiente contenido: i) título oficial de la proposición y breve resumen; ii) análisis

(48) SÁENZ ROYO, Eva, «La regulación del referendo en el Derecho comparado: aportaciones para el debate en España», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 108, 2016, pág. 80.

(49) Puede consultarse en el siguiente enlace la Guía de Información al Votante difundida en 2018 con relación a las doce proposiciones sometidas a votación popular: <http://www.voterguide.sos.ca.gov/propositions/> (consultado el 22 de mayo de 2019)

del Analista Legislativo; iii) argumentos a favor y en contra de la medida; y iv) texto de la norma jurídica propuesta.

Es importante destacar que, tal y como recomienda la Comisión de Venecia, la información suministrada sobre las posiciones de las partes contendientes ha de ser lo más equilibrada posible (Lineamiento I, punto 3.1 d). Solo así se garantizaría la igualdad de las partes y la posibilidad de emprender una deliberación de calidad sobre la medida discutida (50). Hay, sin embargo, un riesgo que merece ser considerado. En algunos países las consultas tienden a agruparse en complejas jornadas electorales, votándose medidas diversas en unidad de acto. Es frecuente, incluso, que los referendos se hagan coincidir con procesos electorales ordinarios con el fin de ahorrar costes. Tal acumulación podría provocar lo que LeDuc ha venido a llamar «sobrecarga deliberativa» (51), y que responde a la recepción por parte del elector de una masa excesiva de información.

Ello nos lleva también a la reflexión sobre el grado de detalle que deben tener estos documentos informativos. ¿Es necesario, en aras de una saludable deliberación, que el elector maneje información enciclopédica sobre la medida sometida a votación? Lupia y Johnston han reflexionado sobre ello, preguntándose cuándo una decisión del elector puede considerarse competente. En su opinión, la elección de un votante es competente si es la misma que tomaría si dispusiera de la más precisa información sobre el objeto debatido (52). Pues bien, es cuestión pacífica en la doctrina que los electores apoyan fundamentalmente sus decisiones en lo que llamamos «atajos informativos». Es decir, se suele atender a pistas como la posición de los partidos políticos, líderes de opinión, etc. a la hora de preguntarse sobre la postura más conveniente (53). ¿Sirven estas pistas para adoptar una postura equivalente a aquella que tomaríamos si estuviéramos completamente informados? Los estudios empíricos de Lupia y Johnston responden en sentido afirmativo. Empleando el ejemplo de cinco votaciones en California sobre la regulación de la industria de seguros, estos autores acreditaron

(50) En este sentido se expresa GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «El debate sobre los riesgos y los límites de los referendums en perspectiva comparada», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, op. cit., pág. 225.

(51) LEDUC, Lawrence, «Referendums and deliberative democracy», op. cit., pág. 143.

(52) LUPIA, Arthur y JOHNSTON, Richard, «Are Voters to Blame? Voter Competence and Elite Maneuvers in Referendums», op. cit., pág. 194.

(53) En este sentido, FONT, Joan, y GÓMEZ FORTES, Braulio, *¿Cómo votamos en los referendums?* Catarata. Madrid, 2014, pág. 222, afirman: «Igual que en un proceso electoral no atendemos solo a si el Gobierno ha logrado o no buenos resultados económicos y juzgamos sus éxitos y sus fracasos con las gafas sesgadas de nuestra ideología y sentimientos partidistas, lo mismo exactamente ocurre en los referendums»

que aquellos votantes que, pese a no tener información detallada sobre cada proposición, conocían la posición de la industria de seguros, votaban de manera muy similar a aquellos que sí disponían de información precisa (54).

Estos hallazgos nos sirven, no para despreciar la necesidad de informar de manera suficiente a los votantes, sino para incidir en la importancia de la calidad de la información frente a la cantidad. Para el elector resulta especialmente útil conocer la posición oficial de los distintos partidos y sectores implicados en la medida debatida. Igualmente, un dato que puede facilitar su reflexión es el de quién financia mayoritariamente cada una de las posturas en liza, pues ello permite conocer los verdaderos intereses de los demás.

Finalmente, debe reseñarse que algunos autores han lanzado propuestas de interés para lograr este incremento de la calidad de la información recibida. Así, por ejemplo, Landemore ha sugerido articular mini debates donde se delibere acerca de la cuestión (55). Hablaríamos de grupos de ciudadanos aleatoriamente seleccionados, representativos de la sociedad, y cuyos debates sobre las ventajas e inconvenientes de la medida serían accesibles al conjunto del cuerpo electoral. Encontramos un dispositivo similar en la *Oregon Citizens' Initiative Review* (56). En efecto, el estado americano reúne grupos de entre 20 y 24 ciudadanos elegidos por sorteo, y que deliberan sobre una medida durante varios días. Concluido el debate, elaboran una declaración pública donde apuntan los hechos sobre los que están de acuerdo, el número de miembros que apoyan/rechazan la medida, y los mejores argumentos para votar en un sentido u otro. Al tratarse de ciudadanos corrientes reflexionando sobre una cuestión del mismo modo que lo haría cualquier otro elector, el acceso a sus conclusiones facilita el proceso deliberativo del cuerpo electoral en su conjunto.

4. La necesidad de una equitativa distribución de las ayudas públicas

No cabe duda de que el reparto que haga la legislación de los medios públicos para la campaña previa al referéndum es un elemento crucial en la consecución de un grado aceptable de deliberación. Comence-

(54) LUIPIA, Arthur y JOHNSTON, Richard, «Are Voters to Blame? Voter Competence and Elite Maneuvers in Referendums», *op. cit.*, págs. 197-199.

(55) LANDEMORE, Hélène, «Referendums Are Never Merely Referendums: On the Need to Make Popular Vote Processes More», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, pág. 323.

(56) La página web oficial de la iniciativa ofrece información detallada sobre su funcionamiento: <https://healthydemocracy.org/cir/> (consultado el 22 de mayo de 2019)

mos por los medios de comunicación de titularidad estatal. La Comisión de Venecia recomienda que en las transmisiones públicas de radio y televisión durante la campaña se respete el principio de igualdad entre los simpatizantes y los opositores de la propuesta (Lineamiento I, punto 2.2 b) del Código de Buenas Prácticas sobre referendos). De este modo, ambas posiciones tendrían las mismas posibilidades de hacer llegar sus argumentos al electorado, que vería su derecho a la libre formación de opinión reforzado. Desde la sentencia del año 2000 del Tribunal Supremo irlandés en el caso *Coughlan v. Broadcasting Complaints Commission and R.T.É*, Irlanda aplica esta regla de igualdad en los tiempos de emisión televisiva entre los que apoyan la propuesta y los que la rechazan, al margen de su representatividad parlamentaria (57). En el caso de España, sin embargo, la Ley Orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum ha optado por el criterio de proporcionalidad, accediendo únicamente aquellas fuerzas con representación parlamentaria (artículo 14.1). Emplean el mismo sistema países como Dinamarca o Finlandia.

En segundo lugar, parece razonable que el reparto de subvenciones para que las partes interesadas hagan campaña cumpla los mismos estándares de equidad entre las dos grandes posiciones en pugna. Así lo recomienda la Comisión de Venecia en sus recomendaciones (Lineamiento I, punto 2.2 d). La *Political Parties, Elections and Referendums Act* del Reino Unido, aprobada el año 2000, concede una subvención única de 600.000 libras a cada una de las dos organizaciones designadas para aglutinar a los partidarios del «sí» y del «no» en cada referéndum. Una vez más, distinta es la cuestión en España, donde las normas reglamentarias que se han dictado para cubrir las carencias de la normativa legal en este punto (58) han establecido un reparto de subvenciones en favor de los partidos proporcional a su importancia parlamentaria (59). Ello ha llevado a que en referendos como el del Tratado Constitucional Europeo (2005) el desequilibrio global entre las fuerzas partidarias y opositoras de la cuestión haya sido manifiesto (tabla 1).

(57) Véase al respecto SÁENZ ROYO, Eva, *El referéndum en España, op. cit.*, pág. 130.

(58) El hecho de que la Ley Orgánica reguladora de las distintas modalidades de referéndum presente este tipo de déficits regulatorios en la normativa que regula los referendos en España constituye, en opinión de SÁENZ ROYO, *Ibid.*, pág. 44, «una clara evidencia del papel secundario que esta figura ha desempeñado en España y del escaso interés que los partidos políticos han demostrado hacia ella».

(59) Véase el Real Decreto 6/2005, de 14 de enero, por el que se regula la concesión de ayudas extraordinarias a los grupos políticos con representación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, para sufragar los gastos ocasionados por la explicación y divulgación pública del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Tabla 1

Reparto de subvenciones (en euros) a los partidos políticos en la campaña del referéndum sobre el Tratado Constitucional Europeo (2005) (60)

| Subvención grupos a favor | Subvención grupos en contra |
|---------------------------|-----------------------------|
| PSOE: 4.089.731,76 | IU-ICV: 356,429,72 |
| PP: 3.652.731,10 | ERC: 227.837 |
| CiU: 289.736,29 | BNG: 68.104,46 |
| PNV: 162.803 | CHA: 31.587,758 |
| CC: 83.155,25 | EA: 28.328,429 |
| TOTAL: 8.278.157,4 | TOTAL: 712.287,367 |

Como recalca López Hernández, el hecho de que los dos grandes partidos del momento (PSOE y PP), que representaban cerca del 90% de los escaños, estuvieran a favor de la ratificación del Tratado provocó una desproporción manifiesta en la campaña (61). El reparto de tiempos en los espacios de radio y televisión públicas y de subvenciones por los gastos realizados estaba tan descompensado que los argumentos en favor del «no» apenas tuvieron espacio para su defensa, con la consecuente merma en la deliberación pública.

5. La necesidad de contar con tiempo suficiente para la campaña

Finalmente, parece imprescindible que la campaña pueda desarrollarse en un horizonte temporal suficientemente amplio. Resulta razonable afirmar, en este sentido, que las tácticas tendentes a reducir la deliberación son mucho más efectivas en campañas breves. Para evitar este tipo de prácticas, el tiempo que medie entre la convocatoria del referéndum y su celebración deberá ser suficiente para permitir un debate sosegado sobre los distintos argumentos. La Ley Orgánica 2/1980 habla, en su artículo 3, de la necesidad de que el Decreto de convocatoria de la consulta prevea la fecha de votación, que deberá produ-

(60) Elaboración propia a partir de los resultados oficiales de las elecciones generales de 2004 y de las cantidades asignadas por el Real Decreto 6/2005, a saber: i) 8571,428 por cada escaño obtenido en el Congreso de los Diputados; y ii) 0,2442 por cada voto obtenido por las candidaturas que hayan alcanzado al menos un escaño en el Congreso de los Diputados. Es imprescindible subrayar que las cantidades que se ofrecen en la tabla constituyen el máximo que podría percibir cada partido por sus actividades en la campaña del referéndum. Ello supone que, si la cantidad finalmente gastada hubiera sido menor, los partidos habrían recibido una subvención inferior. Por desgracia, no hemos podido obtener de ninguna fuente pública los montantes realmente gastados por cada partido.

(61) LÓPEZ HERNÁNDEZ, Jaume, *Referéndums: una inmersión rápida*, op. cit., pág. 31.

cirse entre los treinta y los ciento veinte días posteriores a la fecha de publicación del propio Decreto. Más exigente se muestra la *Electoral Commission* británica, que en su informe de evaluación sobre la organización y el funcionamiento del referéndum de 2011 sobre el sistema electoral (62) recomendó que este espacio de tiempo no bajara de las veintiocho semanas.

Ejemplo de mala praxis en este sentido fue el referéndum griego de 2015 sobre el plan de rescate financiero propuesto por la UE, el BCE y el FMI. El Parlamento autorizó el 28 de junio la propuesta de referéndum emitida por el primer ministro Alexis Tsipras, celebrándose la votación el día 5 de julio. Parece complicado que la ciudadanía pueda adoptar una posición informada sobre un tema tan complejo —y con una pregunta carente de la debida claridad(63)— en un período de tiempo tan escueto. De hecho, y aunque el Código de Buenas Prácticas no se refiere directamente al espacio de tiempo que debe mediar entre la convocatoria y la votación, sí hace especial hincapié en la necesidad de que los electores reciban el material explicativo y los argumentos de las partes al menos con dos semanas de antelación a la votación (Observación I, punto 3.1). Este criterio, razonable a los fines deliberativos aquí defendidos, estuvo manifiestamente ausente en el episodio griego.

IV. Referéndum y deliberación monológica

Como decíamos más arriba, la deliberación puede adoptar dos modalidades principales: monológica y dialógica. En la primera de ellas, a la que ahora vamos a referirnos, se apela a la reflexión de cada votante de manera previa a la emisión de su voto. Así pues, en el presente apartado estudiaremos todos aquellos reparos que vienen a cuestionar la posibilidad de que en un proceso de referéndum quepa lugar para una deliberación monológica de calidad.

En primer lugar, siempre han existido voces que, desde el elitismo, han criticado la capacidad de los ciudadanos de adoptar posturas formadas a la hora de decidir sobre un asunto concreto. Recuérdense en este sentido las palabras de Montesquieu, que afirmaba que el pueblo resulta admirable «cuando realiza la elección de aquellos a quienes debe confiar

(62) El informe, titulado «Referendum on the Voting System for UK parliamentary elections. Report on the May 2011 referendum», es accesible en: http://www.electoralcommission.org.uk/_data/assets/pdf_file/0019/141328/Final-PVS-report.pdf (consultado el 10 de enero de 2019)

(63) El tenor literal de la pregunta era el siguiente: «¿Debería ser aceptado el plan de acuerdo presentado por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional en el Eurogrupo del 25 de junio de 2015, comprendido por dos partes, las cuales constituyen su propuesta conjunta?».

parte de su autoridad (...) Pero, en cambio, no sabría llevar los negocios ni conocer los lugares, ocasiones o momentos para aprovecharse debidamente de ellos» (64). No puede decirse que este tipo de juicios sean cosa del pasado, toda vez que también entre autores contemporáneos se encuentran enunciados similares (65).

Sorprende, sin embargo, que los emisores de estas tesis no entiendan que son también predicables de los procesos electorales ordinarios. En efecto, carece de sentido hablar de la incompetencia del elector para decidir un asunto concreto sin cuestionar igualmente su capacidad para elegir representantes. Si el pueblo es tan ignorante e incapaz, las bases de la democracia *in toto* se ven arrasadas. Como dice Gargarella, «si fuéramos tan irracionales, tendríamos razones para abandonar la democracia en pos de la reinstauración de sistemas aristocráticos. Como no somos tan irracionales, lo que necesitamos es diseñar sistemas institucionales que nos ayuden a morigerar los errores a los que todos —jueces, políticos o ciudadanos del común— estamos expuestos» (66).

En segundo lugar, suele destacarse la complejidad de los asuntos decididos en referéndum, insistiéndose en que el mejor modo de resolverlos pasa por la vía parlamentaria (67). Como explica Sáenz Royo, parece evidente que los procesos electorales pueden presentar un nivel de complejidad equivalente o superior al de un referéndum (68). Téngase en cuenta que en unas elecciones el elector encara una amplia oferta de formaciones políticas con programas diversos en los que se encuentran propuestas complejas sobre multitud de temas. Así pues, la emisión de un

(64) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*. Alianza Editorial, Madrid, 2003, pág. 50.

(65) Encontramos un ejemplo en LAPORTA, Francisco Javier, «Contra el referéndum», en *El País*, 31-10-2016. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/10/25/opinion/1477422120_019037.html (consultado el 20 de julio de 2019), que afirma tajantemente: «Pasada por el filtro de los medios, decentes e indecentes, whatsapps, SMS, tuits y demás simplismos, esta supuesta variante de la democracia acaba por generar un veredicto político deformado por la ignorancia, la información sesgada y la alteración emocional». Ya con anterioridad (LAPORTA, Francisco Javier, «Los problemas de la democracia deliberativa», en *Claves de razón práctica*, n.º 109, 2001, págs. 23-24) había manifestado el autor estas posiciones: «la mayoría de la gente ignora casi todo sobre muchos de los temas importantes que se le someten a discusión», a lo que añadía que la información que de manera cotidiana se ofrece a los ciudadanos por los medios de comunicación resulta sumaria y tosca «porque el paladar o el apetito del pueblo no dan para más».

(66) GARGARELLA, Roberto, «Reivindicación de los plebiscitos», en *El País*, 10-02-2017. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/02/09/opinion/1486644995_314713.html (consultado el 20 de julio de 2019)

(67) Véase DE CARRERAS, Francesc, «¿Democracia directa versus democracia representativa?» En SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, op. cit., pág. 44.

(68) SÁENZ ROYO, Eva, «Propuestas de una regulación adecuada del referéndum desde la teoría de la democracia representativa y desde la práctica del derecho comparado», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, op. cit., pág. 176.

voto plenamente consciente e informado no es tampoco cuestión sencilla. De hecho, escribe con acierto Simón, en los procesos electorales la información «no marca necesariamente el sentido del voto. Antes bien, en una elección ordinaria elementos como la valoración del candidato, los atajos partidistas (...) o la ubicación ideológica juegan un papel fundamental» (69). Parece indudable que todos estos elementos que afectan en el proceso reflexivo previo a la votación electoral influyen también en la campaña de un referéndum.

En tercer lugar, algunos autores denuncian que en la campaña referendaria los electores son especialmente susceptibles de ser manipulados por determinadas elites, terminando por adoptar la decisión que más conviene a éstas (70). El argumento, una vez más, nos parece dudoso. Debe tenerse en cuenta que agentes como los partidos políticos o los medios de comunicación ocupan también una posición destacada en cualquier proceso electoral (71), pues cierto grado de mediación resulta siempre necesario para canalizar la expresión popular (72). Además, podría decirse que estos actores tienen mayores incentivos de intervención en el ámbito electoral, toda vez que en él no se resuelve una única cuestión, sino que se determina en buena medida el sino de muchos asuntos de cara a los años sucesivos. Por otro lado, si se considera que los medios de comunicación ejercen una influencia excesiva en la campaña, el Derecho puede ofrecer soluciones a través de su regulación. Piénsese, por ejemplo, en Suiza, donde los anuncios políticos en radio y televisión están directamente prohibidos, limitándose la campaña al ámbito de los carteles, la mensajería postal y los periódicos (73). De igual forma, en España la Ley Orgánica del Régimen Electoral General impide a los partidos contratar espacios de publicidad electoral en las emisoras de televisión privada (artículo 60.1). Con ello quiere decirse que las posibilidades de limitar el impacto de los medios en el proceso de formación de la opinión ciudadana son múltiples.

(69) SIMÓN, Pablo, «Críticas a los referéndums, las justas», en *Politikon*, 6-10-2016. Disponible en: <https://politikon.es/2016/10/06/criticas-a-los-referendums-las-justas/> (consultado el 3 de julio de 2019)

(70) Véase BELL, Derrick, «The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality», en *Washington Law Review*, n.º 54 (1), 1978, pág. 19.

(71) JENKINS, Richard y MENDELSON, Matthew, «The News Media and Referendums». En MENDELSON, Matthew y PARKIN, Andrew (eds.). *Referendum Democracy*, op. cit., pág. 229, ha estudiado el comportamiento de los medios en los procesos referendarios, concluyendo que su comportamiento es muy similar al observado en las campañas electorales.

(72) Así lo entiende ARAGÓN REYES, Manuel, «Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa». En BIGLINO CAMPOS, Paloma (coord.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016, pág. 23.

(73) Artículo 10.1 de la Ley federal sobre la radio y la televisión, de 24 de marzo de 2006.

En cuarto y último lugar, podría invocarse el hecho de que los representantes parlamentarios tienen a su disposición información técnica de valor a través del asesoramiento de diversos expertos en el seno del procedimiento legislativo. Este tipo de posiciones no partirían de una superioridad intelectual del parlamentario en relación con el elector, sino de la mayor cantidad y calidad de la información de que podría disponer el primero. Es probable que del proceso legislativo ordinario pueda predicarse una mayor capacidad de recabar información técnica relevante que en el referendario, pero persistirían dos motivos para no magnificar este aspecto. Primero, es dudoso que los parlamentarios tomen siempre sus decisiones siguiendo las consideraciones técnicas de los expertos que les asesoran. En muchas ocasiones sus acciones vienen marcadas por las cúpulas de los partidos, sin que el representante cuente con margen para reflexionar sobre el contenido y las derivadas de los informes técnicos recibidos. Segundo, no se entiende por qué debe excluirse la posibilidad de que este tipo de información sea facilitada a los electores en la campaña previa a una votación popular. Recuérdense, en este sentido, los exhaustivos folletos informativos que reciben los ciudadanos en Suiza o California de cara a su decisión en referéndum.

En consecuencia, no parecen convincentes los argumentos contrarios a la posibilidad de que los ciudadanos emprendan una reflexión suficiente de manera previa a la emisión de su voto en referéndum. Los inconvenientes aquí reseñados son igualmente predicables de cualquier proceso electoral, y ello no ha supuesto nunca una enmienda a la totalidad como la que suele hacerse a la capacidad deliberativa de los referendos. Así pues, parece más razonable centrar la atención en intentar aliviar la intensidad de los déficits que pueda presentar la regulación concreta de cada proceso referendario, incrementando la información disponible para el ciudadano y creando mecanismos de respuesta frente a los intentos de manipulación y engaño. Nada distinto, vale la pena insistir, a los desafíos que enfrentan los procesos electorales.

V. Referéndum y deliberación dialógica

Por deliberación dialógica debemos entender la posibilidad de construir un debate social en que los electores intercambien ideas y argumentos sobre el dilema sometido a votación. Es decir, este tipo de deliberación trata de trascender la mera reflexión solitaria de los ciudadanos, propugnando un diálogo colectivo del que poder obtener información relevante. Cuando se compara el referéndum con el foro parlamentario suele incidirse en la mayor capacidad del segundo para forjar

este tipo de deliberación. El Parlamento sería aquel lugar en que los representantes debaten sosegadamente en torno a razones y argumentos, extrayendo de la transacción y el acuerdo las mejores soluciones para los problemas enfrentados (74). Por el contrario, en el referéndum los ciudadanos se limitarían, como mucho, a reflexionar de manera aislada, apoyándose por lo general en meros prejuicios e impulsos pasionales para adoptar su posición.

Son imaginables, sin embargo, algunos matices a esta clásica visión dicotómica. En primer lugar, es habitual que cuando se operan comparaciones entre el procedimiento parlamentario y el referendario, se adopte un sesgo optimista en favor del primero. Quiere ello decir que al referéndum no se opone el funcionamiento «regular» o «frecuente» del Parlamento, sino su funcionamiento utópico o ideal. Decimos esto porque parece claro que el Parlamento no constituye siempre ese espacio de encuentro en el que los representantes debaten analítica y mesuradamente sobre todos los argumentos posibles y adoptan soluciones centradas y de compromiso. Ténganse en cuenta, en efecto, aquellas ocasiones en que una formación con amplia mayoría en las Cámaras ignora cualquier criterio ajeno en los debates, imponiendo sus visiones a ultranza. Además, enfatiza con acierto Garrido López, es frecuente que la decisión tomada por los parlamentarios no provenga del diálogo, el acuerdo y la transacción, sino de «las estrategias y decisiones partidarias, adoptadas en los órganos de dirección de los partidos o en instancias gubernamentales ocupadas por la cúpula del partido mayoritario» (75). En definitiva, como expresa Chollet, deberíamos «volver a un enfoque realista sobre la democracia directa, uno que compare su nivel de democratización con las instituciones existentes, y no con una suerte de *Calípolis* democrática» (76).

En segundo lugar, y en clara relación con el punto anterior, debe subrayarse que la deliberación constituye una virtud en el ámbito epistemológico siempre que se satisfaga un presupuesto evidente: los operadores de la misma deben tener en cuenta los intereses de todos los sujetos afectados por la medida objeto de debate. Así, bien podría decirse que los representantes no siempre sopesan debidamente los intereses en juego, sino que anteponen los suyos propios o los de terceros afines. En esta línea, Nino calificaba la representación de «mal nece-

(74) Véase HASKELL, John, *Direct Democracy or Representative Government? Dispelling the populist myth*. Westview Press. Boulder, 2001, pág. 11.

(75) GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «El debate sobre los riesgos y los límites de los referéndums en perspectiva comparada». En SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*, op. cit., pág. 205.

(76) CHOLLET, Antoine, «Referendums Are True Democratic Devices», op. cit., pág. 344.

sario» (77), y creía en la necesidad de incluir mecanismos de democracia semidirecta siempre que ello fuera técnicamente viable. A título de ejemplo conviene apuntar que, en Estados Unidos, un país cuyas entidades territoriales emplean frecuentemente estos instrumentos, los movimientos populistas y progresistas que impulsaron su instauración a finales del siglo XIX y comienzos del XX lo hicieron, precisamente, por considerar que las legislaturas estatales estaban dominadas por los intereses particulares de ciertas élites, singularmente la banca y las grandes compañías de ferrocarril (78).

En tercer lugar, no debería despreciarse la posibilidad de tejer acuerdos en torno a los procesos referendarios. Lo normal, de hecho, será que los proponentes de la medida debatida traten de forjar el mayor consenso posible en el momento de construir su iniciativa, y ello en aras no solo de asegurar su éxito en la votación final, sino también de alcanzar el cumplimiento de las exigencias legales para lograr su convocatoria —estamos pensando, por ejemplo, en un proceso de recolección de firmas. Además, es perfectamente posible que las partes enfrentadas en el proceso, por lo general en la órbita de las distintas formaciones políticas, puedan llegar a acuerdos en virtud de los cuales un apoyo a la medida sometida a votación pueda ser cobrado más adelante en diversas votaciones, parlamentarias o populares. Cuando se asume que los partidos políticos gozan de una gran capacidad de influencia sobre los electores a la hora de forjar su posición (79), la plausibilidad de este tipo de acuerdos resulta clara.

En cuarto y último lugar, hemos de resaltar que la presencia del instituto referendario en el sistema político puede generar un poderoso incentivo en favor de la deliberación y el acuerdo. Encontramos el mejor exponente de este efecto en el modelo helvético. Como es conocido, Suiza ofrece una amplia gama de instrumentos de democracia semidirecta, permitiendo que los ciudadanos ejerzan una importante labor de control sobre las decisiones parlamentarias. Ello ha provocado que los partidos políticos tiendan a buscar amplias alianzas a la hora de aprobar leyes, tratando así de minimizar las posibilidades de que terminen por ser some-

(77) NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona, 2003, pág. 184, creía, efectivamente, que la intermediación parlamentaria «debilita la conciencia y la consideración de los intereses de la gente involucrada en diferentes conflictos. Mientras tal conciencia es crucial para el logro de la imparcialidad —añade—, los representantes, que generalmente pertenecen a sectores más o menos definidos de la sociedad, pueden muy bien carecer de experiencia referida a modos de vida que determinan otras preferencias. Además, la intermediación de un representante (...) siempre conlleva la posibilidad de que éste anteponga sus propios intereses al manejar un negocio que se le ha confiado».

(78) Véase al respecto CRONIN, Thomas, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*. Harvard University Press. Cambridge, 1989, pág. 44.

(79) Un estudio exhaustivo en esta línea se encuentra en FONT, Joan y GÓMEZ FORTES, Braulio, *¿Cómo votamos en los referéndums?*, *op. cit.*

tidas al veredicto popular. Neidhart describió el referéndum suizo como una suerte de espada de Damocles que pende sobre toda la normativa aprobada en las Cámaras(80), forzando a instaurar dispositivos de consulta y transacción pre-parlamentarios que neutralicen el peligro de una impugnación popular(81). En definitiva, como afirma Sáenz Royo, «la experiencia suiza demuestra que el uso del referéndum, lejos de constituir un peligro por la ausencia de negociación que, sin embargo, implica la toma de la decisión parlamentaria, propicia una democracia más consensual y abierta al diálogo entre los diferentes partidos políticos y de estos con las organizaciones sociales» (82).

Pese a las objeciones anteriores a la habitual conclusión sobre la falta de capacidad deliberativa del referéndum en sentido dialógico, son inquestionables tres realidades que apuntan a la inferioridad en este ámbito del instituto frente al procedimiento parlamentario. Así, en primer lugar, aunque la presencia del referéndum pueda llegar a incrementar la deliberación global del sistema, cuando se pone el foco únicamente en la concreta medida discutida, parece evidente que la opción binaria que plantea clásicamente la votación referendaria no deja espacio para la transacción y el acuerdo. Por el contrario, el Parlamento, a través del pertinente trámite de enmiendas, abre un espacio para el diálogo, la reflexión y el compromiso entre las partes.

En segundo lugar, el sistema representativo articula una importante conexión entre los actores llamados a decidir. Ese contacto continuado, entiende Niblock(83), supone un claro incentivo a la consecución de acuerdos, además de ser fuente de una mayor consideración y respeto por las posiciones contrarias. La existencia de este vínculo genera en las partes el convencimiento de que sus intereses podrán resultar exitosos en alguna de las múltiples votaciones que demandará el sistema. La cantidad de asuntos diversos —formales y materiales— que serán tratados

(80) Extraigo la referencia de KRIESI, Hanspeter, *Le système politique suisse*. Economica. Paris, 1995, pág. 89.

(81) De imprescindible referencia, en este sentido, son las consultas que se plantean con diversos actores políticos, económicos y sociales, y que han terminado por incluirse en el texto constitucional (artículo 147 de la Constitución de la Confederación Helvética: «Los cantones, los partidos políticos y los colectivos interesados están invitados a pronunciarse sobre los actos legislativos importantes y sobre otros proyectos de gran alcance durante los trabajos preparatorios, así como sobre los tratados internacionales importantes»). Sobre su funcionamiento puede consultarse SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, «Un mecanismo de integración federal y ciudadana: las consultas «prenormativas» del ordenamiento constitucional suizo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36, 2015, págs. 353-376.

(82) SÁENZ ROYO, Eva, «La regulación del referendo en el Derecho comparado: aportaciones para el debate en España», *op. cit.*, pág. 93.

(83) NIBLOCK, John F., «Anti-gay Initiatives: A Call for Heightened Judicial Scrutiny», en *UCLA Law Review*, n.º 41 (1), 1993, pág. 194.

en las Cámaras abre un universo de posibilidades de transacción, siendo muy probable que, antes o después, un grupo logre satisfacer algunas de sus pretensiones. Como señala Chambers, en el referéndum estas ventajas se encuentran ausentes, pues las votaciones populares suelen ser vistas como definitivas e irreversibles, generándose «la impresión de que consolidan un estatus de minoría permanente para aquellos que pierden» (84). Los ciudadanos tienden a considerar que el resultado de la votación adquiere tal autoridad que la posición adoptada queda blindada. Esta percepción —en ocasiones real, por imponer tal blindaje el ordenamiento jurídico (85)— neutraliza las posibilidades de cooperación, fomentándose una mayor polarización del debate social, al intentar las partes evitar a toda costa que su opción sea la derrotada.

Finalmente, también podría decirse que el Parlamento goza del inmenso privilegio de tener más tiempo disponible para recabar información y debatir sobre ella. Los ciudadanos, en cambio, tendrán más complicado compatibilizar su vida personal y profesional con el debido proceso deliberativo. Recuérdese que en el principio de división del trabajo se encuentra, precisamente, uno de los motivos esenciales para el destierro de la democracia directa como alternativa de gobierno global.

Creo que los tres comentarios tienen un peso muy importante. No deberíamos, sin embargo, considerar que no admiten paliativo alguno. Tal y como venimos insistiendo, la regulación del proceso referendario puede ayudar a aliviar la carga de muchos de sus déficits. Así, en relación al primer inconveniente podría destacarse la figura de las contrapropuestas parlamentarias como mecanismo generador de un mayor diálogo y reflexión. Presente en Suiza, esta herramienta permite al Parlamento deliberar sobre las iniciativas lanzadas por los ciudadanos, discutiendo sus bondades y defectos y planteando al electorado una propuesta alternativa. A la hora de votar, los ciudadanos podrán decantarse por la propuesta ciudadana o bien por la parlamentaria, incorporando esta última, generalmente, algunas de las aspiraciones originales del proyecto desde posiciones más centradas (86).

(84) CHAMBERS, Simone, «Constitutional Referendums and Democratic Deliberation», *op. cit.*, pág. 242.

(85) Esta irreversibilidad legal, como la denomina MCKAY, Spencer, «Designing Popular Vote Processes for Democratic Systems: Counter-Proposals, Recurring Referendums, and Iterated Popular Votes», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, pág. 331, puede encontrarse en varios estados de los Estados Unidos. Véase, por ejemplo, California, donde el Parlamento no puede enmendar o derogar normas aprobadas por los ciudadanos. En Washington o Arkansas sí cabe enmendar o derogar, pero para ello se requieren mayorías cualificadas.

(86) Subraya SÁENZ ROYO, Eva, «La regulación del referendo en el Derecho comparado: aportaciones para el debate en España», *op. cit.*, pág. 84, que esta herramienta «permite a la élite política reaccionar ante demandas formuladas en iniciativas populares y tener un diálogo institucionalizado con los ciudadanos durante la legislatura».

En cuanto a la neutralización de las actitudes cooperativas generada por el sentimiento de irreversibilidad de la votación referendaria, la solución pasa obviamente por la extirpación de éste. Por un lado, sería clave eliminar cualquier normativa que fomente el blindaje de las leyes aprobadas en referéndum, permitiendo así su modificación por el procedimiento parlamentario ordinario. Por otro, la cultura política debe trabajar por la «desacralización» de los pronunciamientos populares, asumiendo que las medidas impulsadas por los ciudadanos son susceptibles de corrección y mejora. Existen, en todo caso, ámbitos en los que opera lo que McKay denomina una «irreversibilidad inherente», es decir, asuntos que, por su propia naturaleza, hacen muy difícil revisar la decisión (87). Hablaríamos de supuestos como los referendos de independencia, los cambios constitucionales o las reformas electorales. En este terreno, es cierto, combatir los incentivos perversos del sentimiento de irreversibilidad es especialmente complejo.

Finalmente, la escasez de tiempo para deliberar que afecta a los electores frente a las instituciones parlamentarias debe tratar de mitigarse con la limitación del número de asuntos que puede someterse a votación popular en unidad de acto. Como ya insistimos *supra*, la concentración de diversas consultas en una misma jornada puede provocar un efecto de «sobrecarga deliberativa», pues el tiempo hábil de los ciudadanos para reflexionar y debatir sobre los asuntos en juego es forzosamente limitado. Es preciso, pues, reducir lo más posible el ámbito temático de cada jornada de votación.

VI. Conclusiones

Decíamos al comienzo de nuestro estudio que la evaluación del mecanismo referendario debía girar en torno a pautas teóricas debidamente estructuradas, y exponíamos al respecto los ejes intrínseco e instrumental. Partiendo de la fortaleza del referéndum en el primero, más dudas nos generaba el segundo por los déficits deliberativos que suelen predicarse del referéndum.

En los apartados precedentes hemos comprobado, sin embargo, que la inferioridad deliberativa del referéndum admite no pocos matices. Se ha insistido, efectivamente, en el potencial de una adecuada regulación en torno a la pregunta formulada, la información facilitada al votante, el tiempo de campaña y el reparto de las ayudas públicas. Con las debidas cautelas, puede decirse que una campaña de duración suficiente, en torno

(87) MCKAY, Spencer, «Designing Popular Vote Processes for Democratic Systems: Counter-Proposals, Recurring Referendums, and Iterated Popular Votes», *op. cit.*, pág. 331.

a una interrogación clara, que otorgue material informativo de calidad al elector, y que distribuya equitativamente los recursos públicos entre las dos fuerzas en liza, puede generar un grado razonable de deliberación.

En un sentido monológico hemos subrayado la posibilidad de que los electores emprendan una reflexión suficiente sobre los asuntos sometidos a votación. Los cuestionamientos de la capacidad ciudadana, nos parece, resultan extraordinariamente incoherentes al tratar de censurar solo las consultas populares y no el régimen democrático global. No se entiende por qué los ciudadanos son calificados de inútiles para decidir asuntos concretos, pero no para elegir a sus representantes. Tampoco coincidimos con quienes señalan la complejidad de las medidas debatidas o el riesgo de manipulación por las elites como déficits exclusivos de los procesos referendarios.

La deliberación dialógica ha despertado, sin embargo, mayores interrogantes. Es completamente cierto que los promotores de una consulta tratarán de construir sus iniciativas con las mayores dosis posibles de compromiso, pues de ello depende su éxito en la votación final. También lo es que el referéndum puede suponer una herramienta que incremente la deliberación global del sistema político, al forzar a sus actores a adoptar soluciones centradas en aras de evitar su cuestionamiento popular. Nada de ello es óbice para reconocer las dificultades del referéndum es tres sentidos: la imposibilidad de llegar a posiciones intermedias sobre la concreta medida discutida; la neutralización de las actitudes cooperativas ante el sentimiento de irreversibilidad de la decisión tomada; y la escasez de tiempo disponible en los electores para acometer un proceso de discusión suficiente.

Es difícil negar la intensidad de estos déficits. El Parlamento, a través del trámite de enmiendas y del mayor tiempo hábil de que disfrutaban unos miembros que mantienen contacto regular, genera incentivos poderosos para la articulación de un debate profundo y útil. La principal conclusión a que pretende llegar este trabajo radica, sin embargo, en las enormes posibilidades que ofrece la regulación jurídica para paliar, dentro de límites razonables, el empuje de estas carencias en el referéndum. Como se ha repetido, no es posible operar una crítica global a la institución referendaria, pues la diversidad de configuraciones diversas adoptadas a lo largo de todo el mundo hace de ello una actividad espuria. Es la concreta regulación de cada referéndum, entendido éste como un procedimiento amplio que va más allá de la simple votación, lo que salva sus posibles déficits o lo condena a ser un instrumento perjudicial para la propia democracia. En este sentido, medidas como la instauración de las contrapropuestas parlamentarias o la prohibición del blindaje normativo de las leyes aprobadas en referéndum constituyen buenos ejemplos de regulación virtuosa.

Aquellos referendos que, en los últimos tiempos, han sido expuestos como mejor exponente de la inconveniencia general del mecanismo referendario deberían reducir su influencia, pues, al de mero azote contra su mal diseño y empleo. Una regulación meticulosa de las diversas fases y aristas que plantea la figura, como ya se hace en algunos países de nuestro entorno, permitiría sortear sus carencias y hacer brillar sus muchas posibilidades como complemento a las hegemónicas estructuras representativas. La empresa no es sencilla, pero merece la pena.

Bibliografía

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Participación política y referéndum: aspectos teóricos y constitucionales», en *Revista de Derecho Público*, n.º 102, 1986, págs. 5-16.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, «Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español», en TRUJILLO, Gumerindo, LÓPEZ GUERRA, Luis, y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (coords.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000, págs. 67-96.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y democracia*. Tecnos. Madrid, 1989.
- ARAGÓN REYES, Manuel, «Planeamiento general: partidos políticos y democracia directa», en BIGLINO CAMPOS, Paloma (coord.), *Partidos políticos y mediaciones de la democracia directa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2016, págs. 19-34.
- BAYÓN, Juan Carlos, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en VV.AA. *Constitución y derechos fundamentales*. Ministerio de la Presidencia: Secretaría General Técnica. Madrid, 2004, págs. 67-138.
- BEITZ, Charles, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*. Princeton University Press. Princeton, 1989.
- BELL, Derrick, «The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality», en *Washington Law Review*, n.º 54 (1), 1978, págs. 1-29.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, «Democrazia e rappresentanza», en *Quaderni Costituzionali*, n.º 2, 1985, págs. 227-264.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta. Madrid, 2000.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, «Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme», en *Annuaire de l'institute international de droit public*, Vol. II, 1931, págs. 256-284.
- CHAMBERS, Simone, «Constitutional Referendums and Democratic Deliberation», en MENDELSON, Matthew y PARKIN, Andrew, (eds.). *Referendum Democracy*. Palgrave Macmillan. Londres, 2001, págs. 231-255.

- CHAMBERS, Simone, «Making Referendums Safe for Democracy», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, págs. 305-311.
- CHOLLET, Antoine, «Referendums Are True Democratic Devices», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, págs. 342-347.
- CRONIN, Thomas, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*. Harvard University Press. Cambridge, 1989.
- DE CARRERAS, Francesc, «¿Democracia directa versus democracia representativa?», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, págs. 27-50
- ELSTER, Jon, «Introducción», en ELSTER, Jon (coord.), *La democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona, 2001, págs. 13-34.
- FONT, Joan, y GÓMEZ FORTES, Braulio, *¿Cómo votamos en los referendums? Catarata*. Madrid, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, «Reivindicación de los plebiscitos», en *El País*, 10-02-2017. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/02/09/opinion/1486644995_314713.html (consultado el 20 de julio de 2019)
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «El debate sobre los riesgos y los límites de los referendums en perspectiva comparada», en SÁENZ ROYO, E. y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017, págs. 185-236.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos, «La utilidad del referéndum como acicate y contrapeso en las democracias representativas», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 181, 2018, págs. 135-165.
- GARRORENA MORALES, Ángel, «Teoría y práctica española del referéndum», en *Anales de la Universidad de Murcia*, n.º 3-4, 1977, págs. 79-108.
- HASKELL, John, *Direct Democracy or Representative Government? Dispelling the populist myth*. Westview Press. Boulder, 2001.
- JENKINS, Richard y MENDELSON, Matthew, «The News Media and Referendums», en MENDELSON, Matthew y PARKIN, Andrew (eds.). *Referendum Democracy*, op. cit., págs. 221-230.
- KRIESI, Hanspeter, *Le système politique suisse*. Economica. París, 1995.
- LANDEMORE, Hélène, «Referendums Are Never Merely Referendums: On the Need to Make Popular Vote Processes More», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, págs. 320-337.
- LAPORTA, Francisco Javier, «Los problemas de la democracia deliberativa», en *Claves de razón práctica*, n.º 109, 2001, págs. 22-28.
- LAPORTA, Francisco Javier, «Contra el referéndum», en *El País*, 31-10-2016. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2016/10/25/opinion/1477422120_019037.html (consultado el 20 de julio de 2019)
- LEDUC, Lawrence, «Referendums and deliberative democracy», en *Electoral Studies*, n.º 38, 2015, págs. 139-148.
- LIJPHART, Arend, *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*. Yale University Press. New Haven, 1984.

- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, «Los referendos de secesión de Quebec y la doctrina de la Corte Suprema de Canadá», en SÁENZ ROYO, Eva y CONTRERAS CASADO, Manuel, *La participación política directa: referéndum y consultas populares*. Comuniter. Zaragoza, 2013, págs. 53-92.
- LÓPEZ BASAGUREN, Alberto, «Escocia: El referéndum sobre la independencia y la propuesta de reforma de la Devolution», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 104, 2015, págs. 135-167.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Jaume, *Referéndums: una inmersión rápida*. Tibidabo, Barcelona, 2017.
- LUCIANI, Massimo, «Introduzione», en LUCIANI, Massimo, VOLPI, Mauro, y AMATO, Giuliano (coords.), *Referendum: problemi teorici ed esperienze costituzionali*. Laterza. Roma, 1992, págs. 3-8.
- LUCIANI, Massimo, «El referéndum. Cuestiones teóricas y de la experiencia italiana», en *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 37, 2008, págs. 1-15.
- LUPIA, Arthur y JOHNSTON, Richard, «Are Voters to Blame? Voter Competence and Elite Maneuvers in Referendums», en MENDELSON, Matthew y PARKIN, Andrew, (eds.). *Referendum Democracy, op. cit.*, págs. 191-210.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons. Madrid, 2006.
- MARTÍ, José Luis, «Tres confusiones sobre los referendos», en *Agenda Pública*, 10-12-2016. Disponible en: <http://agendapublica.elpais.com/tres-confusiones-sobre-los-referendums/> (consultado el 1 de junio de 2019)
- MCKAY, Spencer, «Designing Popular Vote Processes for Democratic Systems: Counter-Proposals, Recurring Referendums, and Iterated Popular Votes», en *Swiss Political Science Review*, n.º 24 (3), 2018, págs. 328-334.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris, «Le referendum et le parlementarisme dans les nouvelles constitutions européennes», en *Annuaire de l'institute international de droit public*, Vol. II, 1931, págs. 285-334.
- MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes. Alianza Editorial, Madrid, 2003.
- NIBLOCK, John F., «Anti-gay Initiatives: A Call for Heightened Judicial Scrutiny», en *UCLA Law Review*, n.º 41 (1), 1993, págs. 153-198.
- NINO, Carlos Santiago, «La filosofía del control judicial de constitucionalidad», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4, 1989, págs. 79-88.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa. Barcelona, 2003.
- PÉREZ SOLA, Nicolás, «Breve análisis de las experiencias de referéndum en la V República Francesa», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 78, 1992, págs. 331-358.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*. Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, 1999.
- ROMBOLI, Roberto y PANIZZA, Saulle, *Aspettando il referendum (con el fiato sospeso): Limiti e contenuti della riforma costituzionale Renzi-Boschi*. Giappichelli. Torino, 2016.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012.

- SÁENZ ROYO, Eva, «La regulación del referendo en el Derecho comparado: aportaciones para el debate en España», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 108, 2016, págs. 123-153.
- SÁENZ ROYO, Eva, «Propuestas de una regulación adecuada del referéndum desde la teoría de la democracia representativa y desde la práctica del derecho comparado», en SÁENZ ROYO, Eva y GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coords.), *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017 págs. 159-184.
- SÁENZ ROYO, Eva, *El referéndum en España*. Marcial Pons. Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, «Un mecanismo de integración federal y ciudadana: las consultas «prenormativas» del ordenamiento constitucional suizo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 36, 2015, págs. 353-376.
- SENSERRICH, Roger, «De preguntas y referéndums», en *Politikon*, 13-12-2013. Disponible en: <https://politikon.es/2013/12/13/de-preguntas-y-referendums/> (consultado el 5 de julio de 2019)
- SIMÓN, Pablo, «Críticas a los referéndums, las justas», en *Politikon*, 6-10-2016. Disponible en: <https://politikon.es/2016/10/06/criticas-a-los-referendums-las-justas/> (consultado el 3 de julio de 2019)
- SIMÓN, Pablo, *El príncipe moderno: democracia, política y poder*. Debate, Madrid, 2018.
- SOLIJONOV, Abdurashid, «A statistical look back at referendums through the years», en *International Institute for democracy and electoral assistance*, 21-12-2016. Disponible en: <https://www.idea.int/news-media/news/statistical-look-back-referendums-through-years> (consultado el 3 de julio de 2019)
- TIERNEY, Stephen, *Constitutional Referendums: The Theory of Practice of Republican Deliberation*. Oxford University Press. New York, 2012.



El urbanismo sostenible de proximidad: la Ley 10/2019, de 27 de junio, de Ordenación Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales del País Vasco

Sustainable urbanism of proximity: Law 10/2019, of 27 June, about Territorial Planning of Large Commercial Establishments in the Basque Country

IÑAKI SERRANO LASA

Técnico de acción exterior del Gobierno Vasco.
i-serranolasa@euskadi.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.03>

LABURPENA: Eusko Legebiltzarrak onartu berri du 10/2019 Legea, ekainaren 27koa, establezimendu komertzial handien lurralde antolamenduari buruzkoa (EHAA, 2019ko uztailaren 9koa), Euskal Autonomia Erkidegoko merkataritzagune handien ezarpena eta handitzea arautzen duena, haien araudia Zerbitzuen Zuzentarauaren eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren eta Auzitegi Gorenaren doktrinaren eskakizunetara egokitzeko. Lurralde-antolamenduaren ikuspegitik, eta segurtasun juridiko handiena lortze aldera, legeak behar bezala arrazoituta egiaztatu nahi du antolamendu berriak honako baldintza hirukoitza betetzen duela: beharra –Bereziki, periferiako merkataritzaren ondoriozko arazo jasangarriak eta ingurumenekoak saihestea–, diskriminaziorik eza eta proportzionaltasuna, eta teorikoki ez dagoela merkataritza txikia babesteko interes ekonomikorik. Alde horretatik, edukiaren azterketatik ondorioztatzen da lege honek hiri konpaktuaren lurralde-eredu iraunkor bat aldarrikatzen duela, mugikortasun jasangarria sustatzen duena eta hurbileko hiri-merkataritza babesten duena, eta horrek ongi pentsatutako oinarri gisa balio dio establezimendu komertzial handiak lehenetsunez hiriko bizitegi sarean ezar daitezen agintzeko.

HITZ GAKOAK: Establezimendu komertzial handiak. Hirigintza komertziala. Hiri konpaktua. Mugikortasun jasangarria. Hiriko merkataritza.

ABSTRACT: The Basque Parliament has approved the Law 10/2019, of 27 June, on the territorial planning of large commercial spaces, regulating the establishment and enlargement of large commercial establishments in the Autonomous Community of the Basque Country, in order to adapt its regulations to the requirements of the Services Directive and the doctrine of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court. From the perspective of territorial planning, and for the sake of greater legal certainty, it seeks to demonstrate in a sufficiently reasoned manner that the new planning observes the

triple condition of necessity —especially to avoid sustainable and environmental problems derived from peripheral trade—, non-discrimination and proportionality, and the theoretical non-existence of an economic interest in protecting the small commerce. In this sense, the analysis of its content shows that this law promulgates a sustainable territorial model of compact city that promotes sustainable mobility and protects urban commerce of proximity, which serves as a matured basis to dictate precepts that establish the preference of the implantation of large commercial establishments in the residential urban area.

KEYWORDS: Large commercial spaces. Commercial town planning. Compact city. Sustainable mobility. Urban commerce.

RESUMEN: El Parlamento Vasco ha aprobado la *Ley 10/2019, de 27 de junio, de ordenación territorial de grandes establecimientos comerciales (BOPV de 9 de julio de 2019)*, regulando la implantación y ampliación de los grandes establecimientos comerciales en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con el fin de adaptar su normativa a las exigencias de la Directiva de Servicios y a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo. Desde la perspectiva de la ordenación del territorio, y en aras de la mayor seguridad jurídica, trata de acreditar de forma suficientemente motivada que la nueva ordenación observa la triple condición de necesidad —especialmente, de evitar problemas sostenibles y ambientales derivados del comercio periférico—, no discriminación y proporcionalidad, y la teórica inexistencia de un interés económico de proteger al pequeño comercio. En este sentido, del análisis de su contenido se desprende que esta ley promulga un modelo territorial sostenible de ciudad compacta que fomenta la movilidad sostenible y protege el comercio urbano de proximidad, lo cual le sirve de fundamento madurado para dictar preceptos que establecen la preferencia de la implantación de los grandes establecimientos comerciales en la trama urbana residencial.

PALABRAS CLAVE: Grandes establecimientos comerciales. Urbanismo comercial. Ciudad compacta. Movilidad sostenible. Comercio urbano.

Trabajo recibido el 13 de enero de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Sumario: I. El modelo de ciudad compacta como arquetipo del desarrollo urbano sostenible.—II. El urbanismo comercial sostenible. 1. El modelo comercial y las razones imperiosas de interés general de la Directiva de Servicios. 2. Las controversias judiciales de la ordenación comercial de Cataluña.—III. La nueva normativa del País Vasco. 1. La inadecuación de la normativa vasca a la Directiva de Servicios y el proceso de adecuación. 2. Análisis del contenido de la Ley. 2.1. Título competencial. 2.2. Exposición de Motivos. 2.3. Regulación específica. 2.4. Respeto a la autonomía local. 3. Cuestiones conexas. 3.1. Las Directrices de Ordenación Territorial de 2019. 3.2. La perspectiva de interrelación territorial.—IV. Luces y sombras de una regulación a favor del comercio de proximidad. 1. La apuesta por el urbanismo de proximidad y la movilidad sostenible. 2. La clara vinculación entre un modelo de ciudad compacta y la protección del medio ambiente. 3. El Impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales. 4. La especial importancia de una justificación adecuada. 5. La sombra de la duda: la equivalencia práctica entre el comercio urbano y el pequeño comercio.—V. Conclusiones

I. El modelo de ciudad compacta como arquetipo del desarrollo urbano sostenible (1)

La Unión Europea, preocupada por asegurar un desarrollo equilibrado y sostenible del territorio y del medio ambiente urbano, se ha visto en la necesidad de adoptar un modelo determinado de ciudad sostenible. En concreto, se trata de un modelo de ciudad compacta, cohesionada socialmente y multifuncional: una ciudad compleja, de alta densidad, de continuidad en la urbanización, de usos múltiples y mixtos, de proximidad de servicios, cohesionada socialmente, con un control de la expansión urbana y en la que se da primacía a la rehabilitación y renovación frente a nuevos crecimientos urbanos.

Así es, a pesar de carecer de competencias sustantivas expresas en materia de ordenación del territorio, urbanismo o vivienda, y mediante el ejercicio de sus competencias sectoriales —fundamentalmente amparadas en la política de medio ambiente y el objetivo de la Cohesión Económica, Social y Territorial—, la Unión Europea ha incidido sobre la regulación de los usos del suelo de los Estados miembros. En la «europeización» de la planificación de la ciudad, la variable ambiental se ha incorporado desde dos ámbitos formales de intervención: la primera, creando un *corpus* normativo vinculante de carácter integrador por la vía de las Directivas medioambientales; y, la se-

(1) Buena parte de las reflexiones formuladas en este título y en el siguiente se recogían en mi tesis doctoral *La configuración jurídica de la ciudad compacta a través de las dotaciones urbanísticas*, dirigida por CARMEN AGOÚES, defendida en diciembre de 2016 en la Universidad Pública del País Vasco y publicada por el IVAP en 2017.

gunda, adoptando un *corpus* normativo no vinculante, mediante la adopción de programas de acción medioambiental y un conjunto de documentos de carácter programático de *soft law*, los cuales reflejan la aspiración de patrocinar un modelo europeo de desarrollo urbano compacto.

En el ordenamiento jurídico estatal, el desarrollo territorial y urbano sostenible como principio jurídico rector de las políticas públicas sobre regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo se receptiona expresamente en la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo —sustituída luego por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo—, la cual trajo consigo un cambio de paradigma respecto a la tradicional concepción desarrollista impulsora de un crecimiento urbano ilimitado e irracional —cambio de paradigma auspiciado también por el estallido de la «Burbuja inmobiliaria» a mediados-finales de 2008 y la consiguiente paralización del sector—. Las mismas leyes autonómicas sobre urbanismo incorporan en sus contenidos las exigencias de una ocupación sostenible del suelo. Incluso, algunas de ellas se atreven a preconizar directamente la ciudad compacta como objetivo de la ordenación urbanística, aunque lo más común es que dicha idea se manifieste de forma más tímida, indirecta o incluso insidiosa a través de la exigencia de crecimientos y tejidos urbanos compactos.

Desde el punto de vista competencial, las disposiciones legislativas estatales sobre los usos del suelo —actualmente refundidas en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana— establecen las pautas que han de proyectarse sobre la ordenación territorial y la planificación urbanística para plasmar el principio de desarrollo sostenible. Dichas normas encuentran continuidad en las reglas jurídicas de mayor concreción y contenido aportadas por la legislación y planificación territorial autonómica y que precisamente apuestan por una ocupación territorial de contención de la transformación urbanística expansiva. Sobre este escenario, a las entidades locales les corresponde configurar específicamente su ciudad a través de los planes de ordenación urbana, respetando las determinaciones legales estatales y autonómicas y las planificaciones sectoriales y territoriales. Partiendo de la premisa de asunción del arquetipo de ciudad compacta, la consideración y conformación de este tipo de ciudad deberá guiar siempre el ejercicio de la potestad de planeamiento, y la discrecionalidad del planificador se medirá de acuerdo al principio de sostenibilidad y bajo el prisma de establecimiento de límites al crecimiento urbanístico difuso y desparramado de la ciudad (2).

(2) DESDENTADO DAROCA, E., «Últimas tendencias en la reducción y control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico» en *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor MARTÍN BASSOLS COMA*, Editorial Reus, Madrid, 2008, págs. 201-233.

En último término, los tribunales que enjuician la actuación municipal analizan cada vez de manera más evidente la racionalidad e interdicción de la arbitrariedad en el planeamiento urbanístico preconizando el modelo de ciudad compacta como parámetro de sostenibilidad del desarrollo urbano y termómetro de la legalidad. De este modo, los pronunciamientos judiciales más recientes de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo en relación con el control jurisprudencial de la potestad de planeamiento advierten claramente de que el ejercicio de dicha potestad discrecional ha de dirigirse a la consecución del referido modelo de ciudad, y, por consiguiente, no dudan en anular instrumentos de planeamiento que crean nuevos suelos urbanizables para usos residenciales sin justificación a nivel de previsiones de crecimiento poblacional o que prevén desarrollos urbanísticos discontinuos y separados del núcleo urbano(3), por lo que en las modificaciones de plan deberá motivarse y justificarse no solamente el interés general del crecimiento propuesto en su caso, sino el mantenimiento de la continuidad espacial de la urbanización.

En virtud de lo expuesto, sería conveniente que la normativa autonómica estableciera unos requisitos o criterios meridianamente claros que definan este modelo de ciudad y otorguen mayor seguridad jurídica a la hora de elaborar el planeamiento municipal(4). Pues bien, tal y como veremos, la nueva ley vasca de ordenación territorial de grandes establecimientos comerciales viene a objetivar los requisitos de una ciudad compacta, a la par que la tutela de dicho modelo le sirve para avalar sus prescripciones legales.

II. El urbanismo comercial sostenible

1. El modelo comercial y las razones imperiosas de interés general de la Directiva de Servicios

Llegados a este punto, hay que adelantar que las libertades económicas comunitarias se muestran respetuosas con este patrón de ciudad compacta, de manera que su defensa ha pasado a invocarse expresamente en el campo de la ordenación del denominado «urbanismo comer-

(3) Particularmente, sobre la necesidad de coherencia de las alteraciones del plan con este modelo de ciudad, hay que resaltar las SSTSJ de Castilla y León de 20 y 21 de septiembre y 31 de octubre de 2013, y las sentencias del Tribunal Supremo de 17, 18, 19 y 24 de junio de 2015 que las confirman en casación, anulando la sexta modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Ávila, porque se crean nuevos sectores de suelo urbanizable residencial y comercial sin acreditar la necesidad de incrementar el número de viviendas y sin respetar la colindancia con el suelo urbano, lo cual *atenta contra el principio de «modelo de ciudad compacta»*.

(4) RAMOS MEDRANO, J.A., «El concepto de urbanismo sostenible del Texto Refundido de la Ley del Suelo en la reciente jurisprudencia» en *RDUMA*, núm. 297, abril-mayo 2015, págs. 105-124.

cial» (5) por parte de las Comunidades Autónomas para restringir el establecimiento de grandes centros comerciales, considerando que es una razón imperiosa de interés general contemplada en la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los Servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios, aunque también suele ser abreviada como Directiva Bolkestein), concretamente incardinada en la «*protección del medio ambiente y del entorno urbano*». Más concretamente, se entiende que los regímenes de intervención limitativa permiten controlar el consumo indiscriminado de suelo provocado por implantaciones comerciales fuera de la trama urbana, y así evitar los efectos nocivos que produce la movilidad y los desplazamientos sobre el medio ambiente, y siempre que sea una medida proporcional, no discriminatoria y necesaria, no vulnera injustificadamente la libertad de establecimiento y resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea.

En un primer momento, las administraciones locales mantuvieron una actitud favorable a la instalación de los hipermercados en el extrarradio o periferia fuera de la urbe y las licencias municipales no suponían un gran obstáculo para la instalación del gran establecimiento comercial ya que veían en ellos una importante fuente de ingresos por encima del peligro de desaparición del comercio tradicional. De hecho, en la práctica, los grandes centros comerciales eran resultado de convenios urbanísticos que garantizaban las inversiones necesarias en sistemas generales y locales en la zona que actuasen como vertebradores del futuro desarrollo urbanístico del municipio (6).

Paulatinamente, surge la confrontación entre el pequeño comercio *versus* las grandes superficies, y con ello la gran problemática del urbanismo comercial vinculada a la localización espacial de estas últimas. En respuesta a las protestas de los pequeños comerciantes que, incapaces de competir en igualdad de condiciones contra las grandes cadenas, alzaban sus voces en busca de un régimen proteccionista para su modelo de negocio, las Comunidades Autónomas articularon una autorización

(5) Partiendo de la fuerte imbricación existente entre lo comercial y el espacio urbano, y con pleno respeto a la legislación autonómica comercial y el planeamiento territorial sectorial, los instrumentos de planeamiento urbanístico adquieren una importancia vital respecto a la ordenación comercial, en un doble sentido: el planeamiento debe establecer unos estándares mínimos de dotación comercial, así como asegurarse que existan espacios reservados al ejercicio de las actividades comerciales dirigidos a colmar la demanda de bienes y servicios de la población, sin renunciar a establecer una serie de límites. El Tribunal Constitucional consagra un concepto de «urbanismo comercial» como parte integrante del urbanismo, pues, tal y como se señalaba en la STC 227/1993, de 9 de julio, «es obvia la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística, como son la utilización de los transportes públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan, los problemas en la calificación del suelo, etc.».

(6) Muchos de estos se configuran como espacios de ocio en torno a los aspectos más lúdicos del acto de compra, sobre todo los fines de semana de climatología adversa.

comercial cuya obtención resultaba obligatoria para los grandes establecimientos comerciales de forma previa a las licencias urbanísticas municipales (7). De otro lado, las normativas autonómicas ponen límites a los grandes establecimientos comerciales regulando su emplazamiento y tamaño. En uno y otro caso, la autorización comercial y las restricciones a los grandes establecimientos comerciales parecían fundamentarse en criterios económicos atendiendo a cuestiones de oferta, demanda o el impacto causado en los pequeños competidores locales.

Sin embargo, en atención al principio de unidad de mercado interior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea exige que en todo caso las restricciones y barreras proteccionistas a las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios estén justificadas por una razón imperiosa de interés general, previo análisis de la necesidad y proporcionalidad de tales medidas, y sin que vengan motivadas por razones económicas. La Directiva de Servicios aprobada en 2006, que en rigor no hace sino recopilar y codificar elevándola a norma positiva la doctrina jurisprudencial configurada por el TJUE (8), tiene como objetivo facilitar la remoción de obstáculos y restricciones impuestas en las normativas nacionales (9), si bien, excepcionalmente, los Estados miembros podrán supe-
editar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización bajo unos requisitos y condiciones (10). Para ello, contiene un listado de razones de interés general que legitiman la limitación o condicionamiento de las libertades comunitarias de establecimiento

(7) La regulación autonómica relativa a la implantación de grandes establecimientos comerciales y en particular la licencia comercial de carácter autonómico recibió el respaldo del Tribunal Constitucional, no sólo porque las CCAA ostentan competencias para ordenar el comercio interior frente a las competencias estatales, sino porque la imposición de una licencia comercial específica no infringe la garantía institucional de la autonomía local, «dada la dimensión territorial de los intereses en presencia» (SSTC 225/1993, de 8 de julio; 227/1993, de 9 de julio; 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio; y 284/1993, de 30 de septiembre).

(8) Es relevante en esta línea la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 22 de enero de 2002 (*Canal Satélite Digital, S.L., Asunto C-390/99*), apartado 35.

(9) Sobre la Directiva de Servicios existe una amplísima bibliografía, y en cuanto a su importancia, es declarada como una auténtica revolución administrativa. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., llega a referirse a ella como «la norma más importante que la Comunidad Europea ha aprobado hasta hoy y que supone la elaboración de un nuevo Derecho Administrativo comunitario» en «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, págs. 189-197.

(10) —Que no sea discriminatorio (art. 9.1.a); —que la necesidad de un régimen de autorización esté justificada por una *razón imperiosa de interés general* (art. 9.1.b); —que el objetivo que se pretende con el requisito de autorización previa no pueda conseguirse mediante una medida menos restrictiva, por resultar el control a posteriori excesivamente tardío para ser considerado eficaz (art. 9.1.c); y —que se funda en criterios objetivos, claros e inequívocos, hechos públicos con antelación y que sean transparentes y accesibles, con el fin de que la facultad de apreciación no se ejerza de forma arbitraria (art. 10.1). Adicionalmente, con el fin de cerrar cualquier posible vía de elusión o fraude, la Directiva formula listas de requisitos y exigencias prohibidas, entre ellas, la interdicción del sometimiento del otorgamiento de una autorización a una prueba económica.

y prestación de servicios en el art. 4.8 y los *Considerandos* 40 y 56. Entre ellas se acogen razones de índole transversal de protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, y donde cabe identificar la protección del modelo de ciudad compacta frente a los ataques que determinados desarrollos urbanísticos causan sobre el mismo, lo cual particularmente legitima una intervención administrativa en la organización espacial de los grandes establecimientos comerciales (11).

En este sentido, en la terna comercio urbano frente al comercio periurbano, es preferente que los comercios grandes se implanten en todo caso dentro del casco urbano de las ciudades o en nuevos desarrollos residenciales que vayan a integrarse en la malla urbana, debido a su potencial de hacer ciudad: regenerando zonas degradadas, impulsando nuevos desarrollos, o generando espacios complejos con mezcla de usos. En esencia, a la par que el comercio es un elemento de articulación y transformación de la ciudad, la ordenación comercial dependerá del modelo de ciudad elegido, y lo cierto es que las grandes superficies comerciales asoman de forma más común en la denominada ciudad dispersa —modelo funcionalista anglosajón— caracterizada por la zonificación monofuncional y la expansión ilimitada, lo que supone la pérdida de complejidad de las funciones de la ciudad, más urbanizaciones de baja densidad, la generación de un impacto social en forma de segregación de clases sociales y la dependencia del vehículo a motor con sus correspondientes emisiones de gases contaminantes (12).

En definitiva, a pesar de que a la luz de la Directiva de Servicios habría que descartar un régimen de intervención limitativa del derecho de libertad de establecimiento basado en la supervivencia del pequeño o mediano comercio, en principio dicha limitación podría estar justificada o amparada con las debidas matizaciones —proporcionalidad y no discriminación— en la razón imperiosa de interés general relativa a la pro-

(11) Esta es la tesis defendida por LÓPEZ PÉREZ, F., en *El impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial (por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales)*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009: «En conclusión, los instrumentos de planificación urbanística y territorial resultan aptos para el establecimiento de una Ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales, en la que se tenga en cuenta las ideas de compacidad, multifuncionalidad (complejidad de usos y funciones), accesibilidad, reducción del impacto social de los grandes establecimientos, es decir, el fomento del modelo de ciudad compacta que, en definitiva, garantice un adecuado acceso al suministro de bienes y servicios a todos los habitantes de la ciudad, con independencia de su condición social, capacidad adquisitiva, lugar de residencia, etc.» (pág. 206).

(12) VILLAREJO GALENDE, H., quizás la autora más prolífica sobre el tema, en *Equipamientos Comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Comares, Granada, 2008, pág. 91, afirma que «es innegable la estrechísima relación entre el modelo de ciudad y el modelo de comercio que en ella se asienta. Creo que puede hablarse de un paralelismo entre, por un lado, la ciudad concéntrica y el comercio tradicional y, por el otro, la ciudad difusa y la gran superficie».

tección del entorno urbano consistente en el impacto sobre el modelo de ciudad compacta defendido desde las instancias comunitarias (13).

A nivel estatal, la transposición de la Directiva 2006/123/CE al ordenamiento español ha resultado especialmente compleja, dado el elevado número de normas estatales y autonómicas que han requerido de adecuación. Para ello se optó por la elaboración de una ley horizontal de transposición formal —la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio— a modo de «Ley Paraguas» que recoge los principios generales de la Directiva, la cual se complementa con la reforma de la normativa específica de cada sector para la efectiva transposición material (14). En este marco, la legislación específica relativa al comercio minorista se revisó y adaptó por medio de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, que modifica la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) (15). En su nueva redacción, el artículo 6 de la LOCM sentó la previsión de que la instalación de establecimientos comerciales puede estar sujeta a un régimen de licencia previa por razones imperiosas de interés general, y citando como tales razones a título ejemplificativo «la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico». Con posterioridad, y tras sucesivas leyes liberalizadoras del comercio y servicios, el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia —convalidada como Ley 18/2014, de 15 de octubre— ajusta las razones del art. 6 LOCM aplicables para posibles restricciones en la distribución comercial a las previstas en el artículo 17.1.b) de

(13) En idéntico sentido, RODRÍGUEZ BEAS, M., *El comerç a l'ordenament jurídic espanyol: l'urbanisme comercial i la sostenibilitat urbana*, Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona 2013, págs. 396-397: «En el cas concret dels grans establiments comercials, la intervenció en la seva ordenació quedaria legitimada sota el paraigua de la raó imperiosa de protecció de l'entorn urbà, si es justificués que aquest tipus d'establiments provoquen un impacte o conseqüències negatives sobre el model de ciutat que es protegeix».

(14) Un conjunto importante de esas modificaciones sectoriales se incorporó materialmente en la que se conoce como «Ley Omnibus» —la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio—.

(15) Dado que la regulación del comercio minorista está transferida a las Comunidades Autónomas, esta última ley solo establece los principios generales que deben aplicarse en las distintas normativas autonómicas que, a su vez, se han debido adaptar a la Directiva. Resulta capital la STC 124/2003, de 19 de junio, que se pronunció sobre la competencia estatal en materia de planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y la constitucionalidad de la LOCM. En relación con la posibilidad de que el Estado establezca normas básicas sobre los establecimientos comerciales, el Alto Tribunal afirma que la finalidad de la regulación prevista en los artículos 6.1, 6.2 y 7 LOCM «no es regular la instalación de los grandes establecimientos (...) sino adoptar una norma básica de ordenación económica respecto del sistema de distribución, en concreto del subsistema de los grandes establecimientos, fijando unos criterios globales de ordenación de este sector que poseen una clara incidencia sobre la actividad económica general» (FJ. 3).

la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, referidas a los posibles daños en el medio ambiente, en el entorno urbano, y el patrimonio histórico artístico.

A nivel autonómico, las Comunidades Autónomas también han tenido que adaptar sus leyes autonómicas de comercio a la Directiva de Servicios, rediseñando sus regímenes de autorización para la implantación de grandes establecimientos comerciales —tradicionalmente basadas en criterios de evaluación de naturaleza económica relacionados con la afectación al comercio menor—, decidiendo si implantan o no un régimen de licencia comercial autonómica e identificando en sus respectivas regulaciones, de forma objetiva y previsible, las razones imperiosas de interés general que motivan el establecimiento de estos regímenes y el impacto estimado de los mismos. Además, en la mayoría de ellas, la ordenación de las actividades comerciales se realizará a través de Planes de equipamiento comercial o Planes de establecimientos comerciales, los cuales otorgarán una clara preferencia a que los grandes establecimientos comerciales se sitúen en tramas urbanas consolidadas o al menos en zonas cercanas al casco urbano, en detrimento de la expansión periférica.

En este sentido, a la hora de transponer la Directiva de Servicios y modificar su régimen comercial, interesa destacar que, en general, las Comunidades Autónomas se han fundamentado directamente en la defensa de la ciudad compacta (Cataluña, País Vasco, Asturias, Navarra, Aragón o Andalucía) como razón imperiosa de interés general para ordenar la actividad comercial. Por ejemplo, en la legislación andaluza —en el Texto Refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2012, de 20 de marzo— al determinar los criterios generales para el emplazamiento urbanístico de las grandes superficies minoristas por parte de la planificación urbanística, se cita expresamente la defensa de la ciudad compacta, junto con el de la cohesión y equilibrio territorial, la cercanía y fácil acceso de la oferta comercial para las personas consumidoras, la previsión de capacidad de la red viaria o la conexión con redes de transporte público (art. 25). Igualmente, la Ley 4/2015, de 25 de marzo, de Comercio de Aragón subraya en su Preámbulo la importancia del urbanismo comercial como forma de intervención administrativa, «proscrita la planificación económica, que sea coherente con el desarrollo de las ciudades y el bienestar de sus habitantes. Para ello, se juzga conveniente y necesario velar por el modelo de ciudad compacta, tradicional en España, adecuado a las costumbres y modo de vida de los ciudadanos y que siempre ha hecho emerger, de modo natural, el comercio de proximidad, el pequeño comercio que vivifica el centro urbano de las ciudades y pueblos y constituye un elemento fundamental de atracción del turismo y de mantenimiento de la vida ordinaria del día a día. Por otra parte, el modelo de ciudad compacta se juzga más sostenible

que el de ciudad diseminada para colectivos que disponen de menor movilidad como la tercera edad, pues este modelo sitúa a su alcance, de una manera cómoda, todo tipo de bienes y servicios» (16).

2. Las controversias judiciales de la ordenación comercial de Cataluña

De manera particular, la normativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre la materia ha suscitado una notable controversia acerca de su encaje dentro del marco definido por el Derecho comunitario. Ya antes de haber sido aprobada la Directiva Bolkestein, la Ley catalana 18/2005, de 27 de diciembre, de Equipamientos Comerciales fue precursora al tratar de adaptar su legislación comercial a la jurisprudencia del TJCE recaída en materia de libertad de establecimiento y libre circulación de servicios. En principio, según su Preámbulo, la norma se sustenta en principios vinculados con la razón imperiosa de interés general de protección del entorno urbano, conducente a preservar la ciudad europea compacta, compleja y socialmente cohesionada en la que el comercio tiene una función determinante. Sin embargo, dicha declaración se diluye posteriormente, ya que el legislador catalán mantiene una rígida política comercial tendente a proteger al pequeño y mediano comercio y a limitar la libre implantación de grandes establecimientos comerciales, fundándose en criterios económicos (17).

Tras el correspondiente recurso interpuesto por la Comisión, en el *Asunto Comisión c. España, C-400/08*, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo dicta la sentencia de 24 de marzo de 2011. El Tribunal entiende que con carácter general «las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen me-

(16) Y ya en la parte normativa, para la aprobación definitiva de los planes urbanísticos o de sus modificaciones o revisiones, con carácter previo, el art. 43 de la citada Ley 4/2015 requiere la emisión de un informe sectorial del Departamento de la Administración autonómica competente en materia de comercio, debiendo versar sobre la coherencia en la configuración del equipamiento comercial con el modelo de desarrollo del municipio y su incidencia en los municipios del entorno, y «se atenderá especialmente a si la configuración comercial favorece o no el modelo de ciudad compacta».

(17) Estas restricciones se traducían en la imposición de un criterio de obligada localización del proyecto comercial en la malla urbana de determinados municipios denominada «Trama Urbana Consolidada», de acuerdo con las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales aprobado por el Decreto 379/2006, de 10 de octubre. Asimismo, el art. 10 de la Ley 18/2005 establece los elementos de valoración de la licencia comercial, donde contiene dos criterios de carácter económico. Por una parte, se exige la adecuación del proyecto al Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales —el cual tiene menciones vinculadas a análisis de oferta y demanda—, y, por otra parte, en la tramitación de la licencia comercial es preceptivo el informe sobre el grado de implantación de la empresa solicitante en relación con su cuota de mercado sobre su mercado relevante.

dios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España» (apartado 80). Sin embargo, «en tales circunstancias, las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación» (apartado 83). Pues bien, el Tribunal considera que no se habían expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos las importantes restricciones establecidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos, y, en consecuencia, declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. El fallo acepta que el criterio limitativo de localización, consistente en limitar la ubicación de los grandes establecimientos comerciales a los centros de población urbanos, resulta un medio adecuado para proteger el medio ambiente. Ahora bien, el ejercicio a realizar por el Tribunal estriba en determinar si esta medida de limitación supera el juicio de necesidad y proporcionalidad —lo que significa que deben ser apropiadas para alcanzar el objetivo perseguido, que se justifique por el legislador la inexistencia de otras medidas igual de eficientes pero menos gravosas para la libertad de establecimiento y sean equilibradas una vez comparado el rango de los bienes y principios jurídicamente protegidos que están en conflicto—, llegando a la conclusión de que las restricciones controvertidas no estaban justificadas. Asimismo, el Tribunal declara incompatible con el Derecho de la Unión Europea las disposiciones que exigen la aplicación de límites en cuanto al grado de implantación y a la repercusión en el comercio minorista existente, más allá de los cuales no se pueden abrir establecimientos comerciales medianos o pequeños, en tanto que se tratan de consideraciones de carácter meramente económico.

En la práctica, antes de dictarse la sentencia, la Ley 18/2005 ya había sido derogada por el Decreto-ley 1/2009, de 22 de diciembre, de Ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña, el cual tras reiterar la idea de que la ordenación comercial debe contribuir a una ciudad compacta, introduce una distinción entre los establecimientos comerciales en función de su localización en el territorio, en concordancia con la planificación territorial y urbanística, teniendo en cuenta, especialmente, su incidencia sobre la movilidad, el medio ambiente y el patrimonio histórico-artístico (18). Ello, no obstante, la compatibilidad de la normativa

(18) Con carácter general, los establecimientos comerciales que superan los 2.500 metros cuadrados de superficie de venta y los medianos establecimientos comerciales situados fuera de la trama

catalana de ordenación comercial con el Derecho de la Unión ha seguido siendo objeto de enjuiciamiento.

Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 193/2013, de 21 de noviembre de 2013 declara inconstitucionales y nulos los apartados 3 y 4 del art. 9 del Decreto-ley 1/2009, en la redacción dada a los mismos por el art. 114 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, el cual elimina las excepciones a la localización de los establecimientos comerciales medianos, grandes y territoriales fuera de la trama urbana consolidada de los municipios. El Tribunal Constitucional considera que, a diferencia de la Exposición de Motivos del Decreto-ley 1/2009 donde conecta los requisitos con fines urbanísticos, de ordenación territorial y protección ambiental, la regulación de 2011 impugnada no relaciona en ningún momento el nuevo régimen de instalación de establecimientos comerciales con los objetivos indicados, sino con otros de carácter eminentemente económicos, lo que determina su falta de adecuación y justificación y desemboca en el reconocimiento de su inconstitucionalidad al contradecir de modo manifiesto la legislación básica estatal de contraste (19).

Poco después, mediante Decreto-ley 7/2014, de 23 de diciembre, la Generalitat de Cataluña deroga la letra b) del apartado 3 y el segundo párrafo del apartado 4 del art. 9 del citado Decreto-ley 1/2009, «dado que en la práctica ha quedado demostrado que la regulación de esta excepción al criterio general de implantación dentro de la trama urbana consolidada (TUC) ha convertido en norma aquello que la propia Ley define explícitamente como una excepción», y la supresión de excepciones es una medida proporcional para la defensa del modelo de ciudad compacta. No obstante, la fundamentación ofrecida por el legislador catalán no es completamente satisfactoria para el Gobierno español, y, en consecuencia, la STC de 22 de septiembre de 2016 resuelve el recurso de inconstitucionalidad, afirmando la incompatibilidad del Decreto-ley 7/2014

urbana consolidada, estarán sometidos a una licencia comercial para el otorgamiento de la cual se valoran, entre otras, cuestiones específicas relacionadas con el impacto que generan en el medio ambiente, en la movilidad y en el paisaje.

(19) A raíz de esta sentencia, el artículo 9 del Decreto-ley 1/2009 quedará momentáneamente como antes a través de la Disposición vigesimoséptima de la Ley 2/2014, 27 enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público que declara vigentes los apartados 3 y 4 del artículo 9 en la redacción anterior, si bien al mismo tiempo esta misma Ley mediante su Disposición transitoria octava aplaza la aplicación de la excepción de implantación de establecimientos fuera de la trama urbana consolidada «hasta la aprobación de un proyecto de ley de comercio, servicios y ferias en el que se valoren adecuadamente los intereses públicos en relación con la normativa de implantación de equipamientos comerciales y la proporcionalidad y no discriminación de las medidas que deben adoptarse». La sentencia 73/2016, de 14 de abril de 2016, del Tribunal Constitucional declara la nulidad de esta disposición transitoria, ya que la afirmada provisionalidad de la restricción no libera al legislador de la exigencia de apoyarla en razones imperiosas de interés general debidamente justificadas.

con la normativa básica estatal integrada por los arts. 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y 11 de la Ley 17/2009, y, además de la justificación de la excepcionalidad, requiere una especial exigencia de concretar los «*datos precisos*» sobre el impacto de la implantación comercial para entender necesaria dicha restricción a la libertad de establecimiento (20).

A modo de conclusión, en todo este tira y afloja, las argumentaciones judiciales no residen tanto en que el legislador catalán está imponiendo limitaciones territoriales ilegales a la localización de los establecimientos comerciales, como en que no está justificando adecuadamente las razones imperiosas de interés general que pueden legitimar tales limitaciones. Si bien el objetivo declarado de la regulación comercial restrictiva catalana es el de proteger un modelo de desarrollo urbano, forzando la implantación de los establecimientos comerciales dentro de la trama urbana consolidada, en sede judicial se ha dado la razón a los grandes establecimientos comerciales al imponer al legislador autonómico la obligatoriedad de elaborar un plus de motivación acompañado de la aportación precisa de datos pormenorizados.

III. La nueva normativa del País Vasco

1. La inadecuación de la normativa vasca a la Directiva de Servicios y el proceso de adecuación

Mediante la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial, la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) optó por un modelo en el que confiaba a la ordenación del territorio la distribución y dimensionamientos de los grandes equipamientos comerciales. Dicha tarea se acometió mediante el Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, que aprueba definitivamente el Plan Territorial Sectorial de Creación de suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales (PTSAEEC).

Tras la aprobación de la Directiva de Servicios, el País Vasco fue la primera de las Comunidades Autónomas que adaptó su legislación comercial, a través de la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modifi-

(20) De todos modos, los votos particulares formulados a la Sentencia confirman que la forma de invocar así como justificar las restricciones territoriales en base a un determinado modelo territorial de ciudad compacta no es un tema resuelto y dará que hablar todavía. La Magistrada doña Adela Asua Batarrita y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, a la par que discrepan de la norma básica estatal que se utiliza como parámetro mediato de constitucionalidad «que no dice aquello que se le atribuye» —recordando que el Derecho de la Unión no es canon de constitucionalidad—, dan por válida la amplia justificación aportada por la normativa y critican la interpretación rigorista de la exigencia de justificación de las razones imperiosas de interés general de la sentencia.

cación de la Ley de la Actividad Comercial. Esta Ley 7/2008 se presentó como plenamente compatible con la normativa comunitaria, destacando su proclama a favor de la ciudad compacta, multifuncional y socialmente cohesionada, así como la identificación de las consecuencias negativas de la implantación de grandes establecimientos en la periferia. Su Exposición de Motivos constituye un resumen de las bondades del modelo urbano europeo(21), y, en especial, de la contribución del comercio de los centros históricos en contraposición con otros «modelos de comercio periférico característicos de estructuras urbanas que nos son ajenas tanto desde el punto de vista cultural como de ocupación del territorio y que predisponen hacia un sobredimensionamiento de la red viaria y a la consiguiente utilización de automóviles privados, con las consecuencias que esto comporta».

En virtud de ello, el legislador vasco opta por el mantenimiento de un procedimiento autorizador justificado por la protección del modelo de ciudad compacta, aunque se elimina la licencia comercial y se otorga mayor margen de decisión al planificador municipal, si bien limitado por su acomodación al PTSAEEC y con una serie de garantías(22). Por otra parte, a la hora de calificar suelo para la implantación de grandes establecimientos comerciales, se da preferencia a que se sitúen en zonas cercanas al casco urbano —en espacios situados en los núcleos urbanos o en ensanches, mediante la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios intersticiales—, en detrimento de la periferia.

De acuerdo al art. 14.3 de la citada Ley 7/2008, para la implantación de grandes establecimientos comerciales, se estará a la regulación contenida en la normativa por la que se aprueba definitivamente el PTS de Equipamientos Comerciales, que constituye tal y como hemos señalado el instrumento de ordenación territorial definidor de la implantación de grandes equipamientos utilizando criterios vinculados a la ordenación del territorio y urbanismo(23). Ahora bien, para ello, la Disposición final ter-

(21) Basado en cuatro pilares: —Protección del modelo de ciudad compacta y multifuncional, — control de la expansión urbana, —orientar la instalación de los grandes establecimientos comerciales a la trama urbana de las ciudades, y —el reconocimiento del papel del comercio como elemento de transformación de la ciudad y de mejora de calidad de vida de sus habitantes.

(22) Así, con carácter previo a la concesión de la licencia de actividad municipal para la implantación o ampliación de un gran establecimiento, el Ayuntamiento debe solicitar al órgano competente en materia de comercio de la Administración autonómica, la emisión de un informe sobre la adecuación de la actividad proyectada al PTSAEEC.

(23) Este Plan Territorial Sectorial determina una normativa vinculante para el planeamiento urbanístico, y distingue si el gran equipamiento se ubica en áreas centrales de núcleos urbanos —regulados por el planeamiento urbanístico municipal—; en ensanches urbanos mediante la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales o parcelas dotacionales; o en la periferia exterior de los núcleos de población. Y según la categoría del municipio tendrán unos límites de superficie máxima.

cera de la Ley 7/2008 establecía que el PTSAEEC aprobado en 2004 debía ser sometido a revisión con objeto de analizar su compatibilidad con la Directiva europea y, en su caso, adecuarlo a la misma, atendiendo a las razones imperiosas de interés general.

Y es ahí cuando comienza el verdadero problema.

En respuesta a dicho mandato parlamentario, siguiendo los informes técnicos y jurídicos que se emitieron al respecto, el Gobierno Vasco, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de diciembre de 2009, declaró que existía plena adecuación entre el PTSAEEC y la Directiva de Servicios, por lo que no procedía la modificación del citado Plan Territorial Sectorial. Frente a dicho Acuerdo, la propietaria de un gran establecimiento comercial de Donostia-San Sebastián (24) interpuso un recurso de reposición que fue inadmitido por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de abril de 2010, y contra este Acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo a la vez que se impugnaba indirectamente el PTSAEEC. Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6-07-2011, 15-10-2013 y 11-07-2014, con la doctrina recogida en la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011 (*Asunto C-400/08*) bajo el brazo, resuelven los recursos interpuestos considerando que el caso del PTSAEEC no es equiparable al ocurrido con la normativa catalana, y que «las restricciones de emplazamiento y tamaño de los grandes establecimientos comerciales son medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente expresados por el PTS, son además necesarios, y resultan proporcionados, por lo que la Sala concluye que dicho instrumento de ordenación territorial se ajusta a la legislación española de trasposición de la Directiva Servicios» (FJ. 4) (25).

Sin embargo, el Tribunal Supremo en las sentencias núm. 3866/2015 y núm. 3867/2015, de 3 de septiembre, da lugar a la casación, porque considera que el PTSAEEC al imponer limitaciones a la libertad de establecimiento vulnera la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, y declara nulos de pleno derecho el Acuerdo de fecha 22 de diciembre de 2009 y el Acuerdo de 13 de abril denegatorio de su revisión, así como las determinaciones del PTSAEEC que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales —al igual que las

(24) Unibail-Rodamco Garbera S.L., quien mantenía un litigio contra el Gobierno Vasco y el Ayuntamiento donostiarra para su ampliación, debido a que el PTS imponía un tope de 25.000 m² de superficie para el entorno de Donostialdea, un máximo ya cubierto por el parque comercial Garbera.

(25) Para más detalles de estas sentencias, véase MORENO GARCÍA, J., «Análisis jurisprudencial sobre las limitaciones impuestas desde la ordenación del territorio a los grandes establecimientos comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco», en *RVAP*, núm. 101, enero-abril 2015, págs. 173-190.

determinaciones del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián fundamentadas en aquellas—. El Fundamento Jurídico Tercero de las sentencias de 3 de septiembre refuta los argumentos de la Sala de instancia de esta forma:

«No compartimos nosotros este parecer del Tribunal a quo, al considerar, por el contrario, que las auténticas razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son exclusivamente económicas y mercantiles, y, por ello, proscribas tanto por la Directiva 2006/123/CE como por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que sólo autorizan limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general, entre las que, como la propia Sala de instancia reconoce y declara en la sentencia recurrida, se encuentran las relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, mientras que el Plan Territorial Sectorial, que el Consejo del Gobierno Vasco ha considerado que no precisa de acomodación a la Directiva de servicios 2006/123/CE, acude a criterios económicos para imponer las limitaciones que establece a la superficie de los equipamientos comerciales, y así, en su capítulo 7, fija como objetivo de esas limitaciones superficiales un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales, ambos, evidentemente, de naturaleza económica, por lo que dicho Plan Territorial Sectorial ha utilizado criterios económicos para limitar las dimensiones de las superficies comerciales a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admiten tanto la tan repetida Directiva europea como la Ley estatal que la traspone.

Esta Ley 17/2009 exige, además, que las restricciones a la implantación de equipamientos comerciales deben motivarse suficientemente en la ley que las establezca (artículo 5), obligaciones o requisitos ambos que no se cumplen en el Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno autonómico, ya que ni tiene rango de ley ni justifica suficientemente el cumplimiento de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad».

Con el fin de cubrir el vacío legal motivado por la STS 3866/2015, el Gobierno Vasco reacciona con dos pasos: De un lado, a la vista de la falta de concreción de las disposiciones del PTS que son contrarias a la Directiva 2006/123/CE y a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco en su sesión plenaria de 16 de marzo de 2016, adoptó el acuerdo de concretar que «las determinaciones que las Normas de Ordenación que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales que la sentencia declara nulas de pleno derecho se corresponden con las letras c) y d) del apartado 2 del artículo 14 relativo a la regulación territorial de los grandes equipamientos comerciales», las cuales establecen el dimensionamiento máximo de los nuevos equipamientos comerciales en función del municipio en el que se localiza, con arreglo a una serie de parámetros(26). De otro lado, se abre un período de reflexión con objeto de acomodar su contenido al cumplimiento de la sentencia, y el Consejo de Gobierno adopta el Acuerdo de 22 de marzo de 2016: «Iniciar la tramitación de la revisión del Plan Territorial Sectorial de Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, en lo relativo a los equipamientos comerciales». Como resultado, en mayo de 2017, se somete a información pública el documento de Avance de la Revisión Parcial del PTSACEC en lo relativo a los equipamientos comerciales de la CAPV (27).

No obstante, el proceso de tramitación de la Revisión Parcial del Plan Territorial Sectorial se dejó en suspenso, al estimar necesario que la revisión ordenada por la Disposición final tercera de la Ley 7/2008 de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial, con la idea de adaptarlo a los criterios fijados por el Tribunal Supremo y, en particular, eliminar el límite máximo de techo edificado para las grandes superficies, debía realizarse mediante instrumento de rango legal. Es decir, aunque el régimen jurídico vasco se fundamentaba en normas de carácter reglamentario a través del PTS, se llegó a la conclusión de que no solamente debía revisarse y adaptarse éste, sino que, a la par, en aras del máximo de seguridad jurídica, había que adaptar necesariamente la normativa le-

(26) «Categoría A: Municipios de máxima centralidad. – Superficie neta máxima de plataforma explanada: 75.000 m² – Superficie máxima de techo edificado: 25.000 m²

Categoría B: Municipios de centralidad comarcal. – Superficie neta máxima de plataforma explanada: 40.000 m² – Superficie máxima de techo edificado: 13.000 m².

Categoría C: Resto de municipios. – Superficie neta máxima de plataforma explanada: 15.000 m² – Superficie máxima de techo edificado: 5.000 m²».

(27) Donde entre otros aspectos, se declaran nulas las determinaciones de las normas de ordenación incluidas en los apartados «2.c» y «2.d» del artículo 14.

gal y particularmente el art. 13 de la Ley 7/1994 de la Actividad Comercial para otorgar rango legal a los criterios de ordenación que han de guiar la implantación de establecimientos comerciales, y ya de paso, eliminar la mención de los objetivos referidos en dicho artículo consistente en «el impulso de la pequeña y mediana empresa en el marco de la libertad de competencia» (28).

De esta forma, el Gobierno Vasco empezó a trabajar en un anteproyecto de Ley. Pero, ante los plazos tan alargados que se anunciaban para su tramitación, especialmente debido a todos los informes interdepartamentales que debían recabarse, a fin de acelerar el proceso, la oposición parlamentaria presentó su propia Proposición de Ley para regular la implantación y ampliación de grandes establecimientos comerciales en Euskadi. El texto de esta propuesta había sido elaborado por la asociación de comerciantes Euskaldendak y formalmente consistía en la modificación del art. 13 de la Ley 7/1994 de la Actividad Comercial.

Dicha Proposición de Ley fue tomada en consideración por el Parlamento Vasco, si bien, a fin de paliar cualquier carencia de garantías jurídicas, ya que, como hemos observado, había que hilar muy fino con el contenido y fundamentación de la norma para no topar con futuras impugnaciones judiciales, todos los grupos parlamentarios acordaron constituir un grupo técnico de expertos, quienes, desde su experiencia y conocimiento especializado, se encargarían de asesorar y trabajar un texto articulado y de dotar al mismo del requerido aval técnico-jurídico. En consecuencia, todos los partidos políticos llegan a un consenso sobre el texto legal a aprobar, presentando las mismas enmiendas al texto inicial para reforzar al máximo la seguridad jurídica. Por ejemplo, entre otros aspectos, se modifica íntegramente la exposición de motivos, reflejo del tesón especial para su adecuación a los parámetros legales y judiciales de control que suelen tomarse como referencia. Finalmente, con fecha 27 de junio de 2019, el Parlamento aprueba por unanimidad la Ley 10/2019, de 27 de junio, de ordenación territorial de grandes establecimientos comerciales.

(28) En este extremo, si bien hay que notar que el conjunto de leyes estatales posteriores que vinieron a transponer la Directiva de Servicios modificó la ordenación del comercio minorista, y, entre otros aspectos, determinó que los regímenes de autorización debían estar motivados suficientemente en normas de rango de ley que estableciesen dicho régimen —En especial, véase en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, el art. 5 sobre regímenes de autorización y el art. 11 sobre requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa—, más de uno se plantea si era necesario que la ordenación vasca de los grandes establecimientos comerciales viniese en forma de ley. Resulta harto discutible que la sentencia del Tribunal Supremo lo exija al amparo de las leyes estatales, ya que, a fin de cuentas, todas y cada una de las restricciones a la libre prestación no pueden llegar a ser contempladas en leyes. Piénsese por ejemplo en todas las limitaciones desarrolladas por planes generales u ordenanzas municipales. Cuestión distinta es proceder de esta forma para una actualización ineludible de los términos de la Ley 7/1994, actuación que no estaba prevista inicialmente.

2. Análisis del contenido de la Ley

2.1. TÍTULO COMPETENCIAL

El modelo adoptado por el País Vasco consistente en regular los grandes establecimientos comerciales en el marco competencial de la ordenación territorial queda palmariamente expresado en el propio título de la nueva Ley, además de en la Exposición de Motivos y el art. 1.2: esta es una ley de ordenación espacial del equipamiento comercial que se dicta al amparo de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco en ordenación del territorio (art. 10.31 del Estatuto de Autonomía).

En efecto, el ámbito que le es propio a la ordenación espacial del gran establecimiento comercial es la ordenación del territorio y la protección medioambiental, y los poderes públicos deben utilizar los instrumentos propios de la ordenación territorial y urbanística para intervenir. Si la CAPV entrase a reforzar el control de las grandes superficies vía autorizaciones o licencias comerciales estaríamos en un ámbito competencial distinto. En cambio, la inclusión expresa en el título de la «ordenación territorial» intenta evitar la mayor conflictividad que se deriva en el contexto de las competencias autonómicas en materia de comercio interior, a la luz de la incidencia que en esta materia tienen la defensa de la competencia y garantía de la unidad de mercado, condicionando el ejercicio de las atribuciones en comercio interior y alcanzando al urbanismo comercial (29).

En el último caso, de acuerdo al art. 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), las autoridades competentes que establezcan límites al acceso a un actividad económica o su ejercicio o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad han de motivar su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, y, afortunadamente, siendo la ordenación del territorio una de las razones previstas en dicho artículo, la nueva regulación tiene pleno encaje en las excepciones a la libertad de establecimiento de la LGUM.

(29) RODRÍGUEZ BEAS, M. en «Competencias autonómicas en materia de ordenación de los equipamientos comerciales», en *RVAP*, núm. 112, septiembre-diciembre 2018, págs. 291-329, alerta sobre la tendencia recentralizadora que acompaña a la Ley 20/2013 de garantía de la unidad de mercado, la cual incide en la ordenación de los equipamientos comerciales, creando conflictos comerciales con las CCAA, y afectando a su modelo de comercio de proximidad. El fortalecimiento de la unidad de mercado sirve de excusa para promulgar normativa en pro de la homogeneización y armonización de los ordenamientos jurídicos; una uniformización, por otra parte, con tintes desreguladores.

2.2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con la lección catalana bien aprendida, la Exposición de Motivos realiza un esfuerzo encomiable por presentar una fundamentación intachable desde la perspectiva de la ordenación del territorio de cada uno de los criterios y condiciones reguladoras de la implantación y eventual ampliación de grandes superficies comerciales en el País Vasco, con la finalidad de asegurar la consecución del equilibrio territorial de interés general, y justificar que el marco jurídico planteado se ajusta sin lugar a dudas a las exigencias derivadas del Derecho europeo —Directiva de Servicios— y estatal —Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio— y a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —expresada en sentencias como las de 24 de marzo de 2011 y 30 de enero de 2018 (Amersfoort y Appingedam (30))— y del Tribunal Supremo —sobre todo, la sentencia de 3 de septiembre de 2015—.

A partir de todas estas premisas, se derivan una serie de reglas: En primer lugar, el establecimiento de limitaciones sobre el emplazamiento y el tamaño de los grandes establecimientos comerciales son admisibles siempre que se invoquen razones imperiosas de interés general y se acompañen del análisis de su oportunidad y proporcionalidad, así como de datos que las corroboren. En segundo lugar, es adecuado establecer medidas preventivas para conseguir el logro de los objetivos de protección del medio ambiente y la ordenación del territorio. En tercer lugar, la integración en el entorno urbano, los efectos sobre el uso de la red viaria y del transporte público y la variedad de la oferta disponible como criterios lícitos. En cuarto lugar, la preservación de la habitabilidad del centro urbano evitando su vaciamiento debe separarse de motivos económicos. En quinto lugar, el sometimiento del acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a un límite cuantitativo o territorial debe ser necesario justificado en una razón imperiosa de interés general, proporcionado y no discriminatorio. En sexto lugar, la protección del entorno urbano constituye una razón imperiosa de interés general legitimadora de la prohibición de implantar ciertas actividades comerciales en una concreta zona geográfica fuera del centro de las ciudades. En séptimo lugar, la protección del entorno urbano legi-

(30) Esta sentencia (Asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16) resuelve que las normas de un plan urbanístico que tienen por objeto prohibir la actividad de comercio minorista de productos no voluminosos, como ropa y calzado, en una zona geográfica situada fuera del centro de la ciudad del municipio de Appingedam es un límite territorial en cuanto tiene por efecto favorecer a ciertos minoristas sobre otros. No obstante, preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en interés de una buena ordenación del territorio, puede ser un objetivo de protección del entorno urbano que constituía una razón imperiosa de interés general, siendo el mismo válido siempre se que se realice de forma proporcional.

tima la implantación de una actividad comercial de mercancía voluminosa y compra esporádica, dirigiéndola preferentemente a la periferia de los núcleos urbanos.

El marco jurídico se sustenta en cuatro pilares o principios generales mencionados en el art. 4: la libertad de empresa garantizada por la Constitución Española; la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde las limitaciones deben atender solo a criterios fundados en razones imperiosas de interés general; el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible; y el principio de coordinación interadministrativa. Y los principios generales antedichos se encaminan al logro de nueve objetivos: la ocupación sostenible y la preservación de los valores del suelo; el fortalecimiento de un modelo de ciudad compacta; el estímulo y el fomento de la regeneración y la recualificación de las áreas centrales de los núcleos urbanos; la dinamización económica y social de dichas áreas centrales; el fomento de la existencia de una diversidad de ofertas y usos comerciales adaptados a las necesidades de la población; el estímulo de la movilidad sostenible (limitar la expansión de las infraestructuras de comunicación); el impulso de un medio urbano dotado de los indispensables servicios de proximidad que prevenga la desocupación estructural de locales comerciales en el centro y garantice la accesibilidad a las redes de servicios comerciales a una población en creciente envejecimiento; la tutela del patrimonio histórico y artístico, en especial de los centros históricos de carácter comercial; y la protección del paisaje, rural y urbano, así como del patrimonio cultural y natural, y el fomento de la biodiversidad urbana.

Sobre todo, hay que destacar los objetivos que se refieren a elementos de calidad de vida y mejora de la salud de la población, no en vano este modelo de ciudad compacta tiene como aspiración final asegurar y mejorar la adecuada calidad de vida de los ciudadanos. Así lo contemplan los caracteres de la propia definición de ciudad compacta presentada en el art. 5.2: «El robustecimiento de un modelo de ciudad compacta en el que los usos residenciales se armonicen con actividades económicas compatibles con los mismos y en particular con actividades comerciales y de servicios en aras de su equilibrio y el de los núcleos residenciales, estimulando la mezcla y diversidad de usos, la mayor proximidad posible de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la población residente y la cohesión e integración social, a la vista del incremento sostenido de la esperanza de vida, el significativo envejecimiento poblacional y su crecimiento muy lento con una tendencia al estancamiento en los próximos años».

Además, dichos objetivos están vinculados bien de forma directa o indirecta a las razones imperiosas de interés general expresadas en la

Directiva: la tutela del medio ambiente y del entorno urbano, la salvaguardia de la salud pública, la conservación del patrimonio histórico y artístico o la protección de las personas consumidoras. Es decir, a las clásicas razones relacionadas con el entorno urbano y el medio ambiente, se les suma razones de otra índole: la necesidad de proteger los cascos históricos; la localización próxima y accesibilidad a los servicios comerciales en favor de las personas consumidoras, en particular, de las personas mayores; y la salud pública mediante el estímulo a los desplazamientos peatonales. Estos objetivos no sólo se alinean o incluso se encuadran dentro de las razones imperiosas de interés general, sino que son acordes con los criterios de una ordenación urbana y territorial sostenible: la cohesión territorial, la consecución de tejidos urbanos densos y complejos, o la regeneración y revitalización de las áreas centrales.

La Exposición de Motivos identifica tres tipologías de establecimientos comerciales detectados y su grado de evolución: el comercio urbano tradicional de formato pequeño y mediano en recesión; los establecimientos de tamaño medio de actividad comercial que se ubican en antiguos pabellones industriales con una evolución positiva; y las grandes superficies comerciales periféricas que han crecido ligeramente. A continuación, reconoce que, puestos en relación con los principios generales que se quieren promover, se debería perseguir la revitalización del comercio urbano, limitar las localizaciones periféricas o exteriores y revertir el proceso de reconversión de antiguos pabellones industriales.

En general, la ley vasca trata de frenar la construcción de nuevos grandes centros comerciales en las periferias de los núcleos urbanos, en particular, el formato de centros comerciales de gran superficie, caracterizados por la concentración acumulada de una gran unidad alimentaria, una galería comercial, grandes tiendas temáticas, complejo de multicines y centros de ocio y actividades complementarias. Si bien con todo ello pretende como fin último revitalizar el comercio urbano, no se hacen referencias a la afección que estos espacios pueden tener en el mercado del pequeño comercio, sino que se argumentan razones de impacto medioambiental y de planificación del territorio por motivos relacionados con la ocupación del suelo, con las redes de comunicación y con el transporte sostenible.

2.3. REGULACIÓN ESPECÍFICA

Ya en la parte normativa, en consonancia con lo descrito en la Exposición de Motivos, el Título I de disposiciones generales trata el objeto,

el ámbito de aplicación, las definiciones, los principios generales y los objetivos de la ley. El art. 1 afirma que su objeto es la determinación del marco jurídico general de la implantación y, en su caso, de la ampliación de los grandes establecimientos comerciales. Dentro de dicho marco, en aras al respeto a la garantía institucional de la autonomía local, el art. 1.2 deja margen a que su implantación y ampliación sea objeto de ordenación territorial y urbanística específica atendiendo a su impacto en el medio urbano y natural.

Para la definición de las instalaciones que constituyen un gran establecimiento comercial, el art. 3.3 utiliza una doble condición: por una parte, su afeción a los usos comerciales, si bien complementados, en su caso, con otros posibles usos de alojamiento, hostelería, deportivo, cultural o de ocio; y por otra parte, mediante la utilización de una escala de edificabilidad urbanística mínima de superficie de venta y techo edificable, basada en la clasificación de los municipios del País Vasco en tres categorías (A de máxima centralidad, B de centralidad comarcal y C el resto de municipios), en combinación con un criterio poblacional prevalente(31).

El Título II aborda las concretas condiciones para el establecimiento y la ampliación de los grandes establecimientos comerciales. Así, como requisito primario y adicional, el artículo 6 dispone que su implantación no deberá precisar ni la proyección y ejecución de nuevas redes en el sistema general viario y de comunicaciones, ni su mejora o complementación, ni podrán conllevar su saturación o la afectación al incremento de su capacidad de servicio ejecutada en los cinco años anteriores. Para ello, deberá recabarse el informe favorable de la administración titular de la carretera afectada.

El mismo precepto exige la implantación de los grandes establecimientos comerciales en la trama urbana residencial delimitada por la ordenación estructural del planeamiento urbanístico y, de forma excepcional y debidamente justificada, en suelos urbanos continuos y colindantes con otros ámbitos de ordenación integrados en la malla urbana, aunque tengan un uso característico diferente del residencial, siempre que sean observadas cuatro condiciones cumulativas: la colindancia entre los suelos urbanos incorporados a la trama urbana residencial debe comportar como mínimo un 20% del perímetro del ámbito de ordenación incorporado; dicha incorporación no ha de sobrepasar el 10% de la superficie de suelo en la trama urbana residencial; en ningún caso la incorporación puede tener por objeto el establecimiento de centros comerciales con

(31) En la Proposición de Ley inicial, la definición de gran establecimiento comercial se otorgaba de manera generalizada a todos los que cuentan con una edificabilidad urbanística de 700 m² (t).

edificabilidades urbanísticas superiores a las señaladas (32), y debe contar con informe favorable de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco.

Excepcionalmente podrá admitirse la implantación de grandes establecimientos comerciales fuera de la trama urbana residencial en nuevas unidades territoriales delimitadas a tal fin por los instrumentos de ordenación territorial, siempre que no superen las edificabilidades urbanísticas máximas predeterminadas (33) y no impliquen la determinación de ámbitos de ordenación de uso característico comercial de gran formato a tal fin.

Asimismo, la norma prescribe la implantación preferente (y no obligatoria) de los grandes establecimientos comerciales de carácter singular en ámbitos de suelo urbano con uso principal de actividades económicas, siempre que no sobrepasen el límite del 30% de su edificabilidad urbanística. En este punto, procede efectuar un inciso para explicar que, precisamente, dentro de las definiciones del artículo 3, se recoge el del denominado COMERCIO SINGULAR: aquel que, no teniendo carácter mayorista, obedece a la tipología de comercio de mercancía voluminosa y de compra esporádica destinado principalmente a: «a) Exposición y venta de muebles, electrodomésticos y aparatos electrónicos. b) Exposición y venta de embarcaciones y otros vehículos de automoción. c) Expedición de carburante. d) Exposición y venta de artículos de construcción como maquinaria, materiales para la construcción, saneamiento, bricolaje y ferretería. e) Centros de jardinería y viveros». Es decir, se otorga un régimen de implantación más flexible a este tipo de comercio pudiendo ser localizado en el exterior de los núcleos de población en atención al principio de proporcionalidad, fundamentado, por un lado, por las exigencias de carga y descarga, y atendiendo a que requieren mayores necesidades de superficie expositiva derivado de su condición de mercancía voluminosa; y, por otro lado, a causa de la menor movilidad inducida que provocan derivado de su público esporádico (34).

Esta categoría de centros de venta de muebles, electrónica, construcción, bricolaje, carburantes, embarcaciones y automóviles se contraponen con el comercio ordinario, donde se presupone se incardinan las tiendas de productos de consumo más cotidiano y habitual, funda-

(32) 30.000 m²t para municipios de máxima centralidad; 15.000 m²t para municipios de centralidad comarcal; y 2.000 m²t para el resto de municipios.

(33) Recuérdese al respecto la importancia que se manifestó en sede judicial a la supervivencia de excepciones en Cataluña que dejasen una puerta abierta a la implantación fuera de la trama urbana consolidada.

(34) Se sigue el razonamiento contenido en el texto de la Proposición de Ley: presentan unas mayores necesidades logísticas de aprovisionamiento y tienen por objeto una compra de carácter más esporádico y, por tanto, con externalidades negativas más limitadas.

mentalmente de alimentación y de ropa. Sin embargo, el menor o mayor consumo y las necesidades de compra y abastecimiento de una mercancía depende del tipo y número de consumidores de la zona, y, de otra parte, las exigencias y necesidades de superficie y logísticas no son muy diferentes a otros tipos de producto no voluminosos como por ejemplo en el caso de outlets de ropa y calzado o las tiendas de material deportivo (sobre todo en el caso de equipos deportivos de dimensiones importantes). Su forma de distribución comercial es fuente de los mismos problemas de movilidad de personas y mercancías, por lo que no disipa la duda de si no se ha tratado de preservar un determinado tipo de mercado a impulso de las asociaciones de comerciantes. Resulta indudable que la característica de distribuir y vender productos de mayor tamaño los convierte en grandes consumidores de espacio en singular medida. Ahora bien, en ese extremo, en cuanto al daño medioambiental derivado de su actividad y tráfico comercial, no justifica un trato diferente en comparación con los grandes establecimientos que tienen una oferta de productos de menor tamaño. Es en el otro extremo de singularidad, en el carácter de compra esporádica, donde debe manifestarse la razonabilidad de las excepciones.

A tal respecto, procedemos a extrapolar el ámbito tributario al urbanístico, a fin de considerar la conflictividad planteada en relación al Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales (IGEC) que algunas CCAA han ido adoptando en uso de sus competencias fiscales y el juicio al que se ha sometido su validez a la luz del derecho de la UE, a través de las sentencias del TJUE de 26 de abril de 2018 que resolvieron las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo a los recursos de la patronal Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contra tres Comunidades Autónomas españolas (35) que habían gravado con impuestos autonómicos los grandes establecimientos comerciales situados en sus respectivos territorios. El Tribunal de Justicia llegará a la conclusión de que no constituyen ayudas de Estado las exoneraciones tributarias establecidas en función de la naturaleza de la actividad del establecimiento (36), cuando tales establecimientos no tengan un impacto negativo sobre el medioambiente y la ordenación del territorio tan

(35) Cataluña (asunto C-233/16), Asturias (asuntos C-234/16 y C-235/16) y Aragón (asuntos C-236/16 y C-237/16).

(36) Concretamente, en el sector de la venta de maquinaria, vehículos, utillaje y suministros industriales; de materiales para la construcción, saneamiento, puertas y ventanas, de venta exclusiva a profesionales; de mobiliario en establecimientos individuales, tradicionales y especializados, y de vehículos automóviles, los viveros y el suministro de combustibles y carburantes de automoción.

intenso como los otros, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Los Gobiernos autonómicos alegaban que las actividades que se identifican con las propias del comercio singular, por su propia naturaleza, requieren grandes superficies de venta, que no están destinadas a atraer al mayor número posible de consumidores ni aumentan el flujo de compradores que se desplazan a ellas en vehículos privados. Sobre ello, el Tribunal considera que el menor impacto negativo medioambiental puede justificar la distinción que establecen los referidos impuestos, de modo que no atribuirían ventajas selectivas en favor de los establecimientos comerciales exonerados. Sin embargo, corresponde al Tribunal Supremo comprobar si efectivamente ocurre así. En este punto, las mayores dudas de la Abogada General se cernían sobre los establecimientos de venta de mobiliario, y solamente requería al órgano jurisdiccional comprobar el grado de intensidad en la afectación del medio ambiente a los negocios de mobiliario (37). En cambio, el Tribunal de Luxemburgo es más estricto y requiere la verificación de todos los supuestos de exoneración por actividad al organismo jurisdiccional nacional, partiendo, eso sí, de la presunción tipificadora de que una mayor capacidad económica a mayor superficie de venta no es del todo pertinente, e invierte la carga de la prueba. En este sentido, el Tribunal Supremo español se lanzará a desgranar todos los supuestos de comercio singular, y uno por uno rechaza los recursos de que sea constitutivo de ayuda de Estado, bien —porque «tal verificación solo procederá cuando sean combatidos jurisdiccionalmente actos de aplicación a concretos establecimientos del tributo que es objeto de polémica» (STS de 2 de octubre de 2018), o bien —«porque no se han desvirtuado las razones ofrecidas por el legislador para excluir del impuesto ciertas actividades cuando se desarrollan en superficies superiores al umbral general y que, en todo caso, la parte recurrente no ha probado que tales establecimientos comerciales (que desempeñan única y exclusivamente actividades en el sector de la jardinería o de la venta de vehículos, de materiales para la construcción, de maquinaria y de suministros industriales y cuya superficie de venta no excede de 10.000 metros cuadrados) tienen un impacto negativo sobre el medioambiente y la orde-

(37) Léase las Conclusiones Generales de los asuntos acumulados C-236/16 y C-237/16, los apartados 90 a 96 de su fundamentación jurídica y los apartados 2 y 3 de la propuesta de resolución. En atención a la menor afluencia de compradores, la Abogada General admitía en general y daba por buena la exención del impuesto a los establecimientos dedicados a la venta de: a) maquinaria, vehículos, utillaje y suministros industriales; b) materiales para la construcción, saneamiento, puertas y ventanas, de venta exclusiva a profesionales; c) viveros para jardinería y cultivos; d) vehículos automóviles, en salas de exposición de concesionarios y talleres de reparación, y e) combustibles y carburantes de automoción.

nación del territorio tan intenso como los que sí se consideran sujetos» (STS de 25 de junio de 2019) (38).

En conclusión, y, dicho de otro modo, grandes marcas de venta de muebles como IKEA se salvan de la quema, y queda justificada su exoneración fiscal. De manera semejante, las excepciones previstas en la nueva ley vasca en atención a las actividades ejercidas se muestran congruentes con los razonamientos contenidos en estas decisiones judiciales relativas al ámbito tributario.

Retomando los requisitos de implantación, y aparte de las excepciones señaladas, a efectos de incrementar los márgenes de flexibilidad, la Disposición adicional de la Ley admite la implantación de establecimientos comerciales de carácter minorista, distintos de los de carácter singular, en polígonos de actividad económica, terciario o industrial, ubicados en el exterior o periferia de los núcleos de población, y en todo caso, fuera de la trama urbana residencial cuando sobrepasen en su respectivo ámbito de ordenación los umbrales de dimensionamiento conjuntamente con los establecimientos ya preexistentes. Para ello deberán revestir carácter complementario del uso principal del polígono, sin poder exceder el 30% de su edificabilidad urbanística; no requerir el incremento de la capacidad de servicio de la red básica de infraestructuras de movilidad preexistentes; y, además, en los municipios de las categorías B y C no podrá comportar la superación del doble de las superficies de techo definidas en el art. 3.3.b).

Por su parte, el artículo 7 incorpora los requisitos que deben ser cumplidos para la ampliación de los actuales grandes establecimientos comerciales: a) la justificación objetiva, debidamente acreditada, de su necesidad por razones de rehabilitación y/o recualificación urbana del entorno afectado; b) no comportar la necesidad de incrementar la capacidad de servicio de la red básica de infraestructuras de movilidad preexistentes; c) en los supuestos de grandes establecimientos comerciales situados fuera de la trama urbana residencial específicamente y con carácter cumulativo la observancia de un tope máximo del 10% de la edificabilidad

(38) El Tribunal Superior de Justicia de Aragón dictamina en la misma línea (Sentencia 348/2019, de 13 de mayo): «el principio de proporcionalidad en los términos en que se ha aplicado por el legislador se encuentra razonable, sin que se aprecie un error manifiesto de pronóstico acerca de si los establecimientos exentos venden, como regla general, a otras empresas que frecuentan menos las superficies de venta; asimismo y por lo que respecta a los establecimientos que venden materiales para la construcción, si bien no se aprecia desde el punto de vista de la ordenación territorial la razón de la exención sí se encuentra, por el contrario, en el principio de capacidad económica y en la consideración del impacto medioambiental negativo. De igual modo, no obstante, los términos en que se expresan las conclusiones, respecto de la venta de mobiliario en establecimientos individuales, tradicionales y especializados, este Tribunal no encuentra obstáculo para el mantenimiento de la exención si se advierte que, al igual que en los demás supuestos, no se aprecia tampoco un error manifiesto del legislador al efectuar un pronóstico sobre la afluencia de compradores y su incidencia en el medioambiente».

urbanística existente y no sobrepasar los dimensionados máximos que se establecen (39); y d) la obtención de un informe favorable de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco.

La nueva ley también posibilita en su art. 8 el desarrollo o establecimiento de criterios de ordenación de carácter complementario a través de la ordenación territorial y urbanística, dentro del respeto a la triple exigencia de necesidad, no discriminación y proporcionalidad. Así, las normativas y ordenanzas de la ordenación correspondiente podrán, entre otras determinaciones posibles: a) desarrollar la categorización de los grandes establecimientos comerciales que se establecen; b) limitar y, en su caso, condicionar su implantación o la ampliación por razones imperiosas de interés general ligadas a la protección del patrimonio histórico o a la movilidad sostenible; c) exigir a la entidad promotora la aportación de unas dotaciones y servicios con carácter mínimo; o d) imponer soluciones constructivas en la edificación para prevenir o minimizar el impacto ambiental en el entorno.

En cuanto al régimen transitorio, en los supuestos de revisiones o de modificaciones puntuales de instrumentos de ordenación territorial y urbanística cuyo objeto sea habilitar la implantación o ampliación de grandes establecimientos comerciales, serán de aplicación las disposiciones de la nueva ley a aquellos instrumentos que no hayan sido aprobados provisionalmente, o inicialmente en el supuesto de que la tramitación correspondiente no exija la aprobación provisional, a la fecha de la entrada en vigor de la nueva ley. Para finalizar, la disposición derogatoria deroga expresamente el art. 13 de la Ley 7/1994 de la Actividad Comercial y la Disposición final tercera de la Ley 7/2008 de su segunda modificación.

2.4. RESPETO A LA AUTONOMÍA LOCAL

La Ley afirma expresamente en su Exposición de Motivos que es plenamente respetuosa con la garantía institucional de la autonomía local. En este sentido, ya hemos indicado que el art. 1.2 permite que, dentro del marco jurídico general de la ley, la implantación y ampliación de los grandes establecimientos comerciales sea objeto de ordenación territorial y urbanística específica atendiendo a su impacto en el medio urbano y natural, y, asimismo, que el art. 8 faculta a los entes territoriales y urbanísticos competentes para desarrollar condiciones complementarias.

(39) Municipios de máxima centralidad: 33.000 m²t; municipios de centralidad comarcal: 16.500 m²t; y resto de municipios: 2.200 m²t.

Sin duda alguna, esta norma predetermina un modelo determinado compacto de ciudad, y, sin embargo, cualquier desconfianza hacia una posible vulneración de la autonomía local al reducir la discrecionalidad de los ayuntamientos desaparece a la vista de que el modelo impuesto se halla alineado con las últimas tendencias jurisprudenciales vinculadas al medioambiente urbano. La ordenación del territorio de competencia autonómica interviene por medio de los planes territoriales, y los planes municipales de ordenación urbana deben amoldarse a la planificación territorial. Esta intervención articulada mediante instrumentos de ordenación territorial que establecen criterios de ocupación territorial y de limitación al crecimiento urbanístico no será contraria a la autonomía local si la predeterminación de un modelo territorial de ocupación constituye un interés supramunicipal avalado por los requerimientos del desarrollo sostenible.

Sirva para ilustrar este razonamiento la sentencia 57/2015, de 18 de marzo de 2015, donde el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de Cantabria 2/2004, de 27 de septiembre, del plan de ordenación del litoral, por el cual se solicita la inconstitucionalidad del art. 45 rubricado «criterios generales de desarrollo urbanístico en el Área de Ordenación», porque se alega obliga a adoptar un modelo territorial concreto al establecer uniformemente la continuidad de la trama y la consolidación de los intersticios completando las tramas existentes. El Tribunal Constitucional da la razón al parlamento cántabro al afirmar que las determinaciones territoriales básicas sobre el complemento y continuidad de la trama urbana constituyen una opción legislativa que se corresponde con un modelo territorial cuya fijación trasciende los intereses municipales. Además, el legislador no impide absolutamente que el planificador urbanístico municipal se decante por otras alternativas, pues el uso de verbos como «fomentar» y «promover» deja un margen de decisión al planificador, que, obviamente, deberá motivar el modo como haya ejercido su libertad de configuración, es decir, su discrecionalidad (40).

En definitiva, a través del modelo de ciudad sostenible defendida por esta Ley 10/2019, la solución de ordenación que acoge de modo alguno sustrae la autonomía local, más bien lo refuerza, previendo preceptos que reconocen el segundo nivel de condicionamientos más concretos al que pueden hallarse sujetos los grandes establecimientos comerciales en función de su localización determinada y la regulación territorial y urbanística específica.

(40) En cambio, distinto es el caso de la impugnación al art. 45.3 que establece que el planeamiento «dirigirá los crecimientos urbanísticos hacia las zonas con pendientes más suaves», donde el legislador autonómico niega todo margen de opción al municipio.

3. Cuestiones conexas

3.1. LAS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN TERRITORIAL DE 2019

Para terminar con este análisis, se estima oportuno citar las nuevas Directrices de Ordenación Territorial (DOT) de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobadas definitivamente por el Decreto 128/2019, de 30 de julio, en sustitución de las DOT aprobadas en 1997. En lo referido a la ordenación del suelo de Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales, la memoria de las DOT reproduce prácticamente los argumentos del documento de Avance de la revisión parcial del PTSAECC, y concluye entre sus objetivos para la revisión del modelo, la protección de la vida urbana de nuestras poblaciones priorizando el comercio urbano frente al comercio de la periferia (41).

Como resultado de estas consideraciones, se dictan unas normas de aplicación, con una distinción entre directrices vinculantes de ordenación y uso del espacio y otras directrices recomendatorias. Concretamente, el art. 12 contiene las directrices en materia de suelo de actividades económicas y de equipamientos comerciales, y como directrices de eficacia vinculante directa, el apartado 4 establece: «a) Promover la vida urbana de nuestras poblaciones priorizando el comercio urbano en relación con el comercio de periferia. b) Limitar la superficie máxima de grandes equipamientos comerciales de acuerdo a razones imperiosas basadas en el interés general como la ordenación del territorio y el urbanismo» (42).

(41) «Con relación a los equipamientos comerciales, ante las iniciativas de instalación de Grandes Equipamientos Comerciales en la periferia de los núcleos de población, ha quedado en evidencia la necesidad de buscar compatibilidades entre las nuevas tipologías comerciales y las exigencias de mantenimiento y fortalecimiento de la vida urbana de nuestras poblaciones también desde el planeamiento urbanístico y territorial. Igualmente, resulta fundamental realizar una reflexión sobre los impactos producidos por las grandes superficies comerciales situadas en el extrarradio de los núcleos urbanos, en relación con la ocupación de suelo o con los desplazamientos generados por las mismas (fundamentalmente vinculados al uso del transporte motorizado privado). Finalmente cabe tener en consideración las nuevas tendencias como es la proliferación de superficies comerciales en los suelos urbanos industriales con el consiguiente abandono de la actividad comercial del centro de las poblaciones lo que precisa de criterios adecuados. El PTS ha supuesto una herramienta de utilidad para la ordenación del suelo dedicado a fines comerciales y económicos con criterios de sostenibilidad si bien, ante la reciente sentencia del Tribunal Supremo declarando nulas las limitaciones que respondan a criterios económicos, se habrá de readecuar el documento a estas nuevas circunstancias. Tal readecuación deberealizarse sobre los últimos pronunciamientos de los organismos internacionales (HABITAT IN-ONU y Pacto de Ámsterdam-Unión Europea) y sobre la consideración de la ordenación del territorio como razón imperiosa de interés general reconocida por la Directiva 2006/123/CE».

(42) Estas disposiciones se alinean también con las políticas territoriales de nivel estatal, donde la Agenda Urbana Española 2019 señala como objetivo estratégico n.º 2 «evitar la dispersión urbana y revitalizar la ciudad existente». Esta Agenda defiende la complejidad en la organización urbana y lo explica de esta forma: «La planificación con mixtura de usos busca el impulso de espacios de activi-

Con todo, uno puede quedarse con la sensación de que las consideraciones y reglas de las DOT no están en total comunión con las expresadas en la nueva ley, sino que obedecen a un momento procedimental anterior. La Ley se presenta más cuidadosa que las DOT para no chocar con los principios inspiradores de la Directiva de Servicios, y así, finalmente determina edificabilidades urbanísticas máximas, pero dirigidas a los supuestos excepcionales de grandes establecimientos comerciales que se implanten fuera de la trama urbana residencial. En cualquier caso, las directrices no incurren en incompatibilidades, ya que no invoca la tutela del pequeño comercio, sino la tutela del comercio urbano, lo que, *prima facie*, no es lo mismo.

3.2. LA PERSPECTIVA DE INTERRELACIÓN TERRITORIAL

Casualidad o no, justo un día antes de la aprobación de la Ley en el Parlamento Vasco, el 26 de junio de 2019, el Ayuntamiento de Hondarribia mediante Decreto de Alcaldía acordó la aprobación inicial del Plan Parcial del ámbito Zaldunborda Gaina, una zona de actividad económica donde se prevé la construcción de un equipamiento comercial de 4.^a categoría, concretamente un macrooulet, Hondarribia Village, donde se ubicarían entre 100 y 115 tiendas de marcas de referencia (43). Con la aplicación de la nueva Ley en vigor, el equipamiento previsto de 28.000 m²(t) no sería ya posible, ya que Hondarribia es un municipio de centralidad comarcal donde un centro comercial situado en la periferia del núcleo urbano no puede superar los 15.000 metros cuadrados de techo edificable. Sin embargo, a la vista de la disposición transitoria, la aprobación inicial del Plan Parcial significaba su sujeción a la normativa anterior, y el Plan Parcial justificaba que la parcela es susceptible de albergar dicho gran equipamiento, de conformidad con el PTSAECC.

De todos modos, más recientemente, con fecha 17 de diciembre de 2019, el Ayuntamiento de Hondarribia ha dejado sin efecto el Decreto de

dad económica de pequeña escala: oficinas, pequeños negocios, locales comerciales de diverso formato y su compatibilidad con los usos residenciales y la existencia cercana de servicios propios del estado del bienestar como la educación, la salud, el ocio o el deporte. También persigue la transformación de los tejidos industriales en espacios de actividad mixta, compatibles con la vida urbana, sobre todo de los más cercanos a los suelos urbanos y trata de evitar las deslocalizaciones a lugares cada vez más alejados, con actividades monofuncionales, como son los grandes centros comerciales y de ocio, etc, que generan un gran impacto ambiental al estar vinculados fundamentalmente a los desplazamientos en coche» (pág. 95).

(43) Este proyecto conflictivo fue aprobado por el Ayuntamiento de Hondarribia gobernado por el PNV con la oposición del resto de grupos. Además de las asociaciones comerciales locales, el Ayuntamiento de Irun también mostró su rechazo, en este caso por unanimidad de todos los partidos, al igual que las Juntas Generales de la Diputación Foral de Gipuzkoa.

aprobación inicial del Plan Parcial debido al «incumplimiento por parte de la empresa promotora de la subsanación de deficiencias existentes en el documento». Según el informe de los servicios técnicos del Ayuntamiento, «el documento presentado no permite verificar el cumplimiento de la edificabilidad dada por el Plan General, ni tiene como resultado la definición de la ordenación urbanística del ámbito». Por tanto, pese a que el Pleno municipal mantiene el apoyo al proyecto de macrooulet, la aprobación inicial carece actualmente de efecto y se abren dos escenarios: la posibilidad de que la promotora «Higertoki S.L.» impugne la resolución o que presente un nuevo Plan Parcial que sí cumpla con las especificaciones del Plan General, y, además, en este caso, teniendo que cumplir estrictamente con la Ley aprobada el 27 de junio de 2019, por lo que las características de dimensionamiento no podrán ser las previstas inicialmente.

En relación con la historia nada pacífica de esta parcela, en fecha 16 de agosto de 2016 se convocó por parte de la sociedad pública «Hondarribia Lantzen, S.A.» un concurso público para adquirir los terrenos del antiguo vertedero de Zaldunborda Gaina y promover una futura actividad económica. Con fecha 8 de junio de 2017, «Hondarribia Lantzen, S.A.» acordó la adjudicación de la finca a favor de la empresa «Higertoki, S.L.». En fecha 8 de junio de 2017, el Ayuntamiento Pleno en sesión extraordinaria aprueba definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Hondarribia. Dicho acuerdo fue recurrido por la Agrupación de Asociaciones de comerciantes de Gipuzkoa Dendartean, pero su pretensión de anulación de las determinaciones de ordenación al ámbito urbanístico Zaldunborda Gaina fue desestimado por el TSJ del País Vasco en sentencia recaída el (mismo) 26 de junio de 2019.

Los recurrentes fundamentaban su recurso en diversos argumentos desechados por el Tribunal, entre ellos, alegaban que en la aprobación del PGOU se habría producido una desviación de poder al tener por finalidad la ordenación del ámbito de referencia el levantamiento de los gastos de descontaminación del suelo donde existía un antiguo vertedero descontrolado con graves problemas de contaminación, pretendiendo su clasificación como suelo urbanizable la generación de plusvalías para financiar tales gastos de descontaminación por parte de la empresa pública titular de los terrenos. La Sala entiende que atribuir unos usos que permitan hacer frente económicamente a la descontaminación y la transformación urbanística de los suelos es un uso correcto de la potestad de planeamiento, sobre todo tratándose de un vertedero descontrolado del que resultará improbable la identificación del causante de la contaminación y que el titular del suelo es una sociedad pública, y más parece que sea la otra finalidad, la de la reclasificación para dotar al municipio de suelo para actividades comerciales la que pese más para la aprobación.

En relación con este último tema que merece nuestra atención, Dendardean consideraba que el Ayuntamiento estaba desarrollando un urbanismo a la carta y la ordenación que establecía la posibilidad de implantar un gran equipamiento comercial constituía un ejercicio arbitrario de la potestad de planeamiento sin justificación y resultando contraria al criterio de ordenación establecido por el art. 38.2.c) del Plan Territorial Parcial de Donostialdea-Bajo Bidasoa que recomienda el menor dimensionamiento y la mayor fragmentación espacial de los equipamientos comerciales, bajo el argumento de que «de esta manera, se posibilitaría una distribución, mejor, más compleja y equilibrada, de estas nuevas dotaciones terciarias en el contexto general de la ciudad preexistente, favoreciendo, además, el objetivo urbanístico de ofrecer una mayor aproximación de la oferta al usuario». Pues bien, el Tribunal estima que es una simple recomendación de líneas de actuación del PTP y en realidad entraña una recomendación por razones económicas y mercantiles contraria a las sentencias de 3 de septiembre de 2015 que anulan las determinaciones del PTSAECC. Lo cierto es que todo apunta que, en este supuesto particular, el Tribunal llevó al extremo la interpretación de la existencia de motivaciones económicas en el articulado del PTP, cuando solamente se hablaba de la «ciudad preexistente» o de una oferta de proximidad.

Resulta evidente que este futuro gran establecimiento, antagonista del comercio urbano de proximidad, traerá afecciones al sector comercial local y además tendrá como objetivo atraer clientes de otras Comunidades Autónomas y del otro lado de la frontera. Aparte del trasfondo de una falta de sentido de solidaridad territorial, se pone de manifiesto el problema de la homogeneidad normativa. El medio ambiente no entiende de fronteras ni de límites, y el daño medioambiental global será el mismo si un territorio limítrofe correspondiente a otra CCAA o del territorio francés tuviese una normativa más permisiva para la implantación de grandes superficies, puesto que los vehículos de Euskadi se desplazarían a sus espacios comerciales (44).

Un macrooulet acrecentará sin duda alguna el problema del tráfico fronterizo y resulta contradictorio con las nuevas DOT, que, entre sus novedades, contempla la variante del territorio interrelacionado, lo cual significa que Euskadi debe diseñar nuevas estrategias de desarrollo territorial en un ámbito más amplio que recoja el territorio de la CAPV y las regiones colindantes.

En efecto, las DOT recogen la oportunidad de relacionarse desde una perspectiva territorial con los espacios limítrofes, tanto en el marco de la

(44) Es lo que ocurría inicialmente con las visitas por los guipuzcoanos a los novedosos centros comerciales del vecino País Vasco francés, y, más adelante, con las visitas por parte de los vecinos franceses a los centros comerciales de Euskadi por sus mejores precios.

Euroregión Euskadi-Aquitania, como en marcos de colaboración que se puedan establecer con Navarra y la dimensión pirenaica, así como con Cantabria, La Rioja, o Castilla y León. Por ello, se apunta la conveniencia de avanzar en documentos de diagnóstico comunes para los ámbitos interrelacionados que pudieran desembocar en criterios de ordenación comunes(45). De hecho, los servicios de planificación territorial del Gobierno Vasco, el Gobierno de Navarra y el Departamento de los Pirineos Atlánticos tienen previsto realizar un estudio territorial conjunto sobre la situación de sus grandes centros comerciales.

IV. Luces y sombras de una regulación a favor del comercio de proximidad

1. La apuesta por el urbanismo de proximidad y la movilidad sostenible

Esta ley supone, en definitiva, la consagración de la ciudad compacta por ser la que mejor se ajusta al ideal de ciudad más sostenible, fundamentada en las bondades del urbanismo de proximidad(46), y para cuya consecución se han ido adaptando progresivamente las diferentes políticas urbanas, inclusive las comerciales. Así es, desde un uso más eficiente del suelo y favoreciendo un modelo edificatorio vertical que permita que la ciudad absorba el crecimiento urbano de una manera compacta, este modelo muestra una mayor integración en el entorno territorial, y se proyecta en la disminución de la contaminación ambiental, mayor eficiencia en la movilidad y transporte, menor consumo de energía, y, como no, mayor cercanía de las calles, y en consecuencia a las actividades y usos de la vida social.

En la Guía Metodológica para los Sistemas de Auditoría, Certificación o Acreditación de la Calidad y Sostenibilidad en el Medio Urbano

(45) El artículo 34 de las Directrices en materia de interrelación territorial determina la elaboración de planes o estrategias conjuntas de aplicación de los criterios de coordinación o de interrelación territorial en materia de ordenación del territorio, y obliga a incluir la perspectiva de la interrelación territorial en los Planes Territoriales Parciales y en los Planes Territoriales Sectoriales.

(46) GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F. en «La injerencia de la Unión Europea en el urbanismo de sus estados miembros como consecuencia de su propuesta de modelo europeo de desarrollo urbano: especial atención a su incidencia en el caso de España» en *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 323, Madrid, julio-agosto (2018), págs. 19-77, corrobora que: «Resulta sumamente importante en el afán de alcanzar la ciudad sostenible, que el planificador opte por la ciudad compacta, es decir, ocupada en todos sus vacíos e intersticios urbanos y combine o mezcle, asimismo, los diversos usos urbanísticos que resultan compatibles dentro de la misma (usos residenciales, comerciales, terciarios, etc.), ya que de estar bien pensada y programada tal mixtura, se pueden evitar dispersiones innecesarias y con ello, desplazamientos masivos y cotidianos de personas, con los múltiples efectos beneficiosos que tal hecho comporta, en tiempo, dinero y salud para todos los ciudadanos que habitan en dicha ciudad.»

se alude al concepto de compacidad como «el eje (del modelo de ciudad más sostenible) que atiende a la realidad física del territorio y, por tanto, a las soluciones formales adoptadas: la densidad edificatoria, la distribución de usos espaciales, el porcentaje de espacios verdes o de viario. Determina la proximidad entre los usos y funciones urbanas. A este eje, lo acompaña el modelo de movilidad y espacio público y el modelo de ordenación del territorio derivado». Y en la página 170 se equiparan los términos de compacidad y proximidad. En suma, son conceptos que se hallan enlazados, y la vinculación entre medio ambiente y proximidad alcanza al comercio.

La propia Comisión Europea identifica la problemática concerniente a la proximidad y accesibilidad de los comercios, afirmando en su informe *Hacia un mercado interior del comercio y de la distribución más justo y eficaz en la perspectiva de 2020, COM (2010) 355 final*(47) lo siguiente: «Es preciso tener en cuenta todos los intereses en juego y, en particular, conciliar los intereses de las empresas de distribución con los objetivos de protección del medio ambiente o de ordenación del territorio (por ejemplo, el mantenimiento de una accesibilidad suficiente a los comercios que ofrecen bienes y servicios básicos). (...) Un primer problema está relacionado con la accesibilidad de los comercios y su oferta. La proximidad de los comercios que ofrecen bienes y servicios básicos, en particular los de productos alimenticios, reviste una importancia creciente para las personas de edad avanzada (el 17% de la población de la UE tiene 64 años o una edad superior), las personas discapacitadas (el 15% de la población de la UE), las personas aisladas o que residen en zonas poco pobladas, así como para el 9% de los ciudadanos de la UE que carecen de medios suficientes para poseer un vehículo. Esa cuestión cobrará aún mayor importancia debido a la necesidad de mantener el dinamismo de los territorios, tarea a la que contribuye el comercio de proximidad, y de limitar la utilización de los vehículos por motivos de índole ambiental».

Con respecto a la movilidad urbana sostenible, este tipo de ciudad permite que las estructuras comerciales, actividades económicas y equipamientos puedan estar incluidos dentro de la escala de barrio a una distancia peatonal asequible desde las viviendas. La posibilidad de que no sea necesario realizar grandes trayectos hace viable los desplazamientos peatonales o en bicicleta, proporcionando además un soporte físico muy importante para la viabilidad del transporte público (48). También se evita la proliferación del uso del vehículo privado, gran consumidor de energía

(47) http://ec.europa.eu/internal_market/retail/docs/monitoring_report_es.pdf.

(48) GARABITO LÓPEZ, J.C.: «El futuro inminente de las ciudades en España. La sostenibilidad urbana como paradigma del modelo de ciudad compacta», en la *Ley 8785/2019*.

y ocupante creciente del espacio público debido a la circulación y al aparcamiento en detrimento de otros usos y funciones urbanas de antaño (como las huertas urbanas).

En cambio, en las ciudades difusas, caracterizadas por una escasez o encarecimiento del transporte público al no existir una población que haga rentables los desplazamientos, el uso masivo del transporte privado provoca la proliferación de usos especializados, llámense los grandes centros comerciales, zonas de ocio o deportivas que detraen actividad de los centros tradicionales. Es la pescadilla que se muerde la cola. Los equipamientos de gran tamaño comercial o de ocio, incluso de oficinas, situados en los extrarradios de las ciudades causan un doble efecto negativo sobre las tramas urbanas tradicionales: detraen la actividad del centro urbano y aumentan los desplazamientos en vehículo privado. Asimismo, las redes de infraestructuras necesarias para comunicar los barrios dispersos actúan de espacios barrera, impidiendo que estas tramas dispersas puedan llegar a interrelacionarse entre sí.

Aparte de la movilidad sostenible, este modelo está conectado con otra de las claves de primer orden del futuro Derecho urbanístico español, la accesibilidad universal, conscientes de que resulta imperativo que todos los habitantes deben tener una ciudad accesible que les permita moverse libremente por ella sin barreras y obstáculos. Sobre este objetivo contemplado en el punto 7 del art. 5 de la Ley, cabe citar nuevamente las DOT, puesto que entre las cuestiones novedosas de carácter transversal en la ordenación del territorio incluye la accesibilidad universal, y establece que el planeamiento territorial y urbanístico debiera desarrollar las siguientes directrices que atañen a los equipamientos comerciales (art. 29):

«a) Promover unos entornos urbanos caracterizados por la mezcla de usos, en los que los usos residenciales convivan con los de actividades económicas compatibles con los mismos, así como con usos dotacionales y de servicios; de forma que se facilite la accesibilidad a los mismos y se minimicen las necesidades de desplazamiento.

b) Impulsar un diseño de ciudad que tenga como base la búsqueda de la proximidad, favoreciendo las distancias cortas entre la residencia, el transporte público, los centros de trabajo, las dotaciones, los equipamientos y el comercio.

f) Promover una distribución equilibrada del comercio en el territorio, priorizando su ubicación en los centros urbanos de forma que se facilite la accesibilidad al mismo de forma no supeditada al uso del automóvil».

Y es que, además, hay que tener presente, tal y como cita la nueva Ley, el significativo envejecimiento poblacional, y que asegurar la mayor accesibilidad posible es una garantía para ciudadanos con movilidad reducida que hoy lo necesitan y para los que en el futuro se vean privados de ella, como parte de las políticas públicas de envejecimiento «en el propio entorno».

2. La clara vinculación entre un modelo de ciudad compacta y la protección del medio ambiente

En términos ambiciosos, la regulación pretende evitar los efectos negativos sobre el medio ambiente generada por los grandes establecimientos comerciales en una ubicación periférica, por la circunstancia de convertirse en focos de atracción de personas, como la emisión de gases y el consumo de combustibles fósiles derivada de la movilidad masiva en vehículos privados de motor, así como evitar la construcción de nuevas carreteras y contrarrestar el deterioro de las zonas urbanas. A modo de contribución, el legislador vasco aspira a reforzar la vitalidad, la cohesión y la función comercial de los municipios, a la vez que la oferta en gran formato se aproxima a los ciudadanos, a los cuales se evita desplazamientos a la periferia a la hora de satisfacer las necesidades de compra y se les hace posible el uso del transporte público. Esta voluntad de reforzar el comercio urbano y evitar movilidades innecesarias y sobrecarga de infraestructuras públicas conlleva también una mejor definición del sistema de concentración comercial con el fin de detener la creación y el crecimiento de aglomeraciones comerciales periféricas. *A sensu contrario*, la proliferación o crecimiento no ordenado de formatos comerciales ubicados fuera del entramado urbano constituye un atentado claro contra la tipología de urbe compacta vinculada al urbanismo sostenible (49).

En suma, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 de enero de 2015, F. 5: «constituye un hecho constatable a simple vista que la implantación o proliferación de grandes superficies comerciales tiene repercusiones específicas de naturaleza diversa; pues condiciona la planificación urbanística del entorno; incide en el medio ambiente y trae consigo desplazamientos masivos añadidos que a su vez llevan aparejados mayores requerimientos de servicios públicos de

(49) Si bien, a modo de reproche, habría que apuntar que el modelo de desarrollo urbano compacto planteado y por ende las determinaciones legales y sus justificaciones se hallan orientados a su implementación en un ámbito territorial parcial y determinado, pues tienen sentido en el sistema policéntrico de las capitales vascas (en menor medida en Vitoria-Gasteiz) y en la red de cabeceras de áreas funcionales y ciudades medias de Bizkaia y Gipuzkoa, pero no así en las áreas rurales y en las áreas diseminadas y despobladas de Álava.

transporte y de vías de comunicación adaptadas a las circunstancias; y ciertamente, propicia la desaparición paulatina de formas de vida tradicionales, merecedoras de un cierto grado de respeto y protección y en las que el pequeño comercio de proximidad ha desempeñado un papel destacado».

Estos nuevos escenarios de consumo provocan que la ciudad se organice en torno al automóvil. Los espacios del territorio urbano se unen mediante las redes de autovías y autopistas, y en sus nodos se ubican estratégicamente las grandes superficies comerciales —para tener garantizada una masiva y rápida accesibilidad—. Estos equipamientos dan lugar de esta manera a enclaves o islas comerciales que dan la espalda a su tejido urbano al estar rodeadas de aparcamientos de superficie y orientadas en exclusiva a la red viaria de alta capacidad y rápida circulación. Y sí, ciertamente, la ubicación y tamaño de los estos formatos comerciales agravan los problemas ambientales derivados del modelo de transporte centrado en el vehículo privado (congestión, contaminación, ruidos, acotación del territorio mediante infraestructuras viarias y consumo de grandes cantidades de materiales y energía).

Un ejemplo ilustrativo de que los problemas de insostenibilidad en las tres vertientes del desarrollo sostenible —medioambiental, económica y social— se producen de la mano del modelo urbano y del sistema de movilidad elegido lo encontramos en Francia con la eclosión del movimiento de los chalecos amarillos («*les gilets jaunes*»).

Francia fue uno de los países que más prematuramente y alegremente acogió el sistema de distribución de bienes y servicios de Estados Unidos con grandes superficies de comercios en las periferias. Esta peri-urbanización fue fuertemente impulsada en las décadas de 1980 y 1990 por alcaldes que querían ver un rápido desarrollo y crecimiento de sus ciudades. Como resultado, a la par que se adopta una estructura de expansión urbana y de dispersión de viviendas, se va abandonando la tradicional ubicación de la actividad económica en el centro, desaparecen las tiendas y la vida de los pueblos (donde salir de compras produce verdadera lástima y hasta las panaderías se trasladan a áreas periurbanas), por lo que los miembros del hogar deben utilizar el automóvil no sólo para trabajar, sino para adquirir cualquier producto. Es la cultura del coche —en palabras del presidente Emanuel Macron, Francia es el «*grand pays automobile*»—, donde la congestión del tráfico y los atascos forman parte del día a día de la ciudadanía tan masivamente motorizada, y donde si bien el gobierno de Francia ha promovido la construcción de carreteras y de grandes superficies, por el contrario, no ha cuidado el precio de los combustibles, resultando que la gasolina no es tan barata como en Estados Unidos. A raíz de que en el marco de la estrategia de la transición ecológica de la lucha contra el cambio climático, el gobierno subiera los im-

puestos sobre los carburantes, en octubre de 2018 estalló el movimiento social de protesta de los chalecos amarillos (50).

Consecuentemente, la gente que utiliza sus vehículos en los trayectos desde el domicilio al trabajo no tiene otra opción que pagar los precios altos del carburante, y esta situación hace que un sentimiento de injusticia se propague en la población. Inicialmente la protesta se centra en el rechazo generalizado al alza en el precio de los combustibles, pero se ampliará rápidamente a otras reivindicaciones: la pérdida del poder adquisitivo de las clases medias y clases bajas, la injusticia fiscal, el sentimiento de abandono en zonas rurales... y, precisamente, dentro de la lista de sus demandas, figurará el fomento de las empresas pequeñas en los pueblos pequeños y en los centros urbanos, así como la paralización de la construcción de grandes centros comerciales en los exteriores, a fin de no dejar fuera del mercado a los pequeños comerciantes.

En fin, las medidas para hacer frente al cambio climático tienen que ser compatibles con la justicia social, de modo que la aplicación de medidas fiscales debe ser aplicado con justicia y proporcionalidad, sin que recaiga sobre los más débiles, sino sobre los más contaminantes. En cambio, el impuesto autonómico sobre grandes establecimientos comerciales al que nos referiremos seguidamente constituye un molde de tributo legal con fines medioambientales y con la aparente voluntad de proteger el patrón de ciudad compacta.

3. El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

El impuesto autonómico sobre los grandes establecimientos comerciales (IGEC) es un tributo extrafiscal perteneciente al ámbito de los impuestos de ordenación, el cual grava el daño o impacto que producen sobre el medio ambiente, el territorio o el entorno urbano, y se distingue de los impuestos de financiación que responden a finalidades estrictamente recaudatorias. Así pues, este tributo más allá de que lo recaudado pueda dedicarse a la financiación de actuaciones de carácter medioambiental, comparte con la regulación material de los grandes establecimientos co-

(50) Al impuesto sobre el consumo doméstico de energía (TICPE), se le introdujo en el 2014 un alza suplementaria llamada tasa a los combustibles fósiles o impuesto al carbono. Desde entonces, el precio que los consumidores deben pagar por estos impuestos a la gasolina y al diésel ha ido progresivamente en aumento. En septiembre de 2018, el gobierno anunció nuevas alzas de impuestos para el 2019, en concreto, un alza a la TICPE de un 11,5 %, pero el argumento de que dicho impuesto va a ayudar a la transición energética para evitar el calentamiento global no se justifica ya que estos impuestos van en gran mayoría al presupuesto general del Estado Francés y no a la ecología como se pretendía. Además, estos impuestos eximen a muchas empresas y sectores de actividades (camiones, fábricas, yates o cruceros de lujo) que no solamente tienen grandes dividendos, sino que contribuyen enormemente a la contaminación del aire y por ende al calentamiento global.

merciales el intento del poder público de fomentar y promover que la implantación del comercio coadyuve a alcanzar un ideal de ciudad lo más acorde posible con el medio ambiente.

El problema que se plantea en los tributos medioambientales es el riesgo de que la protección fiscal del medio ambiente y su efecto disuasorio en la degradación de los recursos naturales, se utilice como excusa para fines recaudatorios. O aún peor, se desvirtuó su utilización como obstáculo a la libertad de establecimiento, y la ambición de protección ambiental esconda una aspirada defensa del pequeño comercio, lo cual desnaturaliza la ley y su pretendida finalidad(51). Para LÓPEZ PÉREZ, la clave para determinar su compatibilidad con la legislación comunitaria es si la regulación concreta del IGEC ha previsto bonificaciones, exenciones o situaciones de no sujeción al impuesto en aquellos grandes establecimientos que se ubiquen en la trama consolidada de las ciudades o en nuevos sectores de uso predominantemente residencial, ya que, en tales ubicaciones más próximas, el posible acceso peatonal supondrá que se reducirán las externalidades negativas. Es decir, el quid de la cuestión determinante para comprobar si el IGEC es considerado ayuda de Estado o no, es el hecho de si existen medidas reales y efectivas que tratan de minimizar el impacto medioambiental, por ejemplo, mediante el fomento de su instalación preferente en las tramas urbanas de ciudades.

Volviendo a las tres sentencias dictadas en fecha 26 de abril de 2018 sobre el régimen del IGEC en Cataluña (asunto C-233/16), Asturias (asuntos acumulados C-234/16 y C-235/16) y Aragón (asuntos acumulados C-236/16 y C-237/16), el TJUE declaró que ni la libertad de establecimiento ni el Derecho en materia de ayudas de Estado se oponen a impuestos autonómicos como los controvertidos(52). El Tribunal de Luxemburgo confirma que estos impuestos tienen como objetivo contribuir a la protección del medioambiente y a la ordenación del territorio, tratando de corregir y de compensar el impacto de la actividad de los grandes establecimientos comerciales (debido, en especial, a los flujos de circula-

(51) LÓPEZ PÉREZ, F., en «El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales quince años después: las sombras de este tributo ambiental a la luz del derecho comunitario», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 58, 27 de junio de 2016, advierte que «bajo la bandera del medio ambiente, se mantiene la sospecha desde la primera aparición del IGEC sobre el verdadero origen y fin de este impuesto. Plasmado en el recelo de que el fin último del impuesto sea el meramente recaudatorio de fondos públicos a costa de una determinada tipología comercial, favoreciendo además al pequeño o mediano comercio frente a la posición dominante de los grandes, desvirtuando así la finalidad ordenadora (modificadora de conductas) del impuesto».

(52) El Tribunal Supremo, que había de resolver los recursos de la ANGED, albergaba dudas acerca de la compatibilidad de estos impuestos autonómicos con la libertad de establecimiento, y se preguntaba también si las exoneraciones previstas por los tres impuestos autonómicos podían ser constitutivas de ayudas de Estado prohibidas con arreglo al Tratado. Por estas razones decidió plantear una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia en este sentido.

ción generados) mediante la contribución de estas grandes superficies a la financiación de medidas en favor del medioambiente y de la mejora de las infraestructuras.

Tomando como referencia la sentencia del TJUE sobre el impuesto catalán, ya que marca el paso a los dos pronunciamientos siguientes, para empezar, por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia declara que el criterio de la superficie de venta del establecimiento, elegido para determinar los establecimientos gravados con el impuesto, no establece ninguna discriminación directa. A continuación, el Tribunal de Justicia examina si las exoneraciones previstas en el marco de los impuestos autonómicos de que se trata constituyen ayudas de Estado. Señala que no cabe excluir, a priori, que el criterio de tributación de la superficie de venta favorezca, en la práctica, a determinadas empresas o producciones, aliviando sus cargas respecto de aquellas que están sujetas a los impuestos en cuestión, por lo que debe determinarse si los establecimientos comerciales excluidos del ámbito de aplicación de estos impuestos se hallan o no en una situación comparable a la de los establecimientos sujetos a ellos.

Por lo que respecta a la exoneración resultante del criterio de tributación basado en las dimensiones de los establecimientos (las normativas fiscales fijan un umbral máximo por debajo del cual los establecimientos están exonerados del pago de los impuestos), el Tribunal de Justicia afirma que es innegable que el impacto medioambiental de los establecimientos comerciales depende en gran medida de sus dimensiones, porque cuanto mayor es la superficie de venta, mayor es la afluencia de público, lo que se traduce en mayores efectos negativos sobre el medioambiente. Por tanto, considera que es coherente con los objetivos perseguidos un criterio que se basa en la superficie de venta para diferenciar entre las empresas según que su impacto medioambiental sea más o menos intenso (apartado 53). En dichas circunstancias, estima que un criterio de sujeción a los impuestos basado en la superficie de venta como el que es objeto de los litigios principales permite diferenciar dos categorías de establecimientos que no se encuentran en una situación comparable desde el punto de vista de los objetivos perseguidos por la legislación (ap. 55). Por consiguiente, no cabe considerar que la exoneración fiscal de la que disfrutaban los establecimientos comerciales cuya superficie de venta es inferior al umbral establecido les confiera una ventaja selectiva, de forma que no puede constituir una ayuda de Estado. Dicho esto, el Tribunal no entra a valorar si el concreto nivel de umbral de superficie escogido por el legislador es o no adecuado en relación con los objetivos perseguidos, ya que ello entra dentro del margen de apreciación del legislador nacional y se basa en apreciaciones técnicas complejas sobre las que el Tribunal solo puede aplicar un control jurisdiccional limitado.

En cuanto a las exoneraciones o reducciones de la base liquidable previstas en función de las actividades ejercidas por los establecimientos, ya hemos visto anteriormente que el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que dichas excepciones al marco de referencia tampoco constituyen ayudas de Estado, cuando los establecimientos exonerados no generen un impacto negativo sobre el medioambiente y la ordenación del territorio tan intenso como los otros, y la forma en la que los órganos jurisdiccionales verifican o confirman dicho extremo. Por contra, en el caso específico del IGEC catalán, el no sometimiento a tributación de los establecimientos comerciales colectivos frente a los individuales fue considerado como una ventaja fiscal selectiva carente de justificación, precisamente por no ser dicha exclusión congruente con los objetivos de protección medioambiental y de ordenación territorial, ya que atendiendo a esos objetivos, la situación de los establecimientos comerciales colectivos e individuales es objetivamente comparable. En virtud de ello, concluimos que la nueva Ley de ordenación territorial de grandes establecimientos comerciales en su art. 2.2 acertadamente no distingue a efectos de su regulación entre las categorías de grandes superficies comerciales de carácter individual y las de carácter colectivo conformado por los pequeños y medianos comerciantes que deciden implantarse y agruparse en un ámbito de ordenación —aunque no se entienda bien por qué esta asimilación se limita legalmente al supuesto de la disposición adicional—. Al fin y al cabo, un gran centro comercial colectivo consistente en pequeños establecimientos tendría el mismo impacto ambiental que un gran almacén de carácter individual con las mismas dimensiones y los mismos metros cuadrados totales.

4. La especial importancia de una justificación adecuada

En cualquier caso, hay que ser muy cautos a la hora de realizar restricciones al libre comercio e hilar muy fino a la hora de elaborar las justificaciones, puesto que al margen de que haya que notificar sobre ello a la Comisión Europea en la forma prevista en la Disposición adicional de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, para entenderse amparada en la excepción de su art. 11.2, el expediente será examinado con lupa si cae en manos de los tribunales. Por ello, un plus de fundamentación de las razones imperiosas de interés general nunca está de más para asegurar con éxito que supera el juicio de proporcionalidad. Y, por supuesto, todo ello sin mostrar indicios de que se trate de un supuesto en el que se establezcan restricciones vinculadas a la viabilidad económica de otros prestadores de servicios.

En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha tenido que pronunciarse últimamente en dos casos similares de limitación

de usos urbanísticos en Bilbao, y adelantamos que la singularidad de patrimonio monumental en el primer caso, y la calidad de vida residencial en el segundo caso, resultarán determinantes para que la protección del entorno urbano sirva como razón imperiosa de interés general.

En el primer supuesto, la STSJ del País Vasco 2/2018, de 29 de enero, resuelve el recurso interpuesto por la Autoridad Vasca de la Competencia contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao por el que aprueba definitivamente el Plan Especial de Rehabilitación del Casco Viejo, consistente en establecer un nuevo régimen de algunos usos urbanísticos mediante una nueva zonificación y determinados cambios en su regulación. El debate se centra en si la regulación de los usos y del régimen de distancias entre determinados establecimientos es compatible con la Directiva de Servicios y los postulados que se exigen para el mantenimiento de una competencia efectiva de los mercados. El TSJPV diferencia dos situaciones dentro de las previstas por el Plan Especial. Por un lado, declara conforme a derecho el régimen de distancias mínimas entre establecimientos hosteleros, ya que existe justificación imperiosa de interés general sustentada por la protección del medio ambiente y del entorno urbano, debido a la singularidad del ámbito superficial afectado, declarado conjunto monumental, y la decisión es no discriminatoria y proporcionada(53). Por el contrario, se declaran nulas las previsiones del régimen de distancias entre entidades de crédito y seguros, entre entidades de juego y recreativas y entre actividades referidas a comercios de alimentación en régimen de autoservicio, donde las justificaciones de las restricciones se entienden exclusivamente económicas, vinculadas al apoyo al pequeño comercio tradicional del Casco Viejo, principalmente del subsector de textil y calzado, y dirigidas a evitar el efecto desertizador sobre el modelo comercial del ámbito del Plan Especial producido por la concentración de dichos usos.

En el segundo supuesto, la sentencia del STSJ del País Vasco 41/2019, de 25 de enero, resuelve el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao por el que se aprueba definitivamente la modificación de la Ordenanza núm. 7 para la zona del Ensanche del PGOU, en el mismo sentido de estimación y nulidad parcial de las limitaciones y distancias mínimas de usos, pero con distinto fundamento. Según los infor-

(53) «La exigencia de distancias entre establecimientos hosteleros, en lo que debe considerarse protección tanto del medio ambiente, como del entorno urbano, por las singularidades concurrentes en el ámbito del Casco Viejo de Bilbao, al margen de su protección cultural, como conjunto monumental, porque la justificación incide en lo que se consideran incidencias sobre el grado de concentración de los establecimientos de hostelería, con los datos y porcentajes que hemos trasladado del contenido del expediente, por lo que incluso se llega a considerar que la concentración de establecimientos de hostelería, aparte de un mayor impacto visual y mayor presión sobre la utilización del espacio público, por las incidencias y consecuencias que ha tenido, agudiza la afección medioambiental negativa».

mes justificativos, la decisión municipal tiene como finalidad «adecuar sus contenidos a los principios inspiradores del desarrollo urbano sostenible», y la necesidad que observa el Ayuntamiento de modular «la mayor o menor calidad del entorno urbano y de la capacidad de mantener el doble atractivo que caracteriza el espacio central como polo de referencia entre la convivencia de los usos residencial y de actividades económicas». La decisión municipal se sustenta en la preocupación municipal de conservar un modelo de ciudad que trata de compatibilizar todos los usos, persiguiendo el bienestar de la ciudadanía mediante la obtención de un entorno amable y no molesto. Así, en aras a equilibrar los usos y preservar el uso residencial en el centro de la ciudad, y compatibilizarlo con los otros usos posibles en suelo urbano, la Ordenanza establece limitaciones y un régimen de distancias mínimas para la implantación de establecimientos hosteleros. A partir de la incidencia que tiene una excesiva concentración de bares y cafeterías, con terrazas en el exterior, en la calidad de vida de los residentes, la Sala concluye que la decisión del planificador está sustentada en datos concretos, pondera los distintos tramos y zonas, y resulta proporcionada y adecuada para la finalidad perseguida. Mientras, en relación con el uso comercial y servicios terciarios, las limitaciones no aparecen suficientemente justificadas respecto de las actividades de juego o recreativas y comercios de alimentación.

Es decir, al referirse a los aspectos comerciales, la planificación debe procurar que concurren motivos urbanísticos que justifiquen la intervención del planeamiento urbanístico: la preservación del casco antiguo; problemas de acceso, estacionamiento y servicios requeridos para la implantación de establecimientos comerciales; el bienestar de la población; que el uso residencial se combine de forma armónica con las actividades comerciales..., así como procurar limitarse a cuestiones de ubicación territorial, usos permitidos y excluidos o distancias.

La Ley que analizamos supone un ejemplo notable de razonamiento a lo largo de una materia en la que debe concurrir una poderosa cuestión de interés general de índole territorial, urbanística y ambiental. El principio comunitario de libre establecimiento contiene una serie de garantías tendentes a la protección de su intangibilidad, lo cual exige una especial motivación de cualquier norma o plan que suponga su limitación, de tal forma que no basta con explicar las razones por las que se acomete, sino que es preciso justificar lo más concretamente posible, en los términos impuestos en la STC 157/2016, la necesidad de dicha restricción para atender un interés público prevalente. Nunca cabrá una prohibición *de facto* de nuevas implantaciones de grandes superficies.

No sólo se trata de que las decisiones se tomen de forma motivada, sino que las razones alegadas se sostengan desde la perspectiva de la racionalidad y no encubran fraudes de ley. Es un ámbito donde se impone

una motivación adecuada y extensa, con razonamientos jurídicos claros y objetivos relativas a la protección del modelo de ciudad sostenible. Tiene que haber coherencia entre la ordenación establecida y el fin buscado, y a través de la regulación debe llevarse a cabo el objetivo pretendido de forma congruente y proporcionada. Así, no es de recibo apelar a dicho modelo para restringir la creación de suelos urbanizables para la implantación de grandes centros comerciales, y al mismo tiempo defender la creación de nuevos suelos urbanizables residenciales.

A la vista de la Exposición de Motivos y el artículo 5 relativo a los objetivos de la ley, podemos concluir que el legislador vasco no ha escatimado en esfuerzos preventivos y ha sido generoso y riguroso a la hora de ofrecer motivos justificadores *ex profeso* relacionados con la protección urbana aportando objetivos principales y otros enlazados de carácter más secundario a modo de segunda línea de barrera adicional.

5. La sombra de la duda: la equivalencia práctica entre el comercio urbano y el pequeño comercio

En la situación anterior a la Directiva de Servicios, hay que admitir que las Comunidades Autónomas recurrían a planes de equipamientos comerciales como instrumento para ordenar adecuadamente su localización, y tales mecanismos de planificación se podían basar en cálculos del espacio comercial potencial en función de la superficie de venta por habitante y su reparto entre la dotación comercial que se fuese a permitir. Todos esos planes se concebían realmente como medidas de contención de crecimiento de los nuevos escenarios de consumo y con la finalidad última de defensa de establecimientos minoristas. Quedaba en evidencia que se estaba haciendo política comercial a través de la ordenación territorial, con finalidad puramente económica limitando la expansión de nuevos establecimientos, y no con el objetivo de reducir su impacto sobre los recursos naturales, la red viaria local o el modelo de ciudad (54).

A raíz de la Directiva, se ha querido instaurar un nuevo modelo de urbanismo comercial de proximidad basado en razones urbanísticas y medioambientales. *A priori* el urbanismo debiera estar al margen del ámbito de aplicación de la Directiva, al no disponer la UE de competencias expresas para ello y debido a la exclusión expresa que el ámbito de aplicación de la Directiva hace de las normas relativas a ordenación

(54) En palabras tomadas prestadas de PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., «La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de Servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, págs. 297-334, había «mucho de planificación económica y poco o nada de planificación territorial».

del territorio, urbanismo y ordenación rural (Considerando noveno). No obstante, esa simplificación no responde a la realidad. El urbanismo comercial ha sufrido profundas transformaciones, a pesar de la exclusión de la posibilidad de aplicar la Directiva a aquellos requisitos que no afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio (55); de hecho, en la regulación comercial se han dado pasos agigantados liberadores del comercio, y tanto el Estado como las Comunidades Autónomas aplican la Directiva a las licencias urbanísticas en cuanto a la posibilidad de su sustitución por otros instrumentos de control menos restrictivos para la libertad individual, tales como la comunicación previa o la declaración responsable.

El urbanismo está afectado por la Directiva de Servicios cuando la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, constituyen razones imperiosas de interés general que justifican restricciones a la libertad de establecimiento de servicios (56). En este contexto, el modelo de ciudad compacta se utiliza para contrarrestar los efectos nocivos de la regulación comunitaria sobre las libertades de establecimiento y de prestación de servicios para el pequeño comerciante minorista, sin que se produzca contradicción alguna, puesto que es una excepción plenamente recogida en la misma Directiva. La planificación urbana podrá establecer restricciones al libre comercio, pero tienen que estar debidamente justificadas por el cumplimiento del principio de desarrollo sostenible en los usos del suelo, en forma de defensa de una ciudad compacta que favorezca el comercio de proximidad y fomente el equilibrio social, movilidad sostenible y la calidad del urbanismo desde el punto de vista estético y paisajístico. Por ello, tras la Directiva, los legisladores autonómicos han realizado un esfuerzo loable por precisar el alcance de las razones imperiosas de interés general que invocan con referencias a la salvaguarda de una ciudad compacta, cohesionada y de cultura mediterránea.

En la actualidad, respecto a la situación anterior, los criterios y limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos siguen presentes en la mayoría de las normas autonómicas, si

(55) Ya el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, elaborado por los Servicios de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios (Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 2007, pág. 15) señalaba que al transponer la Directiva, los Estados deberán tener en cuenta que «las normas urbanísticas o las ordenanzas de construcción pueden contener requisitos que regulen de manera específica actividades de servicios y que, por tanto, estén cubiertos por la Directiva de Servicios. Por ejemplo, las disposiciones sobre la superficie máxima de ciertos establecimientos comerciales, aun cuando figuren en las normas urbanísticas generales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y, en consecuencia, han de atenerse a lo previsto en el capítulo sobre libertad de establecimientos de ésta».

(56) GUTIÉRREZ COLOMINA, V., «La incidencia de la Directiva de Servicios 2006/123/CE en el urbanismo», en *Revista de Estudios Locales* Cunal, núm. 122, 2009, págs. 178 y ss..

bien son replicadas bajo fórmulas más sofisticadas fundamentadas en la preservación de la ordenación urbana y el medio ambiente, y maquilladas con la supresión de consideraciones económicas.

En la otra cara de la moneda, son muchas las voces que han alertado sobre el peligro de que el lema de la protección del medio ambiente se utilice como pretexto o coartada ideológica para conservar una estructura de mercado protectora con el entramado empresarial formado por el pequeño comercio y que prohíbe *de facto* implantar grandes superficies fuera de la trama urbana consolidada, incluso incurriendo en una suerte de desviación de poder legislativa utilizando la ciudad compacta para fines distintos a su fomento. Tampoco los orígenes y fundamentos económicos de la legislación sectorial inicial de los grandes establecimientos comerciales juegan a favor de estos temores. Para BLÁZQUEZ ALONSO casi nada ha cambiado, y la transposición llevada a cabo perpetúa las anteriores medidas intervencionistas y proteccionistas, y sin perjuicio de que será necesario un análisis pormenorizado de cada caso para valorar si se cumple con el principio de proporcionalidad, no discriminación y necesidad, los criterios de localización comercial estarán bajo sospecha permanente de estar vulnerando la libertad de establecimiento (57).

En el caso vasco, a pesar de que el texto legal pretende evitar al máximo que surjan recelos de un interés particular económico de proteger al pequeño comercio, puede decir mucho de sus objetivos el hecho de que el texto inicial fuese obra de la asociación de comerciantes Euskaldendak y provenga de una demanda de agentes del sector comercial que defiende los derechos del comercio local, previniendo la desertización comercial de las zonas urbanas. Ese interés está latente a lo largo de las intervenciones parlamentarias que no esconden su disposición a ayudar al pequeño comercio, pero lo cierto es que es una forma de sujetar la insostenibilidad económica, social y medioambiental derivada del impacto de estas grandes áreas comerciales. A la postre, cuando se habla de comercio de proximidad se está hablando del pequeño comercio local, y ambos términos se hallan entrelazados, por lo que parece imposible disociar que la defensa del urbanismo de proximidad y de la movilidad sostenible acarrea la protección del pequeño comercio urbano.

Con todo, a pesar de que el pequeño comercio en el ámbito del País Vasco parece haberse librado de una amenaza, aún le quedan más y peores enemigos. Hay otros fenómenos que también golpean al comercio local: el denominado «e-commerce» o comercio electrónico, que hoy por

(57) BLAZQUÉZ ALONSO, N., «El nuevo urbanismo comercial trazado por la Unión Europea» en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011 (Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3194/documento/art10.pdf?id=3339>).

hoy disfruta de ventajas fiscales (Llámesese «Amazon» u otras tiendas de venta on-line, que ponen en jaque incluso el destino de los grandes formatos); la pugna por abrir en domingos y festivos; campañas globales tipo «Black Friday»; o incluso un futuro que pasa por la proliferación de tiendas físicas de distribución sin personal dependiente y con inteligencia artificial. Como contrapeso, ante el continuo decrecimiento del número de pequeños establecimientos y del empleo autónomo asociado a este tipo de comercio, el Gobierno Vasco y las administraciones públicas locales adoptan medidas para el impulso y potenciación del comercio de proximidad, dado el valor añadido que traslada a la sociedad y pide a las personas consumidoras que adopten un compromiso por un nuevo consumismo que se fije en el valor de la compra como acto social, y no sólo en el precio (58).

V. Conclusiones

El principio de desarrollo sostenible en el ámbito del urbanismo supone la asunción del modelo de ciudad compacta, y la Unión Europea realiza una apuesta firme por este modelo hasta el punto de que la importancia otorgada trasciende al urbanismo comercial. La normativa reguladora de la ordenación de los equipamientos comerciales debe ser compatible con la Directiva de Servicios y las razones imperiosas de interés general, lo cual obliga a las normas autonómicas a ser coherentes con la instauración del citado patrón de medio ambiente urbano mediante las técnicas propias de la ordenación del territorio, y que, a su vez, les servirá de fundamentación ulterior de sus medidas y determinaciones limitadoras del comercio, siempre que pasen el test de proporcionalidad (59).

En el ámbito del urbanismo comercial, las Comunidades Autónomas percibieron la necesidad de controlar la implantación de los grandes formatos de distribución comercial, al objeto de conciliar bien el comercio periférico con la adecuada conservación de las ciudades y pueblos como lugares donde los ciudadanos puedan desarrollarse plenamente y tener

(58) De este modo, el Gobierno Vasco ha apostado por programas y líneas de ayuda de apoyo a los comerciantes: Hirigune, el MEC o Modernización de Establecimientos Comerciales, dinamización comercial de entornos urbanos y centros comerciales abiertos, actuaciones de creación de calles de coexistencia, peatonalización de zonas comerciales, fomento del asociacionismo, formación para mejorar la capacitación de profesionales, renovación de mercados municipales tradicionales de abastos...

(59) De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, el test de proporcionalidad exige demostrar que las medidas elegidas son apropiadas para conseguir los objetivos perseguidos, además de que no existía ninguna otra medida igualmente efectiva pero menos restrictiva de la libertad de establecimiento (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Comisión/Austria C-161/07*). Como se ha visto, en el caso catalán acabó concluyendo que las restricciones eran contrarias al principio de proporcionalidad, ya que la repercusión de las limitaciones se consideraba altamente significativa y la justificación de su necesidad era insuficiente.

a su alcance todo tipo de servicios —incluidos los comerciales provistos por tiendas de menor tamaño—, y controlar un crecimiento excesivo de los flujos urbanos hacia los nuevos entornos comerciales, amén de evitar otros efectos negativos inherentes e indeseables (impacto sobre la conformación e infraestructura de las ciudades, las repercusiones ambientales, la congestión del tráfico, etc.).

Las razones que justifican una regulación restrictiva de los grandes comercios responden a la necesidad de proteger el impacto múltiple en el territorio y el entorno urbano, en el medio ambiente y en la movilidad. Se trata de evitar la dispersión de la urbanización y el hábitat urbano con el fin de reducir los desplazamientos motorizados en vehículo privado a áreas comerciales especializadas fuera de las ciudades que incrementan tanto la contaminación atmosférica como la congestión y sobrecarga de las infraestructuras y vías públicas, y en la medida que suponen el empobrecimiento de la vida urbana, dado que puede producir una desertización del comercio localizado en las plantas bajas o edificios del centro urbano y su consecuente deterioro. Por contra, se debe fomentar la creación de espacios urbanos de más densidad e intensidad en los que coexistan una diversidad de usos, incluidos los comerciales, los cuales por su proximidad faciliten los desplazamientos peatonales y en consecuencia una vida más saludable a una población cada vez más envejecida.

Dentro de este marco, hay que cuidar que no haya una posible vulneración del derecho comunitario, pues cualquier desvío sobre tal naturaleza, ya sea a través de un régimen de prohibición total de implantación de grandes establecimientos comerciales o limitaciones desproporcionadas atenta contra los derechos de libertad de establecimiento.

En la Comunidad Autónoma del País Vasco, se ha dictado la Ley 10/2019, de 27 de junio, de ordenación territorial de grandes establecimientos comerciales con el fin de adaptar su normativa —la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial y el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales del País Vasco— en línea con lo dispuesto por la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo. Plenamente conocedor de los parámetros legales y jurisprudenciales, el Parlamento Vasco ha puesto una especial atención en dotarla de una justificación adecuada para ser conforme con el derecho comunitario y superar los obstáculos de ilegalidad declarados en sede judicial (en particular, en los casos de Cataluña). En este sentido, constituye una norma bien planteada desde el punto de vista técnico y de seguridad jurídica, apoyada por diversos argumentos dirigidos a justificar y avalar sus determinaciones y su proporcionalidad, fundamentados en razones

de protección del medio ambiente y del entorno urbano vinculados con el modelo de ciudad compacta, que puede verse alterado con la proliferación de esta clase de grandes establecimientos.

De su análisis se desprende que tiene una aspiración calculada de consagrar un modelo territorial determinado en el medio vasco más urbanizado, apoyado sobre la movilidad urbana sostenible y sobre el comercio de proximidad. Su contenido trata de dotar de una adecuada ordenación espacial a los grandes establecimientos comerciales a fin de minimizar el impacto que causan sobre el territorio y el medio ambiente. Para ello, sus preceptos limitan el comercio periférico al imponer la preferencia de la implantación de los grandes establecimientos comerciales en la trama urbana residencial, la cual deberá ser delimitada por la ordenación estructural del planeamiento urbanístico. En última instancia, resulta un instrumento legal con un afán de proteger el comercio urbano de proximidad desde la perspectiva de la ordenación del territorio, y a pesar de que evite cualquier alusión a ideas protectionistas del pequeño comercio, en la práctica, es difícil desterrar la sombra de dicha voluntad protectora, más aún a la vista de los antecedentes, del origen y de los debates parlamentarios que la han impulsado.

En definitiva, sobre el papel, se trata de una ley, que, ajustándose a las exigencias derivadas del derecho europeo y estatal, ha tratado de garantizar de forma suficientemente motivada que las limitaciones a la implantación y ampliación de los grandes establecimientos comerciales observan la triple condición de necesidad, no discriminación y proporcionalidad, y sin que obedezcan a razones comerciales y mercantiles, en aras a blindar intencionadamente el texto legal ante la posibilidad de futuros recursos judiciales.

El legislador vasco, que inició su labor normativa para coser el desdoso causado por una sentencia, ha tenido que poner especial esmero en dotarle de un buen chaleco salvavidas de seguridad jurídica y no dejar ninguna tacha sobre el tintero, así, paralelamente, también ha velado de que no se vulnere ni el reparto constitucional de competencias con el Estado ni la autonomía de la planificación municipal. A la vista de los diferentes y numerosos escollos jurídicos a observar y solventar en una materia tan controvertida, esperemos que no surja ningún escape que perturbe la aplicación natural de la nueva regulación (60).

(60) Precisamente, con fecha 12 de noviembre de 2019 se publicó en el *Boletín Oficial del País Vasco* el Acuerdo de 16 de septiembre de 2019 de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco por el cual se dispone iniciar negociaciones para resolver las discrepancias suscitadas respecto a los artículos 1,2,3,6,7 y 8 y la Disposición adicional única de la Ley y designar un Grupo de Trabajo para proponer la solución que proceda. En concreto, a fin de evitar cualquier posible tacha de inconstitucionalidad relacionada con la regulación de usos comerciales en infraestructuras de competencia exclusiva del Estado y con el establecimiento de limitaciones que se consideran discriminatorias y no justificadas, ni proporcionadas en atención a los fines perseguidos.

Bibliografía

- BLÁZQUEZ ALONSO, Noemi, «El nuevo urbanismo comercial trazado por la Unión Europea» en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, «Últimas tendencias en la reducción y control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico» en *El Derecho Urbanístico del siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor MARTÍN BASSOLS COMA*, Editorial Reus, Madrid, 2008, págs. 201-233.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, «Modelo de ciudad y comercio. Reflexiones a la luz de la Directiva de Servicios», en *RUE* núm. 40/2017.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomas Ramón, en «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007.
- GARABITO LÓPEZ, José Carlos, «El futuro inminente de las ciudades en España. La sostenibilidad urbana como paradigma del modelo de ciudad compacta», en la *Ley 8785/2019*.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando, en «La injerencia de la Unión Europea en el urbanismo de sus estados miembros como consecuencia de su propuesta de modelo europeo de desarrollo urbano: especial atención a su incidencia en el caso de España», en *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 323, Madrid, julio-agosto (2018), págs. 19-77.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, Vicente, «La incidencia de la Directiva de Servicios 2006/123/CE en el urbanismo», en *Revista de Estudios Locales Cunal*, núm. 122, 2009.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando, en *El impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial (por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales)*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.
- LÓPEZ PÉREZ, Fernando, «El impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales quince años después: las sombras de este tributo ambiental a la luz del derecho comunitario», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, n.º 58, 27 de junio de 2016.
- MORENO GARCÍA, Javier, «Análisis jurisprudencial sobre las limitaciones impuestas desde la ordenación del territorio a los grandes establecimientos comerciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco», en *RVAP*, núm. 101, enero-abril 2015, págs. 173-190.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel, «La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de Servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, págs. 297-334.
- RAMOS MEDRANO, José Antonio, «El concepto de urbanismo sostenible del Texto Refundido de la Ley del Suelo en la reciente jurisprudencia» en *RDUMA*, núm. 297, abril-mayo 2015, págs. 105-124.

- RODRÍGUEZ BEAS, Marina, *El comerç a l'ordenament jurídic espanyol: l'urbanisme comercial i la sostenibilitat urbana*, Tesis doctoral, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona 2013.
- RODRÍGUEZ BEAS, Marina, en «Competencias autonómicas en materia de ordenación de los equipamientos comerciales», en *RVAP*, núm. 112, septiembre-diciembre 2018, págs. 291-329.
- SERRANO LASA, Iñaki, *La configuración jurídica de la ciudad compacta a través de las dotaciones urbanísticas*, IVAP, Oñate, 2017.
- VILLAREJO GALENDE, Helena, *Equipamientos Comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Comares, Granada, 2008.

Euskera



La normativa sobre el euskera publicada en 2019

The regulations on Basque language published in 2019

EDORTA COBREROS MENDAZONA

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

e.cobrerros@ehu.eus

ORCID: 0000-0001-9760-596X

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.04>

LABURPENA: Urteko kronika honetan euskararen estatusean garrantzia duten jurisprudenzia- eta araudi-berritasun nagusiak jasotzen dira.

HITZ GAKOAK: Euskara. Jurisprudenzia. Araudia.

ABSTRACT: In this annual chronicle, the main jurisprudential and regulatory developments with relevance in the status of Basque language are included.

KEYWORDS: Basque language. Jurisprudence. Legal norms.

RESUMEN: En esta crónica anual se recogen las principales novedades jurisprudenciales y normativas con relevancia en el *status* del euskera.

PALABRAS CLAVE: Euskera. Jurisprudencia. Normativa.

Trabajo recibido el 16 de enero de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Sumario: I. Jurisprudencia: 1. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2. Del Tribunal Constitucional. 3. Del Tribunal Supremo. 4. Del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. 5. Del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.—II. Legislación: 1. De la Comunidad Autónoma del País Vasco. 2. De la Comunidad Foral de Navarra.

En esta crónica de 2019 recogeremos, en primer lugar, las aplicaciones judiciales más relevantes en materia lingüística y, a continuación, señalaremos las actuaciones propiamente normativas que se han producido. Como la finalidad de estas crónicas anuales es más detectar las novedades producidas que dar cuenta pormenorizada de su contenido, las mencionaremos de manera sucinta, al efecto de facilitar mejor su posible consulta por quien tenga interés en cada cuestión.

I. Jurisprudencia

1. Del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2019, *as. Italia c. Comisión Europea*, T-135/15, para resolver un recurso de anulación, incide sobre un problema clásico en la Unión Europea, derivado directamente de su opción por el plurilingüismo. En efecto, en este caso ante un error de traducción, se reitera la asentada interpretación jurisprudencial consistente en que la exigencia de una interpretación uniforme de las normas de la Unión impide considerar de forma aislada un texto determinado y obliga, en caso de duda, a interpretarlo y aplicarlo a la luz de las versiones existentes en las otras lenguas oficiales. Así, Italia no podía interpretar la disposición controvertida en el sentido que lo hizo sin verificar previamente si las demás versiones lingüísticas de la disposición controvertida confirmaban su interpretación ni, en su caso, interpretar y aplicar dicha disposición a la luz de las versiones en otras lenguas oficiales, así como de la lógica interna y la finalidad de la normativa de la que forma parte y aplicó la disposición controvertida, pese a su ambigüedad, sin tomar en consideración las demás versiones lingüísticas del precepto en cuestión; haciéndose, así, exclusivamente responsable de su incumplimiento.

Asimismo, podemos citar dos pronunciamientos de la misma fecha de la Gran Sala de Tribunal de Justicia de Luxemburgo en relación con los conocimientos lingüísticos exigidos en convocatorias para funcionarios de la Unión Europea y que ya en ocasiones anteriores hemos tenido ocasión de tratar en estas crónicas. Se trata de la Sentencia

de 26 de marzo de 2019, *as. España c. Parlamento Europeo*, C-377/16, y de la Sentencia de 26 de marzo de 2019, *as. Comisión Europea c. Italia*, C-621/16P. La primera, anula la convocatoria que limitaba el exigido conocimiento de las lenguas a solo el inglés, francés y alemán; y la segunda desestima el recurso de casación de la Comisión Europea y ratifica la previa sentencia anulatoria del Tribunal General, en la misma línea que la anterior.

2. Del Tribunal Constitucional

En este apartado cabe mencionar la STC 51/2019, de 11 de abril, que dilucida un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Educación de Cataluña (de 2009). Para lo que aquí interesa, resulta de relevancia su fundamento jurídico 5, donde resuelve sobre la tacha de su inconstitucionalidad por invadir las competencias del Estado en materia de ordenación curricular de las lenguas y por atribuir al ejecutivo catalán potestad normativa y reguladora en aspectos que afectan decisivamente al uso del castellano en el sistema educativo de Cataluña. No procede detallar aquí el *iter* argumental seguido por el Tribunal Constitucional, pero, tras la contextualización que hace de la regulación autonómica, su conclusión es que ninguno de los preceptos impugnados por los citados motivos invadía las competencias estatales.

3. Del Tribunal Supremo

Aunque referida al idioma gallego, tiene interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, rec. núm. 1244/2016, que interpreta restrictivamente el alcance de la oficialidad de la lengua propia de Galicia (art. 5.1 EG) y, sobre todo, el deber que tienen todos los poderes públicos de Galicia de potenciar la utilización del gallego en todos los órdenes de la vida pública (art. 5.3 EG), al enjuiciar la ordenanza municipal del uso del gallego en el Ayuntamiento de Lugo, ratificando la anulación de diversos artículos que ya había establecido la sentencia del Tribunal Superior de aquella Comunidad Autónoma.

4. Del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Aunque fechada en el año 2018, ya que no lo hicimos en la crónica del pasado año, merece señalarse ahora la STSJPV de 28 de diciembre de 2018, rec. núm. 1345/2017, puesto que, además, durante

2019 se han producido otras varias en el mismo sentido (así, la STS-JPV de 15 de enero de 2019, rec. núm.1373/2017, la STSJPV de 18 de junio de 2019, rec. núm. 833/2018, y la STSJPV de 3 de julio de 2019, rec. núm. 1580/2017), en las que se dilucida la validez de las notificaciones de la Administración tributaria realizadas sólo en castellano. Pues bien, como el esfuerzo argumental es notable y las circunstancias del caso resultan decisivas, merece recogerse aquí —aunque resulte, ciertamente, extenso— el razonamiento seguido por el Tribunal Superior:

«CUARTO.—La infracción alegada por el recurrente no concierne a un elemento formal de la actuación administrativa (art. 55 de la Ley 30/1992) sino a los derechos lingüísticos del interesado en el procedimiento administrativo, concretamente, el de recibir las notificaciones en el idioma cooficial elegido por aquél (artículos 35 d y 36.2 de la Ley 30/1992 en relación con artículo 5 b de la Ley 10/1982 de normalización lingüística del País Vasco); esto significa:

a) Se trata de un valor protegible por sí mismo y no por su carácter instrumental o de servicio de otros valores como el derecho de defensa.

b) No se trata de un defecto subsanable o de una irregularidad, en su caso, no invalidante; ergo, no puede aplicarse al caso el régimen de subsanación del artículo 58.3 de la Ley 30/1992, contraído a la omisión de los requisitos formales señalados en el apartado anterior, por el hecho de que mediante la interposición de las reclamaciones económico-administrativas el interesado se hubiese dado por enterado de los actos recurridos, que no por satisfecho en su derecho a recibir en euskera la notificación de los acuerdos de liquidación e iniciación del procedimiento sancionador.

c) No es de aplicación la doctrina legal sobre el relativo alcance anulatorio de los defectos formales, esto es, para el caso, de que tales defectos hayan causado indefensión al interesado (artículos 62.1 a o 63.2 de la Ley 30/1992).

Por otra parte, el hecho de que la opción del interesado por la comunicación en euskera, y otros escritos dirigidos a la Administración demandada, estén redactados en castellano no es óbice al correlativo deber de aquella de comunicarse con él en euskera en el procedimiento en que se haya ejercido tal opción, distinta a la de dirigirse a la Administración en uno u otro idioma; además, de que el idioma en que se ejerza la antedicha opción no puede confundirse con el objeto o fin de la misma.

Tampoco puede oponerse al reconocimiento y efectividad del derecho lingüístico invocado por el recurrente el deber de conocer el castellano establecido por el artículo 3.2 de la Constitución (no, el español, como dice la sentencia de esta Sala, n.º 708/ 2011 de 24 de octubre) sin vaciar por completo de contenido ese derecho haciendo inútil su invocación.

Según decimos, los derechos lingüísticos se satisfacen por se y no, inexcusablemente, en función de otros derechos, resultados o finalidades, de suerte que su vulneración comporta una vulneración de las normas de procedimientos, causante de la anulabilidad del acto (art. 63.1 de la Ley 30/1992) sino de su nulidad radical (art. 62.1 a de la misma LPC) en el caso de opción por el derecho de dirigirse a la Administración en euskera en el procedimiento sancionador ya que en ese caso el tal derecho concierne al ejercicio del derecho de defensa. Y no es necesario que tal “sanción” esté prevista por la Ley 10/1982 del País Vasco (cláusula “residual” del artículo 62.1 g de la Ley 30/1992) ya que es subsumible en los supuestos de nulidad y anulabilidad de la misma Ley, que se acaban de reseñar.

Por lo tanto, no podemos compartir la argumentación de la demandada, al socaire —todo hay que decirlo— de la precitada sentencia de esta Sala (aparte la dictada el 7-11-2018 en el Rec. 1297/2018, invocada en conclusiones) y, parcialmente, del informe del Ararteko (documento n.º 1, adjunto al escrito de contestación a la demanda) sobre el carácter “formal” de la infracción (o defecto) en cuestión y sus efectos no invalidantes, sin admitir la relativización de los derechos lingüísticos del interesado en el procedimiento administrativo.

QUINTO.—Las consideraciones expuestas en el precedente dan la razón al recurrente sobre el carácter de la opción lingüística manifestada en los procedimientos tributarios de los que derivan los actos recurridos y, consiguientemente, sobre la inaplicación del régimen de “dispensas o salvedades” defendido por la demandada. Pero en la tramitación de los procedimientos de comprobación y sancionador en los que el recurrente dejó constancia reiterada de su opción por recibir las comunicaciones en euskera se ha producido una circunstancia cuya trascendencia en el enjuiciamiento de este asunto ha sido obviada por el recurrente, y es que este había designado un representante en aquellas actuaciones, con el cual se debieron entender y entendieron las actuaciones de noti-

ficación practicadas por la Hacienda Foral, aparte de las que (“ex abundantia”) se dirigieron directamente al recurrente.

Así, aun en el caso de que la demandada no hubiera dirigido ninguna notificación al recurrente, ni en euskera ni en castellano, en particular, las correspondientes al acuerdo aprobatorio de la liquidación y al acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, no hubiera incumplido su deber de notificación (v. g. la designación de un domicilio a efectos de notificaciones, no obliga a la Administración a notificar los actos del procedimiento en el domicilio antes conocido, aun corresponda al fiscal del interesado).

En efecto, el recurrente había designado representante para la comparecencia en el expediente de inspección y en las actuaciones derivadas del mismo, con fecha del 16-10-2015 (día siguiente al del ejercicio de la opción por relacionarse en euskera con la demandada) y con dicho representante se entendieron las actuaciones de dicho expediente (actas-propuestas de liquidación, firmadas en disconformidad; notificación del Acuerdo de aprobación de la liquidación; notificación del Acuerdo sancionador, etc.) sin ninguna objeción por parte del representante o solicitud del mismo para que dichas actuaciones se entendieran con él en euskera; por el contrario, si nos atenemos al contenido de las diligencias extendidas en el procedimiento de comprobación, amén de la manifestación del representante de recibir en castellano las notificaciones, recogida en la D1001 de 27-10-2015, cuya presunción de veracidad (Art. 105.1 de la NFGT de Bizkaia) no ha sido desvirtuada por el recurrente.

Teniendo las notificaciones practicadas con el representante el mismo valor que si se hubieran practicado directamente con el representado, no puede negarse la validez de las primeras sin negar la validez y efectos de la designación del representante, aun no se interprete la misma como una declaración revocatoria de la opción lingüística ejercida por el interesado.

Y es que el recurrente no podía servirse del mecanismo de la representación, y a la vez, pretender la notificación personal de las actuaciones para la efectividad de su opción lingüística, como si la Administración demandada tuviera el deber de duplicar las comunicaciones.

Supuesto distinto es el de que el representante hubiere ejercido la misma opción lingüística o que la ejercida por el representado se hubiera extendido a aquel.

En definitiva, el recurrente desvirtuó su opción lingüística mediante actos propios: designó un representante en los procedimientos de referencia, sin trasladar a sus comparecencias la misma opción, y dio por válidas las actuaciones practicadas en castellano con la intervención de su apoderado (entre ellas, las firmas de las actas en disconformidad). Y el ejercicio de tal opción no podía comportar la derogación del régimen de notificaciones al punto de exigir a la Administración que, además de las entendidas con el representante, practicara las interesadas personalmente por el interesado.

Los derechos lingüísticos, en lo que hace al caso, reconocidos por la Ley 10/1982 del País Vasco son individuales pero esto no significa que deban ejercerse directa y personalmente por el interesado en el procedimiento administrativo; por lo tanto, el recurrente podía ejercer tales derechos a través de su representante en el procedimiento tributario; pero lo que no puede coonestarse es su intervención en ese procedimiento mediante un representante que recibe sin objeción las notificaciones en castellano, con la pretensión de que las actuaciones del procedimiento se notifiquen “a la vez” de forma personal, y en euskera, al representado.

Esa dualidad no está amparada ni por la legislación de procedimiento administrativo ni por la Ley de normalización del euskera. Constituye, no vamos a decir un capricho, pero sí una cierta arbitrariedad del interesado.

En conclusión, la notificación del Acuerdo del Subdirector de Inspección que aprobó la liquidación del IVA-2014, en castellano al representante del recurrente, produjo todos sus efectos; y la notificación también en castellano y al mismo sujeto del Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador no ha invalidado la resolución de ese procedimiento, ya que no vulneró los derechos lingüísticos del recurrente y, por lo tanto, no causó indefensión al mismo.»

Por su parte, la STSJ PV de 30 de enero de 2019, rec. núm. 485/2017, confirma la legalidad de la modificación de la fecha de preceptividad de un puesto de gestor procesal y administrativo-Secretario de Paz, del Juzgado de Paz de Lasarte-Oria —que tenía asignado el nivel lingüístico 3, con fecha de preceptividad de enero de 2020, que pasaba a enero de 2015 (esto es, ya vencida)—, basándose en que, además de haberlo pedido el Ayuntamiento concernido, el índice lingüístico lo justifica y porque, hallándose vacante el puesto, no se sacrifican derechos subjetivos de concretos funcionarios que lo vinieran ocupando ni se quiebra el principio

de progresividad en su exigencia, sino, en su caso, meras expectativas de funcionarios que desearan ocuparlo en el futuro.

En fin, en la STSJPV de 10 de junio de 2019, rec. núm. 884/2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo se vuelve a enfrentar con una impugnación, por parte de la Administración General del Estado, de unas bases municipales para la concesión de subvenciones, esta vez en el marco de un programa de cooperación con los países en vías de desarrollo, precisamente por las referencias que se hacen al uso del euskera para esta actividad. La sentencia desestima el recurso argumentando, en lo esencial, que «frente a la enunciación de que la medida del artículo 13 de las Bases impone una obligación de uso del euskera, solo cabe apreciar que se limita a describir la tendencia que el poder público imprime a la subvención que dispensa, que es la que el euskera se utilice, exhortando a hacerlo, pero no imponiendo a las asociaciones culturales ni a sus programas que utilicen esa lengua cooficial con exclusión de la otra que es cooficial, sino a que, en suma —y ese es el verdadero “suelo” de la regulación—, se garanticen las formas de expresión bilingües escritas u orales. Obvio resulta que la norma invita a utilizar el euskera —ese es el sentido último de las medidas de fomento de su uso ambiental—, pero no condiciona la ayuda pública más allá de que se empleen ambas lenguas, aludiendo a una prioridad que es puramente práctica y en modo alguno normativa, y que por tanto no puede inscribirse en los límites que la Administración apelada extrapola de las SSTC 11/2018, de 8 de febrero, o STC 31/2010, de que tales medidas no resulten “excluyentes, peyorativas o desproporcionadas”, de cara al uso de ambas lenguas».

5. Del Tribunal Superior de Justicia de Navarra

La importante STSJN de 27 de septiembre de 2019, rec. núm. 528/2017, resuelve un recurso directo contra el Decreto Foral de 2017 que regula el uso del Euskera en las Administraciones Públicas de Navarra. La Sala de lo Contencioso-Administrativo estima la nulidad de diversos de sus artículos, fundamentalmente por entender a) que su regulación sobre el uso del euskera en los servicios centrales de la Administración Foral iba más allá de lo dispuesto en la Ley Foral del Euskera, en concreto en su opción básica por la zonificación y b) que la valoración del euskera como mérito en cualquier puesto que no tenga perfil obligatorio en la zona mixta y servicios centrales resulta discriminatoria y desproporcionada.

Por su parte, la STJN de 11 de octubre de 2019, rec. núm. 508/2017, y la STJN de 18 de octubre de 2019, rec. núm. 258/2018, desestiman sendos recursos —basados, fundamentalmente, en la valoración del conoci-

miento del euskera— contra el Decreto Foral de 2017 por el que se modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y contra el Decreto Foral de 2017 por el que se aprueba la oferta de empleo público de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y organismos autónomos, respectivamente.

II. Legislación

1. De la Comunidad Autónoma del País Vasco

Mencionándolas por orden cronológico, podemos citar las siguientes disposiciones reglamentarias. Así, el Decreto 28/2019, de 26 de febrero (*BOPV* de 4 de marzo de 2019), que modifica del Decreto de reconocimiento de los estudios oficiales realizados en euskera y de extinción de la acreditación con títulos y certificaciones lingüísticas en euskera.

El Decreto 84/2019, de 11 de junio (*BOPV* de 21 de junio de 2019), que regula del Programa Ulibarri de normalización lingüística en centros docentes de enseñanza no universitaria.

El Decreto 166/2019, de 22 de octubre (*BOPV* de 25 de octubre de 2019), que modifica del Decreto por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Educación y del Decreto por el que se aprueban las normas orgánicas del HABE.

Pero la norma más relevante (y discutida) ha sido el Decreto 179/2019 (*BOPV* de 22 de noviembre del 2019), sobre normalización de uso institucional y administrativo de las lenguas oficiales en las instituciones locales y contra la que ya hay anunciado algún recurso.

2. De la Comunidad Foral de Navarra

Podemos comenzar por mencionar la Ley 11/2019, de 11 de marzo (*BON* de 14 de marzo de 2019), de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral, cuyo art. 102.2 establece que cualquier persona tiene derecho a usar tanto el castellano como el euskera en sus relaciones con la Administración Pública Foral, en los términos establecidos en la legislación foral reguladora del uso del euskera.

Además, Ley 21/2019 (*BON* de 16 de abril de 2019), de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, cuya Ley 192 recoge cómo se puede testar en vascuence o euskera.

El Decreto Foral 267/2019, de 30 de octubre (*BON* de 7 de noviembre de 2019), que establece la estructura orgánica del Departamento de Educación.

Y el Decreto Foral 303/2019, de 6 de noviembre (*BON* de 18 de noviembre de 2019), que aprueba los Estatutos del organismo autónomo Euskerabidea-Instituto Navarro del Euskera.

Jurisprudencia



Actos y disposiciones de las Juntas Generales, ¿se sitúan al margen del control contencioso-administrativo?

Acts and provisions of the General Assemblies, ¿is any situated to the margin of contentious-administrative control?

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
i.agirreazkuenaga@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.05>

LABURPENA: 29/1998 Legearen 1. xedapen gehigarriak «Lurralde Historikoetako Batzar Nagusiek Zuzenbide publikoari lotutako langileen eta ondare-kudeaketaren arloan hartutako egintza eta xedapenak» soilik auzi-kontrolaren mende jartzen dituela dioen interpretazioaren aurrean, esaten da ondorio juridikoak dituzten Batzar Nagusien egintza edo erabaki guztiak —legebiltzarrekoak edo administratiboak— administrazioarekiko auzien jurisdikzio-kontrolari lotuta daudela. Eta Batzar Nagusiek onartzen dituzten xedapen guztiak jurisdikzio beraren aurrean kontrola daitezke, nahiz eta foru-arau fiskalen kasuan haien kontrola auzien jurisdikzioaren eta jurisdikzio konstituzionalaren artean partekatuko den, Konstituzio Auzitegiaren 118/2016 Epaiairen 3. oinarri juridikoak ezarritako interpretazioaren arabera.

HITZ GAKOAK: Batzar Nagusiak. Legebiltzarreko egintzen jurisdikzio-kontrola. Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzio Legearen lehen xedapen gehigarria. Lurralde Historikoak. Zergen Foru Arauak.

ABSTRACT: Facing the interpretation that the 1st additional provision of Law 29/1998 only submit «the acts and provisions in matters of personnel and property management subject to public law adopted by the General Assemblies of the Historical Territories» to contentious control, it is upheld that all acts or agreements —parliamentary or administrative— of the General Assemblies, which cause legal effects, are subject to contentious-administrative jurisdictional control. And all the provisions approved by the General Assemblies are controllable before the same jurisdiction, although in the case of the Fiscal Foral Rules their control will be shared between the contentious and the constitutional jurisdiction, in the interpretive terms established by the 3rd legal basis (FJ) of the Constitutional Court Judgment (STC) 118/2016.

KEYWORDS: General Assembly. Jurisdictional control parliamentary acts. 1st additional provision of Law of the Administrative Contentious Jurisdiction (LJ). Historical Territories. Fiscal Foral Rules.

RESUMEN: Frente a la interpretación de que la disposición adicional 1.^a de la Ley 29/1998 solo somete a control contencioso los «actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por las Juntas Generales de los Territorios Históricos», se sostiene que todos los actos o acuerdos —parlamentarios o administrativos— de las Juntas Generales, que causen efectos jurídicos, están sujetos al control jurisdiccional contencioso-administrativo. Y todas las disposiciones que aprueben las Juntas Generales son controlables ante la misma jurisdicción, aunque en el caso de las Normas Forales fiscales su control será compartido entre la jurisdicción contenciosa y la constitucional, en los términos interpretativos que ha fijado el FJ 3.^o de la STC 118/2016.

PALABRAS CLAVE: Juntas Generales. Control jurisdiccional actos parlamentarios. Disposición adicional 1.^a LJ. Territorios Históricos. Normas Forales fiscales.

Trabajo recibido el 16 de enero de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Nadie duda del control jurisdiccional contencioso a que se hallan sometidas las Normas Forales de las Juntas Generales, por supuesto con las matizaciones que exige —a partir de 2010— la regulación específica de las Normas Forales fiscales sometidas a control del Tribunal Constitucional (DA 5.ª LOTC(1)). Respecto a ellas la STC 118/2016 determina que «la nueva disposición adicional quinta LOTC acota el objeto del control que corresponde efectuar a este Tribunal Constitucional con relación a las normas forales emanadas de las Juntas Generales, no a todas, sino exclusivamente a una clase concreta de ellas, a saber, las que tengan carácter fiscal, y, dentro de estas, a aquellas que hayan sido dictadas en el ejercicio de las competencias reconocidas por el art. 41.2 a) EAPV, a saber, las que se dirijan a «mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado». Las restantes normas forales fiscales, esto es, las que no se dirijan a replicar los tributos integrantes del sistema impositivo común, quedarían fuera del ámbito de las competencias de este Tribunal, por no traspasar el umbral de la legalidad ordinaria, correspondiendo su exclusivo control, directo e indirecto, a los tribunales ordinarios a través del sistema de recursos previsto en las correspondientes leyes procesales» (2).

(1) La STC 118/2016, 23 de junio, declara en su fallo que «los arts. 1 y 2, así como la disposición adicional única, todo ellos de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, no son inconstitucionales interpretados en los términos del fundamento jurídico 3 d), desestimando el recurso en todo lo demás». Recuérdese que el objeto del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2010 se concreta en tres de sus previsiones: en primer lugar, en la modificación de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC), mediante la adición de una disposición adicional quinta, que le atribuye la competencia para resolver los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra las Normas Forales fiscales aprobadas por las Juntas Generales de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa; en segundo lugar, en la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ), dando nueva redacción al párrafo primero de su art. 9.4, por la que se determina que quedan excluidos del control contencioso-administrativo «los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos»; y, finalmente, en la modificación de la Ley 29/1998, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ), mediante la adición de una nueva letra d) a su art. 3, por la que igualmente se excluye del control contencioso-administrativo a las Normas Forales fiscales aprobadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa.

(2) A lo que hay que añadir que a juicio de la STC 118/2016, (fj 3.º): «tampoco sería residenciable ante este Tribunal Constitucional —sino ante los órganos de la jurisdicción ordinaria— la eventual contradicción entre las normas forales fiscales y las leyes del Parlamento Vasco que se hayan dictado «para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado» a las que también hace referencia el art. 41.2 a) EAPV, pues aun cuando sean delimitadoras de las competencias tributarias entre los diferentes territorios históricos o entre estos y la Comunidad Autónoma del País Vasco (esto sucede, por ejemplo, con la Ley del Parlamento Vasco 3/1989, de 30 de mayo, de armonización, coordinación y colaboración fiscal), no serían, de conformidad con el art. 28 LOTC, leyes del Estado distributivas de competencias entre este y los territorios históricos. Por último, es necesario precisar que los eventuales vicios formales o procedimentales en los que hubieran podido incurrir las normas forales fiscales, como resulta evidente, tampoco pueden erigirse en el objeto del control de constitucionalidad previsto en la nueva disposición adicional quinta LOTC. En suma, cuando los arts. 9.4 LOPJ y 3 d) LJCA (en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2010) excluyen

Por lo tanto, incluso el control de las Normas Forales fiscales aprobadas por las Juntas Generales de los Territorios Históricos es un control compartido entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, fruto de una decisión del legislador orgánico articulada al amparo de una expresa habilitación constitucional [arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE], en el ejercicio de la competencia del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE) y a la búsqueda de un objetivo constitucionalmente legítimo como es el de atender a la singularidad de una institución —la de la foralidad en materia tributaria (disposición adicional primera CE)—. Decisión esta que, a juicio del TC, «ni desfigura el control general de la potestad reglamentaria de las Juntas Generales de los Territorios Históricos por parte de los Jueces y Tribunales ordinarios [arts. 106.1 y 153 c) CE, y 38.3 EAPV], ni transforma el modelo de jurisdicción constitucional (o el del control de las normas reglamentarias) diseñado por el constituyente».

En resumen, con la aprobación de la LO 1/2010, aunque siguen siendo los Tribunales ordinarios los que «controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican» [arts. 106.1 CE y 8 LOPJ, en conexión con el art. art. 38.3 EAPV], quedan excluidos del conocimiento de los Tribunales del orden contencioso-administrativo los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos cuyo examen corresponda al Tribunal Constitucional, es decir las dictadas al amparo de lo previsto en el art. 41.2 a) EAPV (y por lo tanto, se dirijan a mantener, establecer y regular, en cada territorio histórico, su régimen tributario), y sólo en la medida que puedan contradecir alguna disposición integrante del bloque de la constitucionalidad a que hace referencia el art. 28 LOTC(3), pero no cuando la contradicción se produzca con normas ajenas a ese bloque

del conocimiento de los Tribunales del orden contencioso-administrativo los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las normas forales fiscales, que corresponderá, en exclusiva, a este Tribunal Constitucional, lo están haciendo «en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica», disposición conforme a la cual correspondería únicamente a este Tribunal Constitucional el control de «constitucionalidad» de las normas forales fiscales dictadas al amparo de lo previsto en el art. 41.2 a) EAPV (las que se dirijan a mantener, establecer y regular, dentro de cada territorio histórico, su régimen tributario) y sólo en la medida que puedan contradecir alguna disposición integrante del bloque de la constitucionalidad a que hace referencia el art. 28 LOTC (los preceptos constitucionales y estatutarios, los de la ley del concierto, así como los de la ley general tributaria y de las leyes reguladoras de los diferentes tributos del Estado), pero no cuando la contradicción se produzca con normas ajenas a ese bloque (como sucede con los tratados y convenios internacionales, con las normas de armonización fiscal de la Unión Europea o con las leyes del Parlamento Vasco)».

(3) Como ya se ha indicado en la nota precedente, el bloque de constitucionalidad, a juicio de la STC 118/2016, lo componen en este caso concreto: «los preceptos constitucionales y estatutarios, los de la ley del concierto, así como los de la ley general tributaria y de las leyes reguladoras de los diferentes tributos del Estado».

como sucede con los tratados internacionales, con las normas de armonización fiscal de la Unión Europea o con las leyes del Parlamento Vasco.

Y desde tal punto de partida, cómo debe interpretarse la disposición adicional primera de la Ley 29/1998 (LJ) cuando indica —literalmente— que la referencia del apartado 3, letra a), del art. 1 LJ(4) «incluye los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos».

En una lectura simple y descontextualizada del resto del ordenamiento jurídico, y en especial de los arts. 9, 24 y 106 CE, parece que tal precepto tendría por objeto someter a control contencioso solo «los actos y disposiciones» de «personal y gestión patrimonial» de las Juntas Generales, y aparentemente no podrían ser objeto de control jurisdiccional, a *sensu contrario*: 1) las disposiciones de las Juntas Generales que no sean de personal y gestión patrimonial; 2) los actos de las Juntas Generales que no sean de personal y gestión patrimonial; y 3) todo tipo de actos y disposiciones de «administración» que explícitamente se someten a control contencioso en el caso de los órganos constitucionales citados en el art. 1.3.a) LJ, y que, sin embargo, escapan de la relación material contenida en la disposición adicional primera de la Ley 29/1998.

Comenzando por este último apartado hay que indicar que el Auto del TS de 29.07.2019(5) afirma —cuando cautelarmente se pronuncia sobre la retirada de una credencial a un periodista por incumplimiento de una Instrucción de la Presidencia del Congreso— que tal acto no puede considerarse de personal ni de gestión patrimonial, pero el término «administración» utilizado por el art. 1.3 a) LJ «tiene un sentido objetivo, indica la actividad de administrar. No puede identificarse con o limitarse a las materias de personal y de gestión patrimonial porque en tal caso sería redundante. Esa noción objetiva de «administración» es más amplia que las otras dos, que no la agotan, sino que se ven comprendidas por ella.

(4) Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con: «a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo».

(5) Que puede verse en la base de datos de Westlaw: JUR\2019\242470. Con anterioridad, otro Auto del Tribunal Supremo de 18.07.2019, en este mismo procedimiento, califica como acto administrativo, el Acuerdo parlamentario de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 03.07.2019, por el que se retira la credencial a un periodista por incumplimiento de una Instrucción de la Presidencia del Congreso sobre información gráfica en la Cámara de 28.12.2011. Al efecto, el ATS literalmente determina que: «1.º) Ha lugar a la medida cautelar urgente solicitada por el recurrente al amparo del artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción, quedando suspendida la eficacia del acto administrativo impugnado».

En efecto, nos dice el Diccionario de la Real Academia Española que «administrar», en su primera acepción es «gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan». Y en la segunda supone «dirigir una institución». Ambos significados son coherentes con la inclusión dentro de la noción de administrar de las actividades encaminadas a ordenar internamente aquello que se administra y a sancionar el incumplimiento del orden así establecido. Precisamente, por eso, entre las actuaciones que llevan a cabo las Administraciones Públicas figura la consistente en establecer límites y la de prever sanciones para quienes los incumplan. Basta con recordar a este respecto... que la potestad sancionadora se cuenta entre los instrumentos que les confiere el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de sus cometidos. Por otro lado, es significativo que la Instrucción que se ha aplicado se apoye en los poderes administrativos y de policía que el artículo 72.3 de la Constitución atribuye a quienes presiden las cámaras que componen las Cortes Generales y que el artículo 31.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados encomienda a la Mesa la adopción de cuantas decisiones y medidas requieran la organización del trabajo y el régimen de gobierno interiores de la Cámara...».

Evidentemente esta interpretación de «administración» del art. 3.1.a) LJ es instrumental, y puede tener un contenido extenso en la medida, que como afirma el Tribunal Supremo, tiene un sentido objetivo y hace referencia a la actividad de administrar. Desde tal perspectiva, no creo, en primer lugar, que nadie sostenga que la actividad de las Juntas Generales de «administrar», por el hecho de que no se contenga en la disposición adicional primera de la Ley 29/1998, no esté sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuestión distinta es llegar a determinar cuál es el alcance preciso del término «administrar» para las Juntas Generales. Pero, a mi juicio, podría llegar a abarcar el control jurisdiccional contencioso-administrativo, de todas las potestades de resolución que en los expedientes administrativos nuestro ordenamiento jurídico atribuye a las Juntas Generales (6).

(6) Por ejemplo, sin ninguna referencia a la entonces vigente disposición adicional primera de la Ley 29/1998, la Sentencia del TSJPV 39/2004, de 19 enero, JUR\2004\111027, juzga la legalidad del Acuerdo de las Juntas Generales de Bizkaia de 29 de Mayo de 2.000, por el que se aprobó «la corrección de enclaves territoriales localizados en distintas zonas de Bizkaia y modificación de límites de términos municipales entre Markina-Xemein y Etxebarria», en aplicación de lo dispuesto en el art. 57 de la Norma Foral 8/1993. La Sentencia desestima la pretensión que se centra en el reconocimiento de la existencia de los enclaves de Gerrika, Aldape y Antzamendi, pero no hay razonamiento alguno sobre su inadmisibilidad porque se trate de un Acuerdo de Juntas Generales que no se dicta ni en materia de personal o gestión patrimonial.

Lo mismo sucede con la STSJPV 907/2004, de 30 noviembre, JUR\2005\39540, en la que se recurre según lo expuesto en su FD.º 1.º, «la desestimación presunta del recurso de reposición formulado por el Ayuntamiento de Elorrio frente al Acuerdo dictado el 11 de octubre de 2001 por las Juntas

Además, en relación con los órganos constitucionales legislativos citados en el art. 1.3.a) LJ, hay que recordar que el art. 42 LOTC prevé expresamente que: «Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes». Ahora bien, *mutatis mutandi*, idénticas decisiones e idénticos actos de las Juntas Generales, ¿podrían ser recurridos directamente en amparo? Creo que la respuesta negativa se impone, lo que no puede excluir el control constitucional vía amparo de tales actos, siempre y cuando de forma previa se haya agotado la vía del control contencioso-administrativo.

Es decir, que el control constitucional previsto en el art. 42 LOTC es complementario del control contencioso articulado en el art. 1.3.a) LJ para «los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público» que provengan del Congreso, del Senado, o de las Asambleas Legislativas de las CCAA; pero entre estas últimas no se encuentran las Juntas Generales de los Territorios Históricos(7).

Generales de Vizcaya que aprobaba la corrección de los enclaves territoriales localizados en distintas zonas de Vizcaya, fase II, publicado en el *Boletín Oficial de Vizcaya* n.º 232 de 4 de diciembre de 2001».

Sin embargo, la reciente STSJVP 197/2019, de 9 de julio, JUR/2019/280556, al juzgar el Acuerdo de 14.12.2017 de las Juntas Generales de Bizkaia por la que se aprobaba la supresión del enclave de San Antonio, con su integración en Busturia, frente a la impugnación del Ayuntamiento de Sukarrieta, señala que (FJ 2): «la competencia que el artículo 57 de la Norma Foral 8/1993, asignó a las mismas Juntas Generales para la «aprobación» de la propuesta a ellas elevada por la Diputación Foral vizcaína en materia de supresión de enclaves, merece un justificado tratamiento de totalidad susceptible de aprobación o rechazo global, y no así, —como con pleno rigor se expresa y desarrolla—, de ejercicio de potestades administrativas resolutorias plenas, revisoras y de enmienda, corrección, modificación o reposición de las actuaciones antecedentes ante la institución foral ejecutiva, todo ello en la línea de analogía con lo que en el ámbito legislativo representarían las leyes «de artículo único» aun cuando no sea tal el rango de la actuación adoptada. Añadimos por nuestra parte que no puede obviarse tampoco que esa estructura decisoria es también característica común de la figura administrativa de las «propuestas», muchas veces definidas, dentro de su variedad, como actos administrativos complejos para cuya perfección concurren dos voluntades, consistiendo la propuesta, «en la iniciativa o impulso que un órgano *ad hoc*, eleva (...) a otro superior, cuyo contenido es una indicación o sugerencia respecto de una decisión que debe adoptar el receptor», tal como lo definía, por ejemplo, la STS. de 16 de Enero de 1.990 (Ar. 7.477)»...(FJ 3.º) «El acuerdo impugnado no está sujeto a Derecho administrativo, sino a la rama del derecho público que rige los *interna corporis* acta de dicha institución foral representativa, —D.A 1.º de la Ley 40/2015 y DA 1.º de la LJCA—, por lo que la motivación de sus actuaciones, aun expresable en exposiciones o preámbulos, no se asimila a la de los actos y resoluciones administrativas de acuerdo con las leyes de procedimiento administrativo común».

(7) Con claridad, a este propósito la STSJVP 645/2011, de 27 de julio, RJCA/2012/439, (FJ 3.º), señala, ante las alegaciones de las Juntas Generales de Gipuzkoa, que: «una cosa es que las Diputaciones Forales, o, por mejor decir, el Territorio Histórico pueda ser configurado como institución

En consecuencia, ¿puede defenderse que los actos o decisiones de las Juntas Generales «que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional» nunca puedan recurrirse en amparo, porque previamente si no están dictados en materia de personal y gestión patrimonial no cabe controlarlos en vía contencioso-administrativa? A mi juicio, la defensa de tal tesis adolece de una visión muy limitada del ordenamiento jurídico, porque no tendría en cuenta el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos que ampara el art. 24.1 CE. Y lógicamente, la interpretación de la disposición adicional 1.^a que defienda, *sensu stricto*, que no corresponde al orden jurisdiccional contencioso más que el control de «los actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial sujetos al derecho público», sería a mi juicio inconstitucional por vulneración de los principios y derechos consagrados en los arts. 9, 24 y 106 CE (8).

a medio camino entre la Administración Autónoma y las Entidades Locales, y otra diferente es que sobre la sola base del régimen jurídico en que sustentan las codemandadas su pretensión de inadmisibilidad, pueda concluirse en la equiparación del Territorio Histórico a una Comunidad Autónoma uniprovincial y ello pese al importante refuerzo de lo que se denomina como «foralidad» que ha supuesto la modificación de la L.O. 2/1979 del Tribunal Constitucional mediante la L.O. 1/2010 de 20 de febrero. Efectivamente, si bien el Legislador dice en la Exposición de Motivos de la precitada Ley Orgánica que los derechos históricos de los Territorios Forales no son, en su aspecto esencial al menos, cuestión de mera legalidad ordinaria, sino una cuestión constitucional, ni siquiera allí se predica de los Territorios Históricos, la titularidad de potestad legislativa propiamente dicha... Y es que dicha importantísima reforma no contradice en realidad la esencia del modelo de organización territorial que se dibuja en el Texto Constitucional ni en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, cuando, como se ha dicho por esta Sala en algunas ocasiones, Sentencias de 25 de junio de 2008 de la sec. 2.^a y 17 de abril de 2009 de la sec. 1.^a, entre otras, en el ámbito territorial del País Vasco el que ejerce la potestad legislativa, *ex* artículo 25 del Estatuto de Autonomía, es, solo y exclusivamente, el Parlamento Vasco... Tal vez por ello, porque el instituto de la Foralidad, pese a su peculiaridad y cualificación que la hace no formar parte del nivel organizativo territorial local o provincial, sigue careciendo en realidad de autonomía política, es por lo que no se ha llegado a coronar la ascensión pretendida por las codemandadas en sus alegaciones, mediante la reforma del artículo 42 de la LOTC, precepto que no incluye expresamente a las Juntas Generales de los Territorios Históricos».

(8) A este propósito la importante STS 1321/2016, de 7 de junio, RJ\2016\4143, indica —en su FJ 7.º— que «la contextualización de la disposición adicional primera de la LJCA debe hacerse por referencia a la CE y a la LOTC. Por cuanto la mención de asuntos de personal y de gestión patrimonial se explica de modo expreso en la propia norma por la analogía de este órgano representativo —las Juntas Generales—, con una Asamblea parlamentaria, pero debe tener en cuenta la peculiaridad derivada de que las actuaciones de tales Juntas Generales, contra lo que sucede con las Cortes o las actuaciones de las Asambleas legislativas de las CCAA no están en ningún caso sometidas al control del Tribunal Constitucional (a salvo lo previsto en disposición adicional quinta de la LOTC respecto de las Normas Forales fiscales). Sin embargo, el artículo 42 de la LOTC sí atribuye al Tribunal Constitucional el control del respeto (a la CE, dada la función de tal Tribunal) de «las decisiones y actos sin valor de ley que emanen de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las CCAA o de cualquiera de sus órganos» (*vid.* la STC 242/2006, de 24 de julio de 2006, sobre Acuerdos de la Mesa del Parlamento Vasco que inadmitieron a trámite una proposición de Ley sobre modificación de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de la Comunidad Autónoma)...». Además, en relación con los actos de las Juntas Generales de los Territorios Históricos señala que: «Los artículos 9.1, 106 y 24 de la CE, no admiten para los poderes

Téngase, además, en cuenta que material y formalmente se defiende que las Juntas Generales no son Administración(9). Sin embargo, desde la perspectiva de la aplicación del 20.a) LJ(10), la STS de 20.05.2013(11) las considera —a instancia de la propia representación de las Juntas Generales— como Administración Pública, y en tal sentido se entiende (FD.º 2.º) que «el derecho de los junteros *ex* artículo 23.2 de la Constitución se agota en el ejercicio del cargo en el seno de la institución foral conforme a las normas que regulan su estatuto...». Y, por consiguiente, no se admite «su legitimación para impugnar los acuerdos o las normas forales a cuya aprobación se hayan opuesto, salvo que, como reza el artículo 20.a) de la Ley 29/1998, la ley reguladora de ese estatuto así expresamente lo reconozca...».

Igualmente desde la perspectiva del requerimiento previo que regula el art. 44 LJ, en los litigios entre Administraciones Públicas(12), hay Sentencias, como la del Tribunal Supremo de 02.12.2008(13) o la STS-JPV 907/2004, de 30 de noviembre, que la admiten, e incluso esta última de modo expreso indica que «la Sala, con criterio constante reflejado en múltiples recursos, ha estimado que es correcto y produce los efectos suspensivos establecidos por el art. 44 de la LJ el efectuar aquel requerimiento cuando de Acuerdos de las Juntas Generales se trata»(14).

Sin embargo, la STS de 09.12.2009(15) estima el recurso de casación y concluye que en la instancia la interposición del recurso fue extemporá-

públicos espacios libres de control, salvo que la naturaleza peculiar del acto determine que estamos ante un «acto político» en sus diversas manifestaciones... la dicción literal de la disposición adicional primera de la LJCA debe ponerse en relación con la naturaleza peculiar de estas Instituciones, pero siempre en el contexto determinado por los artículos 9, 24 y 106 de la CE, y de toda la jurisprudencia, que impone una interpretación restrictiva de los supuestos en los cuales la actividad de los poderes públicos se ejerce al margen de todo control, bien del Tribunal constitucional, bien de los Tribunales de Justicia...».

(9) Véase, por ejemplo, además de la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley 29/1998, la disposición adicional primera de la Ley 40/2015, cuando dispone que: «En la Comunidad Autónoma del País Vasco, a efectos de lo dispuesto en el artículo segundo, se entenderá por Administraciones Públicas las Diputaciones Forales y las Administraciones institucionales de ellas dependientes o vinculadas».

(10) «No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública: a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente».

(11) RJ 2013\4685

(12) Art. 44.1 LJ. «En los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada».

(13) RJ\2008\8050

(14) FD.º 2.º, JUR\2005\39540

(15) RJ\2010\2096

nea, al haberse instado de forma previa el requerimiento del art. 44.1 LJ a las Juntas Generales, que carecen del carácter de Administración Pública «cuando actúan su potestad normativa regulando el régimen tributario, aunque sus normas forales sean susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por lo que no cabe requerirlas, de conformidad a lo establecido en el art. 44, sino sólo recurrir en el plazo de dos meses desde la publicación de las mismas...».

Otras Sentencias admiten, por ejemplo, el ejercicio de responsabilidad patrimonial frente a acuerdos de las Juntas Generales (16), o incluso la revisión de sus actos y normas en aplicación de la legislación de procedimiento administrativo o tributario (17). Ahora bien, sin necesidad de abordar ahora sus contenidos, en tal contexto, se puede responder a las dos cuestiones pendientes teniendo en cuenta la dicción literal de la disposición adicional 1.^a de la Ley 29/1998, cuando aparentemente solo hace referencia a «los actos y disposiciones de personal y gestión patrimonial» de las Juntas Generales. En consecuencia, cabe preguntarse si pueden excluirse del control jurisdiccional contencioso administrativo, a *sensu contrario*: 1) las disposiciones de las Juntas Generales que no sean de personal y gestión patrimonial; 2) los actos de las Juntas Generales que no sean de personal y gestión patrimonial.

Respecto a la búsqueda de respuesta a la primera cuestión parece difícil que, a pesar de la dicción literal de la disposición adicional 1.^a de la Ley 29/1998, alguien pueda sostener que las disposiciones aprobadas por las Juntas Generales, que no sean de personal y gestión patrimonial, no puedan controlarse en vía contenciosa, porque las Juntas Generales no aprueban normas con valor de ley; y nadie niega en los términos que se han indicado ya en este trabajo, que las Normas Forales son disposicio-

(16) La STSJPV 442/2008, de 25 junio, JUR\2008\390590, estima parcialmente el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Mesa de 17.01.2002 de las Juntas Generales de Bizkaia por el que se inadmitía la reclamación de responsabilidad patrimonial, y la condena a pagar una indemnización al recurrente de 27.507,04€, «más el interés legal desde la fecha de la reclamación en vía administrativa hasta la fecha de esta sentencia, y los intereses legales conforme a lo previsto en el art. 106 de la LJCA por la Administración demandada...».

(17) Por ejemplo, la STS de 20.12.2004, RJ 2005\652, en su FD.º 5.º, señala que «con independencia de lo que ya se ha señalado en relación con la Disposición Adicional decimosexta introducida por la Ley 4/1999 que excluye, a los efectos de dicha LRJ-PAC, la consideración de Administración Pública para las Juntas Generales, salvo cuando se trate de actos y disposiciones en materia de personal y gestión patrimonial, es lo cierto que el Tribunal de instancia, contemplando la versión originaria y la versión reformada de la Ley, lo que entiende es que a las disposiciones generales les era aplicable el régimen de nulidad y la revisión de oficio previsto para los actos administrativos en los artículos 47 y 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo y en los artículos 62 y 102 de la Ley 30/1992. Pero, también de forma adecuada, establece una importante diferencia o singularidad: que tratándose de disposiciones generales no existe la acción de nulidad a instancia de parte, como ocurre respecto de los actos nulos, sino que queda claro que respecto a aquéllas la revisión de oficio «corresponde exclusivamente a la Administración», lógicamente, autora de la norma que se revisa».

nes de valor reglamentario sujetas al control jurisdiccional contencioso-administrativo, salvo en todo lo concerniente a lo regulado en la disposición adicional 5.ª de la LOTC, ya expuesto *supra*.

Sin embargo, respecto a la segunda cuestión, con fundamento en la disposición adicional 1.ª de la Ley 29/1998, sí se pueden encontrar Sentencias del TSJPV, como por ejemplo la 223/2014, de 30 de noviembre(18), que sostienen que el control jurisdiccional de los actos de las Juntas Generales, en el ámbito contencioso administrativo, se limita a los actos que sean de personal y gestión patrimonial, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª, apartado 1, de la Ley 29/1998. Así literalmente se indica que (FD.º 3.º, 4.º y 5.º):

«El examen de esa cuestión requiere atender a los propios límites establecidos por la ley al control de los actos de las Juntas Generales de los Territorios Históricos antes que a las categorías de acto político vs. acto administrativo. Así es que la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de las Juntas Generales de los Territorios Históricos no viene delimitada en razón a la naturaleza de esos actos; sino “positivamente” en razón al ámbito de la actuación o a su materia (disposición adicional 1.ª en relación al artículo 1.º. 3 a de la Ley Jurisdiccional).

De forma paralela y en lo que se refiere a los actos del Gobierno, Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas el artículo 2.º a) de la Ley Jurisdiccional, de aplicación a las Diputaciones Forales por virtud de la D.A. 1.ª dice “cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. Así, el legislador procesal ha superado la distinción entre las categorías de acto político y acto administrativo al fijar los límites del control jurisdiccional respecto a los actos producidos por los órganos legislativos o ejecutivos, u otros que no tienen la consideración a esos mismos efectos de Administración Pública, de conformidad con el artículo 1.º-2 de la LJCA. No es necesario, por lo tanto, dilucidar cuál sea la verdadera naturaleza de la resolución recurrida, si puramente política o restringida al ámbito parlamentario y de relaciones “internas” entre las Juntas Generales y la Diputación o de naturaleza administrativa, sino determinar el ámbito o materia propio de las declaraciones que integran el contenido de aquella actuación.

(18) JUR\2014\233036.

Como decimos la competencia de esta Jurisdicción para conocer del recurso contra un acto de las Juntas Generales de los Territorios Históricos se determina *ratione materiae*, esto es, en los asuntos de personal y gestión patrimonial, no en vano esos órganos tienen la consideración de Administración Pública solo cuando actúan en dichos ámbitos, de conformidad con la disposición adicional 16.ª de la Ley 30/1992.

No es, pues, que las actuaciones de las Juntas Generales o de los otros órganos incluidos en el artículo 1.º-3 a) de la LJCA que no se contraigan a las materias señaladas por ese precepto no estén sujetos al Derecho Público o Administrativo sino que en ese segundo caso no están sometidos al control de este orden jurisdiccional.

La parte recurrente utiliza la categoría de “actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho administrativo” que es también la utilizada por el artículo 9-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial al delimitar la competencia de este orden jurisdiccional y por el artículo 1.º-1 de la Ley Jurisdiccional.

Ahora bien, cuando se trata de órganos como las Juntas Generales de los Territorios Históricos que no tienen *per se* y tampoco a los efectos previstos por el artículo 1.º-1 de la Ley Jurisdiccional la condición de Administraciones Públicas, *idem*, a los efectos generales previstos por la Ley 30/1992, según los artículos 1.º-2 y 2, respectivamente, de esas leyes hay que atender, dentro de la delimitación genérica que hace el artículo 9-4 de la LOPJ, a lo dispuesto a los mismos efectos por la Ley Jurisdiccional en razón a la naturaleza de los órganos no comprendidos en el concepto de Administración Pública y aun así sometidos al control de este orden jurisdiccional con el alcance concreto determinado por esa norma.

A esos mismos efectos no puede confundirse el régimen de los actos con el de las disposiciones (*sic*) de las Juntas Generales, porque el control de los primeros se determina positivamente mientras que el de los segundos se determina de forma negativa, esto es, con exclusión de los recursos directos o indirectos contra las Normas Forales en materia fiscal (artículo 9-4 de la LOPJ) (19)...

(19) Desde la literalidad del párrafo transcrito, las dificultades para su comprensión parecen manifiestas, desde lo dispuesto tanto para actos como disposiciones de las Juntas Generales en la disposición adicional 1.ª de la Ley 29/1998. No obstante, por si sirve de ayuda recuérdese que el art. 9.4 LOPJ dispone que los Juzgados y Tribunales «del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley... También conocerán de

El caso es que la resolución recurrida se ha dictado sobre materia (el uso de la bandera de España) que, evidente e indiscutiblemente, ni es de personal ni atañe a la administración o gestión de los bienes pertenecientes al patrimonio de las Administraciones Públicas. Ni la recurrente sostiene lo contrario ni podría sostenerse sin innovar conceptos jurídicos determinados, desvirtuando su propia naturaleza, como el de “gestión patrimonial” (Vid. los títulos IV y V de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre)(20).

... ni el carácter parlamentario del acto serían obstáculos a su discutido control en esta sede, si excediendo del valor propio de una simple declaración de intenciones o de la manifestación de una discrepancia con el ordenamiento y su aplicación por los órganos gubernativos y judiciales competentes tuviera la virtualidad de producir efectos jurídicos en ámbitos externos al “Parlamento Foral” en materia bien de personal bien de gestión patrimonial. Pero a falta de ese *prius* resulta ocioso dilucidar el verdadero alcance de la resolución recurrida, si de opinión e iniciativa política en ejer-

los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho. Quedan excluidos de su conocimiento los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su Ley Orgánica».

(20) En el voto particular a la Sentencia, suscrito por el Magistrado J.A. González Saiz, afirma que: «Estimo que bajo el concepto de actos de administración y gestión patrimonial debe tener cabida la resolución impugnada y ello, como vamos a ver, porque dicho concepto no puede entenderse limitado a aquellas actuaciones previstas por la Ley 33-2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas y otras concordantes en las que se regula el patrimonio de las distintas personas jurídico públicas sino que va más allá y comprende todas aquellas actuaciones que, ajenas a las propias y estrictamente políticas están sometidas al derecho público y afectan a sus bienes o a su personal... la expresión “gestión o administración patrimonial”, en aras a la satisfacción del interés superior, general, de sometimiento de todos los Poderes Públicos al Ordenamiento Jurídico y reducción de los espacios de poder inmunes al control de legalidad jurisdiccional, debe incluir todos aquellos supuestos —que afecten a los bienes— en los que no estemos ante una genuina actuación de poder político, expresión esta que se reduciría a las actuaciones materializadas en los procedimientos de elaboración normativa y a aquellas otras que le corresponden para intervenir en la vida pública como sujeto político, esto es, las derivadas de su condición de depositario de la voluntad popular, lógicamente, dentro de los cauces legales».

Sin embargo, la posterior STS 1321/2016, de 7 de junio, RJ2016\4143, cuando se pronuncia a este propósito en su FJ.º 8.º dice que: «No podemos compartir, sin embargo, el voto particular emitido frente a la sentencia recurrida, al menos cuando razona que es posible entender que el acto recurrido está dentro de las funciones de gestión patrimonial de las Juntas Generales, cuyo control está expresamente atribuido al orden contencioso por la disposición adicional primera de la LJCA, puesto que se proyecta precisamente sobre la simbología que ostentarán los inmuebles que gestionan las Instituciones forales. Consideramos que la resolución recurrida no es estrictamente incontrolable en los denominados actos de gestión patrimonial, pues como se desprende de lo que venimos diciendo es claro que excede de ese limitado ámbito».

cicio de los poderes de representación e impulso de la acción de gobierno propios de la Cámara Foral o si de un acto de esa naturaleza y a la vez generador de efectos jurídicos *ad extra*.

Y, en conclusión, la Jurisdicción de este Tribunal no puede ampararse, sin más, en la cláusula general de control de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106-1 de la CE) invocada por la recurrente sino que ha de atender, a su vez, a las reglas legales que configuran los límites de la potestad jurisdiccional respecto de actos emanados de órganos o instituciones no comprendidos en el concepto constitucional de Administración Pública y que no pueden aplicarse de forma extensiva so pena de vulnerar la autonomía de esos órganos, también amparada por la Constitución, en lo que hace al caso, la disposición adicional 1.^a y en su conjunto por el bloque de constitucionalidad constituido por esa norma suprema, el Estatuto de Autonomía del País Vasco (artículo 24) y la Ley 27/1983 de relaciones entre las instituciones comunes de la C.A. del País Vasco y los órganos forales de sus territorios históricos.

La recurrente no puede eludir, y menos este Tribunal, los límites establecidos por el artículo 1.º-3 a) de la LJCA al ejercicio de sus competencias so capa de la no-inmunidad de actuaciones como la recurrida, ya que el control del acto o de cualquier otro del mismo órgano no puede ejercerse sino de conformidad con los mecanismos y dentro de los límites establecidos por las leyes. En caso contrario, se produciría una intromisión “odiosa”, contraria a la Constitución, del Tribunal en el ejercicio de las funciones de las Juntas Generales (artículo 117-3 de la CE).

Fuera de esos límites o supuestos habilitantes del ejercicio de su función la actuación del Tribunal deviene nula *in radice* (artículo 238-1.º de la LOPJ), reproches *ad hoc*, por la vulneración del principio de separación de poderes. Por otra parte, y finalmente, no pueden compartirse los supuestos legales y doctrinales expuestos por la recurrente en demanda como razón del carácter administrativo ergo la fiscalización del acto recurrido en esta instancia. Y es que donde la normativa de régimen local y la jurisprudencia dicen “entidad local” o, en su caso, Diputaciones Forales no puede ponerse “Juntas Generales” sin alterar las premisas básicas de la proposición y, consiguientemente, su propia formulación...»

Pues bien, de todo ello se observa que la fuerza motriz del razonamiento jurídico del TSJ radica en que el control jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o acuerdos de las Juntas Generales se reduce siempre, por razón de la materia, a «personal y gestión patrimonial», materias en las que exclusivamente las Juntas Generales actuarían como Administración Pública, sujeta al Derecho Administrativo. Por lo que, en consecuencia, desde tal perspectiva, la obligación del TSJ es declarar la inadmisibilidad por falta de jurisdicción (art. 69.a LJ) en todos los recursos que se interpongan frente a actos de las Juntas Generales que no sean de personal y gestión patrimonial. Y de ello forzosamente se concluye que todas las Sentencias del propio TSJPV que han juzgado actos y acuerdos aprobados por las Juntas Generales —a excepción de los que se enmarquen en materia de personal y gestión patrimonial— incurrirían en nulidad en aplicación del art. 238.1 LOPJ, a partir de la entrada en vigor de la disposición adicional 1.^a de la Ley 29/1998.

Todo este razonamiento, desde el punto de vista jurídico, no parece muy acertado, ni acorde con el principio de legalidad y seguridad jurídica. Hace ya más de veinte años que está vigente la disposición adicional 1.^a de la Ley 29/1998 (21), y examinando la práctica jurisprudencial difícilmente puede aceptarse que puedan existir actos o acuerdos de las Juntas Generales, con efectos jurídicos concretos y reales sin control jurisdiccional alguno, al amparo de una malentendida foralidad o actuación parlamentaria, distinta a la administrativa. Y por ello mismo, la STS 1321/2016, de 7 de junio (22), casa la Sentencia 223/2014 dictada por el TSJPV, que juzgaba que los acuerdos o actos de las Juntas Generales que no fuesen de personal y gestión patrimonial, no podían ser controlados por la jurisdicción contenciosa-administrativa; y establece como doctrina firme e irrevocable, respecto a todos los actos —y acuerdos (no políticos)— de las Juntas Generales el control jurisdiccional contencioso-administrativo, porque (FJ 7.^o):

«Los artículos 9.1, 106 y 24 de la CE, no admiten para los poderes públicos espacios libres de control, salvo que la naturaleza peculiar del acto determine que estamos ante un “acto político” en sus diversas manifestaciones... la dicción literal de la disposición adicional primera de la LJCA debe

(21) Justamente en los comentarios, artículo por artículo, a la Ley 29/1998 publicados en el n.º 100 de REDA, Madrid 1999, *vid.* el correspondiente a la disposición adicional primera de AGIRREAZKUE-NAGA, I., págs. 921-929; donde, en relación con su primer número, se indicaba que «no introduce novedades de fondo» (pese a las apariencias), «y por lo tanto su virtualidad formal se reduce a reconocer en la legislación estatal la existencia de un órgano ejecutivo en los territorios forales —Diputación— junto con un órgano de naturaleza parlamentaria —Juntas Generales—» (pág. 925).

(22) RJ\2016\4143. Ponente D. Ángel Arozamena Laso.

ponerse en relación con la naturaleza peculiar de estas Instituciones, pero siempre en el contexto determinado por los artículos 9, 24 y 106 de la CE, y de toda la jurisprudencia, que impone una interpretación restrictiva de los supuestos en los cuales la actividad de los poderes públicos se ejerce al margen de todo control, bien del Tribunal constitucional, bien de los Tribunales de Justicia... La jurisprudencia post-constitucional de este Alto Tribunal ha apreciado el carácter o naturaleza política, en orden al enjuiciamiento de legalidad, respecto de determinados actos del Gobierno y de órganos parlamentarios. La existencia de tales actos debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en virtud de lo establecido en los artículos 9.1 y 24 de la Constitución... hay que hacer una interpretación integradora de la disposición adicional primera de la LJCA, en razón de su objeto y finalidad. Por supuesto, están sujetos al control del orden contencioso los actos de gestión patrimonial y personal de las Juntas Generales. Pero, en cuanto al resto de sus decisiones y actos sin valor normativo, lo lógico y razonable no es entender que tienen un margen de arbitrio mayor que el de las Cortes o las Asambleas de las CCAA (como hace la sentencia de instancia), sino entender que el ordenamiento jurídico (que excluye parcelas exentas de control alguno) atribuye al orden contencioso su control...».

En conclusión, los actos y acuerdos de las Juntas Generales «productores de «efectos jurídicos concretos y reales» y, por tanto, con «naturaleza jurídica» bien administrativa o parlamentaria (23), «son

(23) En principio todos los actos o acuerdos que aprueben las Juntas Generales se pueden denominar parlamentarios, tomando como referencia el órgano que los aprueba. Sin embargo, si se examina cómo se caracterizan los actos parlamentarios se percibe que su conceptualización calca —o es idéntica— a la que damos de acto administrativo. Así, por ejemplo, en las contadas ocasiones en que ha sido objeto de análisis, por ejemplo por N. PÉREZ SERRANO, define el acto parlamentario «como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por el Parlamento, por una de sus Cámaras o por los órganos de éstas en el ejercicio de una potestad constitucional o reglamentaria» («Hacia una teoría de los actos parlamentarios», *Revista de Derecho Político*, n.º 9, 1981, pág. 74). En igual sentido puede verse el trabajo de P. BILGLINO («Algunas consideraciones acerca de la eficacia de los actos parlamentarios», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 1, pág. 45). Sin embargo, un acto parlamentario de las Juntas Generales o de la Mesa del Congreso de los Diputados, puede ser a la vez calificado como acto administrativo, en el momento de su control por la jurisdicción contencioso-administrativa, como así lo hace, por ejemplo, el Auto del TS de 18.07.2019, como se ha indicado supra en la nota n.º 5 de este trabajo.

Igualmente, si se piensa que las Juntas Generales pueden llevar a cabo la revisión de oficio de sus actos o de sus disposiciones normativas, en la tramitación de su procedimiento claramente actúan formalmente mediante actos parlamentarios, que materialmente son administrativos, en la medida

susceptibles de control jurisdiccional». Y para descartar el control de los actos políticos «lo decisivo es que no cause efectos jurídicos.» Por consiguiente, todos los actos, decisiones o acuerdos —llámense parlamentarios o administrativos— de las Juntas Generales de los Territorios Históricos, que causen efectos jurídicos, están sujetos al control jurisdiccional contencioso-administrativo. Y de igual forma y modo, todas las disposiciones que aprueben los distintos órganos de las Juntas Generales, sean de personal y gestión patrimonial, o afecten a cualquier otra materia serán controlables ante la jurisdicción administrativa, aunque en el caso de las Normas Forales fiscales su control será compartido entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional de conformidad con la disposición adicional 5.^a de la LOTC, en los términos interpretativos, ya expuestos, que ha fijado el FJ 3.^o de la STC 118/2016.

Bibliografía y jurisprudencia citadas

Bibliografía

- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «Disposición Adicional Primera. Territorios Históricos y Comisión Arbitral del País Vasco», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 100. Comentarios a la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Madrid 1999, págs. 921-929.
- BIGLINO CAMPOS, M.P., «Algunas consideraciones acerca de la eficacia de los actos parlamentarios», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* n.º 1, 1999, págs. 41-68.
- PÉREZ-SERRANO JAUREGUI, N., «Hacia una teoría de los actos parlamentarios», *Revista de Derecho Político* n.º 9, 1981, págs. 67-85.

que para ello aplican la legislación básica de procedimiento administrativo —tal como lo acredita la STS de 20.12.2004, RJ 2005/652— o el procedimiento de revisión de oficio regulado en la correspondiente Norma Foral tributaria de cada Territorio Histórico.

Por último, si un Acuerdo de Juntas Generales pone fin o resuelve, por ejemplo, el procedimiento de supresión de un enclave municipal, de conformidad con lo regulado en el art. 57 de la Norma Foral 8/1993, de regulación de términos municipales de Bizkaia, tal acto se califique como parlamentario o administrativo, será susceptible de control jurisdiccional contencioso-administrativo. Y como indica la STSJPV 197/2019, de 9 de julio, JUR\2019\280556, (FJ 3.^o) «no puede negarse de raíz que en un procedimiento complejo como el presente (de supresión de un enclave municipal por un Acuerdo de Juntas Generales) resulte en ocasiones viable que se combatan a través del acto definitivo otras actuaciones más o menos cualificadas que lo han integrado en su conjunto, aunque provengan de otros órganos o administraciones —son numerosos los ejemplos, en materias como la urbanística, la de autorizaciones, o la expropiatoria—, y ello incluso si no concierne al órgano decisorio último su depuración por no contar con esas potestades específicas y jerárquicas...».

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 242/2006, de 24 de julio (*BOE* de 18 de agosto).
- STC 118/2016, de 23 de junio (*BOE* de 28 de julio).

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 8256/2004, de 20 de diciembre (RJ 2005\652).
- STS 6564/2008, de 2 de diciembre (RJ\2008\8050).
- STS 8572/2009, de 9 de diciembre (RJ\2010\2096).
- STS 2763/2013, de 20 de mayo (RJ 2013\4685).
- STS 1321/2016, de 7 de junio (RJ\2016\4143).
- ATS 7663/2019, de 18 de julio (Cendoj: 28079130042019200092).
- ATS 8586/2019, de 29 de julio (JUR\2019\242470).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

- STSJPV 39/2004, de 19 enero (JUR\2004\111027).
- STSJPV 907/2004, de 30 noviembre (JUR\2005\39540).
- STSJPV 442/2008, de 25 junio (JUR\2008\390590).
- STSJPV 280/2009 de 17 de abril (JUR 2009\321517).
- STSJPV 645/2011, de 27 de julio (RJCA 2012\439).
- STSJPV 223/2014, de 30 de noviembre (JUR\2014\233036).
- STSJPV 197/2019, de 9 de julio (JUR\2019\280556).



Nuevo pronunciamiento del TJUE sobre la consideración como «órgano jurisdiccional» de los Tribunales Económico-Administrativos

New case on the consideration of 'court or tribunal of a Member State' referred to Spanish Administrative Tax Courts.

ISAAC MERINO JARA

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
isaac.merino@ehu.eus

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.06>

LABURPENA: Justizia Auzitegiak 2000ko martxoaren 21ean emandako epaian —Gabalfrisa, C-110/98tik C-147/98ra arteko gai metatuak— xedatu zuen auzitegi ekonomiko-administratiboek «jurisdikzio-organotzat» hartuak izateko baldintzak betetzen zituztela, arazo prejudizialak aurkezteko ondoreetarako. Hau da, epai horrek ez zituen bere egin Saggio abokatu nagusiaren ondorioak, zeinen arabera prozedura ez baitzen kontraesanezkoa eta auzitegi ekonomiko-administratiboak ez baitziren independenteak. Ostera, Justizia Auzitegiak (Sala Nagusia) 2020ko urtarrilaren 21ean emandako epaian —*Santander Bankua*, C-274/14— zera dio: *auzitegi ekonomiko-administratiboa ez da jurisdikzio-organotzat hartuko, ez delako independentea. Europar Batasunean eta Espainiako barne-zuzenbidean gertatu diren aldaketek funtsatzen dute norabide berria, bai eta jurisprudenziaren bilakaerak ere* —Justizia Auzitegiaren 2018ko otsailaren 27ko epaian laburbildua; Associação Sindical dos Juizes portugueses, C-64/16—.

HITZ GAKOAK: Arazo prejudiziala. Jurisdikzio-organoa. Independentzia. Auzitegi ekonomiko-administratiboak.

ABSTRACT: The Judgment of the Court of Justice of March 21, 2000, Gabalfrisa, accumulated cases C-110/98 to C-147/98, considered that Spanish Administrative Tax Courts fulfilled the requirements to be treated as «courts or tribunals» for the purpose of being able to raise questions for a preliminary ruling, ignoring the conclusions of Advocate General Saggio, who denied the contradictory nature of the procedure and, furthermore, their independence. On the other hand, the recent judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of January 21, 2020, Banco de Santander, C-274/14, refuses to consider the Spanish Administrative Tax Courts as a judicial body, since they are not presumed to be independent. The modification of doctrine is explained by the changes produced both at the level of the European Union and at the level of Spanish domestic law, and, specifically, by the jurisprudential evolution produced at the Court of Justice summarized in its judgment of February 27, 2018, Associação Sindical dos Juizes portugueses, C 64/16.

KEYWORDS: Preliminary ruling. Court or tribunal of a Member State. Independence. Spanish Administrative Tax Courts

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2000, *Gabalfrisa*, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, consideró que los Tribunales económico-administrativos cumplen con los requisitos para ser considerados «órganos jurisdiccionales» a los efectos de poder plantear cuestiones prejudiciales, desoyendo las Conclusiones del Abogado General Saggio, quien negaba el carácter contradictorio del procedimiento y, asimismo, su independencia. En cambio, la reciente sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020, *Banco de Santander*, C-274/14, rechaza considerar al Tribunal Económico Administrativo de órgano jurisdiccional, dado que no es independiente. La modificación producida se explica por los cambios tanto a nivel de la Unión Europea como a nivel del derecho interno español, y, asimismo, por la evolución jurisprudencial producida, que ha sido resumida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes portugueses*, C-64/16.

PALABRAS CLAVE: Cuestión prejudicial. Órgano jurisdiccional. Independencia. Tribunales Económico-Administrativos

Trabajo recibido el 16 de enero de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Allá por 1985 en la XXXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero se dijo: «¿en qué medida la obligatoriedad actual de la vía económico-administrativa contra actos administrativos ejecutivos puede perturbar, aunque no lo vulnere, al mandato constitucional que garantiza el acceso de los ciudadanos a la tutela jurisdiccional?, ¿es conveniente la existencia de hasta cuatro instancias jurisdiccionales o casi jurisdiccionales en el total procedimiento de revisión de una liquidación tributaria, después además de las garantías que rodean la producción del acto en vía de gestión?; y, por último; ¿sería planteable y deseable una jurisdiccionalización mayor o plena de los órganos encargados de conocer las reclamaciones contra actos administrativos de contenido tributario en general a las finanzas públicas?».

Es obvio que la respuesta a todas estas cuestiones puede conducir no sólo a una reorganización sino a una radical transformación de los Tribunales económico-administrativos. La voluntariedad de la vía económico-administrativa para preservar íntegra y escrupulosamente el mandato del artículo 24 de la Constitución frente al tiempo cuyo transcurso exige la revisión en aquella vía limitando en cierto modo el acceso a la jurisdicción propiamente dicha; la limitación de los recursos de alzada en el ámbito económico-administrativo o la jurisdiccionalización de este cauce procesal especializado supondrían una imagen radicalmente distinta de los Tribunales económico-administrativos» (1).

No puede negarse que, desde que se escribieron esas palabras (hace 35 años) hasta ahora, se han introducido cambios en la regulación de los tribunales económico-administrativos; pero, tampoco puede negarse que, a los presentes efectos, ninguno del calado al que dichas preguntas remitían. No han recibido respuesta normativa esas cuestiones. Una y otra vez se reclaman cambios (2), pero no llegan y el debate no se cierra. Es evidente que la reciente sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020, asunto C-274/14, Banco de Santander, contribuirá a que siga abierto.

Aparentemente, el debate estaba cerrado desde hacía tiempo, de manera tal que el legislador español se atrevió a incluir en la Ley General

(1) A. DELGADO PACHECO, «Los tribunales económico-administrativos y la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *La adhesión de España a las Comunidades Europeas: XXXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero*, coord. por Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, pág. 171.

(2) *Vide*, por todos, a título de ejemplo, C. PALAO TABOADA, «*Is the Previous Exhaustion of Administrative Procedures a Necessary Condition to Access Judicial Procedures?*» Ponencia presentada en el Congreso de la European Association of Tax Law Professors (EATLP) celebrado en mayo de 2019 en la Universidad Carlos III que se publicará por la editora del International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) a lo largo de este año 2020.

Tributaria de 2004 (en lo sucesivo, LGT), mediante la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, un nuevo apartado a su artículo 237 del siguiente tenor:

«3. Reglamentariamente (3) se desarrollará el procedimiento para plantear cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuando el planteamiento de la cuestión prejudicial no haya sido solicitado por los interesados en la reclamación o recurso económico-administrativo, con carácter previo a que el mismo se produzca se concederá un plazo de quince días a los interesados para que formulen alegaciones en relación exclusivamente con la oportunidad de dicho planteamiento.

En todo caso, el Tribunal antes de plantear la cuestión prejudicial concederá un plazo de quince días a la Administración Tributaria autora del acto para que formule alegaciones.

Cuando se hubiese planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de acuerdo con lo previsto en los párrafos anteriores, se suspenderá el procedimiento económico-administrativo desde su planteamiento y hasta que se reciba la resolución que resuelva la cuestión prejudicial. Asimismo, procederá la suspensión del curso de aquellos procedimientos económico-administrativos para cuya resolución sea preciso conocer el resultado de la cuestión prejudicial planteada. Dicha suspensión se comunicará a los interesados en el procedimiento económico-administrativo y la misma determinará la suspensión del cómputo del plazo de prescripción de los derechos a que se refiere el artículo 66 de esta Ley, cómputo que continuará una vez se reciba en el órgano económico-administrativo competente la resolución de la cuestión planteada».

En el *Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria* de 9 de abril de 2015 (número de expediente: 130/2015) se dijo, en relación con el hecho de que se añadiera de forma expresa dicho apartado, que «si bien esta regla deriva de lo decidido al efecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia Ga-

(3) Mentado desarrollo reglamentario se ha producido, con efectos 1 de enero de 2018, a través del apartado trece del artículo único del R.D. 1073/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el R.D. 520/2005, de 13 de mayo, que ha introducido en dicho Reglamento el artículo 58 bis («Cuestión prejudicial»).

balfrisa (STJCE de 21 de marzo de 2000, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, apartados 33 a 41), que consideró a un tribunal económico-administrativo regional como un órgano jurisdiccional a efectos de planteamiento de la cuestión prejudicial, su inclusión no deja de plantear algún problema, de ahí que sugiera que no se incluya tal nuevo apartado, «puesto que siendo un concepto propio del Derecho de la Unión y jurisprudencial del TJUE resulta desaconsejable su regulación dado que puede ser fuente confusiones o interpretaciones contradictorias», resaltando acto seguido «que este reconocimiento puede variar si se llegara a modificar sustancialmente la normativa reguladora, de manera que no se cumplieran los criterios jurisprudenciales enunciados», advirtiendo, para concluir, que «en caso de un cambio sustancial normativo, no se subsanaría por el mero hecho de reconocer el Derecho nacional que se pueden plantear cuestiones prejudiciales por los tribunales económico-administrativos».

En las *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (Diario Oficial de la Unión Europea de 8.11.2019, C 380/1) se indica que «el Tribunal de Justicia ha interpretado la condición de órgano jurisdiccional como un concepto autónomo del Derecho de la Unión y tiene en cuenta a este respecto un conjunto de factores, como son el origen legal del órgano que le plantea la petición, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación de normas jurídicas por parte de dicho órgano y su independencia» (4).

No siempre, como es bien sabido, todos esos factores han formado parte del concepto de órgano jurisdiccional. Aunque en la Sentencia de 30 de junio de 1966, *Veasen-Gobbels*, C-61/65, se definieron por primera vez los elementos característicos de la naturaleza jurisdiccional de un órgano a los efectos de plantear cuestión prejudicial, lo cierto es que no fue hasta transcurridos más de 10 años cuando se estableció como condición expresa el requisito de la independencia (Sentencia de 11 de junio de 1987, asunto 14/86, *Pretore di Salò*, C- 14/86) (5). Esa referencia a la independencia es muy modesta, lo cual es sorprendente, bastando, a

(4) *Vide* M. CIENFUEGOS MATEO, «Noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos de plantear una cuestión prejudicial», *La cuestión prejudicial europea* (dirs. R. ALONSO GARCÍA y J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, IVAP, Oñati, 2014, págs. 28 y ss.).

(5) En su apartado 7 se dice: «Procede observar que los «pretori» son Jueces que, en un procedimiento como el que ha dado lugar a la presente cuestión prejudicial, acumulan las funciones de Ministerio Fiscal y de Juez de Instrucción. El Tribunal de Justicia es competente para responder a la cuestión prejudicial, ya que ésta procede de un órgano jurisdiccional que ha actuado en el marco general de su misión de juzgar, con independencia y conforme a Derecho, en asuntos sobre los cuales la ley le confiere competencia, incluso si alguna de las funciones que corresponden a dicho órgano jurisdiccional en el procedimiento que ha suscitado la cuestión prejudicial no tienen carácter estrictamente jurisdiccional».

los presentes efectos, con recordar lo expresado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, en su apartado 49, cuyo tenor es el siguiente:

«El concepto de independencia, inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la cualidad de tercero en relación con la autoridad que haya adoptado la decisión recurrida (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 30 de marzo de 1993, Corbiau, C-24/92, Rec. p. I-1277, apartado 15, y de 30 de mayo de 2002, Schmid, C-516/99, Rec. p. I-4573, apartado 36)» (*la negrita es nuestra*).

La evolución ha sido extraordinaria. Como se señala en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, apartado 45, el criterio de la independencia «constituye probablemente el rasgo diferenciador más importante para la delimitación entre un órgano jurisdiccional nacional y una autoridad administrativa».

Desde la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/14, ya no puede plantear cuestiones prejudiciales el TEAC (y, por extensión, los Tribunales Económico Administrativos Regionales); y, las cuestiones ya planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no obtendrán respuesta (6). Hubo un tiempo en que esa posibilidad se admitió expre-

(6) Asuntos C-694/18, C-695/18, C-696/18 y C-697/18, de 7 de noviembre de 2018 relativos a la Radio Televisión Pública de determinadas Comunidades Autónomas y a RTVE. Las cuestiones prejudiciales son las siguientes: «¿Es posible considerar a las entidades como las descritas, junto con los organismos de Derecho público que las constituyen, como sujetos pasivos únicos a los efectos del IVA, tal y como estos se configuran por el artículo 11 de la Directiva 2006/112/CE?»

En caso de que la respuesta a la anterior cuestión sea positiva, ¿habría que considerar que la financiación que reciben dichas entidades procedentes de los organismos de Derecho público que las constituyen en ningún caso se pueda calificar como contraprestación de prestaciones de servicios sujetas al IVA?

En cuanto a la deducción de las cuotas de IVA soportadas por estas entidades, ¿debería ser el sujeto pasivo único el que determine, como tal, el importe deducible, aplicando lo dispuesto por el artículo 168 de la Directiva 2006/112/CE en función de las actividades desarrolladas por el mismo?

En particular, y por lo que se refiere a las actividades de televisión pública, supuesto que las mismas puedan tener una naturaleza dual, y supuesto igualmente que son consideradas, junto con los organismos de Derecho público que participan mayoritariamente en su capital, como sujetos pasivos únicos, ¿habría que considerar como deducible únicamente la parte del IVA soportado que se pueda entender relacionada con su actividad económica?».

Como hemos dicho, el TEAC tendrá que resolver esas cuestiones sin que el Tribunal de Justicia se pronuncie, al menos, en esta fase de revisión administrativa, sin perjuicio de que, en su caso, pudiera llegar a pronunciarse si así lo decidiesen los tribunales de justicia españoles que resulten competentes (Audiencia Nacional, en primera instancia y, Tribunal Supremo, en el marco de un recurso de casación).

samente, sin debate (7); pero, como vamos a ver dentro de poco, la polémica se reflejó en las conclusiones del Abogado General Antonio Saggio presentadas el 7 de octubre de 1999, Gabalfrisa y otros, C-110/98 a C-147/98, que no fueron acogidas por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2000 (8) y se ha vuelto a reproducir recientemente en las Conclusiones del Abogado General Gerard Hogan presentadas el 1 de octubre de 2019, Banco de Santander, C-274/14, que esta vez sí, han sido respaldadas por el Tribunal de Justicia a través de su Sentencia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020.

Como detalla en las Conclusiones Generales de 7 de octubre de 1999 el Abogado General Saggio, a requerimiento expreso del Tribunal de Justicia, las partes reclamantes en el procedimiento principal, la Comisión y el Gobierno español, se pronunciaron sobre esta cuestión, respondiendo todos en ellos en sentido favorable a la consideración del TEAR de Cataluña como órgano jurisdiccional a los efectos que nos ocupan. Mientras las primeras no han aportado motivación alguna en apoyo de su respuesta, la Comisión asume expresamente la respuesta afirmativa formulada por el Tribunal Económico-Administrativo Central en una resolución de 29 de marzo de 1990. En cambio, como igualmente se refleja en las Conclusiones del Abogado General Gerard Hogan presentadas el 1 de octubre de 2019, en sus observaciones la Comisión expresó sus dudas acerca de la independencia del TEAC. Pues bien, mediante resolución de 30 de abril de 2019 el Tribunal de Justicia decidió, en primer lugar, que procedía examinar su propia competencia para responder a las cuestiones prejudiciales del TEAC. El Banco Santander y el Gobierno español sí consideraron al TEAC «órgano jurisdiccional», prueba de lo cual es lo que se recoge en los apartados 21 y 22 de las mencionadas Conclusiones, que son del tenor siguiente:

(7) Tal es el caso de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Económico-Administrativo Central en una resolución de 29 de marzo de 1990, resuelta mediante Sentencia de 1 de abril de 1993, Diversinte y Iberlacta (asuntos acumulados C-260/91 y 261/91). Lo cual no quiere decir que esa solución estuviera exenta de crítica. Y, así, en las Conclusiones del Abogado General Ruíz-Jarabo Colomer, asuntos acumulados C-74/95 y C-129/95, X, presentadas el 18 de junio de 1996, puede leerse en la nota 5 que, en ocasiones, el Tribunal de Justicia ha llegado a admitir el planteamiento de cuestiones prejudiciales por parte de órganos administrativos, de composición dudosamente independiente, cuyas resoluciones eran, además, susceptibles de ser enjuiciadas por verdaderos órganos jurisdiccionales, citando como ejemplo de ello, precisamente, dicha sentencia. *Vide* también del mismo autor, El Juez nacional como Juez comunitario, Madrid, 1993, págs. 81 y ss. quien también plasmó dicha crítica en sus Conclusiones presentadas el 25 de junio de 2009, C-205/08, Alpe Adria Energía, C- 205/08, donde recayó sentencia del Tribunal de Justicia el 10 de diciembre de 2009.

(8) *Vide* A. MARTÍNEZ LAFUENTE, «La cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión Europea», *Fuentes del Ordenamiento jurídico europeo y recurso prejudicial*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2016, págs. 159 y ss.

«21. Banco de Santander señaló que el mandato del presidente y de los vocales del TEAC es de duración indefinida y puede ser vitalicio hasta la jubilación. Además, el hecho de que el presidente y los vocales del TEAC sean nombrados y separados mediante decreto del Consejo de Ministros, que es el máximo órgano colegiado del poder ejecutivo, impide que se produzca cualquier injerencia por parte de la Administración tributaria. Banco de Santander sostiene, asimismo, que la facultad del Gobierno de nombrar, separar o no renovar el mandato de los miembros de un tribunal no afecta por sí misma a su independencia. Asimismo, alega que la facultad de nombrar y separar a los miembros de forma discrecional no es sorprendente, habida cuenta de que se trata de mandatos sin límite temporal. En realidad, las consecuencias de dicha facultad son similares a la facultad de no renovar un mandato cuando este tiene una duración tasada.

22. El Gobierno español indicó que los miembros de los tribunales económico-administrativos son nombrados por tiempo indefinido y no se ven afectados por los cambios en la composición del Gobierno. Así se puede apreciar en el caso del TEAC, en el que los mandatos de sus miembros son largos, llegando a extenderse durante décadas, a pesar de los cambios políticos en las legislaturas de cuatro años. El Gobierno español sostiene, asimismo, que los miembros de los tribunales económico-administrativos están sujetos a las mismas reglas de abstención y recusación que se aplican a los tribunales de lo contencioso-administrativo. Estas reglas están expresamente previstas en la legislación española y se vienen aplicando con normalidad. La independencia de los tribunales económico-administrativos se ve reforzada por el hecho de que los vocales pueden emitir votos particulares».

Lo cierto es que no es la primera vez en la que el Tribunal de Justicia cambia de opinión, aunque no es lo común, naturalmente; no siendo ajeno a ello que no existe un concepto preciso de órgano jurisdiccional⁽⁹⁾.

En ese sentido, aunque en este caso el cambio de criterio obedece a una modificación normativa interna, puede citarse lo ocurrido con la *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland* (Sala Quinta de Recurso de la Dirección regional de Hacienda de Viena, Baja Austria y Burgenland), que planteó una cuestión prejudi-

(9) Por todos, Véase I. SOCA TORRES, «El concepto de «órgano jurisdiccional» en el planteamiento de la cuestión europea», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2017, pág. 532 y ss.

cial en el asunto Schmid, C-516/99, recayendo Sentencia de 30 de mayo de 2002, que declaró que el Tribunal de Justicia no era competente para responder a las cuestiones planteadas. Pero, no obstante, tras la entrada en vigor de la ley austriaca de reforma de las vías de recurso en materia tributaria, como se pone de manifiesto en las Conclusiones del Abogado General Antonio Tizzano presentadas el 15 de enero de 2004, Handlbauer, C-278/02, el Tribunal de Justicia sí se pronunció sobre el fondo, cosa que llevó a cabo mediante la sentencia fechada el 24 de junio de 2004.

Si se quiere que el TEAC vuelva a tener la posibilidad de plantear cuestiones prejudiciales habrá que modificar la legislación española.

En la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020 el cambio normativo también ha resultado fundamental, aunque en este caso más que para facilitar el planteamiento de cuestiones prejudiciales para impedirlo, y ello en un doble sentido:

A) por un lado, como señala el Abogado General Gerard Hogan en el apartado 4 de sus Conclusiones

«El Derecho de la Unión no se ha mantenido inalterado desde que se dictó la sentencia de 21 de marzo de 2000, Galbalfrisa y otros (C-110/98 a C-147/98, EU:C:2000:145). Ahora el artículo 2 TUE establece que la Unión se fundamenta en el valor de respeto del Estado de Derecho. Asimismo, el artículo 19 TUE, apartado 2, dispone que los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia “serán elegidos de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia”. El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, “Carta”) garantiza la tutela judicial efectiva ante un “juez independiente e imparcial”».

B) y, por otro, la normativa interna ha cambiado de manera que la legislación relativa al TEAC, a la sazón vigente, se recoge básicamente en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, mediante el que se aprueba el reglamento de revisión en vía administrativa. Ambas normas a su vez han sido modificadas en diversas ocasiones.

Además, se ha producido un cambio notable en la jurisprudencia, señalándose en este caso, en el apartado 5 de las Conclusiones del Abogado General:

«En consonancia con esta evolución de los Tratados y la Carta, el Tribunal de Justicia ha ido desarrollando una imprecionante línea jurisprudencial relativa a las exigencias de

la independencia judicial. Gran parte de esta reciente jurisprudencia ha sido resumida por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117)».

A todos los requisitos no se les viene dando la misma importancia, vgr. el carácter contradictorio del procedimiento, en ocasiones se ha flexibilizado. No siempre opera sistemáticamente el Tribunal de Justicia. Éste «podrá determinar de oficio y en cualquier momento su competencia, si bien habrá fases procesales que resulten más propicias y adecuadas para ello. En realidad, no verifica sistemáticamente si las instancias estatales promotoras del reenvío poseen la cualidad de jurisdicción en el sentido del artículo 267 del TFUE, sino únicamente en aquellas ocasiones en que tenga dudas, infundadas generalmente por no pertenecer el organismo solicitante a la organización judicial de un Estado» (10). En todo caso, «los órganos jurisdiccionales nacionales solo pueden pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie si ante ellos está pendiente un litigio y si deben adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional» (Sentencia de 31 de mayo de 2005, Syfait, C-53/03). Ha de aclararse que «una cosa es el concepto de “órgano jurisdiccional” en sí mismo considerado, y otra el concreto contexto en el que intervenga» (11). Una cosa es el órgano y otra distinta sus funciones.

Lo que sucede es que, en ocasiones, las dudas se explicitan y, en otras no; o bien, a veces, el análisis se centra en unos requisitos y no en otros.

En cuanto al carácter contradictorio del procedimiento de reclamaciones tributaria, el Abogado General Antonio Saggio en sus Conclusiones presentadas el 7 de octubre de 1999, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa y otros, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, manifiesta en su apartado 14:

«Me parece conveniente precisar a continuación, antes de nada, que, por lo que respecta al procedimiento contradictorio, el propio Tribunal Económico-Administrativo Central reconoce en su resolución citada más arriba que la concurrencia de este requisito “podiera resultar más discutible”, para afir-

(10) I. SOCA TORRES, «El concepto de “órgano jurisdiccional” en el planteamiento de la cuestión europea», *ob. cit.* pág. 559.

(11) R. ALONSO GARCÍA, «La noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», C. FERNÁNDEZ LIESA y E. MENÉNDEZ REXACH (dirs), *Libro homenaje a Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer*, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2011, pág. 154.

mar a continuación que “el artículo 177 del Tratado de Roma no subordina en forma absoluta la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia al carácter contradictorio *stricto sensu* del procedimiento”. No obstante, si bien es cierto que, según algunas decisiones recientes del Tribunal de Justicia, el hecho de que el procedimiento no tenga carácter contradictorio no resulta *per se* decisivo para negar la calificación del órgano jurisdiccional al órgano remitente, no es menos cierto que en los casos en los que el Tribunal de Justicia ha admitido cuestiones prejudiciales planteadas en procedimientos sumarios en los que el demandado no comparece, se ha tenido buen cuidado de compensar dicha laguna con un alto grado de imparcialidad e independencia en el órgano que juzgaba. Me parece en todo caso que el procedimiento ante los Tribunales Económico-Administrativos, tal como está regulado por el RPEA, sólo parcialmente puede calificarse de contradictorio en lo que respecta a los interesados. En realidad, a éstos se les permite que presenten un escrito de alegaciones y pruebas en apoyo de sus tesis (artículo 90 del RPEA), así como que soliciten la celebración de una vista pública (artículo 97 del RPEA), solicitud que sin embargo podrá conceder o denegar discrecionalmente el propio Tribunal sin que el interesado disponga de recurso alguno contra dicha decisión, según prevé expresamente la normativa (artículo 97, apartado 2, del RPEA)».

No comparte la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2000 esas consideraciones, señalando en su apartado 37:

«En cuanto al carácter contradictorio del procedimiento de las reclamaciones tributarias, procede recordar que la exigencia de un procedimiento contradictorio no es un criterio absoluto (sentencia Dorsch Consult, antes citada, apartado 31). En el caso que aquí se analiza, los interesados pueden presentar escritos de alegaciones y pruebas en apoyo de sus pretensiones y solicitar la celebración de vista pública, según lo previsto en los artículos 30 y 32 del Decreto Legislativo 2795/1980 y en los artículos 90 y 97 del Real Decreto 391/1996. Además, según el artículo 17, apartado 2, del Decreto Legislativo 2795/1980 y el artículo 40, apartado 3, del Real Decreto 391/1296, el Tribunal Económico-Administrativo que estime pertinente resolver cuestiones no planteadas por los interesados debe exponerlas a los que estuvieran personados en

el procedimiento y concederles un plazo de quince días para que formulen alegaciones. Dadas estas circunstancias, procede concluir que el procedimiento de las reclamaciones tributarias cumple el requisito de ser un procedimiento contradictorio».

Ello explica que ni en las Conclusiones del Abogado General Gerard Hogan presentadas el 1 de octubre de 2019 ni en la propia Sentencia de 21 de enero de 2020, se aborde el elemento del carácter contradictorio del procedimiento de las reclamaciones tributarias, centrándose tanto aquellas como ésta en el elemento de la independencia, dando por cumplidos los restantes elementos.

Con respecto a dicho elemento hay que recordar la disparidad de criterio en el asunto *Gabalfrisa* y otros entre las Conclusiones del Abogado General y la Sentencia recaída, y la coincidencia de criterio entre unas y otra en el asunto *Banco de Santander*. Ninguna duda cabe que los cambios normativos producidos tanto en el seno de la propia Unión Europea como en España, unidos a la evolución jurisprudencial han inclinado la balanza en favor de considerar que el Tribunal Económico Administrativo no cumple con el requisito de la independencia, tal como ha sido interpretado comunitariamente. Tanto las Conclusiones como la propia Sentencia son muy exhaustivas.

En los apartados 57 a 63 de la Sentencia se sintetizan los criterios generales sobre el concepto de independencia elaborados por el Tribunal de Justicia:

«57. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de “independencia” comporta dos aspectos. El primero de ellos, de índole externa, supone que el órgano en cuestión ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a nadie y sin recibir órdenes ni instrucciones, cualquiera que sea su procedencia, estando así protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia en el enjuiciamiento por sus miembros de los litigios de los que conozca e influir en sus decisiones (sentencia de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 44 y jurisprudencia citada).

58. Además, también por lo que respecta al aspecto externo del concepto de “independencia”, ha de recordarse que la inamovilidad de los miembros del órgano en cuestión constituye una garantía inherente a la independencia judicial, puesto que tiene por objeto proteger la persona

de quienes tienen la misión de juzgar (véanse, en ese sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2006, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 51, y de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 45).

59. El principio de inamovilidad, cuya importancia capital ha de destacarse, exige, en particular, que los jueces puedan permanecer en el ejercicio de sus funciones en tanto no hayan alcanzado la edad de jubilación forzosa o hasta que termine su mandato cuando este tenga una duración determinada. Aunque no tiene carácter absoluto, este principio solo puede ser objeto de excepciones cuando existan motivos legítimos e imperiosos que lo justifiquen y siempre que se respete el principio de proporcionalidad. Así, se admite de manera general que los jueces puedan ser cesados si no reúnen las condiciones de aptitud para continuar en el ejercicio de sus funciones por motivo de incapacidad o de falta grave, observando los procedimientos establecidos al efecto [sentencia de 24 de junio de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, C-619/18, EU:C:2019:531, apartado 76].

60. Así pues, la garantía de inamovilidad de los miembros de un órgano jurisdiccional exige que los supuestos de cese de los miembros de ese órgano estén previstos en una normativa específica, mediante disposiciones legales expresas que ofrezcan garantías superiores a las previstas por las normas generales del Derecho administrativo y del Derecho laboral que resulten aplicables en caso de cese abusivo (véase, en ese sentido, la sentencia de 9 de octubre de 2014, *TDC*, C-222/13, EU:C:2014:2265, apartados 32 y 35).

61. El segundo aspecto del concepto de “independencia”, de índole interna, se asocia al concepto de “imparcialidad” y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de aquel. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica (sentencia de 16 de febrero de 2017, *Margarit Panicello*, C-503/15, EU:C:2017:126, apartado 38 y jurisprudencia citada).

62. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de “independencia”, que es inherente a la función de juzgar, implica ante todo que el órgano de que se trate tenga la calidad de tercero con respecto a la autoridad

que haya adoptado la decisión recurrida (véanse, en ese sentido, las sentencias de 30 de marzo de 1993, Corbiau, C-24/92, EU:C:1993:118, apartado 15, y de 9 de octubre de 2014, TDC, C-222/13, EU:C:2014:2265, apartado 29 y jurisprudencia citada).

63. Estas garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio (sentencia de 9 de octubre de 2014, TDC, C-222/13, EU:C:2014:2265, apartado 32)».

En los apartados 64 a 76 se lleva a cabo la traslación de esos criterios generales al caso que nos ocupa:

«64. En el caso de autos procede, en primer lugar, observar que, según la normativa nacional aplicable, en particular el artículo 29, apartado 2, del Real Decreto 520/2005, el Presidente y los vocales del TEAC son nombrados por real decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, y por duración indefinida. Según esta misma disposición, tanto el Presidente como los vocales del TEAC pueden ser separados con arreglo al mismo procedimiento, es decir, por real decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda.

65. En cuanto a los miembros de los TEA regionales, procede señalar que, según el artículo 30, apartado 2, del Real Decreto 520/2005, son nombrados y separados por el Ministro de Economía y Hacienda entre los funcionarios que se indican en una determinada relación y pueden ser separados por ese mismo Ministro.

66. Pues bien, aunque es cierto que la legislación nacional aplicable establece normas que regulan, en particular, la inhibición y recusación del Presidente y vocales del TEAC o, en el caso del Presidente del TEAC, normas en materia de conflictos de interés, incompatibilidades y deberes de transparencia, ha quedado acreditado en cambio que el régimen de separación del Presidente y los vocales del TEAC no está previsto en una normativa específica, mediante disposiciones legales expresas como las aplicables a los miembros

del poder judicial. A este último respecto, a los miembros del TEAC se les aplican únicamente las normas generales del Derecho administrativo y, en particular, el Estatuto Básico del Empleado Público, tal como confirmó el Gobierno español en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia. Lo mismo se puede decir de los miembros de los TEA regionales y locales.

67. Por consiguiente, la separación del Presidente y los vocales del TEAC y de los miembros de los demás TEA no se limita, como exige el principio de inamovilidad, que se ha recordado en el apartado 59 de la presente sentencia, a ciertos supuestos excepcionales que reflejen motivos legítimos e imperiosos que justifiquen la adopción de tal medida y en los que se respete el principio de proporcionalidad y se observen los procedimientos establecidos al efecto, como pueden ser un supuesto de incapacidad o de falta grave que les impida reunir las condiciones de aptitud para continuar en el ejercicio de sus funciones.

68. De ello se deduce que la legislación nacional aplicable no garantiza que el Presidente y los vocales del TEAC se encuentren al amparo de presiones externas, directas o indirectas, que puedan hacer dudar de su independencia.

69. Si bien es cierto que, a tenor del artículo 228, apartado 1, de la LGT, los miembros de los TEA ejercerán sus competencias “con independencia funcional” y que, de conformidad con los artículos 29, apartado 9, y 30, apartado 12, del Real Decreto 520/2005, ejercerán “con total independencia, y bajo su responsabilidad”, las funciones que tengan legalmente atribuidas, no es menos cierto que la separación de sus puestos o la anulación de sus nombramientos no se ven acompañadas de garantías especiales. Pues bien, un sistema de esta índole no tiene entidad suficiente como para obstaculizar eficazmente las presiones indebidas por parte del poder ejecutivo sobre los miembros de los TEA (véase, por analogía, la sentencia de 31 de mayo de 2005, Syfait y otros, C-53/03, EU:C:2005:333, apartado 31).

70. Desde este punto de vista, la situación de los miembros de los TEA, y en particular del TEAC, se distingue, por ejemplo, de la del organismo remitente en el asunto en que recayó la sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme (C-203/14, EU:C:2015:664), en el sentido de que, como indican los apartados 11 y 20 de dicha sentencia, los miembros de dicho organismo disfrutaban, a diferencia de los

miembros de los TEA, de una garantía de inamovilidad, mientras dure su mandato, que solo admite excepciones por causas expresamente enumeradas por ley.

71. Del mismo modo, los TEA, y en particular el TEAC, se distinguen del organismo remitente en el asunto en que recayó la sentencia de 24 de mayo de 2016, *MT Højgaard y Züblin* (C-396/14, EU:C:2016:347). Como indican los apartados 29 a 31 de dicha sentencia, si bien dicho organismo incluye a expertos que no disfrutan de la protección particular que una disposición constitucional otorga a los magistrados, en su composición se integran asimismo magistrados que sí disfrutan de dicha protección y disponen en cualquier circunstancia de la mayoría de votos y, por tanto, de un peso preponderante en la toma de decisiones de dicho organismo, lo cual es idóneo para garantizar su independencia.

72. Por lo que se refiere, en segundo lugar, a la exigencia de independencia considerada en su segundo aspecto, de índole interna, al que se refiere el apartado 61 de la presente sentencia, es innegable que dentro del Ministerio de Economía y Hacienda existe separación funcional entre los servicios de la Administración tributaria responsables de la gestión, liquidación y recaudación, por una parte, y, por otra, los TEA, que resuelven las reclamaciones presentadas contra las decisiones de dichos servicios.

73. No obstante, como ha señalado asimismo el Abogado General en los puntos 31 y 40 de sus conclusiones, algunas características del procedimiento de recurso extraordinario ante la Sala Especial para la Unificación de Doctrina regulado por el artículo 243 de la LGT contribuyen a poner en duda que el TEAC tenga la condición de «tercero» con respecto a los intereses en litigio.

74. En efecto, corresponde en exclusiva al director general de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda interponer ese recurso extraordinario contra las resoluciones del TEAC con las que esté en desacuerdo. El propio director general de Tributos será miembro nato de la sala de ocho personas que habrá de conocer de dicho recurso, al igual que el director general o el director del departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del que dependa funcionalmente el órgano que hubiera dictado el acto a que se refiere la resolución objeto del recurso extraordinario. Así pues, tanto el director general de Tributos del Ministerio de Economía y Ha-

cienda, que es quien ha interpuesto el recurso extraordinario contra la resolución del TEAC, como el director general o el director del departamento de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que hubiera dictado el acto a que se refiere dicha resolución forman parte de la Sala Especial del TEAC que conoce de dicho recurso. De ello resulta una confusión entre la condición de parte del procedimiento de recurso extraordinario y la de miembro del órgano que ha de conocer de dicho recurso.

75. Por lo demás, la posibilidad de que el director general de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda interponga tal recurso extraordinario contra resoluciones del TEAC puede pesar sobre este, haciendo así dudar de su independencia y de su imparcialidad, pese a que, como alegó el Gobierno español en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia y como indica el artículo 243, apartado 4, de la LGT, el recurso extraordinario solo produzca efectos de cara al futuro y no afecte a las resoluciones ya adoptadas por el TEAC, incluida la que sea objeto de dicho recurso.

76. Así pues, esas características del recurso extraordinario para la unificación de doctrina que puede interponerse contra las resoluciones del TEAC ponen de relieve los vínculos orgánicos y funcionales que existen entre dicho organismo y el Ministerio de Economía y Hacienda, y en concreto el director general de Tributos del Ministerio y el director general cuya dirección general hubiera dictado las resoluciones impugnadas ante él. La existencia de tales vínculos se opone a que se le reconozca al TEAC la cualidad de tercero en relación con dicha Administración (véase, por analogía, la sentencia de 30 de mayo de 2002, Schmid, C-516/99, EU:C:2002:313, apartados 38 a 40).»

Ahora bien, como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de enero de 2020, Banco de Santander, C-274/14, en su apartado 78:

«(..) el hecho de que los TEA no sean «órganos jurisdiccionales» a efectos del artículo 267 TFUE no los exime de la obligación de garantizar la aplicación del Derecho de la Unión al adoptar sus resoluciones e inaplicar, en su caso, las disposiciones nacionales que resulten contrarias a las disposiciones de Derecho de la Unión dotadas de efecto directo, ya que esa obligación recae sobre el conjunto de autoridades nacionales

competentes y no solamente sobre las autoridades judiciales (véanse, en ese sentido, las sentencias de 22 de junio de 1989, Costanzo, 103/88, EU:C:1989:256, apartados 30 a 33; de 14 de octubre de 2010, Fuß, C-243/09, EU:C:2010:609, apartados 61 y 63, y de 4 de diciembre de 2018, Minister for Justice and Equality y Commissioner of An Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, apartados 36 y 38)».

Nuevamente se pone de manifiesto con esa declaración el incierto alcance de la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia hace más de treinta años en la sentencia de 22 de junio de 1989, Costanzo, C-103/88 (12).

Visto lo visto, y a falta de un cambio normativo interno con objeto de posibilitar que los Tribunales Económico Administrativos puedan presentar cuestiones prejudiciales (13), traemos a colación el apartado 19 de las conclusiones del Abogado General Antonio Saggio presentadas el 7 de octubre de 1999, asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa y otros, en las que se afirma, y estamos de acuerdo con ello, que negar al órgano remitente la calificación de «órgano jurisdiccional» a efectos del mecanismo de remisión prejudicial no puede producir la consecuencia de perjudicar la aplicación uniforme del Derecho comunitario», puesto que, en la presente ocasión, según declara la recién citada sentencia en su apartado 79 :

«(...) la existencia de recursos judiciales ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo contra las resoluciones que adoptan los TEA en el procedimiento económico-administrativo de reclamación permite garantizar la efectividad del mecanismo de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE y la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, dado que dichos órganos jurisdiccionales nacionales disponen de la facultad, o, en su caso, tienen la obligación, de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia cuando para poder emitir su fallo sea necesaria una decisión sobre la interpretación o sobre la validez del Derecho de la Unión».

No puede decirse que la interpretación realizada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2020, Banco de Santander,

(12) R. ALONSO GARCÍA, «La noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», *ob. cit.* págs.162-164.

(13) El pronóstico de F.M. CARRASCO GONZÁLEZ «El planteamiento de cuestiones prejudiciales al TJCE por los Tribunales Económico-Administrativos. Necesidad de un nuevo examen», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 132, 2006, págs. 805 y ss.

C-274/14, sea «generosa» a la hora de interpretar los elementos del concepto «órgano jurisdiccional» (14).

Ahora bien, dicho eso, lo que carece de sentido, desde esta perspectiva, es mantener el carácter preceptivo de las reclamaciones económico-administrativas(15), resultando preferible que tengan carácter potestativo, con objeto de que cuanto antes los interesados tengan una respuesta judicialmente fundada, teniendo en cuenta, si es el caso, el derecho aplicable de la Unión Europea(16). No se olvide «que la supuesta madurez del ordenamiento jurídico europeo en manos de los operadores jurídicos nacionales no siempre tiene un reflejo absoluto en la realidad. Así, amén de poder debatir acerca de la conveniencia o no de mantener la referida generosidad interpretativa del Tribunal de Justicia en relación con las cuestiones prejudiciales procedentes de los Estados miembros incluidos en la masiva ampliación iniciada en 2004 (y continuada el 2007 con la incorporación de Bulgaria y Rumanía), no deja de ser cierto que siguen existiendo importantes lagunas en el manejo del Derecho de la Unión, que llegan a afectar al más alto nivel de la organización judicial de Estados con una ya dilatada experiencia integradora»(17).

Por lo demás, sería incierta la incidencia de los principios de equivalencia y efectividad en el proceso contencioso-administrativo, si, *mutatis mutandis*, se hubiera aplicado a la materia que nos ocupa la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018, de suerte que se estableciera que no es preceptiva la reclamación económico-administrativa cuando se discute exclusivamente la adecuación al derecho de la Unión Europea de las disposiciones que dan

(14) A diferencia de lo que ha ocurrido otras veces, *Vide* Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 25 de junio de 2009, *Alpe Adria Energía*, asunto C-205/08, quien se expresa críticamente sobre ese modo de proceder, lo cual contrasta con que, en ocasiones, otros Abogados Generales han sugerido que no se lleve a cabo una interpretación estricta, tal es el caso, entre otros, de la Abogada General Sharpston, asunto *Paul Miles* y otros C-106/09, presentadas el 16 de diciembre de 2010 y del Abogado General Nils Wahl, asuntos acumulados *Torresi*, C-58/13 y C-59/13, presentadas el 10 de abril de 2014.

(15) *Vide* nuestro comentario «Cuando exclusivamente se alega la inconstitucionalidad de la norma que da cobertura a los actos de aplicación y efectividad de los tributos, no tiene carácter preceptivo el recurso de reposición o, en su caso, la reclamación económico administrativa», *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, núm. 243, 2018. Este comentario tiene que ver con la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018 que declara que no es preceptivo el recurso de reposición en materia de hacienda local cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos locales.

(16) *Vide* J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «Puntos de incidencia de la cuestión prejudicial en el orden contencioso-administrativo», *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa* (dir. R. ALONSO GARCÍA y J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, IVAP, Oñati, 2019, págs. 204 y ss.).

(17) R. ALONSO GARCÍA, «La noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», *ob. cit.* pág. 152.

cobertura a los actos administrativos recurridos, pues al margen de la opinión que se tenga sobre la doctrina contenida en la Sentencia Costanzo «si entendida sin matices (imprescindibles, creo, para asumir la misma, habida cuenta, entre otras razones y como advirtiera en su momento Dámaso Ruíz-Jarabo, que “parece dudoso que una autoridad administrativa, desprovista de la facultad de planteamiento del reenvío, tenga, sin embargo, la obligación de inaplicar normas domesticas”), lo cierto es que una asunción de la misma tal cual, esto es, desnuda de matices, excluiría la extensión de la doctrina sentada por la Sala Tercera, en la citada Sentencia de 21 de mayo de 2008, al terreno de las leyes cuestiones en términos de constitucionalidad, sino de europeidad (pues no se darían las condiciones para la aplicación ni del principio de equivalencia ni del de efectividad, al contar la Administración revisora con plenos poderes de inaplicación, lo que convertiría al recurso administrativo en una vía eficaz para la defensa de los derechos del administrado)» (18).

Habría que pensar, seriamente, en dar respuesta a las preguntas a las que nos referíamos al inicio formuladas en el marco de la XXXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero, puesto que, probablemente, con ello se solucionarían los problemas que nos han venido ocupando.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., «La noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos de activar la cuestión prejudicial europea», C. FERNÁNDEZ LIESA y E. MENÉNDEZ REXACH (dirs), *Libro homenaje a Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer*, Consejo General del Poder Judicial-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2011.
- ALONSO GARCÍA, R., «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el proceso contencioso-administrativo español», *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa* (dir. R. ALONSO GARCÍA y J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, IVAP, Oñati, 2019).
- CARRASCO GONZÁLEZ, F.M., «El planteamiento de cuestiones prejudiciales al TJCE por los Tribunales Económico-Administrativos. Necesidad de un nuevo examen», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 132, 2006.

(18) R. ALONSO GARCÍA, «La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el proceso contencioso-administrativo español», *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa* (dir. R. ALONSO GARCÍA y J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, IVAP, Oñati, 2019, págs. 16-17).

- CIENFUEGOS MATEO, M., «Noción de “órgano jurisdiccional” a los efectos de plantear una cuestión prejudicial», *La cuestión prejudicial europea* (dirs. R. ALONSO GARCÍA y J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, IVAP, Oñati, 2014).
- DELGADO PACHECO, A., «Los tribunales económico-administrativos y la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *La adhesión de España a las Comunidades Europeas: XXXIII Semana de Estudios de Derecho Financiero*, coord. por Fundación para la Promoción de los Estudios Financieros, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A., «La cuestión prejudicial en el Derecho de la Unión Europea», *Fuentes del Ordenamiento jurídico europeo y recurso prejudicial*, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2016.
- MERINO JARA, I., «Cuando exclusivamente se alega la inconstitucionalidad de la norma que da cobertura a los actos de aplicación y efectividad de los tributos no tiene carácter preceptivo el recurso de reposición o, en su caso, la reclamación económico administrativa», *Forum fiscal: la revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa*, núm. 243, 2018.
- PALAO TABOADA, C., *Is the Previous Exhaustion of Administrative Procedures a Necessary Condition to Access Judicial Procedures?* Ponencia presentada en el Congreso de la European Association of Tax Law Professors (EATLP) celebrado en mayo de 2019.
- SOCA TORRES, I., «El concepto de «órgano jurisdiccional» en el planteamiento de la cuestión europea», *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2017.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.; «Puntos de incidencia de la cuestión prejudicial en el orden contencioso-administrativo», *La incidencia del Derecho de la Unión Europea en la jurisdicción contencioso-administrativa* (dir. R. ALONSO GARCÍA y J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, IVAP, Oñati, 2019).



Conflictos entre protección de datos personales y publicidad activa sobre retribuciones de empleados públicos. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional 2386/2019, de 26 de marzo de 2019

Conflicts between protection of personal data and active advertising on remuneration of public employees.
On the purpose of Judgment 2386/2019, of the
National High Court of march 26, 2019

ARITZ ROMEO RUIZ

Universidad Pública de Navarra.
aritz.romeo@unavarra.es
ORCID 0000-0002-8150-458X

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.07>

LABURPENA: Gaur egun, administrazio publikoen kudeaketaren erronka funtsezkoenetako bi dira gardentasuna eta datu pertsonalak babesteko eskubidea. Lan hau publizitate aktiboari buruzkoa da, eta Auzitegi Nazionalaren 2019ko martxoaren 26ko Epaiak aztertzen du. Epai horrek Datuak Babesteko Espainiako Agentziak udal bati jarritako zehapen bat aztertzen du, udalak datuen babesa urratu zuelako, enplegatu publikoen plantilletako ordainsari-elementuei buruzko informazioa argitaratzean eta, bertan, langileen izen-abizenak agertzean. Zenbait arazo aztertu dira, funtsean oinarritzat dutenak nola bateratu bi betebeharrak: batetik, plantillei eta lanpostuen zerrendei lotutako informazioaren publizitate aktiboa eta, bestetik, administrazioan lan egiten duten pertsonen datu pertsonalen babesa.

HITZ GAKOAK: Datu pertsonalen babesa. Gardentasuna. Publizitate aktiboa. Enplegatu publikoak. Administrazio publikoa.

ABSTRACT: Two of the most fundamental challenges of public administration management today are transparency and the right to personal data protection. This work refers to active advertising and comments on the Judgment of the National High Court of March 26, 2019, which examines a sanction of the Spanish Agency for Data Protection to a City Council for violating data protection on the occasion of publication of information on remuneration elements of the public employees templates, where their names and surnames appear. Various problems that are summarized in how to make the duty of active publicity in information related to organic templates and job relationships compatible with the protection of personal data of people working in the administration are examined.

KEYWORDS: Protection of personal data. Transparency. Active advertising. Public employees. Public administration.

RESUMEN: Dos de los más fundamentales retos de la gestión de las administraciones públicas hoy en día son la transparencia y el derecho a la protección de datos de carácter personal. El presente trabajo se refiere a la publicidad activa y comenta la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2019, que examina una sanción de la Agencia Española de Protección de Datos a un ayuntamiento por vulnerar la protección de datos con motivo de la publicación de informaciones sobre elementos retributivos de las plantillas de empleados públicos, donde aparecen el nombre y apellidos de éstos. Se examinan diversos problemas que se resumen en cómo hacer compatible el deber de publicidad activa en información relacionada con las plantillas orgánicas y relaciones de puestos de trabajo, con la protección de datos personales de las personas que trabajan en la administración.

PALABRAS CLAVE: Protección de datos personales. Transparencia. Publicidad activa. Empleados públicos. Administración pública.

Trabajo recibido el 16 de enero de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Sumario: I. La publicidad activa como deber de las administraciones públicas.—II. La protección de datos personales como límite a las obligaciones de publicidad activa.—III. Cuestiones jurídicas relevantes de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2019. 1. ¿La protección de datos como límite, opera igual en los casos de publicidad y en los casos del derecho de acceso a la información? 2. ¿Pueden ampliarse las obligaciones de publicidad fijadas en la LTAIBG o en la correspondiente ley autonómica de transparencia? 3. Plantillas orgánicas, relaciones de puestos de trabajo y datos meramente identificativos relativos a la organización, el funcionamiento o la actividad pública. 4. ¿Cuándo prevalece el interés público en la publicación de datos retributivos referidos a los empleados públicos? 5. ¿Es relevante el lugar en que se publica la información y su contenido al valorar el interés público de su difusión? 6. ¿La exigencia de retirada de la información es acorde con el principio de proporcionalidad en la aplicación de los límites al ejercicio de la transparencia?—IV. A modo de conclusión.—V. Bibliografía

I. La publicidad activa como deber de las administraciones públicas

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIBG, en adelante), concreta la transparencia en dos vertientes: por un lado, el derecho de acceso a la información pública y, por otro, el deber de publicidad activa de las administraciones públicas (RAZQUIN, 2015:28).

El presente trabajo se centrará únicamente en la segunda vertiente, que aparece regulada en el capítulo 2.º del Título 1.º de la LTAIBG, en los artículos 5 a 11.

La obligación consiste en la publicación proactiva, por propia iniciativa, de manera periódica y actualizada, y en un formato accesible, interoperable y reutilizable (artículo 11), a través de portales web específicos de transparencia de las administraciones públicas obligadas (artículo 10), de determinadas informaciones que tienen que ver con la actividad de las administraciones públicas, y que se estructura en los apartados temáticos relativos a la información institucional, organizativa y de planificación (artículo 6); el registro de actividades de tratamiento (artículo 6 bis); la información de relevancia jurídica (artículo 7); y la información económica, presupuestaria y estadística (artículo 8) (GUICHOT, 2017a: 567).

En cuanto a su naturaleza jurídica, la publicidad activa es una obligación genérica de hacer que surge *ex lege*, vinculante para el conjunto de administraciones públicas, sector público institucional y otros sujetos obligados por la LTAIBG. Estos deben cumplirla de oficio, estando sometida al control tanto de la jurisdicción contencioso administrativa como de autoridades administrativas independientes, encarnadas por el Con-

sejo de Transparencia y Buen Gobierno y los correspondientes Consejos autonómicos, y cuyo incumplimiento reiterado constituye una infracción en el régimen disciplinario (1).

La vulneración reiterada de este deber constituye una infracción grave dentro del régimen sancionador (artículos 9.3 y 29.2), a la cual puede corresponder o bien la sanción de «declaración del incumplimiento y su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” o diario oficial que corresponda» o bien «la no percepción, en el caso de que la llevara aparejada, de la correspondiente indemnización para el caso de cese en el cargo» (artículo 30.2).

La LTAIBG, en su artículo 5.3, establece cuáles han de ser los límites del ejercicio del deber de publicidad activa, y los sitúa en aquellos previstos en el artículo 14 LTAIBG, así como los que se derivan del artículo 15, en lo que tiene que ver con la protección de los datos de carácter personal.

II. La protección de datos personales como límite a las obligaciones de publicidad activa

El derecho a la protección de datos de carácter personal constituye uno de los principales límites de la transparencia, tanto en su vertiente de acceso a la información pública como en el aspecto de las obligaciones de publicidad activa (RAZQUIN, 2019: 150).

El derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 18.4 CE, y que ha sido objeto de regulación por la Unión Europea a través de un instrumento normativo de aplicabilidad directa como el Reglamento (UE) General de Protección de Datos (RGPD) de 2016 (2).

Por tanto, se presentan dos bienes jurídicos que merecen un amplio marco de protección en un Estado democrático: la transparencia y la protección de datos personales.

No podemos pasar por alto que la Sentencia que aquí se comenta se dictó en aplicación del anterior marco jurídico en materia de protección de datos personales, encarnado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que ha sido derogada como consecuencia de la entrada en vigor del RGPD,

(1) CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO, Criterio interpretativo 2/2019, de 20 de diciembre de 2019.

(2) REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE L-119/1, de 4 de mayo de 2016.

y además se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales. (LOPDGDD).

El RGPD, de aplicación directa en todos los Estados de la UE, ha introducido un nuevo paradigma, que exige implementar las políticas de protección de datos, por defecto y desde el diseño, obliga a los responsables de tratamiento, y, especialmente, a los Poderes Públicos, a garantizar la protección de datos personales a través de la puesta en marcha de medidas activas encaminadas al cumplimiento de los principios que fija el Reglamento, teniendo que poder demostrar en cualquier momento que esa protección se está llevando a efecto.

Es decir, el marco actual es más exigente que el anterior, lo cual ha de tenerse en cuenta a la hora de trasladar la argumentación de la Sentencia comentada, a situaciones que se produzcan bajo el actual régimen jurídico del RGPD y la LOPDGDD.

Por tanto, la resolución de la colisión entre el derecho a la transparencia y el derecho a la protección de datos personales debe realizarse aplicando las reglas del artículo 15 LTAIBG (3) en relación con el resto de su norma, el RGPD y la LOPDGDD, que establece un régimen de limitación amplio y que se proyecta en las dos vertientes de la transparencia: el derecho de acceso a la información pública y la publicidad activa (4).

III. Cuestiones jurídicas relevantes de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2019

El supuesto (5) que analiza la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a, de la Audiencia Nacional (SAN) 2386/2019, de 26 de marzo de 2019 (recurso n.º 11/2017), consiste en la publicación por parte del ayuntamiento de Calpe (Alicante) en su página web, en el apartado sobre «información contable, financiera y presupuestaria» de la relación de puestos de trabajo (RPT), en la cual figuraba la siguiente información en relación con la plantilla orgánica: número de plaza, denomina-

(3) El apartado 15.1 fue modificado por la disposición final 11.2 de la LOPDGDD, para adaptarlo al marco de RGPD.

(4) Sobre la protección de datos como límite al principio de transparencia, *vid.* CAMPOS ACUÑA, M. C., (2018). «La relación entre la transparencia y la protección de datos: claves para resolver el conflicto con la Ley 19/2013. El deber de informar y la transparencia en el RGPD», en M.C. CAMPOS ACUÑA, (Dir.), *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, (págs. 419-461) editorial Las Rozas (Madrid): Wolters-Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos.

(5) Para un conocimiento exacto de los hechos que dan lugar a la sentencia, puede consultarse la Resolución R/02765/2016, de 4 de noviembre, del Director de la Agencia Española de Protección de Datos (procedimiento AP/00007/2016).

ción de plaza y puesto (en algunos casos era de agente de policía local), si se trata de personal funcionario, eventual o laboral, grupo profesional de la persona que desempeña el puesto, horario semanal, destino, nombre y apellidos de la persona que ocupa cada plaza, naturaleza del nombramiento, complemento de destino y cuantía del complemento específico.

Ante esto, la sección sindical de CSIF del ayuntamiento de Calpe interpuso denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), haciendo mención a que en la información publicada aparecía la plantilla de la Policía Municipal de la localidad.

Tras realizar las inspecciones pertinentes, la AEPD inició un procedimiento de declaración de infracción de las administraciones públicas frente al ayuntamiento de Calpe, que finalizó con una resolución del Director de la AEPD de 4 de noviembre de 2016, por la cual se declara que dicho ayuntamiento infringió el artículo 10 LOPD, y le sanciona por una falta grave tipificada en el artículo 44.3.d) LOPD.

Frente a la misma, el ayuntamiento de Calpe interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, solicitando su anulación y la estimación del resto de sus pretensiones. Este recurso fue desestimado por la Audiencia Nacional.

El conflicto jurídico que resuelve la sentencia consiste en dilucidar si en cumplimiento del deber de publicidad activa, deben publicarse los datos personales de los trabajadores de la plantilla municipal, es decir, el nombre y los apellidos, sin poner en duda la publicación de los puestos y sus características retributivas, y más precisamente, si la publicación de dichos datos personales es adecuada e idónea para cumplir con el fin de transparencia que se deriva de la obligación de publicidad activa (fundamento jurídico 5.º), o si, por el contrario, eso supone una vulneración del derecho a la protección de datos personales.

La primera cuestión que resalta la sentencia en su fundamentación jurídica es la diferencia entre el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, que consiste en facilitar la información de manera individualizada a la persona solicitante, y el ejercicio de la obligación de publicidad activa, con el que se logra una difusión de la información obviamente mayor.

Tal y como establece el artículo 5.3 LTAIBG, a la publicidad activa son de aplicación los límites del artículo 14 y del artículo 15 de la ley, que contiene tres «círculos» de protección (GUICHOT, 2018): los datos especialmente protegidos, los datos meramente identificativos relativos a la organización y el resto de supuestos donde haya datos personales.

Así, el artículo 15.3 establece que para aquellos casos en los que no concurren datos especialmente protegidos, y siempre que no se trate de datos meramente identificativos relativos a la organización, el órgano deberá dar acceso a la información, tras realizar un ejercicio de pondera-

ción «suficientemente razonada» entre el principio de interés público, representado por el acceso a la información, por un lado, y el derecho a la protección de datos de los particulares, por el otro. Para dicha ponderación deberán tenerse en cuenta los parámetros recogidos en dicho apartado(6). Dichos criterios no son únicos, de manera que el órgano administrativo, aunque deberá tomarlos particularmente en consideración, podría complementarlos con otros (TRONCOSO, 2017:1015).

En cuanto a los criterios de interpretación de cómo debe realizarse la ponderación, la disposición adicional 5.^a LTAIBG encomienda al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) la fijación de los correspondientes criterios interpretativos. Cuestión que se ha efectuado por medio del Criterio Interpretativo (CI) 1/2015, de 24 de junio, del CTBG y la AEPD. Dicho criterio es invocado por el ayuntamiento de Calpe en su argumentación.

Pues bien, la SAN entiende que esos criterios no resultan de aplicación al caso juzgado por cuanto, por un lado, tan sólo se refieren al sector público estatal, y, en ese caso concreto, además, el origen se encuentra en una consulta realizada por la OPERA (oficina para la ejecución de la reforma de la administración). Por otro lado, el propio Criterio Interpretativo especifica que se circunscribe únicamente a los casos de ejercicio de derecho de información, excluyéndose su aplicación a casos de publicidad activa.

Si bien dicho CI está originalmente orientado a supuestos que se produzcan en el sector público estatal, entiendo que nada obsta para que, aunque pueda no resultar directamente aplicable, sí sea tenido en cuenta como orientación a la hora de arrojar luz sobre la aplicación de la norma en la administración local o autonómica, siempre y cuando esto se haga teniendo en cuenta, además, la normativa autonómica en materia de transparencia.

1. ¿La protección de datos como límite, opera igual en los casos de publicidad y en los casos del derecho de acceso a la información?

La primera cuestión fundamental que se analiza varias veces en la Sentencia es la diferenciación entre las dos vertientes de la transparencia: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

El ayuntamiento de Calpe sostiene la adecuación de la publicación de la información que es objeto del pleito, entre otras cuestiones, basán-

(6) Sobre los criterios de ponderación puede consultarse el siguiente trabajo: GUICHOT REINA, E. (2017b). «Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 44, 12-47.

dose en la interpretación que el CTBG y la AEPD realizan en relación con la aplicación de los límites a supuestos de ejercicio del derecho a la información relacionados con datos retributivos del personal de las administraciones públicas. Sin embargo, la SAN de 26 de marzo y la propia resolución de la AEPD recurrida, consideran que dichos criterios no son de aplicación a los supuestos de publicidad activa.

Efectivamente, la LTAIBG establece los mismos límites para el derecho de acceso a la información pública y para el deber de publicidad activa. Sin embargo, en lo que hace a la protección de datos, esa afirmación no es del todo exacta, ya que al aplicar los elementos de ponderación del artículo 15.3 LTAIBG, estos pueden tener una interpretación diferente.

Eso queda explicitado, tal y como recuerda la SAN (fundamento jurídico sexto), en el ya referido CI 1/2015(7), así como en el Informe del CTBG y la AEPD de 23 de marzo de 2015(8).

El ejercicio de la publicidad activa supone una mayor difusión de la información, y, por tanto, en lo que hace a la aplicación de la protección de datos como límite, los criterios de ponderación han de interpretarse de manera de diferente.

Lo cual conlleva que, en la práctica, la aplicación del límite de la protección de datos se efectúe de manera más intensa en los supuestos de publicidad activa que en los del derecho de acceso a la información pública. Es decir, la protección de datos opera como límite en ambos, pero lo hace en distintas intensidades, según se trate de casos de derecho de acceso a la información o de publicidad activa, dada la diferente difusión y afectación a la protección de datos de ambos supuestos (RAZQUIN, 2015:30-31).

En los casos del derecho de acceso a la información pública la intensidad en la aplicación del límite es menor, puesto que la incidencia de la difusión de la información es limitada. Además, la persona que recibe la información pública, en el momento en que maneja los datos personales contenidos en dicha información, es responsable de tratamiento y, por tanto, tiene, al menos, los deberes que se derivan del cumplimiento de los principios de la protección de datos del RGPD y de la LOPDGDD.

En los casos de publicidad activa el límite debe aplicarse de manera más estricta, es decir, con mayor garantía del derecho a la protección de datos, puesto que la información se difunde públicamente y, a partir de esa difusión, es de conocimiento general. Por lo que la afectación a la

(7) El CI 1/2915, en el apartado III. «Alcance», especifica lo siguiente: «En ningún caso estos criterios son de aplicación a la publicación de dicha información en el régimen de publicidad activa previstos en los artículos 5 y siguientes de la LTAIBG.

(8) La consideración adicional a) de dicho informe señala que: «(el criterio expuesto) no es directamente extrapolable al supuesto de publicidad activa de la información, dado que, en ese caso, los criterios de ponderación aplicados podrían diferir de los que se han mencionado en este dictamen, habida cuenta de la generalización que se produciría en el acceso a los datos.

protección de datos de los afectados, así como a otros derechos de protección constitucional que pudieran afectarles, como puede ser el derecho al honor o el derecho a la intimidad, es mayor.

2. ¿Pueden ampliarse las obligaciones de publicidad fijadas en la LTAIBG o en la correspondiente ley autonómica de transparencia?

Otra cuestión fundamental contenida en la SAN es que, cuando el ayuntamiento alega actuar amparado por el deber de publicidad activa, tanto la SAN como la resolución de la AEPD desestiman ese motivo, porque la información publicada no está expresamente prevista ni en el art. 5.2 LTAIBG ni en la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana.

Ante esto surge la siguiente pregunta: ¿puede una administración pública ir más allá de lo estrictamente establecido en la normativa de transparencia?

El artículo 5.2 parece claro a este respecto: «las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad».

Por tanto, la LTAIBG establece un elenco de contenidos para la publicidad activa de mínimos. Igual sucede en la Ley de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, que en su artículo 5.8 afirma que «las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo tienen carácter de mínimas y generales y se entienden sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad».

Debe tenerse en cuenta, por un lado, el carácter básico del artículo 5 LTAIBG, que permite que las CCAA, en sus correspondientes legislaciones, desarrollen el precepto y mejoren, o amplíen los supuestos de publicidad activa sin contradecir lo que está establecido en la ley básica (VELASCO, 2014:19).

Así, el contenido del artículo 5 LTAIBG no sólo puede ampliarse por la legislación autonómica, sino también por «otras disposiciones específicas», entre las que podrían encontrarse las ordenanzas locales. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en el Capítulo IV del Título V, establece la obligación de publicar diversas cuestiones relacionadas con la actividad de las entidades locales y, además, contiene en su artículo 70.3 una formulación del derecho de acceso a la información pública local (GUICHOT, 2017: 559).

Con todo, la LTAIBG y las leyes autonómicas, ceden un considerable margen de desarrollo a las entidades locales, que pueden ampliar las obligaciones de publicidad mediante ordenanza (9).

Parece claro que las previsiones de la LTAIBG pueden ampliarse tanto vía legislación de desarrollo, como mediante la aprobación de disposiciones generales. ¿Sería, entonces, posible, ampliar el contenido a publicar en los portales de transparencia a través de instrumentos no normativos? Entiendo que la respuesta debe ser afirmativa, aunque con un matiz importante.

La LTAIBG permite ampliar su previsión en materia de publicidad activa, puesto que se refiere a «disposiciones», término que no necesariamente tiene que hacer referencia a normas reglamentarias, sino a disposiciones administrativas en general. Y, en segundo lugar, por el carácter de mínimos de los contenidos que se prevén en el artículo 5. La ley de transparencia valenciana es aún más clara en su literalidad, ya que añade al contenido de la LTAIBG los adjetivos de «mínimas» y «generales».

Como se ha señalado, lo anterior debe matizarse: cabe ampliar dichos contenidos, pero en todo caso respetando los límites fijados en los artículos 14 y 15 LTAIBG, para los supuestos de publicidad activa.

Sin embargo, la interpretación contenida en la sentencia parece contener una consecuencia de mayor gravedad: en el momento en que la publicidad activa colisiona con el derecho a la protección de datos, el art. 5 LTAIBG no es un precepto de mínimos, sino que es un límite. Es decir, únicamente podrán publicarse aquellos datos que estén expresamente previstos en un instrumento de rango legal que ampare tal publicación, en aplicación de artículo 6 RGPD.

Pero, ¿cuándo la publicación de una información determinada se deriva del cumplimiento de una ordenanza municipal? ¿En ese caso cabe la publicación de una información, prevista en una ordenanza local, vía artículo 5 LTAIBG?

De nuevo la respuesta debe ser negativa, puesto que el artículo 6 RGPD exige como base legitimadora del tratamiento (entre otras), que éste sea necesario «para el cumplimiento de una obligación legal», y, en el caso de las ordenanzas municipales, esa cuestión no se da por su inferior rango normativo, de disposición general.

(9) Hay que destacar la iniciativa de la Federación Española de Municipios y Provincias, de elaborar una ordenanza tipo para regular y adaptar la transparencia al ámbito local. Federación Española de Municipios y Provincias, Ordenanza tipo de Transparencia, acceso a la información y reutilización, accesible en el siguiente enlace:

<http://femp.femp.es/files/3580-1352-fichero/Ordenanza%20Transparencia,%20Acceso%20y%20Reutilizaci%C3%B3n%20de%20la%20informaci%C3%B3n.pdf>

Por tanto, en el momento en que vaya a publicarse una información que contenga datos personales, será necesaria una habilitación legal, que justifique tal publicación. En caso de no haberla habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 15 LTAIBG.

3. Plantillas orgánicas, relaciones de puestos de trabajo y datos meramente identificativos relativos a la organización, el funcionamiento o la actividad pública

Otra cuestión subyacente en la Sentencia comentada es la referida a los datos meramente identificativos relativos a la organización, el funcionamiento o la actividad pública de la administración (10).

La SAN afirma que los datos publicados contienen informaciones de naturaleza retributiva (sueldo, complemento de destino y complemento específico), que forman parte de los presupuestos de la entidad, y que son objeto de publicación en el Boletín Oficial. El problema surge cuando esos datos se asocian a los titulares de las plazas de la plantilla y es posible conocer, al menos en parte, los salarios de los empleados municipales. En el momento en que surge la identificación de personas físicas estamos ante un supuesto de datos personales y son de aplicación los límites del artículo 15(11).

Como ya se ha adelantado, el artículo 15 diferencia tres niveles de protección en cuanto a los datos personales:

- a) Cuando hay datos especialmente protegidos (en la redacción actual, acorde con el RGPD, se concretan en ideología, afiliación sindical, religión o creencias, origen racial, la salud o la vida sexual, datos genéticos o biométricos y datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor), en cuyo caso prevalecerá el derecho de protección de esos datos y no se podrán publicar, salvo que exista consentimiento de la persona afectada (artículo 15.1 LTAIBG).
- b) Supuestos de datos meramente identificativos en relación con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano. En

(10) Sobre el régimen especial de los datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública de la administración, *vid.*, GARCÍA MUÑOZ (2017). «La protección de los datos de carácter personal», en AAVV, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, (págs. 227-260). Madrid: INAP, 250-256.

(11) Sobre la determinación del concepto de datos meramente identificativos relacionados con la organización, *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en España*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 213-2017.

ese caso la información puede ser publicada, salvo que por razones de seguridad prevalezca el derecho a la protección de datos personales (casos de víctimas de violencia de género, terrorismo, u otros supuestos en los que la publicidad del dato ponga en riesgo la integridad del afectado u otros derechos de protección constitucional).

- c) El resto de supuestos, en los que deberá realizarse un ejercicio de ponderación, con carácter previo a conceder el acceso a la información o a publicar la misma.

Como recuerda la resolución de la AEPD recurrida, el contenido de una RPT queda fijado en el artículo 74 del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que establece lo siguiente:

«Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos».

Según este precepto, no es obligatorio que en la RPT conste la identificación de las personas que son titulares de cada plaza, por lo tanto, en el momento de incorporar el nombre y apellidos de los empleados públicos, se está realizando un tratamiento de datos personales que no es obligado por una norma de rango legal, y sobre el que debe realizarse un ejercicio de ponderación.

Sin embargo, en otros supuestos, el CTBG y la AEPD han interpretado que los datos que hacen referencia a las condiciones de empleo de los empleados del sector público (plantillas orgánicas y relaciones de puestos de trabajo) son precisamente datos meramente identificativos, incluso cuando contengan la identificación de la persona en cuestión (en el caso de no incorporar la identificación del titular, no tiene sentido considerarlo datos meramente identificativos, puesto que no hay datos personales). (Cerrillo, 2017:146).

Así sucede en el CI 1/2015 CTBG y AEPD, en el que se basa la SAN para desestimar otras fundamentaciones del ayuntamiento de Calpe, el cual en su punto 1.º establece que «en principio, y con carácter general, la información referida a la RPT, catálogo o plantilla orgánica, con o sin identificación de los empleados o funcionarios públicos ocupantes de los puestos, se consideran datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública de órgano de modo

que, conforme al artículo 15, número 2, de la LTAIBG, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público de la divulgación, se considerará el acceso a la información».

A continuación, el mismo CI plantea cuáles han de ser los límites del tratamiento de esa información cuando haya datos personales asociados a información de carácter retributivo, y, dispone que, en ese caso, debe realizarse la ponderación del artículo 15.3 LTAIBG, siguiendo el criterio del grado de responsabilidad que el empleado público ejerza en la organización.

Por lo tanto, según el CI, que es seguido por la SAN de 26 de marzo de 2019, en el momento en que aparece un dato personal en la información, asociado a elementos como las retribuciones, debe aplicarse la regla de ponderación del artículo 15.3. Con lo que el tratamiento previsto para los datos meramente identificativos relacionados con la organización, en el caso de las RPT y de las plantillas orgánicas, queda vaciado en su contenido.

Sin embargo, eso no quiere decir que las administraciones públicas no puedan publicar bajo ningún concepto los nombres y apellidos de los empleados públicos. Podrán hacerlo en la medida en que el conocimiento de ese dato personal sea necesario únicamente para identificar al titular de un órgano, bien con el objetivo de conocer la actividad o la organización de la entidad (GUICHOT, 2018). Es decir, podrá publicarse la información cuando el dato personal sea necesario para relacionar un empleado público con una función o con la propia estructura organizativa, como puede ser la publicación de un directorio de las diferentes unidades que sea accesible para que los ciudadanos puedan contactar con el personal.

Pero cuando la información excede de la mera identificación, adjuntando otros elementos que puedan servir para deducir situaciones personales concretas del empleado, en ese caso se estaría excediendo de la noción de dato meramente identificativo. Por ejemplo, la publicación de los horarios de trabajo, calendarios de turnos, o retribuciones completas.

La LTAIBG no especifica el concepto de dato meramente identificativo, por lo que no hay un criterio claro sobre qué debe entenderse por datos meramente identificativos, al menos en lo que respecta a la información relacionada con las relaciones de trabajadores, entendidas en sentido amplio, de entidades públicas. Así, sería conveniente su clarificación por vía interpretativa o mediante una modificación legislativa, en el sentido que se ha indicado, preferible a condenar a la inaplicación al artículo 15.2, cada vez que se traten datos personales en determinadas situaciones como sucede con el caso de las retribuciones.

4. ¿Cuándo prevalece el interés público en la publicación de datos retributivos referidos a los empleados públicos?

La sentencia sigue el criterio de la AEPD en la resolución recurrida a la hora de resolver la ponderación entre el interés público, consistente en el deber de publicidad activa, y el interés particular, representado por la protección de los datos personales de los empleados públicos. Es decir, si el interés público ampara la publicación de una RPT con datos retributivos y con la identificación de las personas que ocupan cada una de las plazas.

También en esta cuestión la SAN se acoge a la interpretación realizada conjuntamente por el CTBG y la AEPD en su CI 1/2015, de 24 de junio antes mencionado.

El CI se basa en el carácter de confianza política y en el grado de responsabilidad asumida. En los puestos de trabajo de confianza del ámbito político de la administración, que son aquellos cuya provisión se realiza mediante un sistema de libre designación, debe prevalecer el interés público, consistente en saber quién ocupa dichos puestos y qué retribuciones le han sido atribuidas. En este caso, dado que entre el personal eventual de libre designación existen distintos niveles, en función del nivel jerárquico que ostenten, o las funciones que desempeñen, tanto la sentencia como la resolución que ésta confirma, entienden que el interés público decrece en la medida en que lo hace la responsabilidad ejercida por el cargo en cuestión.

Sin embargo, cuando se trata de personal ordinario que cumple sus funciones en el nivel administrativo, cuyo sistema de provisión es, por lo general, a través de pruebas selectivas que cumplan con los principios de igualdad, mérito y capacidad, en este caso prevalece la protección de datos personales, y por tanto no es de interés público que sus retribuciones sean de libre acceso.

A este respecto, el ayuntamiento de Calpe invoca la sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto *Rechnunghof/Österreichisches Rundfunk*(12). El caso *Rundfunk* trata la solicitud de información por parte del Tribunal de Cuentas Austriaco a unas entidades públicas concretas, sobre las retribuciones de su personal a partir de una determinada cuantía, asociando el nivel retributivo a la responsabilidad del puesto.

El Tribunal de Cuentas, remitía un informe con el contenido de esa información a las Cámaras Legislativas de Austria y de los Lander austríacos, y además difundía públicamente la información.

(12) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de mayo de 2013, asunto *Rechnunghof/Österreichisches Rundfunk*, asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01.

La STJUE analiza la transmisión de datos al Tribunal de Cuentas como actividad de tratamiento de datos personales en aplicación de la Directiva 95/46/CE. Y entiende justificado el interés público de dicho tratamiento como ejercicio de control dentro de una sociedad democrática. Así, la STJUE concluye que «Los artículos 6, apartado 1, letra c), y 7, letras c) y e), de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en los asuntos principales, siempre que se demuestre que la amplia divulgación no sólo del importe de los ingresos anuales, cuando éstos superan un límite determinado, de las personas empleadas por entidades sujetas al control del Rechnungshof, sino también de los nombres de los beneficiarios de dichos ingresos, es necesaria y apropiada para lograr el objetivo de buena gestión de los recursos públicos perseguido por el constituyente, extremo que ha de ser comprobado por los órganos jurisdiccionales remitentes».

Así, como señala el fundamento jurídico sexto de la SAN, la STJUE se refería a supuestos de información sobre retribuciones de empleados que alcanzaran un determinado nivel, pero no los de la totalidad de la plantilla.

5. ¿Es relevante el lugar en que se publica la información y su contenido al valorar el interés público de su difusión?

La resolución de la AEPD da relevancia al hecho de que la información se publicara en el apartado relativo a información presupuestaria.

La Ley de Transparencia de la Comunitat Valenciana, en cuanto a publicidad activa, distingue diferentes tipos de obligaciones, entre las que se encuentran las que se insertan en el apartado de información presupuestaria, y las relativas a información sobre la organización de la entidad.

En primer lugar, entre las obligaciones de publicación de información presupuestaria, debe difundirse la información relativa a «las retribuciones íntegras anuales, incluidas las indemnizaciones percibidas con ocasión del cese o despido, o por residencia o análoga, por las personas comprendidas en el artículo 25, y por los altos cargos y máximos responsables del resto de entidades incluidas en el artículo 2 de esta ley» (art. 9.1.g). Entre el personal del artículo 25 está el siguiente: «personas integrantes del Consell, a las personas titulares de las secretarías autonómicas, subsecretarías, direcciones generales y órganos o centros directivos cuyo nombramiento compete al Consell, personas que desempeñen cargos directivos como presidentes, directores generales, directores gerentes, consejeros delegados y funciones ejecutivas asimilables en las or-

ganizaciones del sector público instrumental de la Generalitat así como cualquier persona que haya suscrito un contrato laboral especial de alta dirección». Es decir, se refiere a representantes políticos, personal directivo, y personal de alta dirección en sentido amplio.

En la LTAIBG, el artículo 8.1.f) presenta un contenido más general, pero tras el que subyace el mismo objetivo, pues obliga a la publicación de «las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, *con ocasión del abandono del cargo*».

En segundo lugar, entre la información organizativa, institucional y de planificación debe difundirse «la plantilla orgánica de plazas, la relación de puestos de trabajo o instrumento análogo de planificación de los recursos humanos y retribución económica anual». Y también «la relación de puestos de trabajo o plazas reservadas a personal eventual, entidad, centro directivo u órgano al que se encuentran adscritos y retribución íntegra anual» (art. 9.3.2 b y g de la Ley de la Comunitat Valenciana).

Por tanto, hay una distinción clara en la obligación de publicar las retribuciones íntegras del personal que ocupa puestos directivos, y la obligación de publicar las plantillas orgánicas y las relaciones de puestos de trabajo.

La primera se encuentra entre la información de interés presupuestario, por lo que el interés público que motiva su difusión es el conocimiento por parte de los ciudadanos del gasto público que supone soportar las estructuras de gobierno y de alta dirección de las administraciones públicas valencianas.

Sin embargo, el segundo de los supuestos se inserta dentro del interés de conocer la estructura organizativa de la administración. Por lo que en la publicación de plantillas orgánicas y RPT, lo relevante no es tanto conocer el gasto público en el capítulo de personal (dado que, además, las plantillas y las RPT no comprenden la totalidad de los elementos retributivos sino únicamente aquellos conceptos asociados a la plaza). Lo que interesa aquí es que los ciudadanos puedan tener una información completa y veraz sobre cómo está estructurada una administración pública desde el punto de vista de sus recursos humanos.

Como se ha señalado en un apartado anterior, la LTAIBG no hace ninguna referencia a la publicación de plantillas orgánicas y RPT y únicamente prevé que dentro de la información institucional y organizativa se publiquen los organigramas, con identificación de las personas responsables de cada órgano y su perfil y trayectoria profesional (art. 6.1), no sólo no obliga a publicar las RPT y las plantillas orgánicas sino que la obligación que contienen, en cuanto a identificación de personal, únicamente se refiere a «los responsables» de los diferentes órganos.

Es decir, situar la información en uno u otro apartado tiene dos consideraciones:

En primer lugar, que no se exige la publicidad de los mismos conceptos en el ámbito de información presupuestaria y en el ámbito de información organizativa. Por lo tanto, en caso de publicar la información en el apartado relativo a la organización, hay que atenerse al contenido que la ley exige para el mismo (es decir, plantilla orgánica y RPT), no siendo obligatoria la publicación de otro tipo de información. Además, dado el carácter de mínimos de las obligaciones de publicidad activa, podrían añadirse otros contenidos, siempre y cuando se haga para lograr el objetivo buscado con los deberes de publicidad activa, se ajusten a la naturaleza de la información del apartado en el que se publica, y se cumpla con los límites fijados en los artículos 14 y 15 (LTAIBG).

Debe tenerse en cuenta que el objeto de los deberes de publicidad en ambos apartados es distinto. Es decir, en el apartado de información presupuestaria se busca que los administrados puedan conocer cómo se están gestionando los recursos económicos de una entidad. Por tanto, lo relevante es el contenido económico de la información.

Por su parte, el apartado referido a la información organizativa, tiene como fin que pueda conocerse cómo se estructura la administración. Lo realmente importante aquí es el aspecto estructural u organizativo de la información presentada.

Lo anterior tiene relevancia a la hora de justificar el interés público de la difusión de una determinada información. Si la información se presenta en el apartado presupuestario, el interés público estará representado por el conocimiento del contenido económico y de gasto público de esa información. Por tanto, para que la misma cumpla con el principio de veracidad, tendrá que comprender todos los elementos retributivos de cada plaza, que permiten conocer el gasto íntegro que se ha realizado. No será tan relevante conocer quién ocupa cada plaza, sino cual es el gasto total que se ha efectuado. Salvo en el caso del personal directivo y de confianza política, como se ha visto anteriormente.

Se da la circunstancia de que, en el presente caso, la información se publicó dentro del apartado presupuestario, y que, además, no contenía todos los aspectos retributivos. Por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, el interés público no estaría justificado.

Sin embargo, si se hubiera publicado en el apartado de organización y la información hubiera sido estrictamente la contenida en la RPT, probablemente estaríamos ante un supuesto diferente.

Cierto es que, independientemente de en qué apartado se publica, la difusión es la misma y, por tanto, también lo es la afección que genera a los datos personales de los afectados. Pero a la hora de ponderar el

interés público de un determinado tratamiento de datos personales, siguiendo la argumentación de la SAN de 26 de marzo de 2019, habría que tener en cuenta los objetivos del bloque informativo en el que se quiere presentar esa información.

6. ¿La exigencia de retirada de la información es acorde con el principio de proporcionalidad en la aplicación de los límites al ejercicio de la transparencia?

La SAN confirma la resolución de la AEPD, que condena al ayuntamiento de Calpe a «retirar de su web la parte de la Memoria AA2 que contiene nombres y apellidos de los ocupantes de los puestos de la plantilla». Sin embargo esta solución parece excesiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3 *in fine* de la Ley 19/2013, que establece que «A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos», ni parece cohonestar con el principio de proporcionalidad en la aplicación de los límites al ejercicio de la transparencia, contenidos en el artículo 14.3 LTAIBG, que establece que «La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso». Incluso, da la sensación de incurrir en inaplicación del artículo 16, en cuanto al acceso parcial, dado que la parte de la información que no contenía los datos personales sí debería haber sido publicada.

Parece que habría sido más proporcionado y acorde con el texto de la ley, el haber compelido a la entidad local a disociar los datos personales, manteniendo íntegro el resto del documento, y sin necesidad de retirarlo. Probablemente de esta manera hubieran conciliado mejor el derecho a la privacidad y a la protección de datos de los empleados, con el derecho a la transparencia de los ciudadanos.

IV. A modo de conclusión

La interpretación que realiza la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, en seguimiento de lo argumentado por la AEPD en la resolución que confirma, conlleva que la protección de datos personales se convierta en una barrera difícilmente franqueable a la hora de que las administraciones públicas ejerzan su deber de publicidad activa en relación con informaciones relacionadas con sus plantillas de personal.

El efecto práctico que esta línea argumentativa puede conllevar es un retraimiento de las administraciones públicas y, fundamentalmente, de las entidades locales, a la hora de publicar cualquier información que tenga que ver con sus plantillas orgánicas y RPT. Y eso supondría una importante merma desde el punto de vista del principio de transparencia y del derecho de la ciudadanía a conocer cómo se organizan y cómo se gestionan las administraciones públicas.

No debemos perder de vista que en relación con las plantillas orgánicas y RPT, se hacen públicos, a través de los boletines oficiales, elementos como los procesos de acceso, los actos de nombramiento, las adjudicaciones de plazas en concursos de traslado, las retribuciones básicas y complementarias, las cuantías generales de otros componentes retributivos (como la antigüedad y otros), y otras cuestiones de importancia relacionadas.

No tiene sentido cercenar ahora la difusión general de informaciones que, de hecho, ya han sido difundidas por otros canales, y cuya publicidad es necesaria para garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el empleo público. No debe obviarse que el conocimiento de esa información es un ejercicio importante de control y transparencia en un Estado democrático.

Por descontado, la protección de datos personales es un derecho fundamental que evidentemente debe ser salvaguardado en relación con los empleados públicos. Y el ejercicio de los deberes derivados de la transparencia lógicamente tiene que respetarlo y cumplir con el RGPD. Pero eso no puede llevarnos a que la protección de datos se convierta en el único bien jurídico a salvaguardar, ni a que los límites al deber de publicidad activa se apliquen de tal manera que se desdibuje el ejercicio de otro bien jurídico digno de protección como es la transparencia y el derecho de la ciudadanía a saber.

V. Bibliografía

- CAMPOS ACUÑA, M. C., (2018). «La relación entre la transparencia y la protección de datos: claves para resolver el conflicto con la Ley 19/2013. El deber de informar y la transparencia en el RGPD», en M.C. CAMPOS ACUÑA, (Dir.), *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, (págs. 419-461) Las Rozas (Madrid): Wolters-Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2017). «El difícil equilibrio entre transparencia pública y protección de datos personales», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 45, 127-156.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2017), «Acceso a la información pública versus protección de datos personales», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 184, 248-281.

- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (2017). *El Derecho de Acceso a la Información Pública en España*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- GARCÍA MUÑOZ (2017). «La protección de los datos de carácter personal», en AAVV, *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, (págs. 227-260). Madrid: INAP.
- GUICHOT REINA, E. (2017a). «Transparencia y acceso a la información en las entidades locales vascas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 107-II enero-abril, 555-583.
- GUICHOT REINA, E. (2017b). «Las relaciones entre publicidad y privacidad en la normativa sobre transparencia y acceso a la información», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 44, 12-47.
- GUICHOT REINA, E. (2018). «Transparencia y protección de datos en las Universidades Públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 193, 85-126.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a. (2015). *El derecho de acceso a la información pública*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.^a, (2019). «El necesario equilibrio entre transparencia y protección de datos personales», en D. ZEGARRA VALDIVIA. *La proyección del derecho administrativo peruano*, (págs. 137-162), Lima: Pa-lestra.
- TRONCOSO REIGADA, A. (2017). «La protección de datos personales como límite al acceso a la información pública en la Ley 19/2016, de 9 de diciembre. Comentario al artículo 15 «Protección de datos personales», en A. TRONCOSO REIGADA (Dir.). *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno* (págs. 958-1113), Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- VELASCO RICO, C.I. (2014). «La cuestión competencial en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre: ¿de qué margen disponen las CC.AA. en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno?, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 33.

Notas



Telecomunicaciones y protección de datos: interconexiones de redes, datos de tráfico y conservación de datos

Telecommunications and Data Protection: network
interconnections, communication traffic data and data retention

ANDONI POLO ROCA

Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea
andpoloro@gmail.com
ORCID 0000-0002-2763-501X

DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.08>

LABURPENA: Telekomunikazioen edo komunikazio elektronikoen sektorea etengabe dabil datuen babesa probatzen; are gehiago, sektoreak oinarrizko eskubide hori edukirik gabe uzten duela ikusiko dugu agian. Sareen interkonexioak, sare-operadoreak edo berehalako mezularitza-sistemak datu pertsonalekin gatazkan sar daitezke, trafikoari buruzko datuekin adibidez. Komunikazioen sekretua edo intimitatea urratzera irits daitezke. Izan ere, Telekomunikazioei buruzko Lege Orokorra, Datuak babesteko Legea, Europar Batasuneko araudia (datuak babesteari buruzko zuzentaraua, *e-Privacy* zuzentaraua, *e-Privacy* erregelamendu berri baten proposamena) eta Estatuko nahiz Europako gainerako araudiak saiatu dira sektore horretako datuak babesteko erregimena ezartzen, baina agian ez da erabat lortu. Horregatik aztertu behar da eratu den erregimen juridikoa nahikoa den eta, horrez gain, bateragarria den Datuak Babesteko Erregelamendu Orokorrekin (DBEO) eta datu pertsonalak babesteari eta eskubide digitalak bermatzeari buruzko abenduaren 5eko 3/2018 Lege Organikoarekin (DPBEDBLO).

HITZ GAKOAK Telekomunikazioak. Trafikoari buruzko datuak. Datuen kontserbazioa. Sare-interkonexioak. Datuak babestea.

ABSTRACT: The telecommunications sector (or electronic communications sector) is constantly putting data protection to the test and, it is possible, that we see how this sector empties this fundamental right out. This will be cases such as those of network interconnections, network operators or instant messaging services that may conflict with personal data, such as traffic data, and may even violate the right to respect for communications or for private and family life. Thus, the Spanish General Telecommunications Law, the Data Retention Law or European regulation such as the Data Retention Directive, the e-Privacy Directive, the proposal for a new e-Privacy Regulation (ePR) and other national

and European regulations have attempted to build a regime that protects data protection in this sector, but it may not have been achieved at all. Therefore, it is necessary to analyze whether the legal regime built is sufficient and, in addition, if it is compatible with the General Data Protection Regulation (GDPR) and with the Organic Law 3/2018, of 5 December, on the Protection of Personal Data and Guarantee of Digital Rights.

KEYWORDS: Telecommunications. Traffic data. Data retention. Network interconnections. Data protection.

RESUMEN: El sector de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas pone constantemente a prueba la protección de datos y, es posible, que podamos ver cómo este sector vacía de contenido este derecho fundamental. Ello serán casos como los de las interconexiones de redes, operadores de red o sistemas de mensajería instantánea que pueden entrar en conflicto con datos personales, como los datos de tráfico, pudiendo llegar a vulnerar, incluso, el secreto de las comunicaciones o la intimidad. Así, la Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Conservación de Datos o regulación comunitaria como la Directiva sobre Conservación de Datos, la Directiva *e-Privacy*, la propuesta de un nuevo Reglamento *e-Privacy* y demás normativa nacional y europea han intentado construir un régimen que proteja la protección de datos en este sector, pero puede que no se haya conseguido del todo. Por ello, es preciso analizar si el régimen jurídico construido es suficiente y si, además, este es compatible con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD).

PALABRAS CLAVE: Telecomunicaciones. Datos de tráfico. Conservación de datos. Interconexiones de redes. Protección de datos.

Trabajo recibido el 15 de enero de 2020

Aceptado por el Consejo de Redacción el 17 de enero de 2020

Sumario: I. Introducción. —II. El derecho fundamental a la protección de datos: consideraciones generales. —III. Redes de Telecomunicaciones, interconexiones de redes, sistemas de mensajería instantánea y datos de tráfico: problemática general. 1. Prestadores de servicios de la Sociedad de la Información y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y operadores de red. 2. Interconexiones de redes en el sector de las Telecomunicaciones y su problemática. 3. Los sistemas de mensajería instantánea y su funcionamiento: *WhatsApp*. 3.1. Litigar contra *WhatsApp*: competencia y legislación aplicable. —IV. Análisis jurídico de la protección de datos en las telecomunicaciones: la conservación de los datos de tráfico y su marco normativo. 1. Los datos de tráfico: datos de carácter personal. 2. La conservación de los datos de tráfico. 2.1. La conservación de datos como norma general: lucha contra la delincuencia. 2.2. La conservación de datos como excepción: facturación y pagos de interconexiones. —V. Conclusiones.—Abreviaturas y siglas.—Bibliografía. —Webgrafía.

«Mr. Watson —come here— I want to see you» (1)

I. Introducción

Como animales sociales (*zōion politikón*), siguiendo la filosofía aristotélica (2), el ser humano tiene la necesidad social de comunicarse, siendo esta una condición que siempre formará parte de nosotras y nosotros. De esa necesidad surgieron también las comunicaciones a cierta distancia, las telecomunicaciones, donde cobraron relevancia los telégrafos hidráulicos (3) y el correo postal, en la antigüedad, los telégrafos del siglo XIX, el sistema telefónico de Graham Bell o los actuales *smartphones*, llamadas telefónicas y videollamadas.

Este tipo de comunicaciones actuales, encaminadas a través de redes de telecomunicaciones, sin embargo, pueden entrar en conflicto con algunos de nuestros derechos fundamentales, en especial, con la

(1) «Señor Watson —venga aquí—. Quiero verlo». Esta frase fue pronunciada por Alexander Graham Bell el 10 de marzo de 1876 a su ayudante Thomas Watson y se trata de las primeras palabras inteligibles transmitidas por teléfono.

(2) ARISTÓTELES, *Política*, Libro I, Capítulo 1, 1252a-1253a, 1253a 1-3, y CAMPILLO MESEGUER, Antonio, «Animal político. Aristóteles, Arendt y nosotros», en *Revista de Filosofía*, núm 39, 2, 2014, págs. 169-188. «el ser humano es por naturaleza un animal político» (*physei hē pólis estí, kai hótí ánthrōpos physei politikón zōion*).

(3) BRINGAS, Manuel, *Tratado de telegrafía, con aplicación a servicios militares*, Imprenta del Memorial de Ingenieros, Madrid, 1884, págs. 8 y 9. «(...) que 336 años antes de la era Cristiana usaban ya un sistema, inventado por Eneas, consistente en un gran vaso lleno de agua ú otro líquido, en cuya parte inferior había un orificio para darle salida, y sobre la superficie del cual había un flotador de corcho, al que estaba unida una tira perpendicular dividida en varias partes iguales, cada una de las cuales representaba una frase distinta».

protección de datos. En los casos como los de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, operadores de red, interconexiones de red o sistemas de mensajería instantánea nuestros datos personales «viajarán» cada segundo de un lado a otro y nos podemos encontrar en una situación de desprotección. Todo ello puede hacer que perdamos el control sobre nuestros datos personales, que es exactamente lo contrario de lo que significa el derecho a la protección de datos. Debemos por ello analizar estas situaciones para ver cómo se adaptan a la protección de datos y si son compatibles con esta. Todo ello desde la perspectiva de dos normas básicas en la materia: el Reglamento General de Protección de Datos(4) (RGPD) y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD).

Para hacer este análisis de la protección de datos en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, además, deberemos combinar las citadas RGPD y LOPDGDD junto con otras cinco normas españolas y comunitarias en este ámbito: la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGT), la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (en adelante, LCD) —norma que transpuso la Directiva sobre Conservación de Datos (en lo sucesivo, DCD)(5)—, el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, RCPSCSUPU), la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas(6) (en lo sucesivo, Directiva *e-Privacy*) y el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas(7). Tejiendo y combinando estas siete normas podremos ver si se cumple el contenido esencial de la protección de datos en este ámbito, analizando primero la

(4) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos). *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 119 de 14 de mayo de 2016.

(5) Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 105 de 13 de abril de 2006.

(6) Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 201 de 31 de julio de 2002.

(7) Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 321 de 17 de diciembre de 2018.

problemática que se nos presenta en la práctica diaria y aplicando, después, el régimen jurídico previsto en estas normas.

Por otro lado, nos es necesario, asimismo, mencionar la propuesta de Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas(8) (denominado ya «Reglamento *e-Privacy*»), cuyo objeto es actualizar la ya anticuada Directiva *e-Privacy* y está enmarcado dentro de la estrategia comunitaria para el Mercado Único Digital («Estrategia MUD»), con voluntad de establecer que no solo las operadoras de telecomunicaciones tradicionales queden bajo la aplicación de la normativa comunitaria *e-Privacy* (normativa sobre privacidad y comunicaciones electrónicas), sino también las llamadas «empresas OTTs» (*over-the-top*) —quienes actualmente están fuera de su aplicación—; pero, en este caso, limitándonos a la simple mención(9) ya que ni está aprobado aún(10).

II. El derecho fundamental a la protección de datos: consideraciones generales

El derecho fundamental a la protección de datos lo encontramos reconocido, garantizado y protegido tanto en el ámbito nacional, como en el comunitario e internacional, pero son especialmente tres los preceptos más relevantes que lo recogen: el artículo 18.4 de la CE, el artículo 8 de la CDFUE y el artículo 16 del TFUE(11). Debemos tener en cuenta que se trata, hoy en día, de un derecho que se ha europeizado(12), por lo que no podemos basarlo únicamente en la CE.

(8) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) COM/2017/010 final – 2017/03 (COD). Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010> (última consulta el 09 de enero de 2020).

(9) Sobre todo, porque la propuesta del nuevo Reglamento *e-Privacy*, por ejemplo, no contiene disposiciones específicas en materia de conservación de datos, lo cual recoge expresamente la propuesta: «La propuesta no contiene disposiciones específicas en materia de conservación de datos. [...] los Estados miembros pueden mantener o crear marcos nacionales de conservación de datos [...], siempre y cuando tales marcos sean conformes al Derecho de la Unión, habida cuenta de la jurisprudencia del TJUE».

(10) La voluntad de la UE era aprobar este nuevo Reglamento *e-Privacy* junto con el RGPD de 2016, sin embargo, la aprobación del primero se está retrasando debido a discordancias en el seno comunitario.

(11) Antiguo artículo 286 del TCE.

(12) RALLO LOMBARTE, Artemi, «De la 'libertad informática' a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)» en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, págs. 639-669, pág. 658 y ss., y RALLO LOMBARTE, Artemi, «El nuevo derecho de protección de datos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n.º 39, núm. 116, 2019, págs. 45-74, págs. 50 y ss.

En cuanto a su desarrollo jurisprudencial, según el Tribunal Constitucional (TC), el artículo 18.4 incorpora un nuevo derecho fundamental, dotándolo de plena autonomía respecto del derecho a la intimidad(13) y corroborando plenamente la doctrina acerca de la autonomía del derecho a la protección de datos(14), y ha venido declarando que este derecho consagra en sí mismo un derecho o libertad fundamental y atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos(15), configurándolo, así, como un derecho de prestación.

Comprende, asimismo, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención(16), siendo la finalidad de este derecho fundamental «garantizar a la persona un poder de disposición sobre el uso y destino de sus datos con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, garantizando a los individuos un poder de disposición sobre esos datos»(17). Del mismo modo, debemos unirlo a la dignidad de la persona(18) (art. 10.1 CE), siguiendo el criterio del TC(19), y nos es necesario mencionar también el *Convenio n.º 108+ para la protección de las personas con respecto al procesamiento de datos personales*(20), ya que es fundamento para interpretar el derecho a la protección de datos (art. 10.2 de la CE).

(13) SSTC 11/1998, de 13 de enero, FFJJ 4.º y 5.º; 33/1998, de 11 de febrero; 35/1998, de 11 de febrero; 45/1998, de 24 de febrero; 60/1998, de 16 de febrero; 77/1998, de 31 de marzo; 94/1998, de 4 de mayo; 104/1998, de 18 de mayo; 105/1998, de 18 de mayo; 106/1998, de 18 de mayo; 123/1998, de 15 de junio; 124/1998, de 15 de junio; 126/1998, de 15 de junio; 158/1998, de 13 de julio; 198/1998, de 13 de octubre; 223/1998, de 24 de noviembre; 30/1999, de 8 de marzo; 44/1999, de 22 de marzo, y 45/1999, de 22 de marzo.

(14) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo María, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 23, y PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 37.

(15) STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5.º.

(16) STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6.º.

(17) STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4.º, y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º, *in fine*.

(18) REBOLLO DELGADO, Lucrecio, SERRANO PÉREZ, María, *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2018, pág. 65.

(19) STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.º.

(20) Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, modificado por el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STCE n.º 108), adoptado por el Comité de Ministros en su Sesión n.º 128ª el 18 de mayo de 2018. Accesible en: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1> (última consulta el 09 de enero de 2020).

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos, por otro lado, se ve claramente reflejado en los dos pilares del RGPD y en la LOPDGDD: primero, los «derechos ARSLOP» (21) y, segundo, el consentimiento (22). Ambos son la piedra angular de la protección de datos y su tratamiento (23), formando este parte del contenido esencial del derecho (24).

En cuanto al objeto de protección, por último, resulta claro que son los datos personales, que, según el RGPD, son «toda información sobre una persona física identificada o identificable» (art. 4, apartado 1). Lo que se pretende proteger, al fin y al cabo, es la posibilidad de identificar a la persona que hay detrás de un dato de carácter personal (al superar el dato personal, estaríamos ante una persona física y entraría en juego también el derecho fundamental a la intimidad), la información del dato personal debe, así, poder vincularse a una persona (25). Los datos personales objeto de tutela, por lo tanto, serán todos aquellos datos sobre una persona física identificada o identificable (art. 4, apartado 1, del RGPD), es decir, todos aquellos que identifican o permitan identificar a cualquier persona (26).

III. Redes de Telecomunicaciones, interconexiones de redes, sistemas de mensajería instantánea y datos de tráfico: problemática general

A modo de introducción al apartado, al hablar de red de telecomunicaciones nos referimos a una red de enlaces y nodos (y, a veces, de satélites u ondas) ordenados para la comunicación a distancia, donde los mensajes pueden transmitirse de una parte a otra de la red sobre múltiples

(21) Los «derechos ARSLOP»: derecho de acceso (art. 15 RGPD y art. 13 LOPDGDD), derecho de rectificación (art. 16 RGPD y art. 14 LOPDGDD), derecho de supresión (art. 17. RGPD y art. 15 LOPDGDD), derecho de limitación (art. 18. RGPD y art. 16 LOPDGDD), derecho de oposición (art. 21. RGPD y 18 LOPDGDD) y derecho de portabilidad (art. 20. RGPD y art. 17 LOPDGDD). Derechos que superan y actualizan los antiguos 'derechos ARCO': derecho de acceso, derecho de rectificación, derecho de cancelación y derecho de oposición.

(22) Art. 4.11 y 7 del RGPD y art. 6.1 de la LOPDGDD.

(23) HOWARD, Philip N., JONES, Steve (ed.), *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Editorial UDOC, Barcelona, 2005, pág. 323.

(24) SERRANO PÉREZ, María Mercedes, «El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, págs. 245-265, pág. 255.

(25) ARIAS POU, María, «Definiciones a efectos del reglamento general de protección de datos», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), ÁLVAREZ CARO, María (coord.), RECIO GAYO, Miguel (coord.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Reus, Madrid, 2016, pág. 118 y PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Concepto de datos de carácter personal: Título I. Disposiciones Generales. artículo 3», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010, págs. 193 y 194.

(26) STEDH 27798/1995, de 16 de febrero de 2000, Amann contra Suiza, ap. 65; y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º. También SAN de 24 de enero de 2003, n.º rec. 400/2001, FJ 5.º.

enlaces y a través de varios nodos, siendo el nodo un punto de intersección, conexión o unión de varios elementos que confluyen en el mismo lugar, punto en el que una curva se interseca consigo mismo, aunque depende del tipo de redes a que nos refiramos(27).

A efectos del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas serán red de comunicaciones electrónicas los sistemas de transmisión, estén basados o no en una infraestructura permanente o en una capacidad de administración centralizada, y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos de red que no son activos, que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas *hertzianas*, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluido internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada (art. 2).

1. Prestadores de servicios de la Sociedad de la Información y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y operadores de red

La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información ha hecho que hoy en día estemos ante lo que se ha denominado como «Sociedad de la Información»(28). En esa sociedad de la información encontraremos los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información (SSI), que según la LSSICE(29) son prestadores de SSI los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet(30). Es decir, por ejemplo, agrega-

(27) CASTELLS, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 1. La sociedad red* (versión castellana de Carmen Martínez Gimeno), Alianza, Madrid, 1997, pág. 506.

(28) Cfr. CASTELLS, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 1. La sociedad red* (versión castellana de Carmen Martínez Gimeno), Alianza, Madrid, 1997; MATTELART, Armand, *Historia de la sociedad de la información*, Paidós, Barcelona, 2007; BURCH, Sally, «Sociedad de la Información/sociedad del conocimiento», en AMBROSI, Alain (coord.), PEUGEOT, Valérie (coord.), PIMIENTA, Daniel (coord.), *Palabras en juego: enfoques multiculturales sobre las sociedades de la información*, C & F Éditions, Caen, 2005; y COURRIER, Yves, «Société de l'information et technologies», en *UNESCO Web News, Point of view, Archives*, 2000.

(29) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

(30) Exposición de motivos, II, de la LSSICE.

dores de noticias, motores de búsqueda como *Google*, plataformas de *streaming* como *Netflix* o *Amazon Prime Video*, servicios de comercio *online* como *Amazon*, plataformas de música en *streaming* como *Spotify*, redes sociales como *Twitter* o *Facebook*(31), etc.

En el ámbito de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, en cambio, encontraremos, por un lado, a los operadores o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas —también llamados proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones(32), proveedores de servicios de Internet o *Internet service provider*, *ISP*, en su versión inglesa— que son las compañías con las que usualmente contratan los usuarios finales, y, por otro lado, a los operadores que explotan redes públicas de comunicaciones electrónicas u operadores de red, las compañías que ofrecen red e infraestructuras de telecomunicaciones(33) y que explotan redes públicas de telecomunicaciones. Como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.21.º de la CE), todo ello es regulado por la ya mencionada LGT.

Debemos, por lo tanto, distinguir los prestadores de SSI (regulados por la LSSICE) y aquellos que facilitan el encaminamiento o transmisión del mensaje, sin que este servicio esté vinculado a su contenido(34), que son los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas y los operadores de red (regulados por la LGT).

Sin embargo, ambos están unidos y, aunque cada cual tenga su sector de operaciones, encontramos un régimen especial en el ámbito de la responsabilidad. Así, según la LSSICE, los operadores redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso, no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmi-

(31) Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29, adoptado el 12 de junio de 2009, y artículo 1, apartado 1, letra c), de la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información.

(32) *Cfr.* art. 14.1 de la LSSICE.

(33) Ello se deduce de los artículos 1.1 y 5.1 de la LGT que establece dos acciones fundamentales en el sector de las telecomunicaciones: la «explotación de las redes» y la «prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas». Así, puede que las dos acciones sean ofrecidas por la misma compañía (una compañía telefónica que tenga red propia, por ejemplo) o que haya compañías que se dediquen o a la «explotación de las redes» o a la «prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas». Es por ello que debemos distinguir entre esas dos categorías.

(34) CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las normas dictadas en desarrollo del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE, en especial la privacidad en las comunicaciones electrónicas», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario...* (en imprenta), Civitas, Madrid, 2020, pág. 3 (equivalente), y MALARET I GARCÍA, Elisenda, «Los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de telecomunicaciones: los servicios de la sociedad de la información y los servicios de comunicación audiovisual», en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (dir.), *Derecho de las telecomunicaciones*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015, pág. 120.

sión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos (art. 14.1 de la LSSICE). Por lo que aunque los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas (o proveedores de acceso) y operadores de red se limiten a prestar un servicio de intermediación que consiste en una transmisión por una red de telecomunicaciones, sí que tendrán responsabilidad en los casos mencionados.

En 2019, por otro lado, el TJUE declaró, en caso *Skype Communications Sàrl e IBPT*, que aplicaciones como *Skype* o *WhatsApp* son operadores de telecomunicaciones a todos los efectos, colocándolos a la misma altura que un operador de telecomunicaciones europeo, con las mismas obligaciones y derechos (35), siguiendo así la doctrina ya establecida (36), por lo que quedan sujetos a la normativa comunitaria y legislación en materia tanto de protección de datos, como de comunicaciones electrónicas. Luego las aplicaciones como *WhatsApp*, que también pueden suponer un peligro para la protección de datos y su normativa como veremos a continuación, deberán cumplir la normativa y legislación en materia de telecomunicaciones y protección de datos.

Para el Tribunal de Luxemburgo, en cambio, plataformas como *Gmail* no constituirían un «servicio de comunicaciones electrónicas», ya que estamos ante un servicio de correo electrónico que no incluye el acceso a Internet y no consiste en su totalidad o principalmente en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas (37).

2. Interconexiones de redes en el sector de las Telecomunicaciones y su problemática

Como ya hemos mencionado al principio de este apartado, por un lado, en el ámbito de la Sociedad de la Información, encontraremos a los prestadores de SSI (motores de búsqueda, plataformas de compraventa *online*, redes sociales, etc.) y, por otro lado, en el sector de las telecomu-

(35) STJUE (Sala Cuarta), de 5 de junio de 2019, asunto C-142/18, caso *Skype Communications Sàrl e Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, ap. 41. «el suministro, por parte del creador de un programa informático, de una funcionalidad que ofrece un servicio VoIP [voz por protocolo de Internet] que permite al usuario llamar a un número fijo o móvil de un plan nacional de numeración a través de la RTPC [red telefónica pública conmutada] de un Estado miembro a partir de un terminal constituye un servicio de comunicaciones electrónicas [...], en la medida en que la prestación de dicho servicio, por un lado, da lugar a una remuneración del creador y, por otro, conlleva que este celebre acuerdos con los proveedores de servicios de telecomunicaciones debidamente autorizados a transmitir y terminar llamadas a la RTPC».

(36) STJUE (Sala Segunda), de 30 de abril de 2014, asunto C-475/12, *UPC DTH Sàrl y Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese*, ap. 43.

(37) STJUE (Sala Cuarta), de 13 de junio de 2019, asunto C-193/18, *Google LLC y Bundesrepublik Deutschland*, ap. 41.

nicaciones, tendremos a los operadores o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas, con quien usualmente contratan los usuarios finales (las compañías de telefonía son un claro ejemplo de ello), y a los operadores que explotan redes públicas de comunicaciones electrónicas u operadores de red, las que no son directamente contratadas por los usuarios finales, o sí (puede que una compañía telefónica ofrezca preste servicios de telefonía, pero no tenga una red propia y tenga que contratar a una empresa que se la suministre).

Así, los operadores que facilitan el acceso al servicio son prestadores de servicio, que usualmente facturan al usuario final y con el que han contratado dicho servicio. De este modo, los operadores de red pueden coincidir con los prestadores de servicio si las comunicaciones atraviesan una red explotada por el mismo operador (que será, al mismo tiempo, prestador de servicio y operador de red, al tener red propia), pero, también puede suceder, que la comunicación sea enviada y encaminada a través de redes gestionadas por otros operadores de red mediante mecanismos de interconexión de redes (38).

En los casos en los que un prestador de servicio (v. g. una compañía telefónica) tenga red propia, será, al mismo tiempo, prestador de servicio y operador de red, pero si no tuviera red, como hemos mencionado, esa compañía tendría que contratar la red de otra compañía que sí la tuviere para poder prestar ese servicio de acceso a los usuarios finales (39). Uno de los problemas nos aparecerá en esos casos, en los que el prestador de servicio no sea operador de red y las comunicaciones electrónicas deban ser encaminadas a través de las interconexiones de redes (40), ya que el usuario final estará haciendo uso de una red que no es gestionada por su compañía prestadora de servicios, con la que ha contratado los servicios de telefonía. Así, ese operador de red conseguirá los datos de tráfico de las comunicaciones que haga el usuario final, esto es: conseguirá datos de un usuario que no es cliente suyo y con quien no tiene ninguna relación contractual, dado que el usuario final contrata los servicios de telefonía, y la compañía, por su parte, si no tuviere red propia, contratará

(38) CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las normas dictadas en desarrollo del artículo 13 (...), *op. cit.*, págs. 3-4 (equivalente), y CUBERO MARCOS, José Ignacio, *Régimen jurídico de la obligación de interconexión de redes en el sector de las telecomunicaciones*, IVAP-HAEE, Oñati, 2008, págs. 45-49.

(39) Una compañía, por ejemplo, puede tener red propia en telefonía fija, entonces sería prestador de servicio de telefonía fija y operador de red de telefonía fija, pero puede no tener red propia en telefonía móvil, en cuyo caso necesitaría contratar la red de telefonía móvil de otra compañía que la tuviere. Este es el caso de *Euskaltel, S.A.*, compañía que sí tiene red propia de telefonía fija, pero no de telefonía móvil, por ello se ve obligado a contratar la red de telefonía móvil de otra compañía u operador de red.

(40) *Cfr.* CUBERO MARCOS, José Ignacio, «La obligación de interconexión en relación con el servicio universal de telecomunicaciones», en *REDETI: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red*, Año n.º 6, núm. 17, 2003, págs. 153-184.

sus servicios con otra compañía. El problema planteado es que el usuario final no sabe que cada vez que haga una llamada esa llamada va a realizarse mediante una compañía con la que él no ha contratado los servicios, ni siquiera se le ha informado de ello, y esa tercera compañía va a conseguir los datos de tráfico de esa comunicación (número de móvil, lugar, fecha y hora de la llamada, duración de la llamada, etc.), datos sobre los que el usuario no ha dado el consentimiento, porque con quien él ha contratado los servicios de telefonía y cuyo consentimiento ha dado ha sido con su compañía de telefonía, no con la titular de la red. Este problema que nos aparece en este supuesto es parecido al que nos aparecerá en el segundo caso de interconexión de redes.

El segundo ejemplo de interconexión de redes aparecerá en los casos en los que un usuario final que ha contratado sus servicios de telefonía, por ejemplo, con un prestador de servicios que es operador de red al mismo tiempo, llame a otro usuario final que ha contratado sus servicios de telefonía con un prestador de servicios distinto al primero(41). En esos casos habrá una interconexión de redes entre las dos redes de los dos distintos operadores de red y las compañías contrarias conseguirían los datos de tráfico de la llamada del usuario que no ha contratado con ellas(42). Es decir, en estos casos, se va a interconectar la red propia con las de los competidores a efectos de que el usuario final (cliente) de una compañía pueda establecer comunicación con los de otras. Al igual que en el anterior supuesto, como hemos mencionado, estos datos recogerán: el número de móvil, la duración de la llamada, hora y día de la llamada, correo electrónico, etc. (43).

(41) No sólo en ese caso, también en otros casos como cuando como se efectúa una comunicación entre un usuario de un prestador de servicios de telefonía y operador de red y un usuario de un prestador de servicios de telefonía que no es operador de red y contrata a otra compañía que sí lo es. En todos los casos en los que se efectúe una comunicación en la que se unan dos redes de distintos operadores.

(42) En este supuesto, el usuario 1 tiene contratados los servicios de telefonía con la compañía de telefonía móvil CTM1 (prestador de servicios de comunicaciones electrónicas/prestador de servicio de telefonía móvil y operador de red) y el usuario 2 los tiene contratados con la compañía CTM2 (también, prestador de servicios de comunicaciones electrónicas/prestador de servicio de telefonía móvil y operador de red). Tanto la compañía CTM1, como la CTM2, prestan servicios de telefonía y de red a sus clientes, al mismo tiempo, usuario 1 y usuario 2, respectivamente; y cada compañía tiene los datos de sus respectivos clientes (CTM1 los de usuario 1 y CTM2 los de usuario 2). Cuando el usuario 1 llama al usuario 2, esa llamada inicia su recorrido por la red de la compañía del usuario 1 (CTM1), la llamada, entonces, va a un nodo y de ahí se redirige a la red de la compañía del usuario 2 (CTM2) y de ahí al usuario número 2. Por lo que la compañía del usuario 2 (CTM2) obtendrá los datos del usuario 1, quien no es cliente suyo, al haberse dado una interconexión de redes.

(43) CUBERO MARCOS, José Ignacio, ABERASTURI GORRIÑO, Unai, «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, págs. 175-197, pág. 176.

El nodo —punto de intersección, conexión o unión de redes(44)—, además, almacenará también todos estos datos, al haber redirigido las redes e interconexiones entre ellas. El problema nos aparecerá, de nuevo, aquí, dado que ninguna de las compañías ha advertido al usuario de la otra compañía que esa interconexión iba a suceder, ni que iba a obtener datos personales suyos, ni los derechos que le asisten, ni su consentimiento.

Este será nuestro problema en estos supuestos, que unas compañías ajenas a un usuario final conseguirán sus datos de tráfico de cada comunicación electrónica que realicen, lo que nos deja ante un escenario que resulta peligroso para la protección de datos. Situación, esta, sin embargo, que tiene una regulación que impone unos límites, como veremos en el siguiente apartado.

3. Los sistemas de mensajería instantánea y su funcionamiento:

WhatsApp

Cuando hablamos de mensajería instantánea hacemos referencia a una forma de comunicación entre dos personas (o más) basada en un texto que es enviado a través de dispositivos conectados a internet o datos móviles (3G, 4G, 4G LTE, 5G, etc.), sea cual sea la distancia que exista entre los dispositivos conectados. Este tipo de comunicación ha ido renovándose desde sistemas de mensajería instantánea como *Windows Live Messenger*, entre otros(45), hasta más actuales como *WhatsApp*, también entre muchos otros(46). Estos sistemas constituyen una forma de comunicación electrónica, mediante la cual se envían mensajes, datos, imágenes, etc., lo que implica una conexión directa con la protección de datos.

Para entender el funcionamiento de estos sistemas de mensajería instantánea, debemos primero analizar cuál es su modo de operar, para un posterior análisis sobre su compatibilidad con la protección de datos. Para ello utilizaremos como ejemplo el sistema *WhatsApp*, al ser el más conocido y utilizado. Cuando un usuario (emisor) escribe un texto y lo envía (o envía una imagen, un documento, etc.), ese texto se envía a los ser-

(44) CASTELLS, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 1. (...)*, op. cit., pág. 506.

(45) Además de *Windows Live Messenger*, también podemos hablar de *ICQ*, *Yahoo! Messenger*, *Pidgin*, *BlackBerry Messenger*, *eBuddy*, *AIM (AOL Instant Messenger)*, *Google Talk* (actualmente, *Hangouts*), *Meebo*...

(46) Actualmente a parte de *WhatsApp*, también encontramos *Facebook Messenger*, *Telegram*, *Line*, *Viber*, *WeChat*, *Hangouts*, *Skype*, *Snapchat*, *Kik Messenger*, *Linphone*...

vidores de la compañía de *WhatsApp*, donde se procesa y se reenvía directamente al otro usuario (receptor-destinatario), enviando una señal informática para que el servidor lo elimine(47). Así, cuando A pulsa «enviar» para mandarle un mensaje a B, esa acción lo que hace es conectar con el servidor y envía un código que es leído por el programa informático y envía, al mismo tiempo, un código de vuelta para la llamada «retención simple», de tal manera que el usuario emisor ve el mensaje en su interfaz. Si el usuario B está conectado, el servidor ejecuta un árbol de decisiones de forma automática hasta producir la inserción del mensaje en el cliente B(48).

En cuanto a la seguridad de este sistema de mensajería instantánea, éste, como muchos otros, utiliza el Protocolo extensible de mensajería y comunicación de presencia (*Extensible Messaging and Presence Protocol*, en inglés), con ese protocolo de seguridad abierto, el usuario se conecta a un servidor informático y *WhatsApp* (el *software*) envía la dirección IP y el número del puerto del dispositivo que utiliza el usuario. Por otro lado, después de algunos problemas de seguridad(49), en abril de 2016, *WhatsApp* comenzó a implementar el cifrado de extremo a extremo(50). Pero, aunque desde 2016 se haya implementado ese nuevo cifrado no pudiendo los terceros (ni la compañía) leer los mensajes ni ver los archivos que se envían entre los usuarios (antes sí), *WhatsApp* sí puede visualizar cuándo fueron los mensajes enviados, recibidos y vistos, lo que supone una clara vulneración del derecho a la protección de datos, como veremos a continuación — más aún antes del año 2016, ya que las comunicaciones no estaban encript-

(47) Así, cuando en el chat de *WhatsApp* aparece el primer «*check*» es porque el mensaje ha llegado a los servidores de la compañía y el segundo «*check*» es porque los servidores han enviado el mensaje recibido al destinatario, siendo el doble «*check*» de color azul cuando éste entra en el chat correspondiente y lo lee.

(48) SÁNCHEZ, José M. (2014), «¿Cómo funciona WhatsApp?», *ABC*, <https://www.abc.es/tecnologia/moviles-aplicaciones/20140302/abci-como-funciona-whatsapp-201402281956.html> (última consulta el 09 de enero de 2020).

(49) Desde mayo de 2011 las comunicaciones mediante *WhatsApp* no estuvieron encriptadas y los datos se recibían en texto sin formato, lo que significaba que los mensajes podían leerse fácilmente si se disponía de los paquetes enviados; hecho que se mantuvo hasta mayo de 2012, que tras las nuevas actualizaciones, *WhatsApp* ya no enviaba los mensajes en texto sin formato. Incluso en febrero de 2014, el director de la oficina alemana de regulación de la privacidad, Thilo Weichert, aconsejó no usar la aplicación *WhatsApp* por no estar sujeta a la legislación europea en materia de seguridad y privacidad de la información, al quedar desprotegidos los datos de los usuarios. SÁNCHEZ, Rosalía (2014), «Alemania desaconseja el uso de WhatsApp», *El Mundo*, <https://www.elmundo.es/tecnologia/2014/02/24/530b1a8fca4741c3388b456d.html> (última consulta el 09 de enero de 2020).

(50) Con ese nuevo cifrado, cada chat tiene una única clave de encriptación y *WhatsApp* permite confirmar el código de encriptación entre los miembros del chat, no pudiendo los terceros (ni la compañía) leer los mensajes ni ver los archivos que se envían entre los usuarios, aunque *WhatsApp* puede visualizar cuándo fueron los mensajes enviados, recibidos y vistos.

tadas y los datos se recibían en texto sin formato, lo que significaba que los mensajes podían leerse fácilmente si se disponía de los paquetes enviados—.

Una vez analizado el funcionamiento de este sistema tenemos claro que *WhatsApp*, como todos los demás sistemas de mensajería instantánea, es un «mensajero» que transporta la comunicación de un usuario a otro, y que puede suponer un peligro para la protección de datos.

Por último, cabe mencionar que el Reglamento *e-Privacy* servirá para garantizar la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas de los usuarios que tienen lugar a través de servicios de comunicación basados en IP (como *WhatsApp*), algo que la Directiva *e-Privacy* actual no contempla.

3.1. LITIGAR CONTRA *WHATSAPP*: COMPETENCIA Y LEGISLACIÓN APLICABLE

Como el presente trabajo analiza los sistemas de mensajería instantánea y la mayoría de ellas suelen ser sistemas internacionales, debemos analizar cómo convergen legislación comunitaria/española y estos sistemas cuando operan en la UE o España, para un posterior análisis sobre la normativa que los regula. Por esa razón, cabe hacer mención en este apartado a cómo sería posible litigar contra *WhatsApp* —para los casos en los que haya vulneraciones como las que acabamos de mencionar o, por ejemplo, por si ejercitamos los derechos ARSLOP y la compañía los rechazase—. Para ello, debemos aclarar las dos dudas más importantes del derecho internacional privado: dónde demandar a *WhatsApp* (fuero) y qué ley le es aplicable a *WhatsApp*.

Si bien la sede central de la sociedad *WhatsApp Inc.* está en California(51), es la compañía *WhatsApp Ireland Limited*(52) con domicilio en Irlanda (UE) quien proporciona los servicios en el ámbito geográfico que la sociedad denomina «Región europea» (53), por lo que debemos remitirnos al Reglamento Bruselas I *bis*(54). Dado que *WhatsApp Ireland Ltd.* ejerce «actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro

(51) *WhatsApp Inc.*, Willow Road Menlo Park núm. 1601, California, 94025, EE.UU.

(52) *WhatsApp Ireland Limited*, Grand Canal Square n.º 4, Grand Canal Harbour, Dublin 2, Irlanda. Constituida como sociedad privada de responsabilidad limitada por acciones, registrada en Irlanda bajo el registro de empresas número 607470. VAT: IE 3480619JH.

(53) Hace referencia con ello al Espacio Económico Europeo (incluida la Unión Europea) y en cualquier otro país o territorio que forme parte de él.

(54) Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 351 de 20 de diciembre de 2012.

del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades» (55), como consumidores, podremos elegir si interponer la acción en el Estado miembro donde esté domiciliado *WhatsApp* (Irlanda) o en el de nuestro domicilio (56), como consumidores. En nuestro caso, si optásemos por el Estado miembro de nuestro domicilio, España, el fuero resultante, a tenor de la legislación procesal civil española (art. 52.3 de la LEC), sería únicamente el del domicilio del consumidor (57).

Para determinar la ley aplicable, por otro lado, debemos acudir al Reglamento Roma I (58), teniendo en cuenta el domicilio de *WhatsApp Ireland Ltd.* (Irlanda, UE). Teniendo en cuenta, una vez más, que *WhatsApp Ireland Ltd.* ejerce «sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país», la ley aplicable sería la del país en que el consumidor tenga su residencia habitual (59), en nuestro caso concreto la legislación española.

WhatsApp Ireland Ltd., sin embargo, ha establecido una cláusula de resolución de disputas en la que establece que la competencia y la ley aplicable será la del Estado miembro del domicilio del consumidor (60). Esta

(55) Art. 17.1, apartado a), Reglamento Bruselas I *bis*.

(56) Art. 18.1, apartado a), Reglamento Bruselas I *bis*.

(57) Si bien el artículo 52.3 de la LEC da opción al consumidor o usuario del elegir el fuero del domicilio del consumidor o el del domicilio de la empresa, solamente podemos optar por el domicilio del consumidor, no hay opción de elegir el otro fuero —podemos decir que esa opción no existe en la LEC—, ya que esa opción nos la da el Reglamento Bruselas I *bis* y al decantarnos en el reglamento por el fuero del domicilio del consumidor, excluimos el fuero del domicilio del empresario. Y, en el caso de querer elegir el fuero del domicilio de empresario, sería una elección que realizaríamos a través del reglamento, no a través de la LEC. Una vez elegido el fuero, al acudir la legislación procesal del Estado miembro del fuero elegido, no podemos elegir en este remitirnos al otro utilizando como instrumento esa legislación estatal (reflejo todo ello del principio de primacía del Derecho de la UE, *Cfr.* SSTJCE, de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend & Loos, y de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Flaminio Costa c. E.N.E.L.).

(58) Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 177 de 4 de julio de 2008.

(59) Art. 6.1 Reglamento Roma I.

(60) «Si eres un consumidor y resides habitualmente en un territorio de la Región europea, las leyes de tu territorio se aplicarán a cualquier Reclamación que tengas contra nosotros y que haya surgido como consecuencia de estas Condiciones o nuestros Servicios, o en relación con ellos, y podrás resolver dicha Reclamación en cualquier tribunal competente de tu territorio que tenga jurisdicción sobre ella. En todos los demás casos, aceptas que la Reclamación debe resolverse en un tribunal competente de Irlanda que tenga jurisdicción sobre ella y que las leyes de Irlanda regirán estas Condiciones, así como cualquier Reclamación, independientemente de las disposiciones sobre conflictos de leyes». Accesible en: <https://www.whatsapp.com/legal/?lang=es#terms-of-service> (última consulta el 09 de enero de 2020).

cláusula, si bien es aceptable en lo que respecta a la ley aplicable (61), no es válida en lo que respecta a la competencia ya que esta debe ser posterior al nacimiento del litigio (62), por lo que la ley aplicable sería la ley española, según la cláusula de *WhatsApp*, y la competencia sería de los juzgados y tribunales de España, pero no según la cláusula, sino según el reglamento Bruselas I *bis*, dado que la cláusula es contraria al reglamento.

IV. Análisis jurídico de la protección de datos en las telecomunicaciones: la conservación de los datos de tráfico y su marco normativo

1. Los datos de tráfico: datos de carácter personal

Según la Directiva *e-Privacy* son datos de tráfico cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma (art. 2). Estos datos de tráfico que tendremos presentes cada vez que se produzca una comunicación electrónica —datos sobre llamadas, IPs, localización u otros—, según el TJUE, considerados en su conjunto, «permiten extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los círculos sociales que frecuentan» (63). Estos datos, en suma, constituyen datos personales en tanto en cuanto identifican o hacen identificables a personas físicas (64) (art. 4, apartado 1, RGPD).

Es decir, podemos estar ante un dato personal simple o compuesto: una dirección IP o número de teléfono (dato simple) que tiene un titular y sólo sería necesario comprobar quién es el titular —buscando el número de teléfono, por ejemplo, en los listines telefónicos (65) o buscadores—, con lo que estaríamos hablando de una persona física identificada o iden-

(61) Art. 3.1 Reglamento Roma I.

(62) Art. 19, apartado a), Reglamento Bruselas I *bis*.

(63) STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, *Tele2 Sverige AB y Post- och telestyrelsen y Secretary of State for the Home Department y otros*, ap. 99, y STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*, ap. 27.

(64) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Los datos de tráfico de comunicaciones: en búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n.º 36, núm. 108, 2016, págs. 93-122, pág. 99.

(65) Listines telefónicos con números de teléfono particulares (conocidas popularmente como «Páginas Blancas») o con anuncios y teléfonos corporativos (conocidas popularmente como «Páginas Amarillas»).

tificable, o bien, otros datos de tráfico que considerados en su conjunto (fecha y hora de la comunicación electrónica, lugar, duración, etc.) que permiten identificar a una persona física (el dato personal es el derivado del conjunto de estos datos, como un «perfil»). Así, un sólo dato (duración de la llamada) no sería un dato personal *stricto sensu*, porque no permite identificar a una persona, pero considerados en su conjunto serían un dato de carácter personal, una información sobre una persona física identificada o identificable, datos que permiten identificar a una persona (66), datos personales objeto de tutela.

2. La conservación de los datos de tráfico

Como hemos visto, en el sector de las telecomunicaciones se da una constante retención y almacenamiento de estos dato de tráfico. Todo ello podría dejar sin efecto y contenido el derecho a la autodeterminación informativa, como el poder de cada persona de disponer y controlar sus datos personales y como capacidad de cada persona de decidir cuándo y en qué condiciones dar a conocer las situaciones y datos sobre su vida, siendo necesaria la protección del individuo frente a la recopilación, almacenamiento, utilización y cesión de los datos (67).

Esta situación, por otro lado, no solo hará temblar los cimientos de la protección de datos (art. 18.4 CE), sino que, además, hará temblar también los del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), dos derechos fundamentales que gozan de especial trascendencia y protección constitucional (68). Debemos recordar que, según la doctrina reiterada del TC, el secreto de las comunicaciones, en una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, constituye no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo (69), y no sólo protege el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores (70), la mera existencia de dicha comunicación, las circunstancias externas del proceso de comunicación (el hecho de que se produzca la comunicación en fecha y hora

(66) STEDH 27798/1995, de 16 de febrero de 2000, Amann contra Suiza, ap. 65; y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.º. También SAN de 24 de enero de 2003, n.º rec. 400/2001, FJ 5.º.

(67) *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*, de 15 de diciembre de 1983, BVerfGE 65, 1; 1 BvR 209/83; Gründe, C, II (ap. n.º 147).

(68) *Cfr.* art. 53.1, 53.2, 81.1 y 168 CE. Garantías normativas, jurisdiccionales e institucionales, reserva de Ley Orgánica, reforma agravada de la Constitución, etc.

(69) STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5.º.

(70) SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7.º, 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º, y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 2.º. También STEDH (Pleno), de 2 de agosto de 1984, Malone c. el Reino Unido.

concretos, duración de la misma, etc.)(71) y el soporte de la comunicación (independientemente del contenido de la misma)(72). Encontraremos todos ellos en cualquier comunicación electrónica —por ello la LGT, o ley que regule este sector, debe respetar, garantizar y proteger el secreto de las comunicaciones(73)—, por lo que resulta claro que el secreto de las comunicaciones resultará también vulnerado en la mayoría de los casos.

Como hemos mencionado, los datos que se guardan (fecha y hora de la llamada, duración, destinatario, número marcado, etc.) son datos que los proveedores de redes y servicios almacenan y retienen, lo que entran en conflicto con la protección de datos y el derecho a la intimidad(74); y es así como lo entiende el TEDH, según el cual en esas situaciones, cuando no hay consentimiento previo del titular de esos datos, puede vulnerarse el derecho a la vida privada y familiar(75). Así, solamente puede accederse a dichos datos cuando una ley así lo establezca expresamente y siempre que sea una medida proporcional y necesaria en una sociedad democrática(76), requisito que se cumplirá, según el Tribunal de Estrasburgo, siempre que se recojan garantías suficientes contra los abusos(77). En este sentido, serán dos los escenarios sobre el almacenamiento de estos datos, uno con carácter general y, otro, como excepción.

2.1. LA CONSERVACIÓN DE DATOS COMO NORMA GENERAL: LUCHA CONTRA LA DELINCUENCIA

La LCD, siguiendo la Directiva sobre Conservación de Datos (DCD), ha establecido la obligación de los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar los datos de tráfico y de localización sobre

(71) STC 56/2003, de 24 de marzo, FJ 3.º.

(72) STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 9.º.

(73) DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pág. 563.

(74) CUBERO MARCOS, José Ignacio, ABERASTURI GORRIÑO, Unai, «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas (...), *op. cit.*, págs. 181 y 182.

(75) STEDH de 2 de agosto de 1984, Malone c. Reino Unido, ap. 81 y ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «Art. 8. Respeto a la vida privada y familiar», en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, pág. 318.

(76) GREER, Steven C., The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, Estrasburgo, 1997, pág. 7. «The (...) invocation of any of the legitimate purposes (...) is contingent upon compliance with two vital conditions: that the interference, or limitation, is prescribed by, or is in accordance with, law (the “rule of law test”); and that it is necessary in a democratic society in pursuit of one or more of the second paragraph objectives (the “democratic necessity test”）」

(77) STEDH de 2 de agosto de 1984, Malone c. Reino Unido, ap. 83.

personas físicas y jurídicas con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves (art. 1 LCD), lo mismo que estableció la DCD (art. 1 DCD). La LCD avala, así, la conservación generalizada de datos con un fin: la lucha contra la delincuencia.

Los datos que se deben conservar son aquellos que permitan identificar el origen y destino de las comunicaciones electrónicas (número de teléfono, IP, dirección del abonado, etc.), el tipo de comunicación (voz, SMS, datos, MMS, etc.), el identificador del aparato de comunicación (IMEI, IMSI, DSL,...), el número de teléfono de origen y destino y los necesarios para localizar un equipo móvil. Recordemos, por otro lado, que según el TS, las direcciones IP son datos personales, ya que contienen información concerniente a personas físicas identificadas o identificables(78), siguiendo el mismo criterio que el TJUE (79)-(80).

En cuanto al plazo de conservación, según la LCD, los datos de tráfico deberán conservarse durante un plazo de doce meses, computados desde la fecha en que se haya producido la comunicación, ampliables reglamentariamente hasta un máximo de dos años y reducibles hasta un mínimo de seis meses(81); decisión que se basa en criterios como el coste del almacenamiento y conservación de los datos, así como el interés de los mismos para los fines de investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave, previa consulta de los operadores(82). Se establece, así, la conservación generalizada de datos con la lucha contra la delincuencia como fin y con un plazo de doce meses.

Todo ello, en cambio, fue puesto en duda por el TJUE, según el cual, la lucha contra la delincuencia grave es un motivo válido para conservar los datos de tráfico y localización de determinadas personas (al ser lucha

(78) STS 3896/2014, de 3 de octubre, FJ 4.º (rec. n.º 6153/2011) «estimamos que las direcciones IP son datos personales, en el sentido del artículo 3.a) LOPD y, como tales, se encuentran protegidos por las garantías establecidas por dicho texto legal para su tratamiento».

(79) STJUE (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, caso ASNEF y FECEMD y Administración del Estado y otros, y TJUE, Conclusiones del Abogado General, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, caso ASNEF y FECEMD y Administración del Estado y otros, ap. 61.

(80) STJUE (Sala Segunda), de 19 de octubre de 2016, asunto C-582/14, Patrick Breyer y Bundesrepublik Deutschland, ap. 47 a 49. En este caso el TJUE no es tan claro como el TS, pero concluye que todos los proveedores de servicios de medios *on line* pueden llegar a identificar a las personas físicas a través de las direcciones IP por el mero hecho de que existan mecanismos a través de los cuales los proveedores de acceso a Internet puedan llegar a proporcionar su identidad.

(81) Art. 5.1 de la LCD. La Directiva sobre Conservación de Datos (DCD), traspuesta por la LCD, dejadas en manos de los Estados miembros pueden optar por el periodo que crean conveniente en una horquilla de seis meses a dos años (art. 6).

(82) CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las normas dictadas en desarrollo del artículo 13 (...), *op. cit.*, pág. 18 (equivalente), y VILASAU SOLANA, Mónica, «La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad», en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*, N.º 3, 2006, pág. 4.

contra la delincuencia grave para garantizar la seguridad pública interés general de la unión (83)), pero no de manera generalizada, sino de manera excepcional y limitada.

El Tribunal de Luxemburgo ha sido extremadamente restrictivo con la prevalencia de los intereses generales de la UE como justificación de la injerencia en la protección de datos y, así, en el caso *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* el tribunal anuló la Directiva sobre Conservación de Datos (DCD), porque posibilitaba la conservación de algunos datos (84), expresando que aunque sí se cumplía el requisito de «interés general» (lucha contra la delincuencia grave, en este caso), éste no puede servir para justificar cualquier medida (85). De este modo, el Tribunal declaró que la DCD y su regulación constituían una injerencia en los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones y de protección de datos de carácter personal protegidos por la CDFUE (86) —a pesar de que no se conserve el contenido de las comunicaciones— y especial gravedad en el ordenamiento jurídico de la Unión, sin que esta injerencia esté regulada de manera precisa por disposiciones que permitan garantizar que se limita efectivamente a lo estrictamente necesario (87). Cabe recordar que según la jurisprudencia del TJUE, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones de la Unión sean adecuados para lograr los objetivos legítimos perseguidos por la normativa de que se trate y no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de dichos objetivos (88).

A ello le es de adhesión, además, que en el año 2016 el TJUE declaró que el Derecho de la Unión se opone a que una normativa nacional esta-

(83) STJUE (Gran Sala) de 23 de noviembre de 2010, asunto C-145/09 Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis, ap. 46 y 47.

(84) Lo que según el TJUE posibilita una extraordinaria intromisión en la privacidad, suponiendo una injerencia especialmente grave en los derechos fundamentales a la vida privada y a la protección de datos de carácter personal.

(85) STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, ap. 45 y ss.

(86) Art. 7 y 8 de la CDFUE.

(87) STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros, ap. 65.

(88) STJUE (Sala Cuarta), de 8 de julio de 2010, asunto C-343/09, Afton Chemical Limited y Secretary of State for Transport, ap. 45; STJUE (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2010, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, Volker und Markus Schecke GbR (C-92/09), Hartmut Eifert (C-93/09) y Land Hessen, ap. 74; STJUE (Gran Sala), de 23 de octubre de 2012, asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10, Emeka Nelson y otros contra Deutsche Lufthansa AG y TUI Travel plc y otros contra Civil Aviation Authority, ap. 71; STJUE (Gran Sala), de 22 de enero de 2013, asunto C-283/11, Sky Österreich GmbH y Österreichischer Rundfunk, ap. 50; y STJUE (Sala Quinta), de 17 de octubre de 2013, asunto C-101/12, Herbert Schaible y Land Baden-Württemberg, ap. 29.

blezca, con la finalidad de luchar contra la delincuencia, la conservación generalizada e indiferenciada de todos los datos de tráfico y de localización de todos los abonados y usuarios registrados en relación con todos los medios de comunicación electrónica (89).

Resulta necesario mencionar, por último, que estamos ante una situación jurídicamente desconcertante: una sentencia del TJUE que ha anulado una Directiva entera (la DCD), siendo traspuesta dicha directiva por la LCD española, por lo que, desde un punto de vista comunitario, la LCD está materialmente derogada, ya que su contenido es una copia de una Directiva anulada por el TJUE. La LCD, sin embargo, no ha sido derogada formalmente, por lo que está en una especie de 'limbo legal': no ha sido reemplazada por otra, pero su vigencia y aplicabilidad resulta dudosa atendiendo al criterio del tribunal (90).

2.2. LA CONSERVACIÓN DE DATOS COMO EXCEPCIÓN: FACTURACIÓN Y PAGOS DE INTERCONEXIONES

En cuanto a la conservación de datos como excepción, la Directiva *e-Privacy* estableció que los datos de tráfico debían eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesario a los efectos de la transmisión de una comunicación, como norma general, con la excepción de los necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones (art. 6.1 y 6.2 de la Directiva *e-Privacy*).

Eso mismo fue recogido por el artículo 38 de la LGT de 2003 (91) —cuyo equivalente encontramos en el artículo 48 de la actual LGT de 2014—: los datos de tráfico deben hacerse anónimos o cancelarse (suprimirse), salvo los necesarios a efectos de facturación y pagos de las interconexiones (92). Así lo recoge también el RCPSCESUPU y la LGT, con una distinción: la primera lo recoge como un mandato directo a los operadores (93) y la segunda como un derecho del usuario final (94). Los datos de tráfico, por lo tanto, podrán conservarse, como excepción, con un objetivo: que sean necesarios a efectos de facturación y pagos de las interconexiones.

(89) STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, *Tele2 Sverige AB y Post- och telestyrelsen y Secretary of State for the Home Department y otros*, ap. 112 y 125.

(90) CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las normas dictadas en desarrollo del artículo 13 (...)», *op. cit.*, pág. 12 y ss. (equivalente)

(91) Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

(92) Art. 38.3 de la LGT de 2003 y art. 48.2 de la LGT de 2014.

(93) Art. 65.1 y 65.2 del RCPSCESUPU.

(94) Art. 48.2, letra a), de la LGT.

De este modo, al considerarse ese tipo de datos como personales, su tratamiento se justifica únicamente por la relación contractual entre operador y usuario final, así como para la facturación de llamadas(95). En este sentido, el operador solamente puede ceder, modificar y emplear esos datos con la finalidad de realizar gestiones propias del servicio, como la reclamación del pago, la emisión de las facturas o la reparación del mismo(96).

En cuanto al plazo, la Directiva *e-Privacy* fue clara: el almacenamiento de esos datos de tráfico (con fines de facturación y pagos de interconexiones) debe ser durante un tiempo limitado(97) y, así, estableció que podrán ser tratados únicamente hasta la expiración del plazo durante el cual pueda impugnarse la factura o exigirse el pago (art. 6.2 de la Directiva *e-Privacy*). Es así como lo han recogido también la LGT y el RCPSCE-SUPU: durante el plazo para la impugnación de la factura o para exigir su pago(98) —podemos deducir que el plazo se computa desde la fecha en que se haya producido la comunicación, haciendo una analogía con la LCD (art. 5.1 de la LCD)—.

Según la citada disposición podemos distinguir dos plazos: el plazo para la «impugnación de la factura» y el plazo para «exigir su pago». En cuanto al primero de ellos («impugnación de la factura»), según la legislación el plazo será de tres meses(99) para formular reclamación ante la SETSI(100), desde que el operador resuelve negativamente o desde que pasa un mes desde que se reclamó ante él(101). En lo que respecta al segundo plazo («exigir su pago»), el operador puede exigir el pago hasta

(95) BRAVO-FERRER DELGADO, Miguel, «Protección de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones», en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 208, 2000, págs. 76-86, pág. 83 y ss. y DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La Protección de los Datos Personales en el Sector de las Telecomunicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000, pág. 29.

(96) SAN de 18 de enero de 2002, rec. 1096/2000, FJ 2.º y CUBERO MARCOS, José Ignacio, ABERASTURI GORRINO, Unai, «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, págs. 175-197, pág. 182.

(97) Considerando n. 26.º de la Directiva *e-Privacy*.

(98) Art. 48.2, letra a), de la LGT y art. 65.2 del RCPSCE-SUPU. Se sigue el mismo esquema que seguía la LGT de 2003. *Cfr.* art. 38.3, apartado a), de la LGT de 2003.

(99) BRAVO-FERRER DELGADO, Miguel, «Protección de los datos personales (...), *op. cit.*, pág. 83 y DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La Protección de los Datos Personales (...), op. cit.*, pág. 29.

(100) Las siglas hacen referencia a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Fue una Secretaría de Estado que ejerció sus competencias en el ámbito de las telecomunicaciones que conocía de las reclamaciones de los usuarios de las comunicaciones electrónicas, fundada en el año 2000 y disuelta en el año 2016. Sitio web para las reclamaciones accesible en: <https://www.usuariosteleo.gob.es/reclamaciones/telecomunicaciones/Paginas/telecomunicaciones.aspx> (última consulta el 09 de enero de 2020).

(101) ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía, *El contrato de servicio telefónico*, Reus, Madrid, 2010, pág. 187.

la prescripción de la acción, lo que nos remite directamente al artículo 1964.2 del Código Civil (CC), que establece el plazo de cinco años para las acciones personales —con las especialidades de la reforma operada en dicho artículo en el año 2015(102)—. Estamos, por lo tanto, ante un plazo de tres meses («impugnación de la factura») y ante otro de cinco años («exigir su pago»), por lo que se deduce que el plazo será de cinco años, dado que el plazo menor quedará subsumido en el mayor.

El legislador, por lo tanto, ha establecido dos límites al tratamiento y almacenamiento de este tipo de datos: uno temporal, según el cual dichos datos podrán conservarse durante el plazo para la impugnación de la factura o para exigir su pago (plazo de cinco años, según el CC), y otro finalista, por el cual esos datos solamente y exclusivamente deben ser tratados a efectos de realizar las facturaciones y los pagos de interconexiones correspondientes. Esto cumple con dos de los principios relativos al tratamiento del RGPD: que los datos sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos y que la duración del tratamiento sea limitada a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados dichos datos (art. 5.1 del RGPD). De esta manera la legislación ha querido dar respuesta a un panorama que resultaba bastante peligroso para protección de datos, dado que los datos de tráfico en su conjunto pueden identificar perfectamente a una persona, encontrándonos ante un dato personal.

Se diferencia, de este modo, la conservación de datos como obligación y como excepción: frente a la posibilidad, como excepción, según la Directiva *e-Privacy*, de conservar los datos con el fin de impugnarse la factura o exigirse el pago (durante un plazo de cinco años), la DCD y LCD impone la obligación de conservarlos, como norma general (durante doce meses), omitiéndose toda mención al consentimiento (103).

(102) Debemos tener en cuenta que la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su Disposición final primera, modificó el artículo 1964.2 del CC, ya que en su versión anterior al año 2015 se establecía el plazo de prescripción de quince años para este tipo de acciones. El plazo, por lo tanto, será de cinco años, en el caso de obligaciones nacidas con posterioridad al 7 de octubre de 2015 (entrada en vigor de la Ley 42/2015) y de quince para las nacidas con anterioridad a esa fecha. También debemos tener en cuenta, por otro lado, la Disposición transitoria quinta y el artículo 1939 del CC, los cuales establecen que el plazo de las deudas nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (que se regían por el plazo de quince años) podrán tener un plazo de prescripción superior a los 5 años, pero nunca superior al 7 de octubre de 2020, fecha en la que habrá prescrito la posibilidad de reclamarlas judicialmente. Así, la prescripción iniciada antes de entrada en vigor de la Ley 42/2015 (7 de octubre de 2015) se regirá por la regla anterior (quince años), pero si desde dicha entrada en vigor transcurriese todo el plazo requerido por la nueva norma (cinco años, de 7 de octubre de 2015 a 7 de octubre de 2020), la prescripción surtirá efecto. Por lo que el plazo legal para poder reclamar el impago de una factura será de 5 años, con las excepciones mencionadas, transcurrido el plazo se perderá el derecho a reclamar judicialmente cuanto se es adeudado.

(103) MARAS, Marie-Helen, «The economic costs and consequences of mass communications data retention: is the data retention directive a proportionate measure?», en *European Journal of Law and Economics*, núm. 33, 2012, pág. 459.

En lo que respecta a *WhatsApp* (ejemplo que hemos analizado) tendremos una situación problemática: como hemos mencionado a la sociedad *WhatsApp Ireland Ltd.* le es aplicable la legislación del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual (104) (España, en nuestro caso) y según el TJUE aplicaciones como *WhatsApp* son operadores de telecomunicaciones a todos los efectos (105), por lo que, todo ello quiere decir que a todos los contratos firmados con consumidores que tengan la residencia habitual en España se les aplicará la legislación y normativa española en materia de comunicaciones electrónicas. Así, los datos de todos aquellos consumidores con residencia en España están sujetos, por lo tanto, a la obligación de conservación durante un plazo de doce meses, según la LCD, y a la posibilidad de almacenarlos y tratarlos, para la impugnación de la factura o para exigir su pago, durante un plazo de cinco años, según la LGT y el RCPSCESUPU. En el primero de los supuestos (conservación como norma general), la legislación irlandesa, la Ley de Comunicaciones (conservación de datos) de 2011 (106) hace lo propio estableciendo un periodo de dos años y un mes o de un año y un mes, siguiendo una distinción de dos tipos de categorías de datos que hace la ley (107).

En general, el problema es que los operadores de comunicaciones electrónicas (en los casos de interconexiones) almacenan, por defecto, los datos de tráfico. Desde la óptica de conservación de datos como norma general, no incumpliría la DCD y LCD, en principio, pero el TJUE ha establecido que no cabe la conservación generalizada, como hemos visto, por lo que podría haber una vulneración de la normativa. Desde la óptica de la conservación de datos como excepción sí habría una clara vulneración, ya que los datos son almacenados automáticamente, cuando únicamente puede conservar los necesarios para la impugnación de la factura o para exigir su pago (datos de usuarios que, por ejemplo, no hayan abonado el pago por los servicios prestados, pero no de los demás).

(104) Art. 6.1 del Reglamento Roma I.

(105) STJUE (Sala Cuarta), de 5 de junio de 2019, asunto C-142/18, caso *Skype Communications Sàrl y Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*.

(106) *Communications (Retention of Data) Act 2011. Number 3 of 2011 [26th January, 2011]*. Ley de Comunicaciones (conservación de datos) de 2011. Ley n.º 3 de 2011 (26 de enero de 2011). Accesible en: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2011/act/3> (última consulta el 09 de enero de 2020).

(107) Sección 4, apartado d, de la *Communications (Retention of Data) Act 2011*. «[...] the data, except those that have been accessed and preserved, shall be destroyed by the service provider after— (i) in the case of the data in the categories specified in Part 1 of Schedule 2, a period of 2 years and one month, or (ii) in the case of the data in the categories specified in Part 2 of Schedule 2, a period of one year and one month».

V. Conclusiones

Como hemos visto y analizado, el sector de las telecomunicaciones resulta un punto débil de la protección de datos que pone en riesgo nuestros datos personales e, incluso, nuestra intimidad. Ciertamente es que tenemos una normativa bastante amplia que ha tratado de construir un régimen jurídico para hacer frente a las vulneraciones que en el sector de las telecomunicaciones puedan darse de la protección de datos —tanto a nivel nacional (LCD, LGT, RCPSCESUPU, etc.), como a nivel comunitario (DCD, Directiva *e-Privacy*, Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, etc.), sin olvidar, asimismo, el RGPD y la LOPDGDD—, sin embargo, este régimen pende de un hilo, como hemos mencionado: una directiva anulada por el TJUE y una ley cuyo contenido material es el mismo que el de dicha directiva anulada. Como hemos visto, además, en el sector de las telecomunicaciones se da una constante retención y almacenamiento de estos datos de tráfico de forma casi automática, como norma general, lo que vulnera una normativa ya de por sí bastante débil.

Encontramos, en suma, una vulneración de la protección de datos desde los puntos técnico (el funcionamiento de las redes de telecomunicaciones, por defecto) y jurídico (la propia legislación habilita la conservación) y una normativa incapaz —o capaz, pero muy difícilmente— de hacer frente a las constantes vulneraciones que encontramos en este sector. Resulta necesario y urgente, por lo tanto, que la UE elabore una nueva normativa sobre conservación de datos, ya que la actual lleva, a día de hoy, casi seis años anulada y las legislaciones de los Estados miembros puestas en duda. Sería necesario un trabajo técnico y jurídico, analizando, primero, las cuestiones técnicas y elaborando una nueva normativa y, segundo, aplicando dicho régimen al funcionamiento de los prestadores y operadores de telecomunicaciones.

Por otro lado, el legislador debería, asimismo, elaborar una nueva ley sobre conservación de datos, pero teniendo en cuenta todo el nuevo régimen dibujado por el TJUE, adaptándola a ello para poder hacer frente a los nuevos retos tecnológicos en el sector de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, ya que no es viable seguir con una legislación tocada, si bien aún no hundida, para regular una cuestión tan importante y relevante como nuestros datos personales en las telecomunicaciones, teniendo en cuenta que el nuevo Reglamento *e-Privacy* no va a incluir ninguna regulación en este ámbito y que cada segundo se realizan miles y miles de comunicaciones electrónicas, cada una con su gran cantidad de nuestros datos personales.

Abreviaturas y siglas

- CC: Código Civil
- CE: Constitución Española
- CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- DCD: Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE
- Directiva *e-Privacy*: Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. 201 de 31 de julio de 2002.
- FJ: Fundamento jurídico
- LCD: Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones
- LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- LGT: Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones
- LOPDGDD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales
- LSSICE: Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico
- RCPSCSUPU: Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios
- Reglamento Bruselas I *bis*: Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil
- Reglamento Roma I: Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales
- RGPD: Reglamento General de Protección de Datos
- SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
- SSI: Servicios de la Sociedad de la Información
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- TS: Tribunal Supremo
- UE: Unión Europea

Bibliografía

- ALFONSO VELÁSQUEZ, Olga Lucía, *El contrato de servicio telefónico*, Reus, Madrid, 2010.
- ARIAS POU, María, «Definiciones a efectos del reglamento general de protección de datos», en PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), ÁLVAREZ CARO, María (coord.), RECIO GAYO, Miguel (coord.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Reus, Madrid, 2016.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, «Art. 8. Respeto a la vida privada y familiar», en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2004.
- BRAVO-FERRER DELGADO, Miguel, «Protección de los datos personales en el sector de las telecomunicaciones», en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea*, núm. 208, 2000, págs. 76-86.
- BRINGAS, Manuel, *Tratado de telegrafía, con aplicación a servicios militares*, Imprenta del Memorial de Ingenieros, Madrid, 1884.
- BURCH, Sally, «Sociedad de la Información/sociedad del conocimiento», en AMBROSI, Alain (coord.), PEUGEOT, Valérie (coord.), PIMIENTA, Daniel (coord.), *Palabras en juego: enfoques multiculturales sobre las sociedades de la información*, C & F Éditions, Caen, 2005.
- CAMPILLO MESEGUER, Antonio, «Animal político. Aristóteles, Arendt y nosotros», en *Revista de Filosofía*, núm. 39, 2, 2014, págs. 169-188.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 1. La sociedad red* (versión castellana de Carmen Martínez Gimeno), Alianza, Madrid, 1997.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 2. El poder de la identidad* (versión castellana de Carmen Martínez Gimeno), Alianza, Madrid, 1997.
- CASTELLS, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura. Vol. 3. Fin de milenio* (versión castellana de Carmen Martínez Gimeno), Alianza, Madrid, 1997.
- COURRIER, Yves, «Société de l'information et technologies», en *UNESCO Web News, Point of view*, Archives, 2000.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, ABERASTURI GORRIÑO, Unai, «Protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas: especial referencia a la Ley 25/2007, sobre conservación de datos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, págs. 175-197.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, ABERASTURI GORRIÑO, Unai, «Reflexiones en torno a la protección de los datos personales en las comunicaciones

- electrónicas», en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurala-ritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 78, 2007, págs. 83-113.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Disposición Adicional 11ª LOPD. Privacidad en las comunicaciones electrónicas», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario...* (en imprenta), Civitas, Madrid, 2020.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, «El operador con peso significativo en el mercado de interconexión de telecomunicaciones», en *REDETI: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red*, Año n.º 10, núm. 30, 2007, págs. 11-40.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, «La obligación de interconexión en relación con el servicio universal de telecomunicaciones», en *REDETI: Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red*, Año núm. 6, N.º 17, 2003, págs. 153-184.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Las normas dictadas en desarrollo del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE, en especial la privacidad en las comunicaciones electrónicas», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario...* (en imprenta), Civitas, Madrid, 2020.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Interconexión de redes y derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 250, 2007, págs. 15-26.
- CUBERO MARCOS, José Ignacio, *Régimen jurídico de la obligación de interconexión de redes en el sector de las telecomunicaciones*, IVAP-HAEE, Oñati, 2008.
- CREMADES GARCÍA, Javier, GARCÍA MARTÍNEZ, Antonio, «Algunos aspectos clave de la interconexión entre redes», en PÉREZ-UGENA COROMINA, María (coord.), MERINO MERCHÁN, José Fernando (coord.), *Curso de derecho de las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *La Protección de los Datos Personales en el Sector de las Telecomunicaciones*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2000.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho Informático*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (dir.), *Derecho de las telecomunicaciones*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, «Los datos de tráfico de comunicaciones: en búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n.º 36, núm. 108, 2016, págs. 93-122.
- GREER, Steven C., *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Estrasburgo, 1997.
- HOWARD, Philip N., JONES, Steve (ed.), *Sociedad on-line: Internet en contexto*, Editorial UDOC, Barcelona, 2005.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo María, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de los Datos Personales Frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, 1990.

- LÓPEZ BELLOSO, María, SANZ, Borja: «Hic sunt draconis: derechos humanos y Big Data: análisis de una colaboración inexplorada», LANDA GOROS-TIZA, Jon-Mirena (dir.), GARRO CARRERA, Enara (coord.): *Retos emergentes de los Derechos Humanos: ¿Garantías en peligro?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda, «Los servicios excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de telecomunicaciones: los servicios de la sociedad de la información y los servicios de comunicación audiovisual», en DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (dir.), *Derecho de las telecomunicaciones*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015.
- MARAS, Marie-Helen, «The economic costs and consequences of mass communications data retention: is the data retention directive a proportionate measure?», en *European Journal of Law and Economics*, núm. 33, 2012.
- MARCO ABATO, Marcos, «Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa», en *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 29, 2017, págs. 75-127.
- MATTELART, Armand, *Historia de la sociedad de la información*, Paidós, Barcelona, 2007.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991.
- PÉREZ-UGENA COROMINA, María (coord.), MERINO MERCHÁN, José Fernando (coord.), *Curso de derecho de las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000.
- PÉREZ-UGENA COROMINA, María (coord.), MERINO MERCHÁN, José Fernando (coord.), *Régimen de las telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1998.
- PÉREZ-UGENA COROMINA, María, «Protección de datos personales en la nueva ley general de telecomunicaciones», en PÉREZ-UGENA COROMINA, María (coord.), MERINO MERCHÁN, José Fernando (coord.), *Curso de derecho de las telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 2000.
- PÉREZ-UGENA Y COROMINA, Álvaro, PÉREZ-UGENA COROMINA, María, «Implicaciones constitucionales de las nuevas tecnologías», en *Datos personales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2003.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis (dir.), ÁLVAREZ CARO, María (coord.), RECIO GAYO, Miguel (coord.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Reus, Madrid, 2016.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Concepto de datos de carácter personal: Título I. Disposiciones Generales. artículo 3», en TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Fundación Alternativas, Madrid, 2009.

- RALLO LOMBARTE, Artemi, «De la 'libertad informática' a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)» en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, págs. 639-669.
- RALLO LOMBARTE, Artemi, «El nuevo derecho de protección de datos», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año n.º 39, núm. 116, 2019, págs. 45-74.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio, SERRANO PÉREZ, María, *Manual de Protección de Datos*, Dykinson, Madrid, 2018.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año n.º 1, núm. 2, 1997, págs. 239-376.
- SERRANO PÉREZ, María Mercedes, «El derecho fundamental a la Protección de Datos. Su contenido esencial», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 1, 2005, págs. 245-265.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2010.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio, *La protección de datos personales «en busca del equilibrio»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VILASAU SOLANA, Mónica, «La Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos del tráfico en las comunicaciones electrónicas: seguridad v. privacidad», en *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*, núm. 3, 2006.

Webgrafía

- SÁNCHEZ, José M. (2014), «¿Cómo funciona WhatsApp?», *ABC*, <https://www.abc.es/tecnologia/moviles-aplicaciones/20140302/abci-como-funciona-whatsapp-201402281956.html> (última consulta el 09 de enero de 2020).
- SÁNCHEZ, Rosalía (2014), «Alemania desaconseja el uso de WhatsApp», *El Mundo*, <https://www.elmundo.es/tecnologia/2014/02/24/530b1a8f-ca4741c3388b456d.html> (última consulta el 09 de enero de 2020).
- WhatsApp, Condiciones del servicio de WhatsApp, Uso aceptable de nuestros Servicios, Resolución de disputas. Accesible en: <https://www.whatsapp.com/legal/?lang=es#terms-of-service> (última consulta el 09 de enero de 2020).

Bibliografía

GARRIDO LÓPEZ, Carlos, *El Senado ante el enigma de la representación territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2019, 150 págs.

El cuestionamiento del Senado dispuesto por la Constitución de 1978 ha sido una constante en el tiempo, desde el momento mismo de su alumbramiento —e incluso antes— hasta hoy. Se diría que nuestra Segunda Cámara más que existir, sobrevive. Quizá pocas cosas han suscitado entre los especialistas tanto consenso como la ya inveterada y supuesta necesidad de transformar el Senado —según expresión que se repite como un mantra— en una verdadera cámara de representación territorial, que lo acomode convenientemente a nuestro Estado autonómico. El libro del profesor Carlos Garrido, que se estructura en seis capítulos, una introducción y un epílogo, y que seguidamente comentamos, tiene el enorme interés y la valentía intelectual de ofrecer un enfoque alternativo, dirigido a deconstruir las posiciones que abogan por un Senado territorial, y que, por lo mismo, resulta, a nuestro juicio, de lectura imprescindible para quien pretenda aproximarse a esta cuestión desde una perspectiva o desde un ángulo distinto al habitual o al más extendido. En cambio, tal vez debieran abstenerse aquellos lectores ávidos de propuestas que sugieran cambios drásticos y llamativos, de igual modo que, por el contrario, no debieran privarse de su lectura aquellos que persigan análisis agudos y exhaustivos que desembocan en juicios y reflexiones razonables y razonados.

En la introducción del libro el profesor Garrido presenta el Senado con sus endémicas carencias en nuestro ordenamiento constitucional. A pesar de que la Constitución lo define, en fórmula tan categórica como a la postre huera, como cámara de representación territorial, no lo es, sin embargo —o sólo lo sería de forma muy residual— ni estructural ni funcionalmente. Duplica la representación política del Congreso, amplificando, salvo en contadas excepciones, las mayorías parlamentarias de este; y su contribución en las funciones legislativa y de control político es más bien exigua.

Así las cosas, y tras el fracaso de la reforma reglamentaria del Senado (1994), materializada a fin de profundizar en su anhelada especialización funcional, se generalizó, tanto en los ambientes académicos como políticos, la idea de la necesidad perentoria de acometer una reforma constitucional a fin de convertir el Senado, y en expresión que se ha repetido hasta la saciedad, en «una auténtica cámara de representación territorial».

El autor no esconde al lector sus intenciones y advierte, ya en las primeras páginas de su obra, de que esa perseguida conversión territorial del Senado no es más que un esfuerzo vano. Para fundamentar este aserto desvela una audaz y provocadora hipótesis de partida: no se puede reformar el Senado para transformarlo en una cámara de representación territorial por la sencilla razón de que no existe este tipo de cámaras. En opinión del autor, las cámaras territoriales que ofrece

el derecho comparado y que se toman como posibles modelos para reformar nuestro Senado, no representan *de iure* a las entidades federadas y tampoco operan *de facto* como cámaras de representación de unos específicos intereses territoriales. Y ello porque, con independencia del modo de composición y de las funciones asignadas a las segundas cámaras, sus miembros no pueden desembarazarse en el funcionamiento de las mismas de la *vis* expansiva de la dinámica de las mayorías, esto es, de la dinámica de partidos.

En el primer capítulo se aborda la cuestión del encaje de las segundas cámaras en la teoría liberal de la representación política en el Estado constitucional. La teoría liberal de la representación transformó el modelo representativo basado hasta entonces en las categorías propias de las relaciones jurídico-privadas, y que había servido de fundamento para canalizar la representación de intereses estamentales de las asambleas medievales. Con el nuevo concepto de representación del Estado constitucional se invierten los roles mandante-mandatario entre representantes y representados. Ahora los representantes ya no estarán supeditados a la voluntad de los representados, no estarán sujetos a mandato imperativo alguno, que será sustituido por el mandato representativo. El representante no podrá estar condicionado por instrucción alguna del representado, tanto por su condición de ciudadano libre como por representar y expresar no una o varias voluntades particulares, sino la vo-

luntad general. Y al hacerlo, en realidad manifiesta una voluntad *ex novo* que impone a los representados, los cuales únicamente podrán revocar el mandato representativo en elecciones periódicas. En este sentido, el parlamento del Estado constitucional no sucede tanto a las asambleas estamentales, que representaban intereses parciales, como al rey, que encarnaba la voluntad general. Esta nueva teoría de la representación alteró la naturaleza de las asambleas parlamentarias y alumbró un nuevo parlamento, inédito hasta entonces.

La disyuntiva que se planteaba entonces es que, si la voluntad general de la nación es única, el órgano del Estado llamado a representarla habría de ser también único. Justo ahí radicaba la dificultad de encajar el bicameralismo en el andamiaje institucional del Estado constitucional. Y si las segundas cámaras acabaron por ensamblarse en el mismo fue por la fuerza de la inercia de la historia en unos casos, o por particulares coyunturas políticas en otros; y también por la flexibilidad de la teoría política liberal.

En las monarquías constitucionales decimonónicas europeas, las segundas cámaras sirvieron en realidad de instrumento para alojar a las élites del Antiguo Régimen y sus intereses; de modo análogo a como el monarca absoluto, transmutado en monarca constitucional, se colocaba a la cabeza del poder ejecutivo del nuevo Estado constitucional. Si ello explica ciertamente la aparición y extensión de lo que se podría denominar un bicameralismo

social en Europa, no aclararía, en cambio, el surgimiento en EE.UU. del otro tipo de bicameralismo: el federal. No obstante, tampoco aquí el establecimiento de una segunda cámara federal resultó ser consecuencia inevitable de un previo modelo de articulación racional del nuevo Estado federal, sino que fue consecuencia contingente del particular proceso de construcción del por entonces naciente Estado federal. En efecto, la previsión del Senado en la Constitución federal de los EE.UU. no tenía por objeto, en puridad, institucionalizar una representación territorial en un órgano de la federación sino, más bien, articular en ese órgano —el Senado— una suerte de representación política que permitiese a los estados menos poblados y económicamente más débiles contrarrestar la previsible concentración de poder en el parlamento federal que los estados más poderosos y poblados estaban destinados a acaparar por virtud del principio de representación proporcional. Y en ambos casos, tanto en el bicameralismo social como en el federal, la introducción de una segunda cámara conectaba con el principio de la especialización funcional y la división del poder característico de la teoría política liberal.

Sin embargo, con la extensión del sufragio en el siglo xx y el consiguiente afianzamiento del principio democrático y de soberanía popular, se hacía cada vez más evidente el desajuste que suponía una segunda cámara con una vocación representativa propia y distinta a la primera; anomalía que se hacía particular-

mente palpable, aunque no sólo, en la modalidad del bicameralismo social. Ello acabaría trayendo consigo una crisis sistémica del denominado bicameralismo social, y también un cierto replanteamiento del bicameralismo federal.

En el segundo capítulo se hace un breve repaso por nuestra historia constitucional y se constata que España no fue en absoluto ajena al papel, antes señalado, que desempeñaron las segundas cámaras en Europa a lo largo del siglo xix. Así, salvo la Constitución de Cádiz y la de la II República, que optaron por parlamentos unicamerales, todas las constituciones monárquicas, con independencia de su sesgo conservador o progresista, que se sucedieron entre 1834, tras la muerte de Fernando VII, y 1923, fecha del golpe de Primo de Rivera que interrumpió el tracto constitucional, se decantaron por un bicameralismo de corte social e inspiración británica. La única excepción la representó el Senado de carácter federal previsto en el proyecto constitucional de 1873, tras la proclamación de la I República, si bien esta segunda cámara carecía de funciones típicamente federales.

Desde la disolución del Senado canovista en 1923, no se volvió a retomar la arraigada querencia de nuestra tradición constitucional por el bicameralismo hasta la aprobación de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política. En ella se preveía un Senado de composición mayoritariamente electiva y extracción provincial, y funciones de cámara de reflexión o de se-

gunda lectura, que, *grosso modo* —salvadas la incorporación de los senadores autonómicos y de algunas competencias en materia autonómica— será la configuración que finalmente adopte la Constitución de 1978. Sin embargo, no había sido esa la orientación seguida en los primeros textos elaborados por las Cortes constituyentes surgidas tras las elecciones de 15 de junio de 1977, que proyectaban un Senado de naturaleza decididamente autonómica. Este diseño territorial de la Segunda Cámara se malogró en el devenir del proceso constituyente como consecuencia de la ausencia de un modelo territorial definido. Las Cortes no adoptaron finalmente una auténtica decisión constituyente sobre la estructura territorial del Estado, sino que abrieron un proceso —incierto— de descentralización territorial del poder político. Y claro está, sin verdadera decisión constituyente acerca del modelo territorial difícilmente la Constitución podía alumbrar un Senado territorial.

En el tercer capítulo del libro el profesor Garrido analiza de forma pormenorizada la posición constitucional del Senado. Con la salvedad de algunos supuestos tasados en los que la Segunda Cámara interviene en una posición de paridad o de relativa paridad con el Congreso, esa posición se define, con carácter general, como la propia de una cámara subalterna con relación a la Cámara Baja, con la que mantendría una relación desigual en cuanto a la participación en el procedimiento legislativo y en los instrumentos de

control ordinario del ejecutivo. Pero además de desigual, tal relación sería asimétrica, pues, a diferencia del Congreso que tiene constitucionalmente atribuidas en exclusiva una serie de facultades, la Constitución únicamente habría reservado de forma privativa al Senado la aprobación de las medidas previstas en el artículo 155 CE.

A pesar de su enfática definición como cámara de representación territorial (art. 69.1 CE), en realidad el Senado, como el Congreso, representa al conjunto del pueblo español (art. 66.1 CE). Ni los senadores de elección directa representan a las provincias, a las islas o a las ciudades autónomas, ni los senadores de designación autonómica representan a las respectivas CC.AA. Funcionalmente apenas dispone la Segunda Cámara de especialización territorial y sus facultades como cámara de segunda lectura o reflexión están constitucionalmente muy limitadas. El autor apunta, además, que los esfuerzos por acentuar el carácter territorial del Senado han sido, hasta el momento, baldíos. Y ofrece al lector dos ejemplos: uno, ya antiguo y de carácter estructural, alude a la posibilidad de constituir grupos territoriales en el Senado; el otro, más reciente y de carácter funcional, se refiere a la habilitación de un procedimiento dirigido a permitir la participación de las CC.AA. en la designación de los cuatro magistrados del TC que corresponde proponer al Senado. Y, en ambos casos, concluye el profesor Garrido, la clave explicativa

de este fracaso habría que buscarla en el mismo sitio, y es que, al fin y a la postre, la lógica partidista vendría siempre a sobreponerse a la lógica territorial.

En otras ocasiones, como sucedió con la creación de la Comisión General de las CC.AA. mediante reforma del Reglamento del Senado (1994), cuya composición, competencias y funcionamiento se detallan en el capítulo cuarto, el fracaso de la ambicionada especialización territorial de la Segunda Cámara se debió, además de a la ausencia de voluntad política, a las propias limitaciones constitucionales que lastraban al Senado.

Constatadas las limitaciones de la regulación constitucional del Senado, si acaso más evidentes a medida que evolucionaba y se profundizaba en el desarrollo del Estado autonómico, se fue gestando el consenso acerca de la conveniencia de llevar a cabo una reforma constitucional a fin de transformar el Senado en una verdadera cámara de representación territorial. En el capítulo quinto de su obra, el profesor Garrido analiza y sistematiza las distintas propuestas de reforma procedentes tanto del ámbito académico como político, parlamentario o del informe del Consejo de Estado (2006). Todas ellas abarcarían tres aspectos relacionados a su vez entre sí: reformar la composición del Senado para dotarlo de una representatividad distinta al Congreso; proveer a la Segunda Cámara de funciones territoriales; y, derivado de estos dos aspectos, redefinir en tercer lugar su

posición en el seno de las Cortes Generales en tanto que órgano compuesto.

En cuanto a la modificación de la composición del Senado en aras de convertirlo en cámara de representación territorial, verdadero nudo gordiano de la hipotética reforma constitucional, se abordan las distintas cuestiones y alternativas que suscita la distribución de escaños entre las CC.AA. —igual o tendencialmente igual, o proporcional a la población y/o a la extensión geográfica de cada CA—, así como los distintos modelos tomados del derecho comparado sobre las formas de elección o designación de los senadores: elección directa por los ciudadanos mediante sufragio universal en circunscripciones territoriales; elección indirecta por las asambleas parlamentarias de las entidades territoriales representadas; sistemas mixtos que combinan ambos procedimientos —elección directa e indirecta—; sin descuidar, además, que todas estas modalidades de elección, a su vez, podrían sujetarse a distintas fórmulas electorales —proporcionales o mayoritarias— con sus consiguientes efectos representativos; y, en fin, la designación por los gobiernos de los entes territoriales de los miembros de la cámara, que actuarían con instrucciones de voto y podrían ser relevados por aquellos (modelo *Bundesrat* alemán).

En lo relativo a la especialización funcional de carácter territorial que la reforma debiera propiciar, se examinan minuciosamente las

distintas iniciativas encaminadas a reforzar la posición del Senado en el procedimiento legislativo, singularmente con relación a la elaboración y aprobación de las leyes con especial incidencia o relevancia autonómica, así como las diferencias interpretativas que esta categoría normativa suscita. Se estudian también, en esta línea de dotar al Senado de funciones territorialmente especializadas, las potencialidades de una Segunda Cámara reformada en orden a constituirse en sede de los principales debates tanto en la fase ascendente de determinación de la posición de España en la elaboración del derecho comunitario, como en la descendente, acerca del desarrollo, aplicación y ejecución de ese derecho; así como también en instrumento para reforzar y perfeccionar las relaciones de coordinación y cooperación entre el Estado y las CC.AA. y de estas entre sí.

A la vista de todo lo expuesto, en el último capítulo corrobora el autor aquella hipótesis inicial —no hay más representación que la representación política de los ciudadanos actualizada mediante partidos— y despliega, con argumentos sólidos y profusión de ejemplos de derecho comparado, las consecuencias y derivadas que de tal confirmación se siguen en cuanto a la configuración y funcionamiento de las segundas cámaras en la actualidad. La territorialidad en la extracción de los miembros de las segundas cámaras no altera su naturaleza representativa, que es política, ni su carácter de actores políticos que supeditan sus-

tancialmente a consideraciones partidistas su participación en el funcionamiento y en el desenvolvimiento de las funciones atribuidas a las segundas cámaras. El Estado democrático es un Estado de partidos y las segundas cámaras no son una excepción que se pueda sustraer a esta circunstancia. Así lo atestigua el derecho comparado, incluso en algún supuesto, como el singularísimo del *Bundesrat* alemán, en el que semeja que el vector partidista se diluye en el territorial. El Estado democrático y el principio de soberanía popular que lo sustenta habrían arrumbado la noción misma de una representación territorial específica y diferenciada de la política, y la necesidad de incorporar los intereses territoriales a la decisión estatal a través de las segundas cámaras. En la actualidad, esa incorporación de intereses territoriales no dependería de la existencia o no de una segunda cámara, sino del sistema de partidos presente en los distintos niveles de gobierno y en la capacidad de influencia de las estructuras territoriales partidistas con relación a sus propias estructuras nacionales. El Senado, por tanto, no sería en modo alguno un instrumento institucional imprescindible para integrar las voluntades de las entidades territoriales en la formación de la voluntad legislativa estatal, ni tampoco para negociar y agregar intereses territoriales entre el Estado y los entes subestatales. Y un buen ejemplo de ello es precisamente España, donde ambos objetivos se canalizan a través del Congreso de los Diputados, las negociaciones bilaterales entre el Estado y las CC.AA., las relaciones in-

tergubernamentales de carácter vertical, o las relaciones de cooperación entre el Gobierno y las CC.AA., mecanismos para los que todavía hay, desde luego, margen de mejora y profundización.

Así las cosas, concluye el profesor Garrido en el epílogo de su trabajo, la codiciada reforma constitucional del Senado es innecesaria y constituye un esfuerzo estéril. Estéril, porque perseguiría materializar, en palabras del autor, una quimera: la representación territorial. Innecesaria, porque con ella no se alcanzaría una mayor integración territorial, ni tampoco una potenciación del multilateralismo frente al bilateralismo que caracteriza el Estado autonómico, ni mucho menos propiciaría la integración de los nacionalismos periféricos centrífugos en un proyecto político común. En definitiva, la reforma constitucional del Senado no resolvería ninguno de los problemas que estaría llamada a resolver y, por el contrario, crearía otro mayor, a saber, el reforzamiento de la posición constitucional de una cámara que complicaría el proceso de toma de decisiones y la gobernabilidad. Razones suficientes —completa el autor— para dejar el Senado como está, o bien para plantearse pura y simplemente su supresión.

VICENTE A. SANJURJO RIVO

Universidad de Santiago de
Compostela
va.sanjurjo@usc.es
ORCID 0000-0003-3087-967X

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.09>

GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L.: *Urbanismo participativo y gobernanza urbana en las ciudades inteligentes: el efecto «Reina Roja» en Derecho Administrativo*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2019.

La obra que se recensiona es una monografía escrita por María Luisa Gómez Jiménez, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Málaga. Trata diversos conceptos de rabiosa actualidad relacionados con la ciudad inteligente, como son la sostenibilidad, el uso de las nuevas tecnologías, la gestión de la vivienda, el partenariado, la participación ciudadana y la gobernanza, entre otros. Su estudio resulta muy útil e interesante, sobre todo porque permite a los lectores e investigadores que acuden a esta obra tener una visión muy completa y actual del estado de la cuestión.

La obra se estructura en seis capítulos, de los que trazaremos una síntesis.

— En el capítulo 1, titulado «Innovación social, Justicia Social y Sostenibilidad Urbana: ¿un punto final?», la autora reflexiona sobre el urbanismo español, comparándolo con el estadounidense (al que considera injusto y excluyente). Repasa las directrices más actuales de urbanismo de la mano de la nueva agenda urbana de la ONU y de la agenda urbana europea y pone sobre la mesa el problema que supone afrontar una realidad tan compleja como el desarrollo urbanístico desde un reparto competencial que con-

sidera superado por la consolidación de la ciudad-región, cuya gestión requiere de una interrelación de distintos actores políticos para su desarrollo óptimo. Defiende la importancia de garantizar la inclusión social en la ciudad inteligente, a fin de asegurar el interés y bienestar de la ciudadanía. Entiende que el Derecho Administrativo puede adaptarse a nuevas técnicas urbanísticas que tengan en cuenta los cambios sociales, demográficos, políticos y tecnológicos, y que para ello puede valerse de técnicas de participación que permitan a los poderes públicos dirigir la acción política en materia de urbanismo, aunque reconoce que el flujo de información en este tipo de ciudades debe observar una eficiente protección de datos en la nueva legislación europea y estatal.

- En el capítulo 2, bajo el título «Ciudades inteligentes o la reinvencción del urbanismo digital: un nuevo reto para el Derecho Administrativo», la autora pone de relieve la falta de un concepto unívoco de ciudad inteligente, que en los últimos años se ha ido construyendo con la aportación de distintos autores que han ido enunciado algunas notas como son su proyección de sostenibilidad, su eficiencia y su grado de participación e inclusión. Expone algunos aspectos jurídicos de los progresos en materia de ciudad inteligente en España, que anima a mejorar dados los malos resultados que revela el informe AUKEN del Parlamento Europeo,

y del que destacan los diferentes Planes de Territorios Inteligentes en las líneas de turismo, estructuras estratégicas, 5G, territorio rural y servicios públicos 4.0. La profesora también estudia algunos aspectos directamente relacionados con la mejora de la calidad de vida en las ciudades inteligentes y participativas, tales como la coordinación interadministrativa del artículo 103 CE, la coordinación entre prestadores de servicios y la salvaguarda del interés general, las competencias en materia de redes de energía y eficiencia energética, el régimen del mercado de telecomunicaciones, las competencias en protección del medio ambiente urbano (paisaje, aguas, tráfico y seguridad vial, ruido, etc.), y las competencias en materia de vivienda (interesándose especialmente por la introducción de la domótica en edificios, en la sostenibilidad energética, en la atención que los legisladores autonómicos brindan para la protección de segmentos muy vulnerables como el de las personas mayores a través de alojamientos compartidos o viviendas tuteladas, así como en el modelo de rehabilitación inteligente de viviendas y barrios deteriorados).

- En el capítulo 3, «La Construcción del tercer sector en las ciudades inteligentes: la integración de una nueva gobernanza urbana», la autora apunta algunas consideraciones sobre el tercer sector, estudiando su ley reguladora, y estableciendo una relación entre el fomento de las aso-

- ciaciones y organizaciones que componen el tercer sector y los Estados del bienestar más participativos e inclusivos. También estudia el conflicto entre transparencia y protección de datos que se produce en la existencia de un gobierno de datos abiertos y analiza la implementación de este modelo de gobierno en España a través de su integración en la Alianza para el Gobierno Abierto y diferentes planes de desarrollo. La profesora enuncia las fases de Gobierno Abierto establecidas por el investigador GARCÍA GARCÍA, J. (de menor a mayor apertura, las fases presencial, divulgativa, supervisora y participativa). Por último, en este capítulo, se relaciona el Gobierno Abierto y la Nueva Gestión Pública, considerando la autora que el Derecho Administrativo debe avanzar en materia de eficiencia y digitalización.
- En el capítulo 4, «La proyección de la ciudad compartida en los procesos de regeneración urbana: hacia la «Administración Colaborativa» en la regeneración urbana de la ciudad inteligente», la autora relaciona distintas herramientas de participación ciudadana previstas en la legislación urbanística (acceso a la información urbanística, derecho a ser informado de las actuaciones urbanísticas, participación efectiva en procedimientos de elaboración de planes y proyectos, acción pública en materia de ordenación territorial). Además, estudia y diferencia los aspectos jurídicos (sujetos, objeto, caracteres
 - de distintos tipos de alojamiento como son el alojamiento colaborativo (encarnado en la proliferación de la vivienda de uso turístico) o el *co-housing* (un modelo de viviendas con grandes espacios comunes caracterizado por el espíritu de compromiso y cooperación que se ofrecen sus habitantes). A este respecto son muy útiles los comentarios que realiza la autora, denunciando la disparidad de legislaciones autonómicas en materia de viviendas turísticas y esperando que la jurisprudencia ordene a medio plazo los criterios sobre este tipo de alojamiento. La profesora reconoce el impacto económico que tiene esta actividad para los propietarios de los apartamentos turísticos en muchas zonas de España, pero también se pregunta por los problemas de gentrificación, convivencia y la falta de vivienda de uso residencial asequible para los ciudadanos, que a su juicio no han obtenido una adecuada respuesta por parte de los legisladores, ni nacionales ni autonómicos.
 - En el capítulo 5, «De la proyección de la doctrina del riesgo regulatorio a la regulación de la ciudad inteligente en un entorno de economía colaborativa y el efecto *Reina Roja*», la profesora reflexiona sobre algunos aspectos de la regulación normativa en el contexto actual. Pone de relieve el contraste entre un procedimiento legislativo muy lento y una realidad cada vez más cambiante y dinámica, especialmente con la irrupción de la ac-

tual revolución tecnológica. Hace referencia al efecto *Reina Roja*, inspirado en la obra de Lewis Carroll, y ya aplicado a otras ramas del conocimiento como la Biología para desarrollar la teoría de la evolución de las especies, en la que LEIGH VAN VALLEN expresó que la velocidad a la que deben evolucionar las especies responde en primer lugar a la necesidad de mantener su *status quo* dentro de su ecosistema, mientras que un incremento en la velocidad de evolución supondría, esa sí, un avance con respecto a la situación actual de cada especie. En el campo del Derecho Administrativo, la asunción del efecto *Reina Roja* implica la necesidad de mejorar los tiempos de respuesta y adaptación a los vertiginosos avances tecnológicos (en este caso) en la ciudad inteligente, reflexionando la autora sobre los riesgos de no contemplar consideraciones éticas en la premura de las respuestas que los actores jurídicos se ven obligados a generar. Por otra parte, la autora considera que los poderes públicos deben operar una reinterpretación del urbanismo, asumiendo la premisa de la sostenibilidad ambiental, social y económica a fin de resolver problemas en el funcionamiento de la ciudad como son la gentrificación y el acceso a la vivienda.

- En el capítulo 6, «Administración “colaborativa” y gobernanza urbana: una premisa frecuentemente ignorada: la dignidad humana en la proyección de las

políticas públicas», la autora toma en consideración el papel que la dignidad humana debe protagonizar en la producción normativa, lo que considera que debe ser un reto del legislador a la hora de normativizar tantos nuevos aspectos de la realidad de las ciudades como es el avance de la tecnología; sin embargo, se pregunta cómo se puede concretar en la norma este respeto por la dignidad humana si en el fondo este es un bien jurídico indeterminado, por más que normas como la Carta Europea de Derechos Humanos la acoja y dilatada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional le haya reconocido algunas notas características. Es fundamental resolver esa cuestión para poder aplicarla en el ámbito de la Administración Pública si se quiere avanzar hacia las formas más modernas de gestión pública, lo que, a mi entender, resulta evidente si se pretende desechar definitivamente una idea weberiana de Administración y apostar por las nuevas técnicas de gestión. Así pues, la profesora ejemplifica el dilema de la indeterminación jurídica de la dignidad en el problema de la vivienda en los espacios urbanos, pero también de otras cuestiones relacionadas con la justicia global como el drama de la inmigración y las brechas socioeconómicas, proponiendo que todas las soluciones que ofrezcan los actores jurídicos (y muy especialmente el legislador) consideren el respeto hacia la dignidad humana en sus decisiones.

En conclusión, podemos afirmar que la obra recensionada abriga un interesante repaso por algunos de los elementos más actuales que se plantean en torno a la ciudad inteligente y a la participación ciudadana, especialmente los relacionados con la necesidad encontrar respuestas en el campo del Derecho Administrativo a algunos de los problemas más palpables en el funcionamiento de la ciudad como el acceso a vivienda digna, entre otros.

NOEL ARMAS CASTILLA

Universidad de Sevilla
narmas@us.es

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.10>

FOUCAULT, M. (2020): *Maires au bord de la crise de nerfs*. La Tour d'Aigues: Editions de l'Aube.

Martial Foucault acaba de publicar su último libro, titulado *Maires au bord de la crise de nerfs*, en la colección *Monde en cours* de de la Editorial de l'Aube. Conviene recordar que el autor es catedrático de Ciencias Políticas en Sciences Po París, director del CEVIPOF e investigador asociado en el Laboratorio Interdisciplinar de Evaluación de las Políticas Públicas. Este especialista de la economía política, el comportamiento electoral, la opinión pública y las políticas municipales, es autor de varias obras, entre las cuales podemos citar *Le social et le politi-*

que (2020), redactado junto con Guy Groux y Richard Robert, o *Les origines du populisme* (2019), escrito con Yann Algan, Elizabeth Beasley y Daniel Cohen.

En la introducción del presente libro, el autor recuerda que éste surge de los debates mantenidos con su editor sobre la reapropiación de los territorios como única vía para evitar la implosión democrática. «Es también el resultado de largas conversaciones con [sus] compañeros universitarios franceses y extranjeros, con los alcaldes, los concejales o los ciudadanos movilizados durante el Gran Debate Nacional organizado de enero a abril de 2019» (pág. 11). Las manifestaciones de protesta observadas durante el movimiento de los Chalecos Amarillos son «la cara [oculta] de una violenta y silenciosa crispación de los ciudadanos relegados socialmente y económicamente. Ese momento inédito en la historia social reciente de Francia [emerge] en un ciclo de desencanto democrático» (pág. 12). Ese momento en el cual «los territorios y sus representantes [expresan] un descontento cada vez más fuerte hacia un poder ejecutivo poco preocupado por la aceleración de las fracturas [territoriales]» (pág. 12).

En lugar de realizar un enésimo análisis de los orígenes de las tensiones que atraviesan el modelo democrático, «la ambición de este libro es desplazar la [mirada hacia] unos actores políticos locales, los alcaldes» (pág. 13). Se trata de interrogar «su relación con el territorio que contribuyen a animar a través del prisma de la comunidad política de habitan-

tes que residen, trabajan [y] votan en [su seno]» (pág. 13). Los análisis presentados en esta obra se apoyan «en un dispositivo inédito de encuestas llevadas a cabo con el conjunto de los alcaldes de Francia (...) entre octubre de 2018 y octubre de 2019» (pág. 13).

Hoy en día, los alcaldes se sienten atrapados entre «un Estado central omnipresente, unas (...) mancomunidades cada vez más omnipotentes y unos ciudadanos cada vez más exigentes» (pág. 14). Si las causas de su malestar son profundas y a menudo silenciosas, dado que la atención mediática se centra en los presupuestos, ciertos acontecimientos dramáticos han convertido ese malestar en objeto de preocupación. Dicho cambio se ha producido en tres fases sucesivas.

- En una primera fase, se ha pedido un esfuerzo presupuestario a las administraciones locales tras la crisis económica iniciada en 2008. Los alcaldes y sus asociaciones consideran entonces que el Estado intenta restringir las libertades locales limitando su capacidad de acción (pág. 15).
- En una segunda fase, el gobierno ha decidido suprimir progresivamente la contribución urbana, reduciendo los ingresos fiscales de los Ayuntamientos (págs. 15-16).
- En una tercera fase, el fallecimiento del alcalde de Signes en el desempeño de sus funciones ha suscitado una conmoción nacional. Ha fallecido «oponiéndose al depósito de escombros por unos [autónomos] de la

construcción» (pág. 16). Este drama ilustra «la desesperación e incluso el desánimo de numerosos alcaldes ante la dificultad de mantener una cohesión social y una democracia de proximidad» (pág. 17). Hasta este acontecimiento, «la vitalidad de la democracia municipal no parecía preocupar a nadie. (...) Era olvidar que el territorio es el crisol de la democracia [local]» (pág. 17).

En un primer capítulo, titulado «Small y beautiful», Foucault recuerda que la figura del alcalde es una creación de la Revolución francesa. «Es el 14 de diciembre de 1789 [cuando] la primera ley [referente a] la creación de las comunidades de habitantes y de sus dirigentes es aprobada por la Asamblea Nacional» (pág. 22). Por aquel entonces, el sufragio universal censitario predomina. «El elector debe justificar [el pago de] un impuesto equivalente a tres jornadas laborales y el electo [correspondiente] a diez jornadas» (pág. 22). Hay que esperar cerca de un siglo para que los alcaldes obtengan una legitimidad política proveniente del sufragio universal (pág. 22).

Es bajo la III República cuando «la democracia local es verdaderamente consagrada por la elección del alcalde al sufragio universal masculino. Más de 38.000 alcaldes son elegidos, los 4 y 11 de mayo de 1884, por un colegio electoral compuesto por 10 millones de franceses» (pág. 23). A partir de entonces, el modelo republicano galo se apoya en los alcaldes y en los mu-

nicipios «a través de la construcción de comunidades políticas locales» (pág. 23). El Ayuntamiento se afirma durante el siglo xx como «un lugar de enraizamiento del modelo republicano, como un [espacio] de vida y de educación política, especialmente en el mundo rural» (págs. 23-24). Contribuye al aseguramiento de la vida y del espacio público. «Los concejales se convierten rápidamente en una fuerza política autónoma» (pág. 24). El alcalde es llevado a «intervenir en un número cada vez creciente de temas de la vida local. (...) A todos los acontecimientos clave de la vida local, [impone] progresivamente su presencia y su legitimidad» (pág. 24). La elección tiene lugar cada seis años y «la repetición de esta cita [electoral] implanta duraderamente en la mente de los franceses la imagen del alcalde como primer escalón de [la] democracia» (pág. 23).

Actualmente, «jamás el número de municipios ha sido tan escaso en Francia (34.841 al 1 de julio de 2019) y la población ha sido tan elevada (66,8 millones)» (pág. 25). A pesar de ello, «Francia se [distingue] del conjunto de los países europeos (...) por el ratio más débil de número de habitantes por municipio. (...) Semejante ratio se explica por la historia jurídica y administrativa de cada uno de los países y, en particular, [por su] cultura política» (pág. 25). De hecho, el Hexágono no se ha involucrado en un proceso de racionalización de su territorio dividiendo el número de sus municipios, por dos razones esenciales.

Por una parte, «Francia es un país de cultura y de tradición centralizadora donde lo que hace nación es el Estado. A pesar de las leyes de descentralización de 1982 y luego de 2003 (...), el Estado conserva [el control] de los municipios en materia de dotación de funcionamiento o de fiscalidad» (pág. 29). Por otra parte, en la hipótesis de un amplio movimiento de fusiones de municipios, «la desaparición de miles de alcaldes y de concejales pondría en peligro el equilibrio ya inestable sobre el cual se apoya la democracia municipal [gala]» (pág. 30).

En el segundo capítulo, centrado en la crisis de los territorios o en los territorios en crisis, el autor estima necesario tomar en consideración «la emergencia de nuevas fracturas territoriales en Francia» (pág. 32). Los años 2010 marcan un punto de inflexión «tras una violenta y rápida contracción de la actividad económica mundial, réplica sísmica de la Gran Recesión de 2008-2010» (pág. 32). Si este fenómeno es mundial, «ha afectado de manera desigual a los territorios» (pág. 32). De hecho, jamás, desde los Treinta Gloriosos (1945-1975), «los efectos de la crisis económica se [han] hecho sentir tanto a escala local. La globalización [está] tan acabada que [sacude a] ciertos territorios ya fragilizados» (págs. 32-33).

En efecto, la crisis de los *subprimes* acontecido en Estados Unidos durante el otoño de 2008 y sus repercusiones planetarias han provocado «una oleada de recesión económica con unos efectos devastadores en

Francia» (pág. 33). Si el choque sobre la economía gala ha sido menos violento que para otras economías europeas, «ha afectado más duramente a ciertas cuencas de empleo y ha fragilizado, por lo tanto, unos territorios ya dependientes de [la contratación pública]» (págs. 33-34). Mientras que las grandes metrópolis regionales han conseguido absorber el choque de la crisis, «las ciudades medias no insertadas en una economía mercantil, no han podido contar sobre el apoyo del Estado para detener la crisis» (pág. 35). De hecho, «a la crisis económica ha sucedido una crisis de las [cuentas] públicas que ha impedido al Estado francés corregir totalmente las diferencias de desarrollo a través de una política de redistribución de las transferencias públicas a destinación de los territorios ya expuestos a la economía globalizada» (pág. 35).

En veinte años, «la organización económica y social del territorio se ha transformado totalmente al provecho de las metrópolis», desde la inversión pública hasta los servicios sanitarios (págs. 37-38). «Si la elección de metropolizar el territorio nacional presenta [ciertas] ventajas en materia de creación de riqueza, tiene [como inconveniente la marginación] tendencial de un gran número de territorios y una [agudización] de la pobreza y de las desigualdades de renta en el seno de las metrópolis» (pág. 38). Las diferencias socioeconómicas se acentúan «entre París, las metrópolis regionales y el resto del territorio» (pág. 39). El problema estriba, según el politólogo galo, no tanto en los medios de acceso a la

mayoría de los equipamientos sino en su oferta cada vez más restringida (pág. 40). De la misma forma, «el mal de los territorios, no es tanto la yuxtaposición de espacios delimitados por la estadística geográfica, [sino] la [implementación] de políticas públicas no [focalizadas]» (pág. 45).

Contrariamente a una idea extendida, «las riquezas producidas en las metrópolis no se difunden espontáneamente» (pág. 47). Para que esta difusión acontezca, es preciso que se produzca «una intervención que combine estrategia económica y coordinación política» (pág. 48). No en vano, el movimiento de los Chalecos Amarillos ha recordado, hasta qué punto, «las fracturas territoriales no paran de progresar» (pág. 49). En el centro de «esta forma de separatismo espacial, los representantes electos, a menudo en primera línea, son y siguen siendo los alcaldes y los consistorios municipales» (pág. 50).

En el tercer capítulo, que se interesa por la valoración de los alcaldes por los ciudadanos galos, Foucault constata que «el nivel de confianza [otorgado] por los franceses a su alcalde desde hace diez años alcanza [máximos]. Roza el 60%, frente (...) al 40% para los diputados y al 46% para los consejeros departamentales» (pág. 51). No en vano, los años noventa han puesto de manifiesto «unas prácticas de corrupción, de enriquecimiento personal o de clientelismo, que han obligado al legislador a reforzar las reglas de [concesión] de los mercados públicos o de financiación de las actividades

políticas» (pág. 51). Pero, «si el número de condenas no ha disminuido a lo largo de los años, los alcaldes [imputados e incluso condenados] atraen, hoy en día, más la atención local que nacional» (pág. 52). Concedidos como miembros de una comunidad globalmente homogénea, los alcaldes se benefician de una buena imagen, porque, «en su mayoría, no están juzgados culpables de mala conducta» (pág. 52).

La confianza entre ciudadanos y alcaldes es actualmente sólida, sabiendo que la confianza política se nutre de dos aspectos: la benevolencia y la competencia (pág. 53). En los alcaldes, «la benevolencia se materializa, ante todo, en el vínculo de proximidad» (pág. 53). La competencia, de su parte, traduce la capacidad de hacer elecciones en el ámbito de la acción local (pág. 53). La ruptura entre los alcaldes y ciertos ciudadanos se produce en torno a esta segunda dimensión. «Con unos ciudadanos que desconocen con precisión los ámbitos competenciales del alcalde, la expresión de desconfianza puede surgir cuando este último no está en condiciones de aportar una respuesta satisfactoria» (pág. 54). Resulta de ello una sensación de traición política y un cuestionamiento del modelo de democracia representativa (pág. 54).

Hoy en día, el 75% de las personas interrogadas consideran positivo e incluso excelente el trabajo realizado por los gobiernos municipales desde 2014 (pág. 56). Si las tres cuartas partes de las personas interrogadas juzgan que el equipo mu-

nicipal ha realizado una buena labor, «es, ante todo, para subrayar que las principales dificultades a las que se enfrentan no son del ámbito competencial de los alcaldes» (págs. 56-57). Existe una relación negativa entre la valoración del balance del gobierno municipal y la antigüedad residencial, ya que los recién llegados están más dispuestos a juzgar positivamente el balance de la acción municipal (pág. 59). A su vez, «el nivel de bienestar personal de los ciudadanos está correlacionado con su valoración de la acción municipal» (pág. 60). En otros términos, las personas que expresan un alto nivel de malestar tienden a juzgar severamente la acción del alcalde y de su equipo (pág. 60). Asimismo, «las personas que desconfían de los demás, confían menos en el alcalde que aquellas que están dotadas de un fuerte capital de confianza interpersonal» (pág. 62).

El perfil general de los alcaldes coincide ampliamente con el de los ciudadanos en el ámbito de la felicidad (pág. 63). En realidad, «los alcaldes muestran un nivel de felicidad ligeramente superior al de los franceses» (pág. 64). Los ciudadanos son globalmente felices, «pero menos que la media europea. Y los alcaldes lo son más, pero no en todas partes» (pág. 64). De hecho, «mirando atentamente el estrato de población de residencia, se descubre un diferencial [en beneficio] de los grandes municipios» (pág. 64). En cuanto al futuro, «los alcaldes se singularizan por un nivel de pesimismo netamente más importante que el de sus administrados. Pero, esta relación

tiende a invertirse (...) cuando ciudadanos y alcaldes pertenecen a grandes ciudades» (pág. 66). En otras palabras, «el malestar de los alcaldes rurales (...) se encarna en un pesimismo sobre las perspectivas futuras de su municipio (...) compensado por el optimismo de los habitantes del mismo estrato» (pág. 66).

La temática del bien común y de la convivencia constituye la primera expectativa de los ciudadanos hacia su alcalde. «Preservar el medio ambiente y atraer o mantener unos servicios de proximidad destacan entre las prioridades de la acción pública local» (pág. 68). Distinguiendo dos tipos de municipios, «los de más de 100.000 habitantes (...) y los [que se sitúan] por debajo de ese umbral, [ya que] la jerarquía de las prioridades se invierte» (pág. 69).

La representación del futuro del municipio «opone dos grupos de ciudadanos: los partidarios de una aceleración de la inter-municipalidad (30%) y los promotores de municipios más autónomos (70%)» (pág. 70). A su vez, «solamente una minoría de ciudadanos es favorable a una amplificación de los movimientos de agrupación (19%) o de fusión con otros municipios» (pág. 70). Prácticamente la mayoría de las personas interrogadas (48%) «privilegia el modelo de municipios que disponen de competencias de proximidad» (pág. 71). Esta elección es especialmente manifiesta cuando el grado de apego al municipio es fuerte, «signo de una sólida identidad municipal» (pág. 71). A su vez, «el 61% de las personas interroga-

das desean que su alcalde sea candidato en marzo de 2020. Esta tasa varía ligeramente según el tamaño del municipio, [oscilando] del 57% para los habitantes de municipios medios (...) al 67% para los municipios rurales de menos de 2.000 habitantes» (pág. 72). El rol de los alcaldes como mediadores ante las «insatisfacciones crecientes de la sociedad o como constructores visibles de un marco vital de calidad explica, en parte, el apego de los franceses a su función y al rol que [desempeñan]» (pág. 73). La valoración positiva de los ciudadanos de sus alcaldes está en el corazón de una paradoja: «los franceses aprecian a sus alcaldes, [al tiempo que] estos últimos expresan su hartazgo ante su impotencia a cambiar las cosas y a mejorar la vida de sus administrados» (pág. 74).

En el cuarto capítulo, centrado en el retrato de los alcaldes, el autor constata que, a la imagen de los ciudadanos, los alcaldes envejecen. Si, en 2001, su edad media era de 54 años, «16 años más tarde, alcanza 63 años» (pág. 79). Y la edad de los alcaldes de los municipios rurales no es mucho más elevada que la media (pág. 80). Al contrario, «la implicación de los ciudadanos más jóvenes en la vida municipal sigue siendo muy débil» (pág. 79). Es revelador de una crisis de la representación, pero da cuenta también de una aspiración a hacer política de otra manera (pág. 79). «La conciliación entre la vida personal y/o profesional y el mandato de alcalde es la principal dificultad [a la que se enfrentan] los alcaldes. Sucede lo mismo con el com-

promiso», ya que el tiempo dedicado a esta actividad «disuade a un buen número de jóvenes activos de combinar un oficio y una función electiva» (pág. 80).

Asimismo, a pesar de los esfuerzos consentidos por el legislador para favorecer la igualdad de género a nivel municipal, «el porcentaje de mujeres (el 16% de mujeres son alcaldes) es el más débil de todos los representantes elegidos al sufragio universal en Francia» (pág. 82). Por lo tanto, «la vida política francesa local sufre (...) de una sub-representación femenina» (pág. 82). En cambio, la proporción de mujeres aumenta conforme nos alejamos de la función de alcalde (pág. 82).

Al respecto, el principal cambio se ha producido en 2004, dado que «una ley ha impuesto la paridad en la representación de las listas electorales en las elecciones municipales para los municipios de más de 1.000 habitantes. Paradójicamente, es por debajo de ese umbral que el número de mujeres elegidas alcaldes es el más elevado» (pág. 82). Esto resulta de la labor, a menudo voluntaria, desempeñada en estos pequeños municipios. La perpetuación de las desigualdades de género resulta de «formas de dominación masculina en las organizaciones partidistas, pero también de [una] dominación económica» (pág. 83). Además, «la cuestión de la feminización en el seno de los consistorios municipales [se enfrenta] a los límites de la ley de 2004 que no puede imponer (...) la paridad para los cabezas de lista» (pág. 84).

Y cuando acontece, especialmente en las grandes ciudades, «la paridad se compagina con una valorización de las cualidades [supuestamente] femeninas, como la atención a los demás y el altruismo» (pág. 84). En general, «el nivel de [cualificación académica] opone unas mujeres elegidas alcaldes sobre-tituladas a unos hombres alcaldes, de media, menos diplomados» (pág. 85). Asimismo, ser una mujer alcalde implica demostrar una legitimidad superior a la media de los ediles (pág. 86).

A su vez, la profesión de los alcaldes es poco representativa de las categorías socio-profesionales de los ciudadanos. De hecho, a ese nivel, los alcaldes no se parecen a sus administrados (pág. 87). Así, «los directivos y las profesiones intelectuales superiores, no solamente están sobrerrepresentados entre los alcaldes respecto al peso de esta categoría en la sociedad francesa, sino que representan el 30,1% del conjunto de los franceses instalados en 5.614 municipios» (págs. 90-91).

En cuanto al entorno familiar de los alcaldes, juega un rol primordial en su decisión de presentarse en las listas electorales. En ese sentido, «todos los alcaldes no son iguales ante los efectos de la socialización familiar. Por un lado, juega la herencia política en un círculo familiar más o menos amplio y sobre un periodo más o menos largo; y, por otro lado, se afirman unos juegos de influencia» (pág. 92).

El compromiso municipal encuentra igualmente su origen en

«un proceso de socialización asociativa de larga duración» (pág. 94). En efecto, «las redes asociativas tienen la peculiaridad de contribuir al desarrollo de un tejido de relaciones interpersonales con la comunidad. Se despliegan en su seno unos [conocimientos mutuos], unas relaciones de confianza, unas predisposiciones a actuar para el bien común, y, sobre todo, un aprendizaje de los códigos de la negociación, de la politización de las elecciones, o de la exposición en el espacio público» (pág. 95). Así, el 70% de los alcaldes son miembros de una asociación y el 40% ejercen, en su seno, unas responsabilidades (pág. 95). De la misma forma, «el 29% de los alcaldes pertenecían a un sindicato profesional (...) antes de ser candidatos a la elección municipal» (pág. 96).

Como lo precisa Foucault, «el alcalde no es solamente un representante político como los demás. [Se distingue, a menudo], por la ausencia de pertenencia partidista declarada» (pág. 97). A su vez, «la identidad política de los alcaldes no es a imagen de la de los franceses» (pág. 99). En primer lugar, porque «una forma de división política del territorio está a la obra desde hace más de un siglo» (pág. 99). En segundo lugar, porque «la demografía de los municipios actúa como un espejo deformante de las realidades políticas» (pág. 100).

En el quinto capítulo, que aborda la función o el oficio de alcalde, el politólogo galo observa que los alcaldes no forman un grupo sociológicamente homogéneo. De hecho,

«tienen unas trayectorias, unas predisposiciones políticas y unas dotaciones en capital económico, educativo y político diferentes» (pág. 103). La misma variedad aparece en cuanto a su concepción del rol de alcalde. Así, en 2019, el 70% de los ediles interrogados piensan ejercer ante todo la función de alcalde, mientras que el 30% consideran practicar un oficio (pág. 103).

Sea cual sea su concepción, es obvio reconocer que, a lo largo de los años, «la carga [de trabajo] de los alcaldes se ha considerablemente [incrementado, provocando] una verdadera profesionalización en las ciudades medias y en las aglomeraciones» (pág. 105). En los municipios más pequeños, aunque no pueda hablarse de profesionalización, «unas formas de expertise jurídica, contable o medioambiental son cada vez más necesarias en el trabajo diario de los alcaldes» (pág. 105). Ejercer una función supone poner de manifiesto «el vínculo de representación democrática en el seno de una comunidad local» (pág. 107). Al contrario, «ejercer un oficio de alcalde implica dominar [una serie] de prácticas profesionales y [llevar a cabo] unas actividades [que requieren mucho tiempo]» (pág. 107).

La concepción del rol de alcalde varía en función del tamaño del municipio. Así, al carecer de personal cualificado suficiente, los alcaldes de los pequeños municipios se enfrentan a una acumulación de reglas que «les impiden dedicarse plenamente a unas funciones

de representación» (pág. 109). En las ciudades de mayor tamaño, en cambio, «los alcaldes que se benefician de una administración y de personales cualificados consideran (...) ejercer ante todo una función y no un oficio» (pág. 109). Liberados de las obligaciones administrativas y técnicas, «pueden encarnar plenamente la figura del alcalde representante» (págs. 109-110).

En materia de remuneración, «los alcaldes perciben una indemnización imponible, definida por el régimen de la función pública y cuya cuantía aumenta con el tamaño del municipio» (pág. 110). En los municipios de menos de 1.000 habitantes, «ejercer un mandato de alcalde [equivale] prácticamente al voluntariado si se [compara] el número de horas declaradas por los alcaldes interrogados con la indemnización percibida» (pág. 110). Y la mayoría de los alcaldes recibe una indemnización equivalente al salario mínimo interprofesional, de modo que sea difícil considerar que estos ediles vivan de la política (pág. 113).

A ese respecto, conviene tener en cuenta «la acumulación de funciones de alcalde y de presidente o de vicepresidente de mancomunidad, y, en menor medida, de consejero comunitario. (...) Hoy en día, el 3% de los alcaldes son también presidentes de mancomunidades, el 25% son vicepresidentes y el 72% son consejeros comunitarios» (pág. 114). En total, «al menos 9 de cada 10 alcaldes acumulan dos funciones electivas desde la puesta en marcha de la reforma de

las colectividades territoriales [en diciembre de 2010]» (pág. 114).

En el sexto capítulo, que se interesa por la fragilidad de la función, el autor indica que la trayectoria del alcalde se parece mucho a la de los corredores de una maratón. «La trayectoria de un alcalde, al igual que la de un maratoniano, mártir voluntario y entrenado al esfuerzo, está sometida a numerosas [incertidumbres]» (pág. 120). Su compromiso no le protege frente a «la sensación de desánimo, de cansancio, de malestar ante situaciones para las cuales no estaba necesariamente preparado» (págs. 121-122).

De hecho, 3.474 alcaldes han abandonado sus funciones entre marzo de 2014 y marzo de 2018 (pág. 125). Los principales motivos son la fusión de municipios (54,3%), las dimisiones voluntarias (24,2%) y los fallecimientos (15,1%). Solamente las dimisiones voluntarias permiten dar cuenta de la amplitud del malestar de los alcaldes (pág. 126). Los datos indican que el número de dimisiones ha crecido notablemente: «+105% entre 2008-2012, por una parte, y 2014-2018, por otra parte» (pág. 127). Ese incremento resulta de varios factores: «congelación de las dotaciones estatales hasta 2013, bajada de las dotaciones de 11 mil millones de euros [en un periodo de] tres años iniciado bajo François Hollande en 2014 por Manuel Valls, aplicación de la ley NOTRe en 2015, esfuerzo presupuestario solicitado por Emmanuel Macron en 2017 [y] crisis social y territorial a través del movimiento de

los Chalecos Amarillos [en 2019]» (págs. 127-128).

Según un estudio realizado por el autor, «cerca del 50% de los alcaldes no expresa ninguna insatisfacción, el 41% [manifiesta] una sola, el 26% [indica] dos insatisfacciones, y el 28% [expresa] tres insatisfacciones o más» (págs. 128-129). Si las diferencias sociológicas no explican la intensidad de las insatisfacciones (pág. 129), «el título académico del alcalde y su antigüedad [en el cargo] ejercen una influencia», dado que, cuando el alcalde está diplomado, sus insatisfacciones decrecen con la experiencia (pág. 130).

Las relaciones que mantienen los municipios con el Estado atizan el descontento de numerosos alcaldes en varios ámbitos. Sus reivindicaciones conciernen, ante todo, «la falta de recursos financieros y humanos (14,6%), unas quejas sobre el carácter burocrático de las relaciones con los servicios desconcentrados del Estado (12,7%) y, por último, un escaso reconocimiento y consideración de su rol por el ejecutivo (11,9%)» (págs. 131-132).

De hecho, entre 2009 y 2018, los gobiernos sucesivos han reducido las dotaciones estatales concedidas a los Ayuntamientos para reducir el déficit público galo. «Jamás estos últimos habían conocido una bajada tendencial de las dotaciones del Estado sobre un periodo tan largo» (pág. 132). Los alcaldes expresan su frustración de tener que gestionar la penuria y de tener que luchar para mantener un servicio público de cali-

dad» (pág. 132). Además de la disminución de las dotaciones estatales, critican «la ausencia de alternativas para responder a las necesidades de las personas más frágiles y precarias» (pág. 133). Las quejas de los alcaldes en materia presupuestaria no son el hecho únicamente de los pequeños municipios. «En las ciudades de más de 10.000 habitantes, se [observa] la misma frustración, que [se compagina] con la de tener que renunciar a unas inversiones públicas» (pág. 134). La disminución de los recursos de los municipios «obliga los alcaldes a [multiplicar] los esfuerzos para obtener unas financiaciones complementarias provenientes de otras [instituciones]» (pág. 135).

La sensación de abandono por el Estado alcanza su paroxismo cuando «los alcaldes expresan su incapacidad creciente para [hacer frente a] la inflación de normas, de nuevos reglamentos, de procedimientos cada vez más complejos» (pág. 136). Los ediles se enfrentan a una realidad que resulta ser «mucho más burocrática, sumergiéndolos en una desazón, en particular para aquellos que no [conocen] las costumbres de la función pública» (págs. 136-137). La complejización de las normas y de los procedimientos puede igualmente conducir el alcalde ante los tribunales (pág. 137). En efecto, se expone «a la asignación del tribunal administrativo [si no aplica] unos reglamentos o si no consiente a la [implementación] de [unas] normas» (pág. 137). Por último, «las dificultades de diálogo con el poder central [experimentadas] por los alcaldes desde la llegada de Emmanuel

Macron [al poder] han amplificado la sensación de escaso reconocimiento por la potencia pública y, en particular, [por el] jefe del Estado» (pág. 138).

De la misma forma, cerca del 12% del descontento de los alcaldes proviene de su relación con las mancomunidades. Expresan, al respecto, una sensación de desposesión política y administrativa (pág. 140). De hecho, los Ayuntamientos pierden cada vez más competencias en beneficio de las mancomunidades (pág. 141). Además, «se sienten cada vez más deslegitimados ante sus conciudadanos» (pág. 141). Los alcaldes mantienen una relación de desconfianza con las mancomunidades a las cuales están vinculados. «Cerca del 80% de ellos consideran que la mancomunidad tiene mucha influencia sobre su municipio» (pág. 141).

Los alcaldes observan, a su vez, un auge del individualismo entre sus administrados. Es la segunda fuente de insatisfacción, ya que «el 36% explican tener cada vez más dificultades para satisfacer las demandas de sus administrados» (pág. 142). La exigencia apremiante se convierte en relación consumista con el alcalde (pág. 143). «Los alcaldes sienten un malestar en la representación social de su función, que [ha dejado de ser] percibida como una sabia mezcla de vínculo social, proximidad democrática y solidaridad [comunitaria, para serlo], cada vez más como una relación entre un ciudadano contribuyente y un alcalde prestatario de servicios» (pág. 144). Numerosos nuevos habitantes compaginan fuer-

tes exigencias y reivindicaciones con una escasa implicación en la vida local, más aún sabiendo que, en 2018, el 40% de los ciudadanos no residen en el municipio en el que trabajan (pág. 145). Estos nuevos residentes buscan en el mundo rural «ante todo las condiciones de un confort material y de una realización personal que no pueden obtener en el espacio urbano. Como contrapartida, su relación con lo que hace el vínculo social, «nutrido de proximidad y de sociabilidades intergeneracionales, interculturales e interprofesionales, ha desaparecido» (pág. 145).

El compromiso por el bien común tiene consecuencias sobre el equilibrio personal de los alcaldes. Muchos de estos últimos hablan de don de sí mismo, de sacrificio, de sacerdocio y de fe. «La función de alcalde exige renunciaciones, humildad y obliga a separar el individuo del alcalde» (pág. 147). La principal dificultad estriba en «la conciliación entre la vida personal y/o profesional y el compromiso de alcalde. Ese punto es importante porque, hoy en día, el 42% de los alcaldes continúan ejerciendo una actividad profesional a jornada completa (32,5%) o a jornada parcial (9,5%)» (pág. 147).

Foucault constata que «las fuentes de insatisfacción de los alcaldes zanján con la representación positiva que tienen los franceses de sus [cargos electos]» (pág. 149). Sin embargo, estos mismos ciudadanos alimentan el malestar de ciertos alcaldes (pág. 149). Además de la actitud consumista, «los alcaldes observan

un aumento de las incivildades de todo tipo y de las agresiones físicas o verbales *ad personam*» (pág. 149). Así, el 92% de los 3.812 alcaldes interrogados por la comisión del Senado han padecido incivildades, el 48% amenazas, el 46% injurias y el 14% agresiones físicas (pág. 150). Esta encuesta da cuenta de «un auge de las radicalidades en la expresión del descontento» (pág. 150). Los ciudadanos franceses «formulan una muy gran variedad de demandas de acción pública local. Si algunas de ellas son clásicas y corresponden al ámbito de intervención de los alcaldes, otras son nuevas y se enfrentan a un ámbito competencial inexistente a nivel municipal» (pág. 152).

En el séptimo capítulo, que aborda la cuestión de la renuncia, el politólogo galo subraya que «la tasa de abandono varía prácticamente del simple al doble entre los municipios de menos de 3.500 habitantes y aquellos de más de 30.000 habitantes. (...) En realidad, existe un umbral en torno a 3.500 habitantes» (pág. 158). Varios factores inciden en la decisión de los alcaldes a la hora de expresar «su voluntad de someterse de nuevo al sufragio universal. En primer lugar, la influencia del entorno político (...) y familiar tiene una gran importancia (57%)» (pág. 160). En segundo lugar, «la elección de los alcaldes no puede comprenderse sin tomar en consideración el balance personal que dificulta su mandato» (pág. 160). El ejercicio del mandato de alcalde afecta a su vida personal. «Si los alcaldes de los municipios más grandes se ven menos afectados en su esfera pri-

vada, esto se explica, ante todo, por una preparación y un compromiso político que [hunden sus] raíces» en el largo plazo y la ambición personal (pág. 161).

Asimismo, la antigüedad en el cargo, «estrechamente correlacionada con el tamaño del municipio, consagra el síndrome del [quemado]» (pág. 162). Más allá de la antigüedad, «la edad juega a favor de una jubilación política, con, sin embargo, diferencias importantes según el tamaño del municipio» (pág. 163). Por último, cuando los alcaldes expresan un alto nivel de felicidad, sus probabilidades de presentarse de nuevo crecen y viceversa» (pág. 165).

En el apartado final, titulado «responsable del todo pero no de todo», el autor indica que los alcaldes han desempeñado un rol esencial en el Gran Debate Nacional. «Han sido los iniciadores de más [de la mitad de los debates]» (pág. 170). Por lo tanto, los alcaldes han contribuido, «sin espíritu partidario, al éxito organizativo» de ese ejercicio democrático (pág. 171). «La comunidad local de ciudadanos obliga el alcalde a rendir cuentas de manera permanente. El alcalde es a menudo presentado como el electo [de proximidad] Visible [y abordable], compromete inmediatamente su responsabilidad» (pág. 173). «Si el alcalde es responsable del todo, es decir de la cohesión social y política de su comunidad local, difícilmente puede ser considerado responsable de todo», ya que su ámbito de acción limita sus capacidades de inter-

vención (pág. 173). Para salir de esta situación, sugiere Foucault, «el país necesitaría una audacia descentralizadora que obligaría a repensar la democracia local como un espacio político en el cual los alcaldes gobernarían con sus administrados en lugar de hacerlo para y, sobre todo, con el Estado» (pág. 174).

Al término de la lectura de *Maires au bord de la crise de nerfs*, cuyo título resume a la perfección a la vez el objeto de estudio y el diagnóstico realizado, conviene subrayar la gran actualidad del mismo y la pertinencia y lucidez con las cuales el autor analiza el malestar de los alcaldes que constituyen la piedra angular de la democracia local. A partir de encuestas y de entrevistas en profundidad, que dibujan un panorama rico y variado de los perfiles de estos ediles, de las percepciones de su función u oficio de alcalde, y de las dificultades a las que se enfrentan, fuentes de insatisfacción, Foucault pone de manifiesto el momento crítico que atraviesan los alcaldes atrapados entre un Estado omnipresente, unas mancomunidades omnipotentes y unos ciudadanos exigentes. Se trata de un libro muy documentado, con datos actualizados, y perfectamente ilustrado, gracias al uso de tablas y de gráficos. Su lectura es sumamente agradable gracias a un estilo fluido y un lenguaje asequible.

En suma, esta obra es especialmente recomendable tras el movimiento de los Chalecos Amarillos, el Gran Debate Nacional y en vísperas de nuevas elecciones municipales.

Bibliografía

ALGAN, Y., BEASLEY, E., COHEN, D. y FOUCAULT, M. (2019): *Les origines du populisme*. París: Seuil.

FOUCAULT, M. (2020): *Maires au bord de la crise de nerfs*. La Tour d'Aigues: Editions de l'Aube.

FOUCAULT, M., GROUX, G. y ROBERT, R. (2020): *Le social et le politique*. París: CNRS Editions.

EGUZKI URTEAGA

Universidad del País Vasco/Euskal
Herriko Unibertsitatea
eguzki.urteaga@ehu.eus

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.11>

TORRES GUTIÉRREZ, Alejandro, *La vertebración de Quebec en el modelo federal canadiense*, Dykinson, Madrid, 2019.

1. Una visión general de la obra

El libro sobre el que versa esta reseña es una investigación en relación al modelo federal canadiense y el papel de Quebec en el mismo, realizada por el Catedrático de la Universidad Pública de Navarra, Alejandro Torres Gutiérrez.

La obra viene rodeada de la obtención de una beca del Programa Salvador de Madariaga, a raíz de la cual se hizo una estancia de investigación que el autor llevó a cabo en

la Universidad de York, lo cual ha tenido como resultado un estudio provechoso y de actualidad.

Dentro de los temas de estudio que giran en torno a los modelos de Estado, el examen de los sistemas federales resulta sumamente interesante. Esto encuentra su razón en las notables diferencias que se pueden encontrar entre los distintos sistemas federales, a pesar de encuadrarse en dicha categoría. Es precisamente este motivo el cual provoca que la obra que se está reseñando sea digna de admiración, puesto que aborda un tema nada sencillo y que requiere un análisis minucioso que el autor ha resuelto de manera brillante a lo largo de las páginas que conforman la investigación.

2. Estructuración

La investigación en sí se divide en dos tomos diferentes que son el conjunto de la obra como tal.

El primero de ellos ha recibido el nombre de «La configuración del modelo federal de Canadá: desde el período colonial hasta la promulgación de la Ley constitucional de 1982». Esta parte aborda una perspectiva histórica que resulta imprescindible para adentrar al lector en la temática y que pueda tener los antecedentes necesarios para comprender el momento actual. De esta manera, se abre la investigación con unos aspectos ineludibles y que se introducen de manera plenamente cadenciosa.

Esta primera parte aparece estructurada en cinco capítulos diferenciados:

El primero de ellos lleva por título «Surgimiento y conformación de Canadá». En él se tratan los primeros asentamientos, así como los primeros momentos relativos a la situación de Canadá durante el dominio británico.

El segundo tiene como rúbrica «Las vicisitudes previas a la British North America Act: La guerra angloamericana y los intentos de redefinir el marco constitucional». A lo largo de las páginas que lo conforman se tratan tres puntos esenciales. Por un lado, el tema de la guerra angloamericana de 1812. En segundo término, lo referido a los fenómenos migratorios y a los cambios que se producen en la sociedad. A continuación y como último punto tratado aquí, se alude a la organización política y su racionalización.

El tercer capítulo se denomina «La British North America Act: La definición de Canadá en el último tercio del siglo XIX». Aquí se da comienzo al examen de la British North America Act: de 1867; la llegada de la confederación y la suma de provincias y también territorios; la National Policy; los primeros choques dentro del diseño de la confederación como son la rebelión de Riel o las crisis escolares y finalmente el papel de Laurier.

El cuarto capítulo recibe el nombre de «Canadá entra en el siglo XX»:

El largo camino hasta la reforma constitucional de 1982». Aquí se observa una visión de la sociedad en los primeros años del siglo xx; La llegada de la I Guerra Mundial; la situación en el período de entreguerras; la II Guerra Mundial; la situación de postguerra; una visión de la evolución del sistema federal canadiense; finalmente cerrando el capítulo, el logro político del parti québécois y el importante referéndum de 1980.

Finalmente el capítulo último se llama «La reforma constitucional de 1982 y la culminación del proceso de nacionalización de la Constitución de Canadá». En este capítulo, que cierra la primera parte de la investigación, se aborda la reforma constitucional que se llevó a cabo. Esto se realiza de una manera muy completa aludiendo no solo a los antecedentes y al contenido, sino al propio procedimiento de reforma y a la posición de Quebec respecto de ella, finalizando con un balance acerca de esta reforma.

Como resulta evidente, esta primera parte viene cerrada por medio de unas conclusiones claras y que dejan a la vista las ideas esenciales que se han podido ir obteniendo en las páginas que conforman el primero de los volúmenes.

En la segunda parte se produce una plena focalización en lo que a Quebec se refiere, lo cual fue introducido en la anterior, pero que ahora cobra el protagonismo total de la investigación. Así se trata desde el mo-

mento en el que finaliza el volumen anterior hasta la actualidad.

El primero de los capítulos se denomina «Los intentos por lograr la incorporación de Quebec en el consenso constitucional: los acuerdos del Lago Meech y Charlottetown». En este capítulo de apertura se puede ver un análisis exhaustivo de ambos acuerdos, el de 1987 y el de 1992.

El capítulo segundo lleva por título «El referéndum secesionista de 30 de octubre de 1995». En este capítulo se estudian todos aquellos aspectos relativos al referéndum, desde su gestación en el terreno tanto político como jurídico, pasando por la pregunta que se formula hasta las consecuencias que se derivan del resultado.

El capítulo tercero «El pronunciamiento del Tribunal Supremo de 20 de agosto de 1998 sobre el derecho de secesión». En este punto se inspecciona, como se indica a la perfección en la nomenclatura, lo que establece el Tribunal Supremo. Así se examina lo que se plantea, como se plantea y la competencia que ostenta el Alto Tribunal para emitir el Dictamen correspondiente.

El capítulo cuarto, recibe por nombre «La legislación ulterior al dictamen del Tribunal Supremo: La Ley de la claridad, y la Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y el Estado de Quebec». En este capítulo se explora la normativa que

surge tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, centrándose en dos normas esenciales, la Ley de Claridad, La Ley sobre el ejercicio de los derechos fundamentales y las prerrogativas del pueblo y el Estado de Quebec.

El capítulo quinto y final se denomina «Las consecuencias de una eventual secesión de Quebec y los retos futuros que ello conllevaría». Este último capítulo plantea la hipótesis que se desprende de su título y procede a desarrollar las consecuencias así como los retos que se tendrían que afrontar en el supuesto de que se diera en la realidad.

3. Reflexión personal

La obra está elaborada con una meticulosa técnica de investigación, mediante la cual se ha abordado

el tema del estudio de una manera clara y genuina. A lo largo de las páginas puede desprenderse el conocimiento adquirido a lo largo de la estancia de investigación que sirvió para elaborar la obra. La investigación como tal aborda un tema que, por sus características, resulta sumamente interesante y necesario. De esta manera, el estudio del profesor Torres Gutiérrez es, sin duda y en definitiva, una obra que se debe situar entre las clave en temas de federalismo, siendo un referente para toda persona interesada en la temática.

ALEJANDRO VILLANUEVA TURNES

Universidad de Santiago de
Compostela
alejandro.villanueva@usc.es

DOI:

<https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.116.2020.12>

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

