

Abogados del Estado

Año VI, Número 23, enero a marzo de 2009 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN

XXX Aniversario de la

Constitución Española



José Bono Martínez



Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón



José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo



Miquel Roca i Junyent



Cuatro personajes clave en la historia reciente de la política española nos ofrecen sus experiencias sobre aquellos momentos decisivos y las perspectivas de futuro de nuestra Carta Magna.



XXX Jornadas de la Abogacía del Estado sobre la Regulación de los Mercados.
Pág. 16



Visita de estudio de la Abogacía del Estado a la sede de Naciones Unidas en Nueva York.
Pág. 22



www.asoc-abogadosdelestado.es
www.abogadosdelestado.com.es
www.abogadosdelestado.com

Una página web al servicio del Cuerpo de Abogados del Estado y de todos los miembros de nuestra Asociación, donde podrán encontrar noticias, espacios de actualidad y entrevistas a personajes de interés, así como un área privada donde los miembros de la Asociación podemos consultar información específica, localizar a compañeros y descargar los ejemplares de nuestra revista.

- Actualidad y noticias.
- Cursos y eventos
- Prensa del día
- Enlaces a webs de carácter jurídico y de interés.
- Acceso a ejemplares de la revista de la Asociación.
- Datos de contacto de nuestros miembros.
- Información y noticias específicas de nuestra Asociación.

30 años de nuestra Constitución

Este número sirve para celebrar principalmente los treinta años de vigencia de la Constitución Española de 1978. Tenemos el honor de que varios “padres” de la Constitución se asomen a nuestra Revista para, con la perspectiva del tiempo, volver a mirarla con la experiencia de los años, de las décadas ya pasadas.

Pocas normas –como diría Hans Kelsen al referirse a la Constitución–, son tan unánimemente reconocidas como buenas a lo largo de los años de vigencia como nuestra Constitución. La existencia de debates sobre su interpretación, sobre su alcance o sobre su reforma no son más que la clara manifestación de que estamos ante una norma rica, viva y que sigue creciendo en su aplicación y en su desarrollo.

Nuestra Constitución, la de todos, surge del éxito de la solidaridad y del deseo de democracia que como clamor era querida por todos los españoles en uno de los momentos más cruciales de nuestra historia. Recogiendo nuestra tradición constitucional y lo mejor de las Constituciones de los países de nuestro entorno, nuestra Carta Magna ha servido, sirve y servirá para conducir las reivindicaciones, deseos y anhelos individuales y colectivos de los ciudadanos en orden a definir su libertad o su igualdad bajo el amplio marco de la convivencia pacífica.

Nada puede ser más importante para un pueblo soberano como ver que su voluntad es plasmada en una norma que se erige como fuente de toda Ley y directriz de todo poder, traducándose en una norma al alcance de todos el acto constitucional y fundacional de un Estado. Nuestra Constitución de 1978 permite que en España haya un instrumento que nos garantice a todos los ciudadanos tener confianza en nuestro futuro, da seguridad al hecho de que necesariamente ese futuro será común y es la herramienta que confirma que nuestro destino será fruto de la manifestación de nuestra voluntad democrática.

Nada proporciona mayor satisfacción para un jurista convencido de que la democracia es el mejor de los sistemas posibles, que homenajear nuestra Constitución Española de 1978 y además, contar con el testimonio de algunos de los que fueron capaces de traducir sobre una mesa presidida por el diálogo, el sentir general de renunciar a mirar atrás y pensar en el futuro para conformar un Estado para todos que se llama España. ■



Staff

Edita

Asociación de Abogados del Estado
C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid
Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173
Fax: 913 904 740

Consejo Editorial

Jorge Pipaón
Edmundo Bal
Julio Díez
Pablo Dorronsoro
Jesús López-Medel
Catalina Miñarro
José Ignacio Monedero
Alfredo Parra
Federico J. Ramos
Ignacio Ruiz

Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.
C/ Torquemada 16 4º. 28043 Madrid
www.artfactory.es
artfactory@artfactory.es

Fotografías

Iván Belastegui

Coordinador técnico

Luis Soriano
fotocomposicion@ibernet.com

Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares
C/ Pérez Herrera, nº 7. 28002 Madrid
Teléfonos: 914 156 886 / 914 151 864
composicion@canizares.com

Publicación patrocinada por:

Endesa y Mapfre

Depósito Legal: M-21263-2003

Abogados del Estado. Revista de la Asociación es una publicación de distribución privada y gratuita entre los socios de la Asociación de Abogados del Estado y todas aquellas personas que su Consejo Editorial estime conveniente.

Esta revista no se hace responsable de las opiniones vertidas por sus colaboradores en las entrevistas y artículos publicados, ni se identifica necesariamente con las mismas.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de cualquier información gráfica o literaria, sin autorización previa del Consejo Editorial o el director.

Sumario

Encuentros con...

30 Aniversario de la Constitución..... 6

Noticias

I Jornadas Pedro María Meroño 14
XXX Jornadas de la Abogacía del Estado..... 16
Nuevo encuentro con ANAUNI 20
Primera Reunión del Nuevo Consejo
Editorial de Madrid de Ayuntamiento XXI 21
Visita de estudio de la Abogacía del Estado a Naciones Unidas 22
La Abogacía del Estado va a Washington 26

Crónica

Carta a Tomás 32

Libros

La larga conquista de la libertad. Quince nuevos
Estados tras la URSS es búsqueda de su identidad 34

Cultura

Pedro Vidal. Artista de la incertidumbre adolescente 36

Solidaridad

Vicente Ferrer recibe en la India
la Gran Cruz del Mérito Civil del Gobierno español 38

Cuadernillo jurídico

Ignacio del Cuvillo Contreras
*El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria
sobre Contratos Públicos. Análisis de la sentencia del TJCE, Coditel,
de 13 de noviembre de 2008 y Reflexiones desde una Perspectiva Española* 2

Francisco García Gómez de Mercado
La pérdida de la prescripción por nuevas obras en derecho urbanístico..... 10

Eduardo Soler Tappa
*Derechos adquiridos, expectativas legítimas y retroactividad de las normas
que alteran o modifican derechos económicos reconocidos. Caso particular
de las instalaciones de producción de energía eléctrica: distinto régimen
de primas en el Real Decreto 661/2007 respecto del Real Decreto 486/2004* 16



CLUB BANESTO JUSTICIA

ENTRA EN EL CLUB EXCLUSIVO PARA LOS PROFESIONALES DE LA JUSTICIA



Banesto ha creado un Club exclusivo para los profesionales de la Justicia,

con condiciones únicas y ventajas excepcionales. Un Club pensado para satisfacer tus necesidades, tanto de ámbito personal como profesional. Entra ya en el Club que Banesto ha creado para ti.

Infórmate en cualquiera de nuestras oficinas, llamando al 902 30 71 30 o entrando en <http://particularesycolectivos.banesto.es>

 **Banesto**

CLUB BANESTO JUSTICIA

30 Aniversario de la CONSTITUCIÓN

Con motivo del XXX Aniversario de la Constitución de 1978, la Revista de la Asociación de Abogados del Estado realiza una entrevista a cuatro políticos de relevancia fundamental en la evolución política y social de nuestro país durante estos 30 años de democracia: Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca y Miguel Roca Junyent, tres de los ponentes conocidos como "Padres de la Constitución" a los que se encargó la redacción de la Carta Magna, así como José Bono, actual Presidente del Congreso de los Diputados.

“ José Bono:
Estos 30 años han
sido el periodo
más prolongado de
libertad que jamás
conocimos, y los
diferentes conflictos
suscitados se han ido
resolviendo, desde
una perspectiva
política, con
dosis eficaces de
racionalidad y
consenso ”

Con la perspectiva histórica que dan estos 30 años de vida de nuestra Constitución, y desde la destacada posición política que han ocupado en este periodo, ¿en qué consideran que hemos acertado y cuáles han podido ser los errores cometidos?

José Bono. El resultado global es más que satisfactorio. Coincidiendo con este período de tiempo, los españoles, en términos generales, han alcanzado sus mayores cuotas de bienestar independientemente de su lugar de residencia. Ha sido el periodo más prolongado de libertad que jamás conocimos, y los diferentes conflictos suscitados se han ido resolviendo, desde una perspectiva política, con dosis eficaces de racionalidad y consenso.

Como en cualquier obra humana tuvieron cabida imperfecciones y controversias. Tal vez la más viva se refiera al permanente debate sobre el reparto territorial del poder que, 30 años después, sigue abierto. La Constitución tuvo la virtud y la grandeza de incluir en ella hasta a sus propios detractores. Esa es una clave de su fortaleza y vigencia.

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón. Sin duda la Constitución podía haber sido

mejor desde un punto de vista técnico y puede que en su confección pesaran determinados complejos políticos que han dado lugar a formaciones reactivas no siempre positivas. Así, por ejemplo, el miedo a la inestabilidad gubernamental que caracterizó la última fase de la Primera Restauración y la Segunda República y el ejemplo de la Cuarta República Francesa o de Italia, ha llevado a España a una situación en que la deseable estabilidad del Gobierno puede haberse conseguido a costa de una no tan deseable rigidez, en cuanto que el Congreso se encuentra sometido de hecho al Gobierno. No es menos cierto, que el Senado no parece haber encontrado ni su composición ni su función definitiva.

Ahora bien, cuando de valorar un proceso constituyente y una Constitución se trata, no importa tanto el detalle, sino el balance global y éste ha sido sin duda, positivo, porque positivo es la estabilidad democrática, el funcionamiento normal de las Instituciones y el enraizamiento en la vida diaria de los Derechos Fundamentales.

José Pedro Pérez-Llorca. El acierto estuvo en dar cauce de una manera muy ampliamente pactada al establecimiento



Sus Majestades, los Reyes, junto con los Príncipes de Asturias, presidieron el acto conmemorativo del 30 aniversario de la Constitución Española, celebrado el pasado 6 de diciembre en el Congreso de los Diputados.

de un sistema democrático. Las deficiencias en el funcionamiento vienen, en mi opinión, más de los propios agentes políticos y de las carencias de nuestra sociedad que del diseño.

Miquel Roca. En un periodo de 30 años lógicamente, por parte de todos, se han cometido errores, pero deberemos coincidir en que lo básicamente dominante ha sido el conjunto de aciertos que han permitido el asentamiento estable del sistema democrático que la Constitución consagra. Podría incluso añadirse algo más: los errores no tienen su origen en la Constitución, sino en su desarrollo político, en su interpretación y aplicación a lo largo de estos 30 años.

La Constitución no es un manual que asegure el éxito de la acción política; se limita a marcar unas reglas de juego y los límites dentro de los cuales debe desarrollarse aquella acción política. Y en este sentido, afortunadamente para todos, deberíamos reconocer que las reglas se han respetado y los límites no se han sobrepasado. Incidencias puntuales, situaciones coyunturales, exabruptos y tensiones no ponen en cuestión la valoración global del desarrollo constitucional en España.

¿Qué recuerdos personales guardan de aquellos meses de tenso clima político y social?

J.B. Fundamentalmente, el de la convivencia amable, respetuosa y en concordia de los anhelos más progresistas con las adherencias más perniciosas que se resistían al cambio. Ni siquiera la fuerza de la sinrazón fructificó con la intenciona golpista que me tocó vivir desde la Mesa misma del Congreso. Recuerdo aquel vendaval de cambio que se metía por cualquier hendidura, y su aroma cómplice y contaminante.

M.H.R.M. Los recuerdos personales son fundamentalmente tres: El interés apasionante de los momentos, el orgullo de estar contribuyendo a una tarea histórica, y la angustia que lógicamente, lleva consigo el saberse investido de tal responsabilidad.

J.P.P.L. Guardo más bien buenos recuerdos así como una excelente relación en lo personal con mis compañeros de ponencia y en general con los de aquella época.

M.R. Es curioso, pero todo el conjunto de recuerdos personales tienden a confundir-

Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón:
Sin duda la Constitución podía haber sido mejor desde un punto de vista técnico y puede que en su confección pesaran determinados complejos políticos que han dado lugar a formaciones reactivas no siempre positivas

“ José Pedro Pérez-Llorca: Lo que la Constitución da, no lo puede quitar un estatuto, salvo que los guardianes oficiales digan lo contrario ”



se y a sobreponerse. Lo que domina en mi recuerdo es una época muy ilusionante, cargada de entusiasmo en la que, con el tiempo vas percibiendo el enorme privilegio que representó el poder participar muy directamente en la construcción del estado democrático, social y de Derecho que consagra nuestra Constitución.

Recuerdo, de manera especial, la gran sintonía existente entre los parlamentarios y la sociedad a la que representaban. Fue un momento de grandes complicidades y de orientaciones muy claras y precisas. Sabíamos por qué hacíamos nuestro trabajo y sabíamos además que éste respondía a una amplia voluntad mayoritaria de la sociedad española.

Durante ese largo proceso, ¿cuáles fueron los asuntos más problemáticos a la hora de alcanzar el consenso entre los partidos intervinientes en la elaboración de la ponencia?

M.H.R.M. Fundamentalmente dos: la parte dogmática, y el título octavo. La parte dogmática, porque aunque se esté de acuerdo en todos y cada uno de los Derechos Fundamentales, a la hora de poner por escrito su reconocimiento, se manejan valores, y los valores son de suyo polémicos y además asimétricos, de manera que, aunque todos sean ellos positivos, no son siempre compatibles. Por otra parte, los valores y afectos a ellos conexos se expresan a través de retórica, y la retórica es siempre polémica.

En cuanto al título octavo, es siempre difícil pasar de un Estado centralista a otro descentralizado, dificultad incrementada

porque se oponían dos concepciones: la de quienes creíamos en la ineludible autonomía de las entidades históricas como Catalunya, Navarra, País Vasco y Galicia, y quienes negaban tal asimetría y proponían, como consiguieron, generalizar las autonomías territoriales y prolongarlas en las autonomías locales.

J.P.P.L. Casi todos lo fueron. Especialmente virulento fue el de la educación. El texto ha permitido mantener una oferta educativa plural pública-privada, lo cual no estaba en la intención inicial de la izquierda. Las transferencias a las autonomías en esta materia no vienen dictadas por el texto, sino que se derivan de desarrollos y cesiones posteriores. El Estado no ha ejercitado nunca las competencias legislativas que a través de diferentes preceptos y distintas técnicas el texto le reservaba y le sigue reservando en la materia. Lo que la Constitución da, no lo puede quitar un estatuto, salvo que los guardianes oficiales digan lo contrario.

M.R. Normalmente, suele decirse que los aspectos más problemáticos de la Constitución fueron los relativos a la estructuración autonómica de España. Sin embargo, no es exactamente así. Por ejemplo, el tema de la libertad de enseñanza generó más tensiones en la Ponencia que el relativo al desarrollo autonómico. E incluso las discusiones más acaloradas se dieron alrededor de temas como el de la economía de mercado que hoy no es discutido desde ninguna perspectiva política.

En el tema autonómico se dieron sensibilidades distintas. Unas más proclives al

» En primera persona



José Bono (Salobre, Albacete, 14 de diciembre de 1950) es licenciado en economía y derecho por ICADE. Se hizo miembro del Partido Socialista Popular (PSP) en 1970. Desde 1972, fue también profesor de derecho político en la Universidad Complutense de Madrid. Desde 1979, año en que el PSP se integró en el PSOE, fue diputado a Cortes por Albacete. Ocupó el cargo de Presidente de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha durante seis legislaturas consecutivas (1983-2004), venciendo siempre por mayoría absoluta. Ha sido Ministro de Defensa (2004 - 2006) del gobierno presidido por José Luis Rodríguez Zapatero. Actualmente es presidente del Congreso de los Diputados.



“**Miquel Roca:**
Ciertamente los Pactos de la Moncloa fueron tanto o más decisivos que la propia Constitución a los efectos de dar estabilidad al proceso de la transición democrática en España”

papel de las Comunidades Autónomas, otras menos dispuestas a avanzar en esta dirección. Pero en el ámbito de la Ponencia se alcanzaron acuerdos importantes que condicionaron muy decisivamente el trabajo posterior de las demás instancias parlamentarias. La relevancia del tema estimuló la responsabilidad de los ponentes.

Junto a la creación del texto constitucional, los Pactos de la Moncloa simbolizaron igualmente la capacidad de acción conjunta que tuvieron los distintos partidos para la consecución del cambio político. Ahora, algunos piden la reedición de aquellos Pactos. ¿Sería viable? ¿Es pertinente comparar aquella crisis con la de ahora?

J.B. La palabra pacto suena siempre armoniosa en mi ideario político. De hecho, la voluntad de llegar a acuerdos la actualizo a diario como árbitro en el Congreso de los Diputados, del mismo modo que la profesé durante 21 años como presidente de Castilla-La Mancha y más tarde como ministro de Defensa. Ciertamente, hay asuntos específicos en los que el acuerdo de Estado tiene que estar por encima de las posiciones de parte. En Defensa, en Exteriores, en la lucha Antiterrorista, en las pensiones, por ejemplo, conviene que al menos los partidos mayoritarios tengan la misma partitura. Hoy y siempre.

M.H.R.M. No, no es pertinente la comparación de ambas situaciones. Pero es evidente, que ante una crisis económica como la presente, sería procedente un acuerdo de grandes fuerzas políticas.

J.P.P.L. La situación es asimétrica. El sistema político está ahora, al menos formalmente, consolidado. En cambio esta crisis parece peor. Siempre sería bueno un pacto, pero por ahora no veo voluntad política en el gobierno para hacerlo de verdad.

M.R. Ciertamente los Pactos de la Moncloa fueron tanto o más decisivos que la propia Constitución a los efectos de dar estabilidad al proceso de la transición democrática en España. Nada comparable con la situación actual. Cuando en este momento algunas voces, a las que me sumo, reclaman unos ciertos Pactos de la Moncloa para hacer frente a la crisis, se hace como una referencia simbólica, no como aplicación mimética de algo que afortunadamente era mucho más complicado y más grave que la situación actual.

En los Pactos de la Moncloa el sentido de responsabilidad que pusieron de manifiesto los agentes políticos, económicos y sociales, es algo que no debe olvidarse porque constituye una de las contribuciones más decisivas en aquel periodo.

Pasados ya 30 años, ¿cuáles son sus posturas personales con relación a la revisión y modificación de determinados puntos de la Carta Magna?

J.B. La Constitución de 1978, como indiqué antes, goza de buena salud y, mayoritariamente, de gran aceptación, incluso superior a la que tenía en la fecha en que se refrendó, a tenor de encuestas recientes. Sin embargo, no debería rechazarse alguna actualización, siempre que tuviera

» En primera persona



Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón (Madrid, 18 de junio de 1940) es Doctor en derecho y licenciado en filosofía. Ocupó el cargo de portavoz en el Congreso de los diputados, tanto del partido del Gobierno (UCD) como de la oposición (AP). Fue diputado de UCD de 1977 a 1981, y de AP y del PP en 1982, 1986 y 1989. En 1987 optó a la Presidencia de Alianza Popular. Su carrera profesional incluye los puestos de consejero del Banco Exterior de España, vicepresidente de la Comisión Jurídica, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa (1979-1982) y vicepresidente de la Comisión Política de la Asamblea del Atlántico Norte. Actualmente es miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y miembro del Tribunal Constitucional del Principado de Andorra.

“ José Bono:
La Constitución
de 1978 goza de
buena salud y,
mayoritariamente,
de gran aceptación.
Sin embargo, no
debería rechazarse
alguna actualización,
siempre que tuviera
su misma génesis
de consenso,
tanto en términos
cuantitativos como
cualitativos ”



su misma génesis de consenso, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Las dificultades están fundamentalmente en lo complejo de la tramitación, más que en las reticencias de fondo si –como le digo– se plantea en términos de acuerdo y no de conflicto.

tos matices en la organización del Poder Judicial, etc. Pero para que esta tarea pudiera acometerse con garantías de éxito, sería necesario trabajar desde un consenso que en este momento no se vislumbra. Una Constitución del consenso solo puede ser reformada desde el consenso. Si no es así, mejor dejarla como está.

» En primera persona



José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo (Cádiz, 30 de noviembre de 1940) se licenció en Derecho por la Universidad Complutense, accediendo por oposición a las Cortes Generales como letrado. Se integró en la Unión de Centro Democrático y Adolfo Suárez lo nombró en la I Legislatura sucesivamente Ministro de la Presidencia, Ministro de Administración Territorial y Ministro de Asuntos Exteriores, cargo que ocupó también con el gobierno de Leopoldo Calvo-Sotelo hasta 1982. Fue diputado en el Congreso desde 1977 a 1982. Participa o ha participado en diversas empresas nacionales e internacionales como socio, accionista o consejero (Kuwait Petroleum, Iberia, Loewe), compaginando dicha actividad con la de profesor encargado de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Complutense. Es doctor honoris causa por la Universidad Nacional de Educación a Distancia por haber sido uno de los siete ponentes, llamados padres, de la Constitución española de 1978.

M.H.R.M. Personalmente no creo que sea momento adecuado para reformar la Constitución. Falta voluntad política para acometerlo, consenso político para fraguarlo y acuerdo sobre las fórmulas técnicas a utilizar. Así por ejemplo, todos decimos que es preciso reformar el Senado, pero se proponen fórmulas muy diversas para hacerlo, e incluso quienes se dicen partidarios de un Senado Autonómico, discrepan sobre si la representación de las diversas Comunidades deber ser paritaria o desigual, si la desigualdad debe basarse en la población, extensión, rasgos diferenciales, etc...; si debe ser designada por gobiernos autonómicos, elegida por sus asambleas o directamente por el pueblo, etc...

Sería muy positivo alcanzar un grado de acuerdo que permitiera la reforma del Senado, por ejemplo, para convertirlo en una auténtica Cámara de representación territorial. Lamentablemente este acuerdo no se ve posible en el clima político actual.

La polémica levantada en los últimos años con relación a los Estatutos de Autonomía de las CC. AA. ha llevado a una sensación generalizada de que se pudieron cometer errores en la configuración territorial que, hoy en día, seguimos arrastrando. ¿Cuál es su opinión al respecto?

J.P.P.L. Creo que habría que hacer más explícitos los principios de integración y supremacía última de la voluntad estatal que están ya contenidos en el texto. Sería bueno que se reafirmasen y clarificasen. No lo veo factible en la realidad.

J.B. Con la perspectiva de los años podemos llegar a esa conclusión, pero, definitivamente, cada obra es fruto de su tiempo. El título VIII se aprobó casi de puntillas y la generalización del “café para todos”, obviamente, tuvo reacciones distintas en según qué territorio. Pese a ello, nadie puede negar que la descentralización y la proximidad con el administrado han sido netamente beneficiosas. Tampoco podemos ocultar algunas insatisfacciones sobre las que debemos reflexionar.

M.R. No soy un gran partidario de la reforma de la Constitución. Ciertamente, tampoco la sacralizo. Si fuere necesario, podrían hacerse algunas reformas que ayudarían a resolver situaciones un tanto enquistadas en este momento. Por ejemplo: la reforma del Senado, algunas consideraciones sobre el sistema electoral, cier-

M.H.R.M. Si hubo errores, no se debió tanto al proceso constituyente, sino



Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón:
No creo que sea momento adecuado para reformar la Constitución. Falta voluntad política para acometerlo, consenso político para fraguarlo y acuerdo sobre las fórmulas técnicas a utilizar

a su solapamiento con la creación de las preautonómicas y a los pactos autonómicos de 1981 que generalizaron, incluso coactivamente (piénsese en los casos de Segovia y León) el modelo catalán. Aún así, el resultado ha sido bueno, las Autonomías han contribuido a elevar el nivel general de España.

J.P.P.L. Siempre es bueno reconocer las carencias en un diseño, que las hubo. Sin embargo creo que la situación límite a que nos llevan las autonomías no se derivan del texto, que en absoluto dibuja lo que hay, basta con que se relea, sino de la evolución posterior en la práctica del sistema. Si el texto, con sus carencias, no hubiera regulado esta cuestión, la situación bien pudiera ser aún peor.

M.R. Discrepo del sentido de la pregunta. No creo que exista ningún error en la configuración territorial de la organización del Estado. Puede hablarse con todo fundamento de que ha habido una lectura errática y muy poco coherente del texto constitucional que ha generado algunos problemas. No tantos como se dice: recuérdese que en la República Federal Alemana hay más conflictos constitucionales entre los "lander" y Berlín que los que se dan hoy en España.

Los discursos incoherentes y las políticas demasiado coyunturales y a veces oportunistas o electorales, han dado al desarrollo autonómico un discurso contradictorio y poco estable. Y esto ha creado una percepción social de desconcierto que ha sido explotado políticamente en función de intereses partidistas diversos.

Hemos de volver al discurso autonómico de la Constitución, pero esto es un esfuerzo que debe reclamarse en las dos direcciones de la relación, entre el Gobierno Central y las Comunidades Autónomas.

¿Cómo ven la política española en comparación con la de aquellos turbulentos e inciertos años? ¿Consideran posible llegar a un nivel de consenso semejante en la actualidad?

J.B. En momentos complicados, los españoles hemos demostrado que tenemos capacidad de organizarnos. Tengo plena confianza en que el juego de equilibrios políticos, bien en los ámbitos ideológicos como en los de distribución del poder territorial, incluso en los más arriesgados acabará, finalmente, reforzando la estructura del Estado. No tiene sentido que frente a una realidad social de normalidad, se traslade la imagen de una realidad política virtual que pudiera hacer pensar en rupturas traumáticas.

M.H.R.M. Sería muy deseable recuperar aquel nivel de sentido del Estado.

J.P.P.L. No. La izquierda actual no parece interesada realmente en pactar sino en mandar perdurablemente.

M.R. La diferencia es notable: en aquellos momentos se recuperaba la libertad y se construía un Estado Democrático, ahora hemos de aprender a vivir en libertad y respetar las reglas de la Democracia. Esto es aparentemente más fácil, pero en cambio, está resultando más difícil que la épica de la transición.

» En primera persona



Miquel Roca i Junyent (Cauderan (Francia), 1940) comenzó su actividad política en el Front Obrer de Catalunya (ligado al Frente de Liberación Popular), junto a Narcís Serra y Pasqual Maragall. Ocupó la secretaría general adjunta de Convergencia Democrática de Cataluña desde su constitución en 1974 hasta 1979. Fue Diputado por Barcelona y Presidente del Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso de los Diputados desde 1977 a 1995, presentándose como candidato a Presidente del Gobierno en 1986. En la actualidad, se dedica a la asesoría jurídica a través de su despacho Roca Junyent Abogados Asociados, que fundó en 1996.



La grandeza de la Democracia está en la administración ordinaria de la normalidad. Y esto en España se lleva mal; ¡nos va la marcha!

La profunda evolución de la sociedad española en estos últimos 30 años ha tenido su reflejo en la transformación de las Administraciones Públicas, pero esta adecuación se ha dado en escasa medida en el caso de la Administración de la Justicia. ¿Cuáles creen que son

“ José Pedro Pérez-Llorca: creo que la situación límite a que nos llevan las autonomías no se derivan del texto, que en absoluto dibuja lo que hay, basta con que se relea, sino de la evolución posterior en la práctica del sistema ”

las principales razones de este retraso y qué medidas consideran más necesarias para adaptar la Justicia a los nuevos tiempos?

J.B. En estos momentos es noticia el descontento de algunos servidores públicos en el ámbito de la Justicia. Sin embargo, los déficits, a mi juicio, son fundamentalmente instrumentales, ya sea de medios o de personal, pero no tanto de otra naturaleza. Las administraciones se han modernizado, también la de Justicia, si bien el modelo descentralizado ha producido en algunos casos duplicidades e ineficiencias. En el caso de la Justicia, la principal reclamación es de personal y de dinero.

M.H.R.M. A mi juicio, los mayores defectos de la justicia no se deben a su organización, ni personal, ni medios, sino a la Normativa Procesal.

J.P.P.L. Esta cuestión requeriría un cuestionario entero. Sinceramente no creo que la Justicia funcione mucho peor que otras cosas importantes en España.

M.R. Suena a tópico, pero es verdad que la Justicia es la gran asignatura pendiente de la España democrática. Nunca se ha hecho un esfuerzo sostenido ni en recursos económicos ni en recursos humanos

que haya dotado a nuestra Administración de Justicia de los medios necesarios para afrontar las crecientes exigencias de una sociedad cada vez más garantista.

Las medidas posibles son muchas, pero hay una primera y fundamental: que la política no se interfiera en la acción de la Justicia. Deberíamos comprometernos a no judicializar la vida política ni a politizar la Justicia. A partir de aquí la mejora sería más fácil y más rápida. ■

“ Miquel Roca: Nunca se ha hecho un esfuerzo sostenido en recursos económicos ni humanos que haya dotado a nuestra Administración de Justicia de los medios para afrontar las crecientes exigencias de una sociedad cada vez más garantista ”



Crédito Personal Bonificado
Si es amor a primera vista
no se resista



GRUPO BANCO POPULAR

BANCO POPULAR ESPAÑOL
BANCO DE CREDITO BALEAR

BANCO DE ANDALUCIA
BANCO DE GALICIA

BANCO DE CASTILLA
BANCO DE VASCONIA

902 301 000 • www.grupobancopopular.es

I Jornadas Pedro María Meroño

Durante los días 28 y 29 de octubre de 2008, y organizadas por la Comisión Nacional de Energía (CNE), se celebraron las I Jornadas Pedro María Meroño sobre Cuestiones actuales del Derecho de la Energía, que han reunido en la sede de la CNE a expertos juristas del ámbito energético.

El 28 de octubre, tras la bienvenida e introducción de las mismas por la Presidenta de la CNE, D^a. María Teresa Costa Campi, la Secretaria del Consejo, D^a. Marina Serrano dedicó unas palabras en recuerdo de Pedro Meroño y presentó a D. Santiago Muñoz Machado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, quien comenzó la jornada con su conferencia sobre la “Regulación de los sectores energéticos: Una visión general”. Tras un breve coloquio, expuso su conferencia sobre las “Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador independiente y la Administración General del Estado”, el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, D. Luciano Parejo Alfonso.

A continuación, se celebró una I Mesa Redonda sobre los Reguladores de los Sistemas Energéticos, moderada por D. Mariano Bacigalupo Saggese, Director de la Asesoría Jurídica de la CNE, y con los ponentes D. Joaquín Tornos Más, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, quien realizó una ponencia sobre “El Regulador de la energía y otros reguladores sectoriales: Comparación de Modelos” y D. José Manuel Sala Arquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, quien habló acerca de “Las relaciones y delimitación de funciones entre el regulador de la energía y las autoridades de defensa de la competencia”. A continuación, tuvo lugar una conferencia sobre “Problemas de competencia en los sectores energéticos”, impartida por D. Gaspar Ariño Ortiz, Catedrático de Derecho Administrativo y Abogado. Tras el coloquio de la misma y tras un breve almuerzo, el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, Ex-Ministro y Ex-Presidente del Consejo de Estado, D. Tomás de la Cuadra-Salcedo, realizó su



conferencia sobre “Seguridad Jurídica y protección de la confianza legítima en la regulación de los sectores energéticos”. Seguidamente, se celebró la II Mesa Redonda: La estabilidad regulatoria: ¿Qué límites a la innovación de los marcos regulatorios?, moderada por D. Vicente López-Ibor Mayor, Ex-Consejero de la CNE y Abogado y con la participación de los ponentes: D. Santiago Martínez Garrido, Director de los Servicios Jurídicos de Iberdrola, S.A., D. Manuel García Cobaleda, Director de Asesoría Jurídica de Gas Natural SDG, S.A., D. Borja Acha Vesga, Director de Asesoría Jurídica de Endesa, S.A. y D. Pascual Sala Atienza, Secretario General de UNESA. Finalizó esta primera jornada con la presentación de la obra “Manual del Sector de Hidrocarburos. Ley 34/1997, de 7 de octubre”, por D. José Manuel Sala Arquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

La segunda jornada del día 29 de octubre comenzó con la conferencia sobre la “Intervención de los poderes públicos en las operaciones corporativas de los sectores energéticos”, impartida por el Abogado General del Estado, D. Joaquín de Fuentes Bardají. Tras un breve coloquio, se celebró la III Mesa Redonda: El

control judicial de las decisiones de los reguladores, moderada por D^a. Marina Serrano González, Secretaria del Consejo de Administración de la CNE, y con la participación de los siguientes ponentes: D. Manuel Pacheco Machado, Abogado del Estado-Jefe ante el Tribunal Supremo, D. Fernando Calancha Marzana, Abogado del Estado del área de Industria y Energía del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, D. Óscar González González, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y D. Carlos Lesmes Serrano, Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Por último, tuvo lugar la conferencia de clausura: Principios generales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el Derecho de la Energía, impartida por D. Fernando Ledesma Bartret, Presidente de Sección de la Sala 3^a del Tribunal Supremo y Ex-Ministro de Justicia.

Se clausuraron las Jornadas por D^a. María Teresa Costa Campi, Presidenta de la CNE, con un acto de homenaje a D. Pedro María Meroño Vélez, Abogado del Estado y Ex-Presidente de la CNE, en el que intervino D. Sebastià Ruscallada i Gallart, Consejero más antiguo desde la Comisión eléctrica, quien dedicó unas palabras en memoria de Pedro Meroño. ■

Texto de las palabras de homenaje a nuestro compañero Pedro Meroño dirigidas a los asistentes por Doña. María Serrano, Secretaria del Consejo de la CNE.

Buenos días a todos.

Estas jornadas, que acaba de inaugurar la Presidenta de la Comisión Nacional de Energía, se realizan en memoria de Pedro Meroño, fallecido el 3 de junio de 2008. Pedro Meroño fue el primer Presidente de la Comisión Nacional de Energía, de abril de 1999 a junio de 2005, y el segundo y último de la Comisión eléctrica. Permítanme que, al iniciar la primera sesión de las Jornadas, dedique unas palabras en su recuerdo y desde el afecto.

Pedro Meroño dedicó gran parte, la mayor parte, podríamos decir, de su actividad profesional al tema que nos ocupa, el Derecho de la Energía. Así fue Director de Asesoría Jurídica, Secretario del Consejo de Administración y Secretario General de ENDESA y del Grupo ENDESA. Consejero-Secretario de RED ELECTRICA DE ESPAÑA S.A., REE, (el primero), así como Director de Asesoría Jurídica y secretario del Consejo de la Compañía Operadora del Mercado, OMEL, (también el primero). Miembro del Consejo de ENHER, MADE, CARBOEX, SAGANE y Presidente de la Junta Rectora de la Central de Carboneras.

Cómo deducirán fácilmente participó, desde los puestos citados, y desde la Abogacía del Estado del Ministerio de Industria, en la elaboración y aplicación de todas las más importantes disposiciones normativas del sector energético, desde el Marco Legal Estable (MLE) al proceso de liberalización, desde la explotación unificada al mercado mayorista de electricidad, de la creación pionera de la empresa separada titular de los activos de alta tensión a la separación jurídica de actividades liberalizadas y reguladas, del servicio público al servicio de interés general, de la empresa pública a la salida del capital público de las empresas energéticas. Por tanto, profundo conocedor,

como inteligente jurista, de la evolución de los mercados energéticos.

Y con este bagaje llega a la presidencia del regulador energético, que se constituye en el 99, a partir de la Comisión eléctrica. A él le correspondió las tareas de organizar la nueva Comisión Nacional de Energía, que se asentó y desarrolló durante su mandato. Mañana se abordará, en la última de las sesiones, su trayectoria como Presidente de la CNE, por lo que no voy a referirme más a ello.

Podría decir muchas cosas de Pedro Meroño. Nuestras vidas profesionales se entrecruzaron muchas veces, pero en estas breves palabras sólo diré lo siguiente. Pedro Meroño era Abogado del Estado. De forma nuclear era Abogado del Estado. Y de ello quiero destacar dos aspectos:

Fue preparador de oposiciones, y yo, como otros más, tuve el privilegio de



Pedro representaba y transmitía el sentido institucional, la prioridad a la institución, sea cual sea su naturaleza, por encima de cualquier interés personal o coyuntural

que fuese mi preparador. Y creo que siguió siéndolo siempre. No sólo hasta que aprobamos, sino después. Pedro ejercía sobre nosotros, aquéllos a los que preparó, aquéllos a los que examinó cuando formó parte del Tribunal de oposiciones, o aquéllos compañeros más jóvenes, con los que coincidió en cualquier destino, como en el último, en la Audiencia Nacional (al que acudió todos los días hasta el final) una especial y cariñosa tutoría. Nos aconsejaba en cada una de nuestras etapas profesionales, cada vez que cambiábamos de destino, que teníamos una oferta profesional, que queríamos dar un rumbo a nuestras vidas, nos orientaba, nos asesoraba, con serenidad, con cautela, con mesura, con objetividad y distancia, con prudencia, con enorme acierto. Sabios consejos, siempre y que vamos a echar mucho de menos.

Y algo muy importante que representaba y nos transmitía. El sentido institucional, el respeto a la dignidad de la institución a la que prestamos, en cada momento, servicios, como asesores jurídicos. La prioridad por la institución, sea el Estado, sea el regulador, sea empresa pública (o incluso empresa privada). Prioridad por el respeto a la institución, por encima de otros intereses parciales, personales o coyunturales.

Muchas gracias por todo, Pedro.

Ahora vamos a tratar de Cuestiones actuales del Derecho de Energía, algo que creo que complacería enormemente a Pedro, que seguro que asistiría, disfrutaría de estar con colegas y compañeros y seguro también que tendría su propio criterio sobre cada una de las cuestiones sobre las que ahora vamos a debatir.

Y no hay mejor manera que empezar, que escuchando a un maestro del Derecho Público como Santiago Muñoz Machado.

XXX Jornadas de la Abogacía del Estado

La regulación de los mercados: Telecomunicaciones, energía y valores

Los días 19, 20 y 21 de noviembre se han celebrado en el Palacio de Parcéen las XXX Jornadas de la Abogacía del Estado, que este año han versado sobre la Regulación de los Mercados: Telecomunicaciones, Energía y Valores, siendo patrocinadas por Telefónica. Ello ha asegurado una inusual brillantez en los medios tecnológicos empleados.

Se sigue así en la tradición de tratar temas de candente actualidad, que en este caso ha dado además la ocasión de contar con numerosos compañeros que trabajan en los organismos supervisores, así como otros que ocupan importantes cargos en el mundo privado, quienes han respondido con la mayor generosidad.

Fueron inauguradas por el Ministro de Justicia, Don Mariano Fernández Bermejo, que animó a enfocar la compleja realidad económica actual desde una perspectiva también jurídica, por el Presidente de Telefónica, César Alierta, que destacó la importancia cuantitativa y como instrumento de desarrollo económico y tecnológico de la compañía que preside.

La conferencia inaugural corrió a cargo de la Directora General Adjunta de Competencia de la Comisión Europea, Doña Nadia Calviño, que hizo un completísimo recorrido por la situación jurídica actual en todos los sectores estudia-

dos, concluyendo en que hay que avanzar en la regulación sectorial sólo en tanto fomenta la competitividad. Subrayó asimismo la necesidad de coordinación entre regulación y defensa de la competencia, en aras de la seguridad jurídica, e indicó que en momentos de crisis no deben dejarse de aplicar la regulación y la libre competencia: con flexibilidad, sí, pero sin abandono de las reglas. Abogó, en fin, por soluciones europeas y no nacionales.

El primer día estuvo dedicado a las relaciones entre regulación y competencia: En la mesa redonda coordinada por Doña Nuria Díaz Abad, Subdirectora General de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional de la Abogacía General, D. Juan E. Gradolph Cadierno, Director General de Política Económica, destacó que la liberalización de los sectores regulados es inseparable del establecimiento de mecanismos eficaces de defensa de la

competencia; asimismo, señaló que los Organismos Reguladores Sectoriales son instrumentos claves en el proceso de liberalización económica, y que su éxito depende de su independencia, capacitación y credibilidad.

D. Luis Antonio Velasco San Pedro, Catedrático de Derecho Mercantil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, analizó las disfunciones en la intervención en los mercados como consecuencia de la coexistencia de órganos que vigilan el cumplimiento de la normativa de la competencia y de organismos reguladores sectoriales, y por ello abogó por el incremento de la coordinación entre dichos organismos sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia y por la estabilidad, concreción y seguridad normativa.

Esta disfunción entre la regulación sectorial y las normas de competencia fue también puesta de manifiesto por D. Pablo Carvajal González, Secretario General de Telefónica España y Abogado del Estado excedente, que destacó que en la práctica el regulador no sólo actúa *ex ante*, sino *ex post*, señalando que la solución puede venir dada por una debida aplicación de la doctrina apuntada por la jurisprudencia comunitaria, según la cual las normas sobre competencia no se aplican a conductas de la empresa, sino del Estado.

**Fernández Bermejo
animó a enfocar
la compleja
realidad económica
actual desde una
perspectiva también
jurídica**



Seguidamente, D. Juan Ramón Rodríguez Cárcamo, Abogado del Estado ante la Subdirección General de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional, analizó en detalle el art. 21 del Reglamento de Concentraciones. En el coloquio posterior se concluyó la necesidad de modificar la normativa comunitaria para evitar problemas y conflictos entre autoridades de la competencia y reguladores nacionales, pues el art. 21 del Reglamento de Concentraciones es un andamiaje débil para sostener la resolución de estos conflictos.

Por la tarde, D. Luis Berenguer Fuster, Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, explicó las novedades fundamentales de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Señaló en especial que se precisa mayor coordinación en la regulación del nombramiento y la situación de los miembros de los organismos reguladores, y de los instrumentos de control de sus resoluciones. También destacó que el art. 17 de la nueva LDC contiene instrumentos para solucionar las disfunciones entre organismos reguladores y CNC, a través de la cooperación, información, elaboración de dictámenes, reuniones...

En una posterior mesa redonda coordinada por M^a Carmen Tejera, Abogada del Estado-Jefe en el Área de la Secretaría de Estado de Economía, D. Manuel Ballbé Mayoll, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona, destacó que es

preciso que la intervención en los mercados potencie la creación de “gigantes económicos” para competir en una economía globalizada, en especial con Asia y EEUU. Asimismo, señaló que en España existe una alta calidad reguladora, derivada de la alta cualificación de los miembros de los organismos reguladores. Posteriormente, D. Fernando Irurzun Montoro, Abogado del Estado-Jefe ante la Audiencia Nacional, destacó las especialidades del control jurisdiccional de las resoluciones de los organismos reguladores: Principio de legalidad aplicado a la delimitación de la competencia de intervención de los organismos reguladores; respeto al procedimiento administrativo bajo el prisma de la flexibilidad; respeto al núcleo de apreciación técnica del acto administrativo; y trató de la responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de intervenciones de estos organismos.

**Rodríguez Cárcamo
apuntó la necesidad de
modificar la
normativa para
evitar conflictos entre
autoridades de la
competencia**

D. Nicolás Oriol Enciso, Director del Servicio Jurídico de Telefónica España y Abogado del Estado excedente, puso de relieve en la misma mesa redonda los problemas que genera la intervención de la CMT en relaciones jurídicas privadas entre Telefónica y el resto de los competidores derivadas del acceso a las redes. Por último, D. Ignacio Redondo Andreu, Abogado del Estado y Secretario General de la CMT, señaló que es precisa una normativa que resuelva eficazmente los litigios entre Telefónica y el resto de operadores, y defendió la fijación por la CMT de la responsabilidad civil por incumplimiento de los contratos por los operadores para con Telefónica, frente a quienes sostienen la atribución de esta fijación a los órganos jurisdiccionales civiles.

El día 20 estuvo dedicado en especial a las Telecomunicaciones, comenzando con la conferencia de D. Francisco Ros Perán, Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que señaló que la normativa española en materia de telecomunicaciones es la más avanzada de Europa en materia de protección del consumidor, de modo que las recomendaciones que la UE dirige a los Estados en este sentido, están en la línea de la protección y garantías que ya ofrece la legislación española. Señaló igualmente que la Comisión Europea se atribuye competencia para tomar decisiones propias de un regulador

nacional, lo que en cierto modo rompe el equilibrio institucional, y que las variadas circunstancias físicas y demográficas de los Estados de la UE hacen difícil la existencia de un regulador europeo.

“Ros Perán señaló que nuestra normativa de telecomunicaciones es la más avanzada de Europa en materia de protección al consumidor”

En la posterior mesa redonda coordinada por D. Pablo Crevillén Verdet, Abogado del Estado-Jefe en el Área de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, participó D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, quien señaló de modo muy didáctico que hay tres enfoques posibles del control jurisdiccional sobre las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: indiferente, comprensivo u hostil, resaltando que el Tribunal Supremo tiende a la autocontención en la revisión de los actos de la CMT, en atención a la rigurosidad y preparación técnica de los miembros de su consejo. Ahora bien, destacó que hay zonas grises del control jurisdiccional: el retraso en la resolución del pleito; la ineficacia de la tutela cautelar, y la utilización por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados, que, dada la tecnificación y complejidad de la materia pueden dificultar su correcta y segura aplicación.

Posteriormente, D. Enrique Medina Malo, Director de los servicios jurídicos de Telefónica, SA. y Abogado del Estado excedente valoró la propuesta de la Comisión al Parlamento Europeo de 13 de noviembre de 2007, que incluye la propuesta de Reglamento por el que se crea una autoridad reguladora europea; la atribución a la Comisión de nuevos poderes de control de la competencia; y el incremento de las competencias de las Autoridades Nacionales Reguladoras para poder imponer a las empresas obli-



gaciones de inversión en infraestructuras. D. Fernando Díez Estella, Director de la Cátedra Fundación ICO Lebrija de Derecho y Economía de la Competencia, destacó que las Autoridades Nacionales Reguladoras actúan bajo la legislación nacional, pero ello no excluye la aplicación de la normativa comunitaria de la competencia aun cuando no haya actuado la autoridad reguladora.

Por último, contamos en dicha mesa redonda con la presencia de nuestra compañera Dª Gloria Calvo Díaz, Consejera de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que destacó como fundamental para la economía de la UE

el desarrollo de las telecomunicaciones, señalando que para ello es esencial la existencia de un regulador independiente, ya que si no concurre la nota de la independencia, los órganos reguladores no tienen razón de ser. Destacó asimismo que el modelo regulatorio de la CMT ha constituido un éxito económico para el sector, y animó a que el TJCE deslinde, en próxima sentencia, las competencias de los organismos reguladores y de las autoridades de la competencia.

La tarde estuvo dedicada al mercado de la energía: D. Pedro Luis Marín Uribe, Secretario General de la Energía, señaló que España tiene una gran dependencia energética; en particular, la electricidad sitúa a España en una isla energética. Por ello, los retos de España en materia energética son la seguridad, la sostenibilidad y la competitividad, y las medidas para alcanzar estos retos han de perseguir el desarrollo de infraestructuras; la aplicación de un plan de eficiencia y ahorro; y la liberalización, con el objetivo último de salvar el déficit tarifario y terminar con las tarifas hasta que queden reducidas a las de último recurso.

“Gloria Calvo, Consejera de la CMT, destacó la necesidad de independencia de los órganos reguladores”

Seguidamente, D^a Marina Serrano González, Secretaria de la Comisión Nacional de la Energía y Abogada del Estado, analizó el funcionamiento de este supervisor, destacando que la naturaleza jurídica de las resoluciones y dictámenes de la CNE es diferente a la del acto administrativo tradicional, y que la dicotomía entre el regulador y la Comisión Europea ha de resolverse en la seguridad del abastecimiento.

En la posterior mesa redonda, coordinada por Eduardo Soler Tappa, Abogado del Estado-Jefe en el Área de Energía del MITYC, D. Julián Martínez-Simancas Sánchez, Secretario General de Iberdrola y Abogado del Estado excedente, destacó que el primer riesgo para una empresa es la incertidumbre en la regulación, pues la escasa estabilidad jurídica es percibida por los mercados financieros y desincentiva la inversión. Asimismo, indicó que el déficit tarifario afecta profundamente al incentivo a la inversión en infraestructuras.

Seguidamente, D. Luis Suárez de Lezo Mantilla, Secretario General de Repsol y Abogado del Estado excedente, destacó que existe una altísima dependencia del gas argelino, y no decrece sino que aumenta, ya que las empresas de dicho país están accediendo a los servicios, infraestructuras y pretenden acceder al capital de las gasísticas europeas. Analizó la

reacción de Alemania ante una situación similar, mediante la creación de gigantes nacionales, aumento de la interconexión y aumento de la seguridad de suministro. D. Pascual Sala Atienza, Secretario General de UNESA y Abogado del Estado excedente, puso de relieve el importante problema del déficit tarifario de las eléctricas y expuso las líneas esenciales del proyecto de RD de tarifas de último recurso. Por último, D^a Purificación Gutiérrez López, Secretaria del Consejo de Seguridad Nuclear, describió las funciones del CSN, y trató del Proyecto de Directiva sobre homologación de estándares de seguridad en los países de la UE, que prevé una autoridad comunitaria de control, la financiación adecuada para las funciones de control de actividades nucleares, y potenciar la independencia de los organismos de control.

“Joaquín Almunia lanzó una llamada a una regulación coherente a nivel global que permita afrontar con garantías los retos económicos actuales”

En la última mañana, dedicada al mercado de valores en una mesa coordinada por Félix de Luis, Socio-Director de Legal 21 Abogados y Abogado del Estado en excedencia, que fue consejero de la CNMV, destacó un detallado análisis de D. Rafael Mateu de Ros, Secretario de Consejo de Bankinter y Abogado del Estado en excedencia, sobre las nuevas responsabilidades de los consejeros de las entidades financieras; el Profesor Cándido Paz Ares analizó en detalle los supuestos y limitaciones de la regulación de la Opa obligatoria; mientras que la Vicesecretaria General de Telefónica, Doña M^a Luz Medrano, destacó las obligaciones de información de las empresas, y Alfredo González Panizo, Abogado del Estado en la Audiencia Nacional, explicó sobre ejemplos prácticos de gran interés los problemas concurrenciales de la competencia de la CNE y la CNMV en los casos de OPAS.

Se contó con la conferencia de clausura del Comisario europeo Don Joaquín Almunia, que lanzó una llamada a una regulación coherente a nivel global, para enfrentarse a los retos económicos actuales. Tras la intervención de Ramiro Sánchez de Lerín, Secretario General de Telefónica, concluyó el Secretario de Estado de Justicia, Don Julio Pérez, que abogó por la regulación como condición del funcionamiento del mercado, pero por una regulación de alta calidad. ■



Nuevo encuentro con ANAUNI

Se consolida la cooperación con la Asociación Nacional de Abogados de la Unión

Luis Banciella | Abogado del Estado



Después del buen recuerdo que nuestros compañeros Miguel Muñoz y Mauricio Corral dejaron en Recife (Brasil), hace dos años, la Asociación Nacional de Abogados de la Unión (en adelante, ANAUNI), solicitó, con motivo del IX Encuentro Nacional a celebrar en Maceió (Brasil) entre los días 3 y 8 de noviembre de 2008, que un Abogado del Estado español se desplazase nuevamente con el objeto de dar una conferencia sobre el tema “Cooperación Jurídica Internacional en materia de corrupción: una visión europea”.

La conferencia, que tuvo lugar el 5 de noviembre, fue pronunciada a continuación del compañero de la Abogacía del Estado de Italia, desplazado a Maceió con el mismo menester. Con el fin de ofrecer una visión general de la materia, se abordó, primeramente, una aproximación al Derecho interno español con una breve explicación de los principales tipos penales relacionados con la materia, incidiendo, a continuación, en los aspectos procesales relevantes en la lucha contra la corrupción y, en particular, en la defensa de funcionarios prevista en la Ley 52/1997 y en el R.D. 997/2003 (arts 46, 48 y 49); tras esta introducción, con mayor profundidad, se aludió a la cooperación judicial en el ámbito de la Unión Europea, con especial mención de los dos instrumentos normativos básicos, el Eurojust (Decisión 2003/659) y la Eurorden u Orden de Detención Europea (Decisión 2002/584), para finalizar explicando brevemente los avances –todavía in-

cientes– en materias como el reconocimiento de resoluciones en materia penal, el intercambio de información de los registros de antecedentes penales o de magistrados de enlace, con el fin de mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. Se abrió a continuación el correspondiente turno de preguntas, en el que se pudo constatar que, pese a la relativa juventud de la Abogacía del Estado brasileña (creada, con rango constitucional, en 1989, datando su asociación de 1993), los problemas de la misma son similares a los que se plantean en nuestro país, preocupando especialmente el relativo a la defensa de funcionarios implicados en flagrantes casos de corrupción.

Sin perjuicio de la confortable estancia y consustancial amabilidad brasileña, debo destacar, en lo que aquí nos interesa, el vivo interés demostrado en todo momento por la ANAUNI por fortalecer los lazos de cooperación con nuestra Abogacía del Estado. A tal efecto, se está impulsando desde Brasil la creación una página web conjunta entre las abogacías italiana, española y brasileña con el fin de que, figu-

“La ANAUNI tiene un vivo interés en fortalecer los lazos con la Abogacía del Estado española”

rando en la misma los perfiles profesionales de los compañeros interesados en cooperación jurídica internacional, puedan éstos ofrecer, por la vía que se estime oportuna, su visión jurídica sobre el/los tema/s de su especialidad. Las oportunidades de enriquecimiento mutuo que pueden surgir de esta iniciativa no son de desdenar en un mundo, como diariamente escuchamos, cada vez más globalizado.

En consonancia con lo hasta aquí expuesto, el 3 de diciembre de 2008, un representante de la Abogacía del Estado brasileña se desplazó a España, entre otros asuntos, con la finalidad de conocer de primera mano el funcionamiento de la Abogacía del Estado. A tal efecto, se concertó una reunión con Edmundo Bal, quien, agradeciendo la invitación cursada, ofreció una visión general de la estructura y problemas que afectan a nuestra abogacía que concluyó, a continuación, con la correspondiente comida, todo sea dicho, ni del nivel en cuanto a calidad ni entorno, como las que pudo disfrutar quien suscribe en compañía de los homónimos en Maceió.

No quisiera concluir esta breve reseña sin insistir en las oportunidades de cooperación que, a nivel internacional, se abren con oportunidades como la mencionada. Del interés que a nivel institucional y personal demostremos dependerá que la incipiente apertura de fronteras de nuestra Abogacía del Estado se convierta en una realidad, esperemos, en un futuro no muy lejano. ■

Primera Reunión del Nuevo Consejo Editorial de Madrid de Ayuntamiento XXI



El pasado día 3 de julio, el Nuevo Consejo Editorial de Madrid de la Revista Ayuntamiento XXI, que colaborará a partir de ahora con el prestigioso Consejo Editorial de Barcelona, celebró su primera reunión, en la que se abordaron diversos temas de interés en el ámbito municipal y de la administración local.

Los nuevos miembros del Consejo de Madrid asistentes debatieron, entre otros temas, sobre la reciente sentencia del Tribunal Supremo en la que se establece la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Sevilla por los ruidos ocasionados a una ciudadana, determinando que tal hecho viola el derecho fundamental a la integridad física y a la intimidad personal e inviolabilidad del domicilio de aquella.

También se habló sobre la responsabilidad de las entidades municipales y la forma en que éstas deben asumirla; los casos de corrupción en diferentes municipios de los últimos días y finalmente, un tema en el que hubo un intercambio de opiniones fue el relativo a la dificultad de los pequeños municipios en la recaudación fiscal.

El Consejo está integrado por: María Arias Pou, Abogada Socia Directora de Arias Pou Abogados TIC, experta en materia de protección de datos; José María Abad

Liceras, Abogado y Profesor Coordinador del Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia de Comillas ICAI-ICADE; Enric R. Bartlett Castellá, Vicedecano de la Facultad de Derecho de ESADE y Profesor de Derecho Público de Univ. Ramón Llull; Gonzalo Brun Brun, Subdirector de los Servicios Jurídicos de la FEMP Federación Española de Municipios y Provincias; Ángel Manuel Cardo, Director de los Servicios Jurídicos Inmobiliarios y de Urbanismo del BBVA y de ANIDA; José Luis Rivera Carpintero, Gerente de COSITAL Consejo General de Colegios Oficiales de Secretarios, Tesoreros e Interventores de la Administración Local; Luis Martín Contreras, Secretario Judicial de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y Profesor de Derecho Administrativo

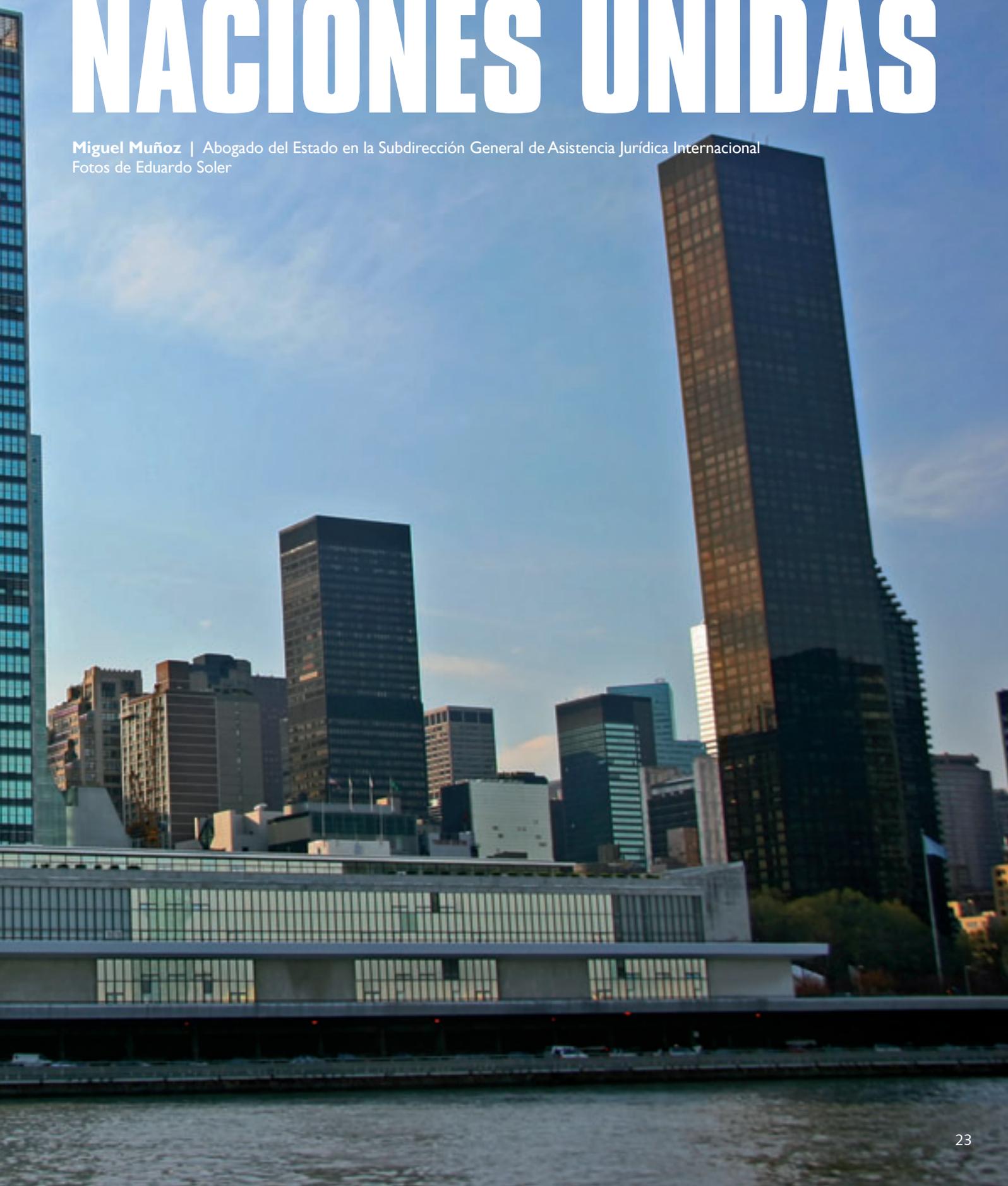
de la Universidad Carlos III; Emilio Fernández Agüero, Director Adjunto de la Oficina de Recaudación de la Agencia Tributaria en Madrid; Rafael Fernández Montalvo, Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; Beltrán Gambier, Abogado y Presidente del Capítulo Español de la Federación Interamericana de Abogados en el apartado de Derecho Administrativo; José Luis Gil Ibáñez, Magistrado Presidente de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; Saturio Hernández, Secretario con Habilitación Nacional del Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz; Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, Letrado Mayor del Consejo de Estado; Raquel Maroto Rubio, Tesorera del Ayuntamiento de Alcorcón; Manuel Mas i Estela, Diputado del Congreso y Ex Presidente de la Federación de Municipios de Cataluña; José Ramón Moratalla Escudero, Licenciado en Derecho y Director de Marketing de Grupo Difusión; Juan Javier Moreno Boussinet, Abogado y Subdirector de los Servicios Jurídicos de PROCISA; Jorge Pintó Sala, Abogado, Director General de Difusión Jurídica y Temas de Actualidad y Director de la revista Ayuntamiento XXI; José Antonio Perales, Abogado del Estado para la Audiencia Nacional; y Claudia Urzúa Hernández, Licenciada en Derecho y Ex alumna del Master de Abogacía Internacional ISDE. Subdirectora de la revista Ayuntamiento XXI. ■

“En esta primera reunión se trataron temas como la responsabilidad de las entidades municipales y la forma en que éstas deben asumirla”



Visita de estudio de la Abogacía del Estado a **NACIONES UNIDAS**

Miguel Muñoz | Abogado del Estado en la Subdirección General de Asistencia Jurídica Internacional
Fotos de Eduardo Soler





Durante los días 4 a 9 del pasado mes de junio tuvo lugar la visita de estudios a la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York organizada por el Centro de Estudios Jurídicos y coordinada por nuestro compañero Juan Rodríguez Cárcamo, con la inestimable colaboración de D. Alberto Virella, Consejero de Asuntos Jurídicos de la Misión Permanente de España ante NNUU y gran parte de los miembros de la División de Codificación, integrada en la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de las NNUU. Tuvimos la suerte de participar en esta actividad ocho compañeros destinados en unidades de diverso tipo, desde Ministerios como el de Educación o el de Industria, a las Subdirecciones Generales de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional y de Asuntos Contenciosos, pasando por Abogacías de grandes ciudades como Barcelona y otras no tan grandes como Albacete. En cualquier caso los ocho compañeros que asistimos, y las correspondientes parejas, formamos un grupo muy bien avenido, lo cual fue muy de agradecer a la hora de enfrentarnos a algunos problemas logísticos que se plantearon (qué lujo el del Hotel Pennsylvania).

Como no sólo de ciencia jurídica vive el Abogado del Estado, algunos aprovechamos que las actividades comenzaban un lunes para llegar a la Gran Manzana el viernes anterior (a nuestra costa, obviamente) acompañados por nuestras pare-

Se habló con la Oficina de Asuntos Jurídicos de ONU de la situación y las previsiones de futuro de los Tribunales Penales Internacional

jas (idem) y así poder dedicar el fin de semana a pasear por Manhattan. Pudimos así percibir el ambiente que se vivía en la ciudad en plena época de primarias para la designación de los candidatos a las presidenciales de noviembre, y además disfrutamos de un tiempo magnífico, aunque algo caluroso.

Sin embargo, el calor de verdad comenzó el lunes día 9, como bien pudimos comprobar durante las dos horas de espera al sol, a una temperatura cercana a los 40 grados, que tuvimos que soportar antes de conseguir las acreditaciones para poder acceder al edificio de las NNUU. Esos días tuvo lugar la reunión de alto nivel de la Asamblea General para el examen de los progresos alcanzados en la aplicación de la Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA y de la Declaración política sobre el VIH/SIDA y los servicios de la Oficina de Acreditaciones se vieron ampliamente desbordados por la avalancha de asistentes.

A la vista de las tensiones desatadas todos llegamos a la conclusión de que posiblemente someter a una espera de varias horas en condiciones de deshidratación a las personas que al día siguiente han de reunirse en la Asamblea General quizás no sea el mejor método para lograr fructíferos acuerdos internacionales. Sin embargo alguno de nuestros compañeros no desaprovechó la ocasión para entablar cordiales relaciones con los representantes de algunos países del África ecuatorial.

La visita empezó mal, pero hay que reconocer que mejoró inmediatamente, puesto que tras la recogida de pases fuimos invitados a un almuerzo en el restaurante de las NNUU, que nos ofreció el Sr. Juan Antonio Yáñez-Barnuevo García, Embajador Representante Permanente de España ante la ONU.

Buena parte de las numerosas sesiones de trabajo a las que asistimos, en jornada de mañana y tarde, se desarrollaron con miembros de la División de Codificación, con quienes abordamos temas tan diversos como la responsabilidad de los Estados y de las organizaciones internacionales por hechos internacionalmente ilícitos, la reforma del sistema de administración de justicia de NNUU, la responsabilidad penal de funcionarios y expertos en misión de NNUU, el tratamiento del terrorismo internacional, la expulsión de extranjeros, y la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y asignación de la pérdida en

caso de producirse dicho daño. También pudimos charlar con las Secretarías de los Comités de Sanciones (Comité 1267 - Al Qaida/Taliban Comité 1533 - República Democrática del Congo, y Comité 1572 - Côte d'Ivoire), con quienes tratamos de una materia que ha sido objeto ya de varios Informes de la Abogacía del Estado, y que ha dado lugar a varios asuntos ante el TJCE en los que España ha intervenido; y con representantes de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la ONU, para hablar sobre la situación y las previsiones de futuro de los Tribunales Penales Internacionales.

Pudimos igualmente abordar los aspectos más sociales de la actuación de NNUU en el encuentro con la Sra. Akiko Ito, Jefa de la Secretaría de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la División de Política Social y Desarrollo, del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DESA), y en la sesión con la Sra. Rachel Mayanja, Asistente del Secretario General y Asesora especial en cuestiones de género y adelanto de la mujer del DESA. La Sra. Myanja alabó a España por su implicación en esta política y expuso las dificultades con que se encuentra la Organización y su unidad en concreto, para hacer frente a su tarea.

Otra de las reuniones más interesante, o al menos así me lo pareció a mí, fue la mantenida con distintos miembros de la Oficina de Enlace de la Secretaría General

del Consejo de la Unión Europea ante las NNUU y de la Delegación de la Comisión Europea ante las NNUU entre los que se encontraba el Sr. Pedro Serrano, español y Oficial de Enlace del Consejo de la UE ante las NNUU. En esta sesión se trató sobre el papel de ambas instituciones europeas ante las NNUU y la coordinación de la actuación de los Estados miembros. También se prestó especial atención a la ejecución de los aspectos institucionales previstos en el Tratado de Lisboa, cuya entrada en vigor se preveía para finales del año en curso, y que aumentarían mucho la proyección y el papel del Consejo y la Comisión. Ninguno de los asistentes podíamos saber que justo al día siguiente los irlandeses votarían no al Tratado en su referéndum.

Las sesiones de trabajo concluyeron con una reunión de despedida con el Embajador Representante Permanente de España ante las NNUU, en la Misión de

“Rachel Mayanja, asesora en cuestiones de género y adelanto de la mujer del DESA, alabó la implicación española en políticas de este ámbito”

España, en la que todavía tuvimos tiempo de tratar la cuestión de Gibraltar.

Ahora bien, como ya he dicho, no sólo de ciencia jurídica vive el Abogado del Estado, y eso lo teníamos muy claro los compañeros que participamos en este viaje. Por eso, y a pesar de lo apretado del programa de trabajo, hicimos notables esfuerzos por organizar alguna actividad de esparcimiento, a lo cual contribuyó de forma impagable Pablo de Miguel, un amigo de la infancia de nuestro compañero Iván Gayarre que vive desde hace algunos años en Manhattan y que tuvo la enorme amabilidad y la encomiable paciencia de hacer de guía local para un grupo de unas diez personas, a las que paseó por Greenwich Village, Tribeca, el Soho, China Town y Little Italy en una tarde de calor memorable. Pudimos también tomar el ferry de Staten Island para disfrutar de las vistas de la Estatua de la Libertad, visitar la zona cero y Wall Street, ver cómo cruzaba el desfile del Día de Puerto Rico por Central Park y cómo se ponía el sol desde la azotea del Rockefeller Center. Personalmente tuve incluso la oportunidad de conocer desde dentro el funcionamiento de la sanidad neoyorquina, al visitar el servicio de urgencias del hospital Saint Vincent, sin graves consecuencias.

En definitiva, un viaje muy interesante desde el punto de vista jurídico y absolutamente inolvidable en el aspecto personal. ■



La Abogacía del Estado viaja a WASHINGTON

Alba Taboada García, Juan Serrada Hierro y David Mellado Ramírez. Fotos de María Viñuelas.

El 10 febrero de 1945, apenas unos días después de jurar el cargo de Vicepresidente de los Estados Unidos, Harry Truman se paseaba por los salones del National Press Building en Washington D.C. En plena guerra mundial era frecuente organizar eventos de todo tipo para animar a las tropas y, ese día, la prensa celebró una pequeña fiesta para oficiales norteamericanos en su edificio de la Calle 14. Truman, como miembro del Club de la Prensa y como Vicepresidente se acercó por allí, se sentó al piano y empezó a tocar algo alegre.

Mientras el futuro Presidente de los Estados Unidos tocaba el piano –Roosevelt moriría de una hemorragia cerebral apenas unas semanas más tarde–, una jovenísima y casi desconocida Lauren Bacall merodeaba por allí. Alguien sugirió a la señorita que se acercara al piano a acom-

pañar cantando al Sr. Truman; ella, ya comprometida con Humphrey Bogart, aceptó el reto como sólo Lauren Bacall lo puede hacer. Se subió al piano, se sentó en la caja y empezó a cantar. Para qué negarlo, a Truman se le caía la baba y el momento quedó oportunamente inmortalizado en una portada que dio la vuelta al mundo y que le costó a Truman una monumental bronca de su mujer.

En la actualidad, el salón donde tuvo lugar semejante encuentro lleva el nombre

“El objetivo de este viaje era conocer el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional”

de Truman y el famoso piano sigue apoyado en la misma pared bajo las fotografías enmarcadas del momento. Las fotos hablan por sí solas. En ellas se ve a una Lauren Bacall soberbia y a un Truman embozado y rendido a sus pies.

En ese mismo edificio, la Agencia Efe cuenta con unas dependencias recientemente renovadas y con un equipo dirigido por María Luisa Aspiazu. María Luisa nos recibió al grupo de Abogados del Estado que llegamos a Washington en la semana de las elecciones americanas. Para mayor regocijo nuestro, nos recibió exactamente el mismo día de los comicios justo en el momento en que empezaba el recuento de votos y, con una vitalidad contagiosa, nos desmenuzó los intrínquilos de la carrera electoral dándonos un par de brochazos, breves pero excepcionalmente intensos, sobre la vida y la política americanas.





“Nuestra estancia en Washington coincidió con la cita electoral que dio la presidencia a Obama y los preparativos para la reunión del G-20 en FMI”

La oportunidad de acceder al Edificio de la Prensa y de hablar con María Luisa lo debemos a David Mellado, coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con la Agencia Efe. Además de David, los Abogados del Estado que integramos el hoy llamado “Club de Washington” somos Soledad Borrego, Catalina Miñarro, María Viñuelas, María José Sánchez-Andrade, Alba Taboada, Juan Serrada y Beatriz Alonso.

El objeto de este viaje, extraordinariamente organizado por Juan José Zabala desde el Gabinete de Estudios, se centraba en conocer el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. A ello se añadió la cita concertada por Soledad Borrego, Abogada del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en la Embajada de España en Washington.

La visita a ambas instituciones es ya de por sí interesante pero en esta ocasión había un valor añadido insoslayable. Lo primero, nada más oportuno que ir allí precisamente la semana de las elecciones que darían la presidencia estadounidense a Barack Obama y, lo segundo, en un contexto de crisis económica mundial, es un privilegio poder estar en dos de las instituciones más involucradas con lo que hoy está ocurriendo. En concreto, el Fondo Monetario Internacional estaba a punto de celebrar la reunión del G-20. Cuando estuvimos allí la asistencia española todavía era una gran incógnita sobre la que se pronunciaron con más o menos prudencia casi todos los ponentes que nos atendieron. Era evidente que la diplomacia española estaba tocando todas las teclas posibles para lograr finalmente nuestra presencia en la cumbre.

Todo lo anterior ha determinado que la crónica de nuestra estancia en Washington no pueda limitarse a relatar el contenido de las reuniones a las que asistimos sino que debe también reflejar el momento histórico del que fuimos testigos. Precisamente el conjunto de factores oficiales y extra-oficiales que han confluído en este viaje nos ha dado la posibilidad de comprender que, más allá del ámbito nacional y comunitario en el que desempeñamos nuestra función de Abogados del Estado, hay un mundo cuyo desarrollo nos afecta directamente y en cuyas instituciones no se entiende la ausencia de nuestra presencia –aunque sólo sea temporal, aunque sólo sea para sacudirnos las telarañas de lo que nos rodea y abrir la mente a otras formas de afrontar el trabajo–.

El martes 4 de noviembre, día de las elecciones y primer día de nuestra estancia, las calles de Washington estaban sorprendentemente tranquilas. Apenas si había agitación y era difícil pulsar el ánimo de la gente porque nada ni nadie parecía estar viviendo un día distinto a cualquier otro. Quizá lo más llamativo fue toparnos con un colegio electoral cuando íba-

mos de camino al FMI y poder constatar la realidad de las interminables colas de los electores. Efectivamente, a la entrada de una iglesia episcopal en el 1772 de Church Street, nos encontramos con una hilera larguísima de personas esperando silenciosa y pacientemente su turno para votar. Como dato curioso, una vez que el ciudadano de turno votaba, se le colocaba una pegatina con la frase “I voted” con la que se podía ir al Starbucks y al Dunkin’ Donuts a recibir su premio como votante (café y donuts gratis).

Mientras observábamos el largo peregrinaje de la gente hasta las urnas hablamos con un grupo de votantes de Obama que repartían pegatinas y carteles. Por ellos nos enteramos de que los demócratas tenían pensado seguir el escrutinio y celebrar el resultado de las elecciones precisamente en el hotel en el que nos alojábamos. ¿Se puede tener más suerte?

Pasamos todo el día en el Fondo Monetario Internacional con reuniones en las que se nos explicó de manera pormenorizada las funciones y la organización de una institución cuya necesidad se estaba poniendo en entredicho hasta el estallido de la crisis financiera, momento a partir del cual adquirió un notorio protagonismo.

Durante nuestra estancia en el Fondo contamos, entre otras, con las explicaciones de Ramón Guzmán, Director Ejecutivo Alterno en la silla que ocupa España con otros países (entre ellos Méjico y Venezuela) y Sean Hagan, Consejero Jurídico y Director del Departamento Legal del Fondo. De esta manera pudimos ver de primera mano la estrecha interrelación que se da entre la disciplina económica, evidente protagonista en el FMI, y la disciplina legal que sirve de herramienta esencial para el funcionamiento interno del fondo y para la instrumentalización de las distintas iniciativas y planes financieros a los que el Fondo sirve.

Con una claridad expositiva envidiable, Ramón Guzmán nos resumió la magnitud de la crisis financiera internacional, de incalculables proporciones y, según su opinión, en nada comparable a las anteriores de carácter industrial y tecnológico. A su juicio, el mundo en su conjunto se ha empobrecido en un brevísimo lapso de tiempo; en torno a un 30 por 100 de la

riqueza mundial se ha evaporado como por arte de magia. Entre las causas de la crisis nos llamó la atención el caso de la llamadas hipotecas *ninja* (no income, no job, no assets), esto es, hipotecas que los bancos concedían a quienes resultaba evidente que jamás iban a poder devolver el importe de lo prestado por carecer de trabajo, de rentas y de bienes de cualquier tipo. Como ejemplo para ilustrar las consecuencias de las turbulencias financieras nos relató el caso de un Fondo de Pensiones americano, por importe de 200 millones de dólares, que había literalmente desaparecido y en el cual tenían depositados sus ahorros los profesores y las familias de los alumnos de una escuela de barrio. Adiós a las pensiones de los profesores y adiós a las expectativas educativas de los hijos centenares de familias con dificultades económicas. Estremecedor.

El portillo a la esperanza viene dado por una doble circunstancia. De una parte, pensaba que esta crisis ha sorprendido a la generalidad de los países con un nivel de vida más elevado que el que hubo en otras ocasiones y de otra, no es desdeñable apreciar que se dispone de variados

“El Director Ejecutivo Alterno en el FMI, Ramón Guzmán, expuso con claridad la magnitud de la actual situación financiera internacional que, en su opinión, no tiene comparación con crisis anteriores”





instrumentos jurídicos, económicos e informáticos más poderosos, que ayudarán a remontar la situación, aunque paradójicamente, gran parte de los medios materiales y humanos para tan ingente tarea están ubicados justamente en las organizaciones que, directa o indirectamente, han provocado semejante escenario.

Tras un intenso día en el Fondo y la fugaz visita a la Agencia Efe, volvimos al hotel. Desde la puerta de entrada se palpaba la excitación y la alegría de los demócratas que ya se veían ganadores. El hall era un hervidero de gente, fundamentalmente negros, que entraban y salían con la sonrisa en la boca. Nos metimos por los salones del hotel y aquello era la locura. En una de las salas habían colocado una pantalla gigante desde donde se seguía el escrutinio y, con cada nuevo Estado conquistado, especialmente los de tradición republicana, se producía una explosión de gritos, abrazos y lágrimas. Era inevitable no contagiarse con tanto entusiasmo.

Avanzada la noche, salió McCain a felicitar a Obama en un mitin lleno de emoción y dignidad que –excepción hecha de al-

El Departamento Legal del Banco Mundial hizo constar su interés de contar con Abogados del Estado que den una nueva dimensión a los aspectos jurídicos de sus proyectos

gún abucheo aislado– fue escuchado con respeto por todas las personas que estaban en la sala.

Finalmente, llegó el turno de Obama y de su brillante discurso –dicho, eso sí, con más contención y menos pasión que el pronunciado por su oponente horas antes–. Obama comenzó con los agradecimientos de rigor a su equipo de campaña, a su familia y a su adversario. Hechos los correspondientes cumplidos, se dirigió a todos los americanos recordando los ideales sobre los que los Estados Unidos han construido su sello de identidad y apeló a la responsabilidad y sacrificio de los ciudadanos para hacer frente a las dificultades actuales. Por último, Obama hizo un precioso paseo por la Historia del Siglo XX de la mano de Ann Nixon Copper, la votante negra de 106 años que, después de vivir guerras (calientes y frías), depresiones económicas y todo tipo de exclusiones (raciales y sexistas), daba forma humana al famoso “Yes, We Can”. La traducción al español del discurso de Obama se puede encontrar fácilmente en Internet, al igual que los vídeos de ambas comparencias –cuyo visionado recomendamos vivamente–.

En realidad, la crónica del día electoral ha sido relatada y emitida por todos los medios de comunicación del mundo y nosotros poco podemos aportar que no se haya dicho ya, pero al estar ahí, al ver el llanto de los negros por el resultado electoral y la emoción de la gente ante el cambio, te dabas cuenta del significado que para muchas personas tuvo la noche del 4 de noviembre.

Al día siguiente, mientras los periódicos se agotaban en los kioscos, nos fuimos al Banco Mundial cuyo edificio, en el número 19 de la Calle F, linda con las dependencias del Fondo Monetario. El Banco Mundial reúne un conjunto de instituciones que conforman el llamado World Bank Group. Los pilares de este Grupo son el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y la Asociación Internacional de Fomento. Estas dos instituciones encabezan el gran objetivo de lograr un mundo sin pobreza con dos corrientes básicas de actuación: la financiera, consistente en distintos créditos y préstamos a países en vías de desarrollo, y la de asesoramiento.

Gracias a los encuentros que mantuvimos con personas como Marta Jauregui, Directora Ejecutiva y Cristalina Georgeva, Vicepresidenta y Secretaria Corporativa, hemos conocido la interesante labor de investigación que se realiza por esta entidad para ayudar a distintos países a mejorar sus sistemas de recaudación de impuestos, de anticorrupción, de mejora de la administración de justicia. Todos estos proyectos necesitan la puesta en común de conocimientos. Así, nos contaron cómo el modelo español de Agencia Tributaria había servido para la creación de un organismo similar en Chile y cómo para ello había sido esencial la colaboración de los propios funcionarios de la AEAT que pusieron a disposición del Banco Mundial su *know-how*. Igualmente, desde el Departamento Legal del Banco, nos hicieron saber su interés por contar con la presencia de Abogados del Estado que dieran una nueva dimensión a los aspectos jurídicos que acompañan a todo proyecto que se pretende acometer en un país.

Como hemos señalado anteriormente, el Banco Mundial aglutina a diferen-

“La ronda de reuniones concluyó con la visita a José Pascual Marco Martínez, Segundo Jefe de la Embajada en Washington”

tes entidades. Entre estas entidades se encuentra el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA, en las siglas inglesas), encargado de promover la inversión extranjera en países en desarrollo y a cuyos directores tuvimos la ocasión de conocer en una interesante charla en la que nos mostraron su trabajo o nos pusieron al día de sus proyectos.

La ronda de reuniones concluyó en la Embajada de España situada en el 1211 de Connecticut Avenue. Allí nos recibió José Pascual Marco Martínez, Segundo Jefe de la Embajada para darnos a cono-

cer su trabajo diario y las diferentes áreas de actuación.

En el Club de Washington hemos sabido aprovechar cada uno de los ratos libres que nos dejaba la agenda preparada por el Gabinete de Estudios y nos ha dado tiempo a hacer algo de turismo. Por eso no podemos finalizar este artículo sin hacer una pequeña recomendación turística. Washington es una ciudad que hay que descubrir con detenimiento. Está llena de detalles, de edificios emblemáticos y de lugares que te recuerdan a películas míticas –imposible no acordarse de Jenny y Forrest Gump corriendo por el estanque del National Mall en plena manifestación pacifista, por ejemplo—. Si alguna vez vais por allí, ya sea en viaje de trabajo o de placer, debéis pasar por el número 675 de la Calle 15 donde encontraréis un restaurante lleno de encanto llamado Old Ebbitt Grill. Con una estética que recuerda al lujo del Orient Express por sus muebles de caoba, sus lámparas de gas y sus camareros de delantal largo, no hay nada mejor allí que tomarse un Cosmopolitan en su barra de esquina mientras esperas a probar la Hickory Burger. Una maravilla. ■





Carta a Tomás

Patricia Álvarez González | Abogado del Estado

Los turistas alemanes, cuando aterrizan en Mallorca sólo piensan en cuatro cosas: la playa, las ensaimadas, Rafa Nadal y Tomás Mir. ¡Y es que treinta y siete años en la Abogacía del Estado son muchos años! Cuando elegí como primer destino Palma de Mallorca, sabía que el Jefe de la Abogacía no era precisamente un Abogado del Estado “JASP” (joven aunque suficientemente preparado). Precisamente, ese salto generacional unido a su más que reconocida y dilatada experiencia me imponía mucho respeto. Yo acababa de aprobar las oposiciones, sentía que no iba a saber hacer absolutamente nada y tenía la absurda idea de que mi “sexagenario” y

mitiéndome en todo momento que si yo había hecho algo de una manera determinada no había duda de que ese era el modo correcto. Me dio libertad para que pudiera aprender a tomar decisiones, pero siempre con la tranquilidad de saberme respaldada por él si mi decisión no fuera la acertada. Me transmitió la importancia del trabajo bien hecho independientemente del resultado, que muchas veces no depende de nosotros. Me mostró que la seriedad en el trabajo es el único arma para ganarse el respeto de los jueces, abogados, funcionarios y demás personas con las que coincidimos en el desarrollo de nuestras funciones. Me hizo ver que lo primordial en todas nuestras actuaciones

tiempo no hubiera hecho mella alguna en su ánimo. Para que os hagáis una idea de hasta qué punto preparaba los juicios, os contaré que en la época en que llevaba pleitos de extranjería tenía perfectamente localizados a todos los extranjeros que habían intervenido en algún juicio y era capaz de desacreditar a cualquier testigo por tener interés en el pleito o amistad con el demandante. Y os aseguro que era complicado, especialmente cuando se trataba de chinos, cuyos nombres son más difíciles de recordar. Así, por ejemplo, si en un juicio promovido por “Chung Li Chiang” comparecía como testigo “Chang Man Hong”, ponía de manifiesto que éste era hermano de “Sonji Ming” en cuyo juicio había declarado como testigo el propio “Ching Li Chiang” por lo que era evidente la relación que les vinculaba (la verdad es que no me extrañaría nada que conociera a la mayoría de los figurantes que participaron en la inauguración de los Juegos Olímpicos de Pekin).

Tomás destaca por su integridad, su honestidad y su lealtad incondicional hacia el Estado, a cuya defensa y representación ha dedicado su vida

venerable jefe se iba a quedar horrorizado con mi “falta de conocimientos”. No podía estar más equivocada y hoy puedo decir que tener todo un jefe “VASP” (veterano aunque sobradamente preparado) es un lujo para un recién ingresado en este Cuerpo.

A pesar de mi más que evidente falta de experiencia, desde el primer momento que entré en la Abogacía, Tomás hizo que sintiera que contaba conmigo como un compañero más, sin reserva alguna. La absoluta confianza en mí que siempre demostró fue una constante durante todo el tiempo que trabajé con él. Jamás cuestionó ninguna de mis actuaciones, trans-

ha de ser siempre el interés del Estado y demás Instituciones cuya defensa y representación asumimos, y que no hay pleito pequeño o poco importante.

Lo bueno de Tomás es que nunca ha dado lecciones. Siempre ha predicado con su ejemplo. Su grado de implicación en todos los asuntos que llevaba es admirable. Estudiaba con detenimiento y en profundidad todas las cuestiones que le sometían a consulta. En los Juzgados, defendía todos los pleitos (cualquiera que fuera su clase o entidad) con tanta ilusión, fuerza y entusiasmo que parecía increíble que llevara más de treinta años en el ejercicio de esta profesión y que el transcurso del

Poseedor de un cerebro privilegiado, Tomás ha sido siempre como una especie de “aranzadi humano” por su dominio absoluto de todas las materias de cualquier orden jurisdiccional (por lo que prácticamente no tuve la necesidad de recurrir al “westlaw” hasta que cambie de destino).

Si en lo profesional ha sido siempre un fuera de serie, en lo personal no se queda atrás. Cercano, cariñoso y absolutamente entrañable, se hace querer desde el momento en que le conoces. Durante el tiempo que estuve en Palma, tuvo multitud de detalles conmigo como cuando, poco tiempo después de mi llegada, me regaló dos guías de Baleares o cuando me

En estos últimos meses...



EL VICEPRESIDENTE de la Asociación, David Mellado, recogiendo el testigo de José Antonio Morillo, se ha incorporado al Comité directivo de FEDECA en representación de la Asociación de Abogados del Estado. Recientemente FEDECA ha visto como el Tribunal Constitucional reconoce su capacidad de interlocución sindical. Enhorabuena para todos aquellos que, desde la Asociación, siempre han apoyado este proyecto.



EL CONSEJO de la Asociación se ha reunido en estos dos últimos meses en varias ocasiones con el Abogado General con el fin de tratar diversas cuestiones de especial trascendencia, como son las conversaciones con el Ministerio de Economía y Hacienda relativas al Plan de productividad por objetivos y con el MAP respecto a la Oferta de Empleo Público, y en relación con el procedimiento para desarrollar la oposición. También se le ha preguntado sobre la contratación por parte del Consorcio de Compensación de Seguro de un despacho de abogados particular para llevar los procesos monitorios. En su afán de mejorar en lo posible los criterios recogidos en la Instrucción de Productividad, el Consejo presentó en plazo las oportunas alegaciones, recogiendo las sugerencias de todos los miembros del Consejo. Estas alegaciones serán publicadas en la parte reservada de la página web, cuando se firme y publique la Instrucción de productividad. También se han efectuado alegaciones sobre el proyecto de creación de los Departamentos de Penal y Social. En la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, por fin, se reconoce la esperada subvención a favor de la Asociación.



LA ASOCIACIÓN tiene un número más de teléfono al que pueden dirigirse los asociados, que es el 625 014 047.



EL MISMO DÍA que se celebró la Asamblea General Ordinaria se renovó parte del Consejo Directivo. Se da la bienveni-

da a los nuevos vocales: María Guinot, Jesús López-Medel, Lucía Pedreño, Juan Romero, Ángel Saucedo y Javier Zuloaga. Desde aquí, nuestro más sincero agradecimiento a los vocales cesantes por su inestimable colaboración en la gestión diaria de la Asociación: Elsa de Andrés, Mauricio Corral, Matilde García Duarte, Ignacio Redondo y Luis Tena.



LA ASOCIACIÓN ha tenido el gusto de recibir a las delegaciones de Abogados del Estado de Uruguay y Bulgaria que recientemente han visitado nuestro país. Asimismo, han continuado los contactos con la Asociación de Abogados del Estado de Brasil que se iniciaron el pasado año.



SE HA PATROCINADO el acto "Recuerdos de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Hacienda", con visita a sus fondos documentales.



HA FALLECIDO nuestro compañero Luis Villamayor. Nos queda su recuerdo imborrable.

sorprendió con un muñequito que estaba leyendo un libro que, según me dijo, había visto en un escaparate al volver del Juzgado y le había recordado a mí porque era muy estudiosa. Este era el tipo de detalles que le hacían ser un jefe tan especial. Yo, para no ser menos, intenté emparejarle con las madres divorciadas de mis amigas y aunque hasta la fecha no he tenido éxito en esa empresa porque ha rechazado a todas mis candidatas, no cesaré en mi empeño ahora que además va a disponer de más tiempo libre. Tomás es una institución en Baleares y sólo hay que pasear con él por las calles de Palma para darse cuenta de la admiración y el profundo respeto que todo el mundo le profesa.

Finalmente, si tuviera que destacar algo de Tomás sería su integridad, honestidad y, por encima de todo, su lealtad incondicional hacia el Estado a cuya defensa y representación ha dedicado por completo y en exclusiva toda su vida, convirtiéndose de esta manera en un verdadero ejemplo de entrega al servicio público. Por ello, encarna todos y cada uno de los valores que para mí representan lo que ha de ser un verdadero Abogado del Estado, un ABOGADO DEL ESTADO con mayúsculas. Este es su mérito y por eso es tan digno de admiración. No creo que Tomás sea consciente de lo muchísimo que ha hecho por el Estado porque su humildad se lo impide. Pero los que hemos trabajado con él sí somos conscientes de ello. Por eso le respetamos y admiramos tanto y creemos que es un modelo a seguir. Sólo puedo decir que me siento una auténtica privilegiada por haber compartido destino con Tomás Mir de la Fuente, sin duda, el mejor Abogado del Estado que conozco. ■



“El libro, editado por Marcial Pons, es un análisis riguroso del proceso histórico, político, económico, geoestratégico, cultural, etc. de cada uno de los nuevos Estados ex soviéticos”

Una de las actividades de algunos Abogados del Estado es la producción intelectual. Este generalmente se circunscribe al ámbito jurídico. No obstante, hay algunos compañeros que se atreven a introducirse en otros océanos más diversos. Es el caso del último trabajo de Jesús López-Medel y que responde a la dedicación preferente de su última etapa como parlamentario. En los doce años como Diputado del Congreso sería ponente de más de 30 leyes, portavoz de Administraciones Públicas, presidente de la Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo y la de Justicia e Interior.

Su última etapa fue referida al ámbito exterior, colaborando con instituciones como la Organización de Estados Americanos (OEA) y, especialmente, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) en cuya asamblea celebrada en Bruselas en 2006 fue elegido Relator de Derechos Humanos, Democracia y Ayuda Humanitaria y al año siguiente en Kiev, sería designado, también por unanimidad, Presidente de esta Comisión (una de las tres que hay en el citado organismo).

En los últimos cuatro años participaría como observador en más de veinte pro-

La larga conquista de la libertad

Quince nuevos Estados tras la URSS en búsqueda de su identidad



cesos electorales, siendo comisionado del Presidente de la mencionada organización para participar en diversos foros. Además de los Balcanes, López Medel dedicó buena parte de su actividad al ámbito post soviético cuyos países visitaría en muchas ocasiones.

El nuevo libro de nuestro compañero tiene por centro a esa área emergente y su título resulta muy sugerente. “La larga conquista de la libertad (quince nuevos Estados tras la URSS en búsqueda de su identidad)”.

Parte el libro del hecho de la desintegración de la Unión Soviética en agosto de 1991, la cual produjo el surgimiento de quince nuevos Estados independientes que, tras la ruptura inicial de la tutela y centralismo desde el Kremlin, iniciaron una compleja andadura buscando la libertad o al menos su sitio, tras la orfandad repentina. El largo camino hacia la demo-

cracia, a juicio del autor, es desigual, con balances diversos según las áreas y países concretos y con involuciones y vaivenes no despreciables.

El libro, editado por Marcial Pons, es un análisis riguroso del proceso histórico, político, económico, geoestratégico, cultural, etc. de cada uno de los nuevos Estados ex soviéticos y contiene claves que permiten entender no sólo la utilización de la energía como instrumento político sino la emergencia de una zona y unos países con crecimientos muy elevados de su potencial, como es el caso de Kazajstán y Azerbaiyán.

Dos prólogos contiene el libro. El primero de Durán i Lleida, Presidente de la comisión de Asuntos Exteriores del Congreso que expresa que “López-Medel ha desplegado una más que intensa actividad y (...) no sólo ha visitado estas repúblicas sino que ha conseguido conocerlas en profundidad, intimar con su historia y escrutar cada paso de su reciente

singladura. El presente libro es uno de los diversos resultados de tanto esfuerzo. Con el máximo rigor y de una manera exhaustiva, pero también con claridad y acierto didáctico, el autor ha conseguido llenar uno de los notables vacíos de la literatura geopolítica actual, hasta convertir cada uno de estos nombres exóticos en un lugar comprensible y conocido por el neófito”.

En el otro prólogo, Joao Soares, presidente de la Asamblea de la OSCE, señala “La visión que este libro nos ofrece es la de alguien que conoce de primera mano la realidad estudiada, alguien que ha acompañado *in situ* muchas de las recientes transformaciones que han afectado a estos países. Como miembro de esta organización López-Medel ha ejercido siempre un papel activo y comprometido y demostró ser un hombre de principios democráticos profundos y que representó a su país de forma ejemplar”.

Este libro, añade Soares “es un excelente ejemplo de servicio a la causa pública. Es un modelo que debería ser seguido por todos aquellos que, habiendo desempeñado funciones de responsabilidad en el estado, dan cuenta del trabajo que efectuaron”.

El libro ha sido presentado en el Congreso con una sala llena de público entre los cuales estaban presentes Embajadores y Ministros consejeros de 8 de estos países que tienen en España representación diplomática. ■

Jesús López-Medel analiza con rigor la situación de los nuevos Estados surgidos tras la desintegración de la Unión Soviética



Pedro Vidal

ARTISTA DE LA INCERTIDUMBRE ADOLESCENTE

“Como fragmentos de una intimidad prohibida, como visiones instantáneas captadas casi a hurtadillas, las imágenes artísticas de Pedro Vidal poseen la misma fugaz consistencia y la misma capacidad equívoca que esas imágenes mentales que sólo los poetas transforman en palabras. Como si fueran destellos de algo visto o soñado, como retazos de una experiencia equívoca, propia o ajena, pero siempre en la frontera de lo certero, las fotografías del artista se asemejan a esas inquietantes ráfagas visuales que asaltan nuestros recuerdos cuando nos dejamos llevar por la ensoñación... y el deseo.”

Pilar Ribal i Simó
Crítica de arte

Su andadura expositiva se inicia con “Muy Frágil” de 1998, año en que ganó el primer premio en el Certamen d’Arts Plàstiques d’Art Jove del Govern Balear, pieza que da lugar a una etapa caracterizada por la confrontación de dos realidades aparentemente enfrentadas: el mundo de los adultos y el de los adolescentes. Éste es precisamente el punto de partida de los diferentes proyectos (“Locker room”, “Come sleep with us”,...) que ha ido desarrollando posteriormente, donde se muestra su particular universo. Un universo repleto de referencias ambiguas y tendente a relativizar las relaciones sociales, conformadas entre aquello supuestamente establecido y el rol que, tanto individualmente como colectivamente, asumimos.

Licenciado en Derecho por la Universitat de les Illes Balears, Pedro Vidal (Palma, 1968) desarrolla su trabajo creativo entre Palma y Barcelona. Ha sido finalista en tres ocasiones del Premio Ciutat de Palma “Antoni

Gelabert” d’Arts Plàstiques, así como de los premios de Manacor, Calvià i Andratx... En 2003 presentó la serie “Schoolboy Secrets” en la galería Joan Guaita-Art, dentro del programa de Noves Presències, del Consell de Mallorca. Ha participado en importantes ferias de arte (ARCO, Artíssima, Art Miami, Fia-Caracas, Art Shangai, Arteaméricas...). Fue uno de los artistas seleccionados en la muestra “Art Emergent a les Illes Balears (III)”.

En esta etapa, sus proyectos se caracterizan por una gran depuración y sofisticación formal, priorizando la utilización de la fotografía de gran formato –sobre soportes como el aluminio y la madera– y la

videocreación, adaptando cada montaje al espacio expositivo.

Actualmente, sus últimos proyectos (“You Know Who You are”, “Art About Art”, “Vanitas Vanitatum”, “Tristeza de un doble A”), en paralelo a los temas recurrentes en los mismos, profundizan sobre el mismo hecho creativo. Así, en “Tristeza de un doble A” entra en conflicto el derecho a la intimidad y a la propia imagen con el derecho a la libertad de creación; En “Vanitas vanitatum”, a través de una acción en que participaron, entre otros, el escritor Biel Mesquida y el campeón mundial de culturismo, Luis Vidal, juega con referencias artísticas a los vanitas, dando lugar a un nuevo Vanitas en que el público formó parte del mismo.

Recientemente, su obra se ha podido ver en la colectiva “Seis Artistas del siglo XXI”, en el Centro Cultural “Juan de Salazar”, en Paraguay, con la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores, y asistiendo en la inauguración el propio Ministro, Miguel Ángel Moratinos y el Rey D. Juan Carlos I, como proyecto comisariado en la feria Jam Art 07, en la última edición de PalmaPhoto, en el Festival de Arte Experimental PING! 08. ■

El universo personal de Pedro Vidal está repleto de referencias ambiguas y tiende a relativizar las relaciones sociales

Vicente Ferrer recibe en la India la Gran Cruz del Mérito Civil del Gobierno español

En un homenaje celebrado el pasado 8 de enero en Anantapur, la región del sur de la India donde la Fundación Vicente Ferrer lleva a cabo un programa de desarrollo integral. La Vicepresidenta del Gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, le ha entregado la medalla que le concedió el Gobierno el pasado 26 de noviembre por los más de 55 años trabajando junto a los más desfavorecidos.



Los más de 55 años que lleva Vicente Ferrer trabajando junto a las personas más necesitadas de la India fueron reconocidos el pasado día 8 de enero por el Gobierno español con la concesión de la Gran Cruz del Mérito Civil. El acto se celebró en la región india de Anantapur, en el estado de Andhra Pradesh, donde la Fundación Vicente Ferrer tiene en marcha un amplio programa de desarrollo integral que abarca diferentes áreas: educación, sanidad, vivienda, ecología, integración de personas con discapacidad y evolución de la mujer en la comunidad. La Vicepresidenta del Gobierno español, María Teresa Fernández de la Vega, le hizo entrega de la condecoración y expresó su satisfacción y su admiración por el trabajo que la Fundación Vicente Ferrer está realizando: “Vicente lidera esa revolución silenciosa que está transformando Anantapur. Es, ante todo, un hombre de principios y de acción”.

Vicente Ferrer, enormemente agradecido, dirigió unas palabras y explicó que representa este homenaje: “Esta distinción supone un excelente estímulo para continuar con entusiasmo el trabajo de la Fundación”.

Al acto también asistió Ion de la Riva, Embajador de España en la India que ha destacado a Vicente Ferrer como “mejor ciudadano indio que tiene España”. Con la visita a la Fundación Vicente Ferrer

en Anantapur, la Vicepresidenta del Gobierno puso punto y final a su visita oficial en la India. Por la mañana visitó diferentes proyectos como los talleres de estampación y bordados de Bukaraya, la escuela para niños con discapacidad psíquica y la escuela para niños con discapacidad auditiva y visual. “Vicente Ferrer ha entregado su vida al encuentro con los demás, a estar cerca del otro y, a cambio, ha recibido un gran caudal de riqueza que no entiende ni de valor de cambio, ni de valor de uso. Recibe el inmenso patrimonio del cariño, la inquebrantable complicidad de aquellos a los que ama y a los que ayuda”, ha afirmado la portavoz del Gobierno español.

CARÁCTER HUMANISTA FUNDAMENTADO EN LA FILOSOFÍA DE LA ACCIÓN

Vicente Ferrer lleva más de 55 años trabajando en la India persiguiendo un gran objetivo: erradicar la pobreza y transformar las condiciones de vida de los into-

“La fundación persigue mejorar las condiciones de las clases menos favorecidas de la India”

cables y otras castas desfavorecidas. Su forma de entender el desarrollo ha dado lugar a un modelo ejemplar en el marco de la Cooperación Internacional. Ha impulsado a la Fundación Vicente Ferrer un carácter humanista fundamentado en la filosofía de la acción. Tras décadas de trabajo en Anantapur, la Fundación ha conseguido movilizar las conciencias de miles de personas en la lucha por eliminar las desigualdades entre los hombres.

Vicente Ferrer ha recibido diferentes premios. Entre los más destacados: el Premio Príncipe de Asturias a la Concordia, en 1998; Español Universal, en 1998; Miembro de la Comisión de Erradicación de la Pobreza, del Gobierno de Andhra Pradesh, en 2000; Creu de Sant Jordi, de la Generalitat de Catalunya, en 2000; Personaje destacado de la historia del siglo XX por la UNESCO, en 2001 y Gran Cruz de la Orden Civil de la Solidaridad, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, en 2002.

La Fundación Vicente Ferrer (FVF) es una ONGD comprometida con el proceso de transformación de una de las zonas más pobres y necesitadas de la India, Anantapur, y de las comunidades más excluidas del planeta, los *dalits* o intocables, los grupos tribales y las *backward castes*. Actualmente su trabajo llega a más de 2135 pueblos, beneficiando a más de dos millones y medio de personas. ■





Asociación de Abogados del Estado

Publicación patrocinada por:



El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria sobre Contratos Públicos.

Análisis de la sentencia
del TJCE, Coditel,
de 13 de noviembre de 2008
y Reflexiones desde una
Perspectiva Española.

Ignacio del Cuvillo Contreras

Abogado del Estado

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera) de 13 de noviembre de 2008 (*)

«Contratos públicos – Procedimientos de adjudicación – Concesiones de servicios públicos – Concesión relativa a la explotación de una red municipal de teledistribución – Adjudicación por un municipio a una sociedad cooperativa intermunicipal – Obligación de transparencia – Requisitos – Ejercicio, por parte de la autoridad concedente sobre la entidad concesionaria, de un control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios»

En el asunto C 324/07, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Conseil d'État (Bélgica), mediante resolución de 3 de julio de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de julio de 2007, en

“El Derecho comunitario admite, como manifestación del poder de auto-organización de las Administraciones públicas, la adjudicación directa de contratos, sin licitación pública, a sociedades dotadas de personalidad jurídica propia, controladas por dichas Administraciones.”

el procedimiento entre **Coditel Brabant SA** y **Commune d’Uccle, Région de Bruxelles-Capitale**, en el que participa: **Société Intermunicipal pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé)**, EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera), integrado por el Sr. A. Rosas, Presidente de Sala, y los Sres. A. Ó Caoimh, J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), J. Klucka y A. Arabadjiev, Jueces; Abogado General: Sra. V. Trstenjak; Secretaria: Sra. C. Strömholm, administradora; habiendo considerado los escritos obrantes en autos; celebrada la vista el 9 de abril de 2008; consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Coditel Brabant SA, por los Sres. F. Tulkens y V. Ost, avocats;
- en nombre del municipio de Uccle, por el Sr. P. Coenraets, avocat;
- en nombre de la Société Intermunicipal pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), por la Sra. N. Fortemps y el Sr. J. Bourtembourg, avocats;
- en nombre del Gobierno belga, por el Sr. J.C. Halleux, en calidad de agente, asistido por el Sr. B. Staelens, avocat;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y J. Möller, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por los Sres. C. Wissels y Y. de Vries, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. B. Stromsky y D. Kukovec, en calidad de agentes;

Oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 4 de junio de 2008; dicta la siguiente:

Sentencia.

1) La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 43 CE y 49 CE, de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad y de la obligación de transparencia que deriva de ellos.

2) Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre, por una parte, Coditel Brabant SA (en lo sucesivo, «Coditel») y, por otra, la commune d’Uccle (municipio de Uccle), la Région de Bruxelles-Capitale y la Société Intermunicipal pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) (en lo sucesivo, «Brutélé») respecto a la adjudicación por parte del municipio de Uccle de la gestión de su red de teledistribución municipal a una sociedad cooperativa intermunicipal.

Marco jurídico. Normativa nacional.

3) El artículo 1 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales (Ley de 22 de diciembre de 1986 sobre asociaciones intermunicipales; *Moniteur belge* de 26 de junio de 1987, p. 9909; en lo sucesivo, «Ley de asociaciones intermunicipales») establece: «Dentro de los límites fijados en la presente Ley, varios municipios podrán formar asociaciones con finalidades determinadas de interés municipal. Dichas asociaciones se denominarán, en lo sucesivo, asociaciones intermunicipales.»

4) El artículo 3 de dicha Ley prevé: «Las asociaciones intermunicipales son personas jurídicas de Derecho público que, con independencia de la forma que adopten y de su objetivo, carecen de carácter mercantil.»

5) El artículo 10 de dicha Ley estipula: «Toda asociación intermunicipal estará formada por una asamblea general, un consejo rector y un comité de interventores.»

6) Con arreglo al artículo 11 de esa Ley: «Con independencia de cuál sea la proporción de las aportaciones de las diferentes partes a la constitución del fondo social, los municipios dispondrán en todo momento de la mayoría de los votos y de la presidencia en los diferentes órganos de gestión y de control de la asociación intermunicipal.»

7) El artículo 12 de la Ley de asociaciones intermunicipales dispone: «Los representantes de los municipios asociados en la asamblea general serán elegidos por el pleno del ayuntamiento de

(*) Lengua de procedimiento: francés.

cada municipio de entre los concejales, formen parte o no de la junta de gobierno, y el alcalde.

Cada municipio dispone en la asamblea general de un derecho de voto proporcional a su cuota de participación.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales.

8) El municipio de Uccle permitió a Coditel instalar y explotar una red de teledistribución en su término municipal de 1969 a 1999. El 28 de octubre de 1999, dicho municipio decidió comprar dicha red con efectos desde el 1 de enero de 2000.

9) A este fin, mediante decisión fechada también el 28 de octubre de 1999, el municipio de Uccle convocó una licitación para conceder a un futuro concesionario la explotación de la mencionada red. Cuatro sociedades, entre ellas Coditel, presentaron su candidatura a dicha licitación.

10) El 25 de mayo de 2000, el municipio de Uccle decidió desistir del otorgamiento de la concesión de explotación de su red de teledistribución y orientarse a la venta de la misma.

11) Se publicó un anuncio de licitación para los candidatos a adquirentes en el *Bulletin des adjudications* de 15 de septiembre de 2000. Cinco sociedades, entre ellas Coditel, presentaron ofertas de compra. Además, Brutélé, sociedad cooperativa intermunicipal, presentó al municipio de Uccle una propuesta de adhesión como miembro asociado en vez de una oferta de compra.

12) Tras estimar que cuatro de las cinco ofertas eran inadmisibles y que la única oferta admisible, a saber, la de Coditel, era demasiado baja, el municipio de Uccle decidió el 23 de noviembre de 2000 desistir de la puesta en venta de la red municipal de teledistribución.

13) También el 23 de noviembre de 2000, el municipio de Uccle decidió asociarse a Brutélé, concediendo a ésta la gestión de su red de teledistribución.

14) Los motivos de dicha resolución incluyen, en particular, las siguientes

consideraciones: «Considerando que Brutélé propone al municipio de Uccle, si se adhiere, que constituya por sí solo un subsector de explotación que dispondrá de autonomía de decisión. Considerando que esa autonomía abarca en particular:

- la elección de los programas distribuidos;
- las tarifas de precios de abono y de conexión;
- la política de inversiones y de obras;
- las bonificaciones o ventajas que se concedan a determinadas categorías de personas;
- la naturaleza y las modalidades de otros servicios que se presten a través de la red y la posibilidad de encargar a la sociedad intermunicipal realizaciones de interés municipal comprendidas en su objeto definido en los estatutos como, por ejemplo, la creación de una intranet municipal, de un sitio web, y la formación al efecto del personal.

Considerando que en ese marco:

- Brutélé formulará una cuenta de resultados y un balance de las actividades de la red de Uccle;
- [el municipio de] Uccle dispondrá de un consejero en el Consejo rector de Brutélé y de tres consejeros en el consejo del sector de explotación bruselense, de la facultad de designar un interventor de cuentas, y de un experto municipal.

Considerando que Brutélé se compromete a cubrir la totalidad de la red de Uccle y a incrementar la capacidad de la red para desarrollar en ella en el plazo máximo de un año, si el municipio lo desea, todos los servicios siguientes:

- ampliación de la oferta televisiva: programas adicionales y el paquete de cadenas de pago;
- programas “pay per view”;
- acceso a internet;
- telefonía vocal;
- videovigilancia;
- transmisión de datos a alta velocidad.

Considerando que la contraprestación anual ofertada es la siguiente:

- a) retribución fija igual al 10 % de los ingresos por el abono de base a la teledistribución (sobre 31.000 abonados y 3.400 BEF como precio del abono anual, sin IVA ni cánones por propiedad intelectual: 10.540.000 BEF/año);
- b) pago del 5 % del volumen de negocios de Canal + y del paquete de cadenas de pago;
- c) pago de la totalidad de los beneficios obtenidos por todos los servicios prestados.»

15) De la resolución de remisión se desprende que el municipio de Uccle debía suscribir setenta y seis participaciones sociales de Brutélé por importe de 200.000 BEF cada una. Por otra parte, dicho municipio solicitó y obtuvo de Brutélé la posibilidad de retirarse unilateralmente de dicha asociación intermunicipal en cualquier momento.

16) De la resolución de remisión resulta asimismo que Brutélé es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios. No admite socios privados. Su consejo rector se compone de representantes de los municipios (tres como máximo por cada municipio) designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de

“En la normativa comunitaria de contratos públicos no hubo referencia a la ejecución por medios propios, porque no constituían contrato y no afectaban a las normas reguladoras de la competencia.”

los municipios. El consejo rector dispone de las más amplias facultades.

17) También según la resolución de remisión, los municipios se dividen en dos sectores, uno de los cuales agrupa a los municipios de la región de Bruselas, que pueden dividirse a su vez en subsectores. Dentro de cada sector se constituye un consejo de sector integrado por consejeros designados por la asamblea general, que se reúne en grupos distintos que representan a los titulares de participaciones sociales de cada sector, propuestos por los municipios. El consejo rector puede delegar en los consejos de sector sus facultades en lo que respecta, por una parte, a los problemas propios de los subsectores, en especial las condiciones de aplicación de las tarifas de precios, el programa de obras e inversiones, la financiación de éstas, las campañas publicitarias y, por otra, a las cuestiones comunes a los diferentes subsectores que integran el sector de explotación. Los demás órganos estatutarios de Brutélé son la asamblea general, cuyas decisiones obligan al conjunto de los socios, el director general, el comité de expertos, compuesto por funcionarios municipales cuyo número es igual al de miembros del consejo gestor y que asisten a éstos, y el comité de interventores de cuentas. El director general, los expertos y los interventores son nombrados por el consejo rector o por la asamblea general según corresponda.

18) La resolución de remisión precisa, asimismo, que Brutélé realiza la parte esencial de sus actividades con sus asociados.

19) Mediante escrito de demanda presentado el 22 de enero de 2001, Coditel interpuso ante el Conseil d'État (Bélgica) un recurso de anulación de la resolución de 23 de noviembre de 2000, mediante la cual el municipio de Uccle se asoció a Brutélé. En ese marco, Coditel imputó a dicho municipio haberse asociado a Brutélé y haber atribuido a ésta la gestión de su red de teledistribución sin proceder a la comparación de las ventajas de esa modalidad y las que habría

supuesto la concesión de su red de teledistribución a otro operador. Coditel alegó que, al actuar así, el municipio de Uccle había infringido, en particular, el principio de no discriminación y la obligación de transparencia consagrados por el Derecho comunitario.

20) Brutélé refutó dicha alegación aduciendo que es una asociación intermunicipal «pura» cuyas actividades están destinadas y reservadas a los municipios asociados y que sus estatutos permiten que el municipio de Uccle, como subsector de explotación, ejerza un control inmediato y preciso sobre las actividades de Brutélé en ese subsector, idéntico al que dicho municipio ejercería sobre sus propios servicios internos.

21) El Conseil d'État considera que la adhesión del municipio de Uccle a Brutélé no es un contrato público de servicios, sino una concesión de servicios públicos en el sentido del Derecho comunitario. A su juicio, las directivas comunitarias sobre contratación pública no son aplicables a dicha concesión, pero el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad implica una obligación de transparencia en la atribución de la concesión, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia emanada de la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C 324/98, Rec. p. I 10745). Estima que para satisfacer las exigencias del Derecho comunitario, en principio, el municipio de Uccle debería haber convocado una licitación con vistas a examinar si la concesión de su servicio de teledistribución a otros operadores económicos distintos de Brutélé constituía una alternativa más ventajosa que la elegida. El Conseil d'État se pregunta si esas exigencias del Derecho comunitario deben descartarse en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia derivada de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C 107/98, Rec. p. I 8121), según la cual dichas exigencias no son aplicables cuando la autoridad pública concedente controle a la entidad concesionaria y ésta realice la parte esencial de

su actividad junto con la autoridad que la controla.

22) En esas circunstancias, el Conseil d'État decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) «¿Puede un municipio, sin convocar una licitación, adherirse a una sociedad cooperativa cuyos socios son exclusivamente otros municipios y asociaciones de municipios (denominada asociación intermunicipal pura) con objeto de atribuir a esa sociedad la gestión de su red de teledistribución, siendo así que la sociedad realiza en lo sustancial sus actividades sólo en relación con sus asociados y en interés de éstos, y que las decisiones relativas a dichas actividades se adoptan por el consejo rector y por los consejos de sector dentro de los límites de las delegaciones conferidas a éstos por el primero, órganos estatutarios que están integrados por representantes de las entidades públicas y que adoptan sus decisiones por mayoría?»
- 2) ¿Puede considerarse que el dominio sobre las decisiones de la sociedad cooperativa ejercido de esa forma a través de los órganos estatutarios por todos los socios, o por una parte de éstos en el caso de sectores o de subsectores de explotación, permite a los socios ejercer sobre la sociedad un control análogo al ejercido sobre sus propios servicios?»
- 3) Para calificar como análogos ese dominio y ese control, ¿tienen que ejercerse individualmente por cada miembro asociado, o basta que sean ejercidos por la mayoría de los miembros asociados?»

Sobre las cuestiones prejudiciales. Sobre las cuestiones primera y segunda.

23) Habida cuenta de su conexión, procede examinar conjuntamente las dos primeras cuestiones.

24) De la resolución de remisión resulta que, al asociarse a Brutélé, el mu-

nicipio de Uccle confió a ésta la gestión de su red de teledistribución. También se desprende que la retribución de Brutélé no procede del municipio, sino de los pagos efectuados por los usuarios de dicha red. Esta modalidad de retribución es característica de la concesión de servicios públicos (sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C 458/03, Rec. p. I 8585, apartado 40).

25) Los contratos de concesión de servicios públicos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), aplicable en la fecha en la que tuvieron lugar los hechos enjuiciados en el litigio principal. Pese a que dichos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la mencionada Directiva, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar las normas fundamentales del Tratado CE, los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad y de igualdad de trato así como la obligación de transparencia que deriva de ellos (véanse, en este sentido, las sentencias Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartados 60 a 62, y de 21 de julio de 2005, Coname, C 231/03, Rec. p. I 7287, apartados 16 a 19). Sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, dicha obligación de transparencia exige que la autoridad concedente garantice, en beneficio de todo concesionario potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios públicos y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Telaustria y Telefonadress, apartado 62, y Coname, apartado 21).

26) No obstante, la aplicación de las normas establecidas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, estará

excluida en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad o las autoridades a que pertenece (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Teckal, apartado 50, y Parking Brixen, apartado 62).

27) En lo que atañe al segundo de esos requisitos, el órgano jurisdiccional nacional precisó en la resolución de remisión que Brutélé realiza la parte esencial de su actividad con sus asociados. Por consiguiente, queda por examinar el alcance del primer requisito, a saber, el de que la autoridad o las autoridades públicas concedentes deben ejercer sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

28) Para apreciar si una autoridad pública concedente ejerce sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, procede tener en cuenta el conjunto de disposiciones legales y circunstancias pertinentes. Del referido examen, ha de resultar que la entidad concesionaria en cuestión está sometida a un control que permita a la autoridad pública influir en sus decisiones. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha entidad (véanse, en este sentido, las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 65, y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei, C 340/04, Rec. p. I 4137, apartado 36).

29) Entre las circunstancias pertinentes que se desprenden de la resolución de remisión, procede considerar, en primer lugar, la posesión del capital de la entidad concesionaria, en segundo lugar, la composición de los órganos de decisión de ésta y, en tercer lugar, el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector.

30) Sobre la primera de dichas circunstancias, recuérdese que la participación de una empresa privada en el capital de una entidad concesionaria excluye que la autoridad pública concedente pueda ejercer sobre dicha entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C 26/03, Rec. p. I 1, apartado 49).

“La sentencia Asemfo/Tragsa reiteró una vez más la aplicabilidad de los criterios Teckal. Respecto al primero, el de control análogo, el TJCE construyó una argumentación muy interesante a nivel comunitario, porque las entidades controladoras no son entidades locales, como ocurría en los precedentes anteriores, sino la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas.”

31) En cambio, la circunstancia de que la autoridad pública concedente posea, junto con otras autoridades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tiende a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal autoridad pública ejerce sobre dicha sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (sentencias Carbotermo y Consorzio Alisei, antes citada, apartado 37, y de 19 de abril de 2007, Asemfo, C 295/05, Rec. p. I 2999, apartado 57).

32) De la resolución de remisión resulta que, en el litigio principal, la entidad concesionaria es una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son municipios y una asociación intermunicipal que agrupa a su vez exclusivamente a municipios y que no admite socios privados.

33) En segundo lugar, de los autos se desprende que el consejo rector de Brutélé se compone de representantes

de los municipios asociados, designados por la asamblea general, que a su vez se compone de representantes de los municipios asociados. Con arreglo al artículo 12 de la Ley de asociaciones intermunicipales, éstos son designados por el pleno del ayuntamiento de cada municipio de entre los concejales, formen parte o no de la junta de gobierno, y el alcalde.

34) El hecho de que los órganos de decisión de Brutélé estén compuestos por delegados de las autoridades públicas asociadas indica que éstas controlan los órganos de decisión de Brutélé y, por lo tanto, pueden ejercer una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de ésta.

35) En tercer lugar, de los autos se desprende que el consejo rector de Brutélé dispone de las más amplias facultades. En particular, fija las tarifas. Asimismo, tiene la facultad, pero no la obligación, de delegar en los consejos de sector o de subsector la resolución de determinados problemas propios de esos sectores o subsectores.

36) Se plantea la cuestión de dilucidar si Brutélé ha adquirido, por ello, una vocación de mercado y un margen de autonomía que ponen en precario el control ejercido por las autoridades públicas asociadas.

37) A este respecto, procede señalar que Brutélé no está constituida en forma de sociedad por acciones o de sociedad anónima que pueda perseguir objetivos con independencia de sus accionistas, sino en forma de sociedad cooperativa intermunicipal regulada por la Ley de asociaciones intermunicipales. Además, con arreglo al artículo 3 de dicha Ley, las asociaciones intermunicipales carecen de carácter mercantil.

38) De dicha Ley, completada por los estatutos de Brutélé, parece desprenderse que el objetivo estatutario de ésta consiste en cumplir la misión de interés municipal para cuya realización fue creada y que no persigue ningún interés distinto del de las autoridades públicas asociadas.

39) Sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente, de ello se deriva que, a pesar del alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector, Brutélé no goza de un margen de autonomía que impida a los municipios asociados ejercer sobre ella un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

40) Estas consideraciones se aplican, *a fortiori*, cuando las decisiones relacionadas con las actividades de la sociedad cooperativa intermunicipal son adoptadas por los consejos de sector o de subsector dentro de los límites de las delegaciones que el consejo rector les confiere. En efecto, cuando se considerara que uno o varios municipios asociados constituyen un sector o un subsector de la actividad de esa sociedad, el control que dichos municipios pueden ejercer sobre las cuestiones delegadas a los consejos de sector o de subsector es aún más estricto que el que ejercen con el conjunto de los socios en el seno de los órganos plenarios de la mencionada sociedad.

41) De cuanto precede resulta que, sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad cooperativa intermunicipal en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, puede considerarse que el control ejercido a través de los órganos estatutarios por las autoridades públicas asociadas a dicha sociedad cooperativa intermunicipal sobre las decisiones adoptadas por ésta permite a dichas autoridades ejercer sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

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

- Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos no son contrarios a que una autoridad pública atribuya,

“Una autoridad pública, un poder adjudicador, puede realizar las tareas de interés público con sus propios medios administrativos o técnicos, sin obligación de recurrir a entidades externas, a verdaderos terceros, y lo puede hacer por sí sola o en colaboración con otras autoridades públicas.”

sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas autoridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.

- Sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, en las que las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal controlada exclusivamente por las autoridades públicas son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones permite a éstas ejercer sobre aquélla un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

Sobre la tercera cuestión.

43) Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si, en el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, para que el control que las autoridades asociadas a dicha sociedad ejercen sobre ésta pueda ser calificado de análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, debe ser ejercido individualmente por cada una de esas autoridades públicas o puede ejercerse por éstas conjuntamente, decidiendo, en su caso, por mayoría.

44) Por una parte, procede recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal

de Justicia, cuando varias autoridades públicas controlan una entidad concesionaria, el requisito relativo a lo esencial de la actividad de ésta puede considerarse satisfecho teniendo en cuenta la actividad que dicha entidad realiza con las mencionadas autoridades consideradas en su conjunto (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Carbotermo y Consorzio Alisei, apartados 70 y 71, y Asemfo, apartado 62).

45) Sería coherente con el razonamiento que subyace a esta jurisprudencia considerar que el requisito del control que ejercen las autoridades públicas puede cumplirse también teniendo en cuenta el control ejercido conjuntamente sobre la entidad concesionaria por dichas autoridades públicas.

46) La jurisprudencia exige que el control ejercido sobre la entidad concesionaria por una autoridad pública concedente sea análogo al que dicha autoridad ejerce sobre sus propios servicios, pero no que sea totalmente idéntico a éste (véase, en sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 62). Lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad concesionaria sea efectivo, no es indispensable que sea individual.

47) Por otra parte, en el supuesto de que varias autoridades públicas decidan llevar a cabo sus funciones de servicio público a través de una entidad concesionaria común, cabe descartar normalmente que una de esas autoridades ejerza por sí sola un control determinante sobre las decisiones de ésta, a menos que posea una participación mayoritaria en esa entidad. Exigir en dicho supuesto que el control ejercido por una autoridad pública fuera individual tendría como consecuencia la imposición de la convocatoria de una licitación en la mayoría de los casos en que una autoridad pública tuviera intención de adherirse a un grupo, como una sociedad cooperativa intermunicipal, formado por otras autoridades públicas.

48) Ahora bien, dicho resultado no sería acorde con el sistema de normas

comunitarias en materia de contratos públicos y de concesiones. En efecto, nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios (sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48).

49) Esta posibilidad de que las autoridades públicas recurran a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas (véase, en este sentido, la sentencia Asemfo, antes citada, apartado 65).

“En el seno del Sector público caben y deben exigirse actuaciones conjuntas, cuando el cumplimiento de los objetivos o fines lo requiera y cuando uno o varios poderes adjudicadores dispongan de entes, organismos o entidades públicas que puedan emplearse como medio propio y que respondan a los criterios Teckal/Asemfo/Coditel.”

50) Por consiguiente, procede reconocer que, en el supuesto de que varias autoridades públicas controlen una entidad concesionaria a la que confían el desempeño de una de sus funciones de servicio público, el control que dichas autoridades públicas ejercen sobre esa entidad puede ser ejercido por éstas conjuntamente.

51) Al tratarse de un órgano colegiado, carece de relevancia el procedimiento empleado para la toma de decisiones, que puede ser la adopción por mayoría.

52) Esta conclusión no resulta invalidada por la sentencia Coname, antes citada. Es cierto que en ella el Tribunal de Justicia consideró que una participación del 0,97 % es tan pequeña que no permite que un municipio controle al concesionario que gestiona un servicio público (véase la sentencia Coname, antes citada, apartado 24). Sin embargo, en ese pasaje de la mencionada sentencia, el Tribunal de Justicia no examinaba si dicho control podía ejercerse conjuntamente.

53) Por lo demás, en una sentencia ulterior, a saber, la sentencia Asemfo, antes citada (apartados 56 a 61), el Tribunal de Justicia reconoció que en determinadas circunstancias el requisito relativo al control ejercido por la autoridad pública podía cumplirse en el caso en que dicha autoridad no poseyera más que el 0,25 % del capital de una empresa pública.

54) Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que, en el

supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, decidiendo, en su caso, por mayoría.

Costas

55) Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

1) Los artículos 43 CE y 49 CE, los principios de igualdad y de no discriminación por razón de la nacionalidad y la obligación de transparencia que deriva de ellos no son contrarios a que una autoridad pública atribuya, sin convocar una licitación, una concesión de servicios públicos a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas, cuando dichas au-

toridades públicas ejercen sobre esa sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y la mencionada sociedad realiza la parte esencial de su actividad con esas autoridades públicas.

2) Sin perjuicio de la comprobación de los hechos por el órgano jurisdiccional remitente en lo que respecta al margen de autonomía del que goza la sociedad en cuestión, en circunstancias como las del litigio principal, en las que las decisiones sobre las actividades de una sociedad cooperativa intermunicipal controlada exclusivamente por las autoridades públicas son adoptadas por órganos estatutarios de dicha sociedad compuestos por representantes de las autoridades públicas asociadas, puede considerarse que el control ejercido por las mencionadas autoridades públicas sobre esas decisiones permite a éstas ejercer sobre aquélla un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios.

3) En el supuesto de que una autoridad pública se adhiera a una sociedad cooperativa intermunicipal cuyos socios son exclusivamente autoridades públicas con el objeto de cederle la gestión de un servicio público, el control que tales autoridades asociadas ejercen sobre dicha sociedad, para considerarse análogo al que ejercen sobre sus propios servicios, puede ser ejercido conjuntamente por las mencionadas autoridades, decidiendo, en su caso, por mayoría. ■

“El artículo 24.6 LCSP exige, para admitir la existencia del control análogo de los poderes adjudicadores sobre una sociedad susceptible de ser utilizada como medio propio que la totalidad del capital social sea de titularidad pública... las expresiones poderes adjudicadores y titularidad pública amparan tanto a las Administraciones públicas como a cualquier ente, organismo o entidad que reúna los requisitos del artículo 3.3. b de la LCSP para ser poder adjudicador.”

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

La pérdida de la prescripción por nuevas obras en derecho urbanístico

Francisco García Gómez de Mercado

Abogado del Estado

“La distinción entre prescripción y caducidad no descansa en sólidas razones teórico-dogmáticas, sino en concretas notas de régimen jurídico, que no justifican de por sí la existencia de este binomio, con la agravante de que en el Derecho administrativo los respectivos regímenes son muy aproximados merced a la publicación y consiguiente objetivización de la prescripción (que se aplica de oficio).”

(1) Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo, Ed. McGraw Hill, págs. 75 y ss.

(2) Las infracciones urbanísticas, Ed. Comares, págs. 4 y 5.

Con prudencia, el ordenamiento jurídico establece límites temporales para la aplicación de los remedios legales a las situaciones ilegales. Fundamentalmente, la prescripción y la caducidad. Como señala CABALLERO SÁNCHEZ¹, en principio, la prescripción está diseñada como remedio en cierta medida extraordinario, cuyo efecto es la extinción de situaciones jurídicas nacidas con duración indefinida o no predeterminada, es decir, con cierta vocación de permanencia, y, por el contrario, la caducidad es el mecanismo que permite sujetar derechos o facultades a un plazo de ejercicio. Y, de ahí, que la prescripción puede evitarse mediante el ejercicio inespecífico de un derecho, mientras que la caducidad exige una actividad concreta e infungible. Pero, en realidad, la distinción entre prescripción y caducidad no descansa en sólidas razones teórico-dogmáticas, sino en concretas notas de régimen jurídico, que no justifican de por sí la existencia de este binomio, con la agravante de que en el Derecho administrativo los respectivos regímenes son muy aproximados merced a la publicación y consiguiente objetivización de la prescripción (que se aplica de oficio). De este modo, sólo la posibilidad de detener y reanudar su curso rompe esa igualdad, de manera que la distinción entre estas figuras pivota sobre la posibilidad de interrupción (y nuevo cómputo) del plazo de prescripción, mientras que en el caso de la caducidad no cabe interrupción sino a lo sumo suspensión, esto es que el cómputo se detiene pero luego continúa desde donde había llegado.

En particular, prescripción y caducidad son aplicables a las medidas de protección de la legalidad urbanística, que comprenden sanciones en sentido estricto (básicamente multas) y otras medidas. Así, ARREDONDO GUTIÉRREZ² pone de manifiesto que existe un concepto amplio de infracción y sanción urbanística, y un concepto más estricto. Así, “en sentido amplio e impreciso,

constituye infracción urbanística cualquier vulneración de la legalidad urbanística –(...) la legislación ‘strictu sensu’ y (...) los diversos instrumentos de planeamiento territorial–, en cuanto que dicha trasgresión constituye el presupuesto de hecho de la eficacia sancionadora de la norma, y cualquiera que sea la modalidad que dicha sanción pueda revestir –nulidad del acto viciado, pérdida de derechos patrimoniales, expropiación forzosa, multa pecuniaria, etc.–. Se usa aquí el término, por tanto, como sinónimo de cualquier acto ilícito urbanístico”. La reacción del ordenamiento frente a ello constituiría, en sentido amplio, la disciplina urbanística.

En cambio, añade el mismo autor, “en sentido estricto (...) el alcance del término se restringe notablemente, para caracterizarse como una especie de las infracciones administrativas. En efecto, la legislación urbanística selecciona, según una técnica de tipificación penal, determinadas conductas especialmente enervantes de los fines de la ordenación y la acción urbanística de los entes públicos, y defiere a la propia Administración, sobre quien recae la dirección y control de la gestión del urbanismo, la potestad de retribuir las con una sanción pecuniaria”. Al efecto y a título de ejemplo, el art. 201 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001, declara que “son infracciones urbanísticas las acciones y omisiones que vulneren o contravengan esta Ley, los planes y ordenanzas, y estén sujetas a sanción y tipificadas en la presente Ley”. Ahí, sin embargo, no se acababan las medidas de protección de la legalidad urbanística, que incluyen diversas medidas administrativas de reintegración de la legalidad urbanística vulnerada como la suspensión cautelar de obras y usos en curso y prohibición definitiva de los mismos, órdenes de demolición de obras ilegales o de reconstrucción de lo indebidamente demolido.

Precisamente, en torno a ambas dicotomías (prescripción y caducidad, y san-

ciones y medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística) interesa señalar que se ha venido a entender que mientras la adopción de medidas sancionadoras “*strictu sensu*” está sometida a prescripción, la acción dirigida a restaurar la legalidad urbanística por la misma causa está sometida a plazo de caducidad (STS 14-3-1995, RJ 1995\2087).

Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de mayo de 2007 (JUR 2007\322408):

“**TERCERO.**- La posibilidad del ejercicio de la acción de restauración de la legalidad está limitada en el tiempo. Tanto el artículo 249 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, como el artículo 195 de la Ley de Madrid 9/2001, aplicable en razón del momento en que se dictó el acto administrativo de referencia, fijan este plazo en cuatro años desde la total terminación de las obras. El Tribunal Supremo en constante Jurisprudencia, de la que es ejemplo la Sentencia de la sala Tercera de 7 de noviembre de 1988 (Ar. 8785) o la de 5 de junio de 1991 (Ar. 4865), manifiesta que cuando estamos ante un procedimiento cauce de la reacción municipal frente a una obra realizada sin licencia u orden de ejecución en ejercicio de las potestades atribuidas por el artículo 185 de la Ley del Suelo, y no ante el procedimiento sancionador de la infracción urbanística, distinción procedimental, perfectamente deducible de los artículos 225 y 51, respectivamente, de la misma Ley y del reglamento de disciplina urbanística, razón por la que resulta inadecuado hablar de prescripción y sí correcto de caducidad de la acción administrativa o de presupuesto habilitante de la reacción, por supeditarse esta a que desde la total terminación de las obras no haya transcurrido un año o cuatro, según resulte aplicable dicho artículo 185 en su redacción originaria o tras su modificación por el artículo 9 del Real Decreto-ley 16/1981, de 16 de octubre. Esta idea viene reiterada por la Sentencia de la sala Tercera del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1992 (Ar. 759), cuando

señala que en estos casos nos hallamos en presencia de un procedimiento cauce de la reacción municipal frente a una obra realizada con licencia, pero sin ajustarse a los términos o condicionamiento de la misma sino extralimitándolos, o sin licencia; es decir, estamos en el ámbito del artículo 185 Ley del Suelo y no en el procedimiento sancionador de su artículo 230, por lo que es más propio hablar de caducidad de la acción administrativa que de prescripción. En igual sentido se manifiestan las sentencias de 2 de octubre de 1990 (Ar. 7826), 17 de octubre de 1991 (Ar. 7843), 24 de abril de 1992 (Ar. 3991), 22 de noviembre de 1994 (Ar. 8644) y 14 de marzo de 1995 (Ar. 2087)”.

En sentido semejante pueden citarse, entre otras muchas, las Sentencias de la propia Sala de Madrid de 19 diciembre de 2006 (RJCA 2007\532) y 16 de noviembre de 2006 (JUR 2007\182144).

Los plazos de prescripción (o caducidad si hablamos del restablecimiento de la legalidad urbanística) vienen establecidos en distintas leyes. Así, el artículo 132.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común dispone que “*las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan*”; y, en su defecto, se establecen ciertos plazos que, no obstante, ceden ante los especiales que fijan las leyes sancionadoras.

Dada la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas, reconocido por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, el régimen sancionador será el recogido en las correspondientes legislaciones autonómicas (p.ej. arts. 201 y ss. de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, o arts. 191 y ss. de la Ley de Urbanismo de Cataluña, Texto Refundido de 26 de julio de 2005) y, sólo supletoriamente, será aplicable el previsto por el supletorio Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Decreto Legislativo de 9

de abril de 1976 (arts. 225 y ss.) y el Reglamento de Disciplina Urbanística, de 23 de junio de 1978 (arts. 51 y ss.).

De este modo, las diferentes leyes autonómicas fijan diferentes plazos.

En determinados supuestos, con todo, se considera que la infracción es imprescriptible (o para el caso del restablecimiento de la legalidad urbanística, no caduca la potestad administrativa). En tales supuestos, la potestad sancionadora de la Administración y el restablecimiento de la legalidad urbanística podrá ejercerse cualquiera que sea el tiempo que haya transcurrido.

En este sentido, conforme al artículo 219.6 de la Ley de Urbanismo de Cataluña, “*los plazos de prescripción establecidos en los apartados 1 y 4*”, es decir, los referentes a infracciones, órdenes de restauración de la realidad física alterada y obligaciones derivadas de la declaración de indemnización por daños y perjuicios, “*no son aplicables en los supuestos regulados en el artículo 202.1*”, esto es, los supuestos de nulidad de

“Mientras la adopción de medidas sancionadoras ‘strictu sensu’ está sometida a prescripción, la acción dirigida a restaurar la legalidad urbanística por la misma causa está sometida a plazo de caducidad.”

pleno Derecho, “que en todos los casos son susceptibles de sanción y de la acción de reposición sin limitación de plazo”. De conforma semejante, el art. 200 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid ordena lo siguiente: “1. Los actos de construcción, edificación o uso del suelo que se realicen sin licencia u orden de ejecución en terrenos calificados por el planeamiento urbanístico como zona verde o espacio libre quedarán sujetos al régimen jurídico establecido en este Capítulo sin que sea de aplicación limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística. 2. Son nulas de

pleno derecho, a los efectos de lo dispuesto en el número 1 del artículo 199 las licencias que legitimen y las órdenes de ejecución que impongan actos o usos que constituyan, de acuerdo con la presente Ley, infracciones urbanísticas muy graves y, en todo caso, las que afecten a zonas verdes y espacios libres”.

A nuestro juicio, si bien la regla es razonable por la que se refiere a la restauración de la realidad física y la indemnización de daños y perjuicios, como consecuencias mismas de la nulidad de pleno Derecho y su imprescriptibilidad, la imprescriptibilidad de las infracciones puede ser discutible pues carece de parangón en el Derecho sancionador fuera de supuestos tan extremos como el genocidio. No es éste, sin embargo, el objeto de esta exposición.

Pues bien, visto de modo sucinto, el planteamiento de la prescripción y caducidad de la potestad administrativa para el restablecimiento de la legalidad urbanística, procede ya entrar en el objeto de este comentario, cual es la llamada pérdida de la prescripción por la realización de nuevas obras que sustituyen a las prescritas.

A este respecto, el régimen jurídico de las obras y edificaciones ilegales respecto de las cuales haya prescrito la acción para exigir el restablecimiento de la legalidad urbanística es asimilable al propio de la situación jurídica de fuera de ordenación (cuando la edificación legal al amparo de la normativa en su día vigente, pasa a ser disconforme con un nuevo planeamiento).

Por ejemplo, el artículo 64 b) de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, previene, como efecto de la alteración del planeamiento: “La declaración en situación de fuera de ordenación de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación, en los términos que disponga el Plan de Ordenación Urbanística de que se trate. A los efectos de la situación de fuera de ordenación debe-

rá distinguirse, en todo caso, entre las instalaciones, construcciones y edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación, en las que será de aplicación el régimen propio de dicha situación legal, y las que sólo parcialmente sean incompatibles con aquélla, en las que se podrán autorizar, además, las obras de mejora o reforma que se determinen. Son siempre incompatibles con la nueva ordenación, debiendo ser identificadas en el Plan de Ordenación Urbanística, las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional o impidan la efectividad de su destino”.

Decimos pues que existe cierta analogía (aunque tampoco una absoluta identidad) entre la prescripción y la situación fuera de ordenación, porque la prescripción enerva la acción de restablecimiento pero no salva la contravención existente entre las obras o edificaciones ilegales y la normativa urbanística aplicable. La inmersión de una determinada edificación en el régimen jurídico de la situación de fuera de ordenación determina que su destino no es otro que su eliminación por el paso del tiempo y agotamiento de sus estructuras sin que sea admisible obra o intervención alguna que permite su consolidación, modernización y mucho menos su sustitución, que sólo se permiten obras de escasa entidad tendentes a mantener la salubridad y la habitabilidad.

En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de octubre de 2005 (JUR 2006\203873) señala en su Fundamento de Derecho cuarto lo siguiente:

“Debe partirse de la base de que si la construcción en la parte posterior del patio se encontrara prescrita, encontraba en situación equiparable a la de fuera de ordenación, y por tanto la sustitución de cualquiera de sus elementos comporta, en primer término, la pérdida de la prescripción, pues el destino de las obras en estas situaciones de fuera de ordenación son su eliminación por el paso del tiem-

“Existe cierta analogía (aunque tampoco una absoluta identidad) entre la prescripción y la situación fuera de ordenación, porque la prescripción enerva la acción de restablecimiento pero no salva la contravención existente entre las obras o edificaciones ilegales y la normativa urbanística aplicable.”

po y agotamiento de sus estructuras sin que sea admisible obra o intervención alguna que permita su consolidación, modernización y mucho menos su sustitución, ya que sólo se permiten obras de escasa entidad tendentes a mantener la salubridad y la habitabilidad”.

Por su parte, la sentencia del propio TSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2004 (JUR 2005\18609) establece, en su Fundamento de Derecho Tercero:

“El nuevo propietario se coloca en el mismo lugar en que se encontraba el anterior asumiendo en este ámbito, la posición del anterior, con sus obligaciones y cargas. Partiendo de este Criterio, el recurrente pone todo su énfasis en acreditar que el patio estaba cubierto mediante una uralita y lo que ha realizado es su sustitución por un tragaluz de vidrio armado. Pues bien aún admitiendo que la cubrición del patio mediante uralita, existiera con anterioridad, si la misma no se encontraba amparada por la original licencia de construcción del edificio, o por cualquier otra licencia ulterior, y aún admitiendo que dicha construcción se encontrara prescrita y por lo tanto en situación equiparable a la de fuera de ordenación, su sustitución por otro elemento, comporta, en primer término, la pérdida de la prescripción, pues el destino de las obras en estas situaciones de fuera de ordenación son su eliminación por el paso del tiempo y agotamiento de sus estructuras sin que sea admisible obra o intervención alguna que permita su consolidación, modernización y mucho menos su sustitución, ya que sólo se permiten obras de escasa entidad tendentes a mantener la salubridad y la habitabilidad.

Pero además aún cuando la anterior cubrición de patio tuviera licencia, su sustitución por una nueva precisa también de la correspondiente licencia. El recurrente admite que procedió a sustitución del tragaluz de uralita mediante su sustitución por uno de vidrio armado, y como quiera que no consta que tenga licencia para ello es evidente que el requerimiento de legalización es correcto

a menos que hayan transcurrido mas de cuatro años desde la total terminación de las obras, pues en este caso habría caducado la acción de restauración de la legalidad urbanística”.

Cabe mencionar, que en ambas Sentencias, de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid es Ponente el Ilmo. Sr. D Juan Francisco López de Hontanar Sánchez siguiendo en ambas idéntico criterio en similares circunstancias.

Las dos sentencias contemplan supuestos de sustitución. En una, la sustitución de un tejado de uralita construido sin licencia, por la sustitución de una cubierta de vidrio armado y formación de un lucernario. En otra, la sustitución de un tejado por otro de mayor inclinación para facilitar la recogida del agua. En ambas sentencias se falla demoler estas construcciones ya que las mismas no se encontraban amparadas por la original licencia de construcción del edificio, o por cualquier otra licencia ulterior, y aún admitiendo que dicha construcción se encontrara prescrita y por lo tanto en situación equiparable a la de fuera de ordenación, su sustitución por otro elemento, comporta, en primer término, la pérdida de la prescripción, pues el destino de las obras en estas situaciones de fuera de ordenación son su eliminación por el paso del tiempo y agotamiento de sus estructuras sin que sea admisible obra o intervención alguna.

Pero tales supuestos no pueden extenderse a cualquier obra o actuación nueva o posterior, que determinase la pérdida de la prescripción (o la caducidad de la potestad administrativa de restablecimiento de la legalidad urbanística). Es preciso distinguir entre supuestos de sustitución y de mera adición (en los que la acción de restablecimiento podría ejercitarse frente a las adiciones ilegales pero debería respetar las obras ya prescritas).

Por poner un ejemplo práctico, una cosa es decir que el tejado ilegal pero prescrito no puede sustituirse por otro

tejado, y otra bien distinta que la prescripción de una determinada obra (por ejemplo un tejado) se pierda por la realización de cualquier otra actuación menor que no sustituye a las actuaciones ilegales pero prescritas anteriores ni las afecta en modo alguno: (p.ej. unas ventanas, para mantener la salubridad y la habitabilidad de la casa).

Además, en el juego de la “pérdida de la prescripción” debemos también observar uno de principios que ha de regir la actuación administrativa como es el de proporcionalidad.

Así, precisamente en torno a la posible demolición de obras ilegales, nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2002 (RJ 2002\609), *“el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho del artículo 1.1 de nuestra Carta Magna con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el*

“En el juego de la ‘pérdida de la prescripción’ debemos también observar uno de principios que ha de regir la actuación administrativa como es el de proporcionalidad.”

Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que

lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuesta positiva a estas preguntas”.

La jurisprudencia es sumamente cauta en esta materia, y nos presenta la demolición como una solución crítica, de destrucción, que habrá de interpretarse restrictivamente ante la imposibilidad de otras soluciones alternativas que permitan el ajuste a la legalidad urbanística. De tal manera que corresponde al Tribunal determinar la legalidad o no de las obras, pero la consecuencias de tales determinaciones críticas sólo deben adoptarse una vez ponderadas todas las soluciones posibles en ejecución de sentencia, y teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad que ampara el art. 106,1 de la Constitución, y que impone una armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida.

Como tiene señalado el TS en sentencia de 18 de julio de 1995 (RJ 1995\6172), “Por todo ello, parece procedente aplicar en el caso actual, como la sociedad apelante siempre ha solicitado, el criterio de la proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia –por ejemplo, SS. 1 julio (RJ 1981\3147) y 19 septiembre 1981 (RJ 1981\3514) y 3 noviembre 1993 (RJ 1993\8321)–, para evitar la desarmonía que pudiera producirse entre la entidad o gravedad de la infracción cometida las consecuencias dañosas que se derivan de la imposición de unas medidas de derribo desproporcionadas con dicha falta, resultando necesaria la ponderación de ambos factores bajo un criterio de proporcionalidad y congruencia, que debe actuar como presupuesto legitimador de las medidas que en cada caso concreto se adopten”.

Eigualmente la sentencia del Supremo de 28 de enero de 1987 (RJ 1987\2014), que establece... “pero, la inevitable y drástica demolición no se reputa procedente, pues, por ser extrema, impone la necesidad de ser aplicada con mesura y

restrictivamente, a fin de evitar que con ella se origine un mal o resultado más grave que el producido por la discordancia entre lo autorizado y lo que se realiza por lo que a aquélla ha de llegarse sólo excepcionalmente en casos verdaderamente límites, como declararon las SS. 15 mayo 1980 (RJ 1980\2807), 25 mayo 1982 (RJ 1982\4132), 2 noviembre 1983 (RJ 1983\5985) y 13 diciembre 1984 (RJ 1984\6539) de esta Sala, con la finalidad de no romper la deseada regla de la proporcionalidad entre los medios a emplear y los objetivos a conseguir (SS. 30 junio [RJ 1981\2808], 6 y 23 noviembre 1981 [RJ 1981\5271]), lo que conlleva a la necesidad de estar siempre al principio de menor demolición a que se referían las de 27 diciembre 1974 (RJ 1974\5223) y 8 mayo 1980 (RJ 1980\2828) ya que lo que legitima la intervención administrativa, conforme a los arts. 4 y 6 Reglamento de servicios de las corporaciones locales, es la congruencia entre su fundamentación y los fines que la justifican, condicionante de sometimiento a éstos que reitera el art. 106.1 de nuestra Constitución”.

En conclusión, la doctrina relativa a la pérdida de la prescripción (o caducidad) ganada por el paso del tiempo, a pesar de ser las obras ilegales (y no imprescriptibles), debe venir referida a los supuestos de sustitución, de forma que al sustituir el elemento prescrito el nuevo elemento que lo sustituye ya no está protegido por la prescripción, siempre y cuando exista una relación de equivalencia entre ambos elementos. No debe aplicarse, en cambio, a supuestos de actuaciones posteriores que mantienen y no sustituyen al elemento anterior, máxime cuando, por aplicación del principio de proporcionalidad, tienen una entidad mucho menor que el elemento prescrito. En estos últimos supuestos, la potestad de protección de la legalidad urbanística podrá ejercerse, con las condiciones y límites legales, contra tales actuaciones nuevas, pero deberá respetar el elemento prescrito. ■

“La pérdida de la prescripción (o caducidad) ganada por el paso del tiempo, a pesar de ser las obras ilegales (y no imprescriptibles), debe venir referida a los supuestos de sustitución, de forma que al sustituir el elemento prescrito el nuevo elemento que lo sustituye ya no está protegido por la prescripción, siempre y cuando exista una relación de equivalencia entre ambos elementos.”

**Derechos adquiridos,
expectativas legítimas y
retroactividad de las normas
que alteran o modifican
derechos económicos
reconocidos. Caso particular
de las instalaciones de
producción de energía
eléctrica: distinto régimen
de primas en el Real Decreto
661/2007 respecto del Real
Decreto 486/2004.**

Eduardo Soler Tappa

Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio
de Industria, Turismo y Comercio (Áreas de Energía e Industria)

“la Ley del Sector Eléctrico estableció el derecho de las instalaciones del régimen especial (energía solar, eólica, etc.) a percibir una retribución superior a la que perciben las de régimen de producción ordinaria o convencional (como la energía nuclear, carbón, etc.) de forma que obtuvieran una rentabilidad razonable.”

I. INTRODUCCIÓN

El fin de la regulación del régimen especial es fomentar la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovable y de tecnologías de cogeneración de alta eficiencia, y así alcanzar los objetivos previstos en el Plan de Fomento de la Energía Renovables en España 2000-2010, y en el Plan de Acción 2005-2007, donde se plantean las líneas prioritarias contempladas en la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España 2004-2012.

Para ello, la Ley del Sector Eléctrico estableció el derecho de las instalaciones del régimen especial (energía solar, eólica, etc.) a percibir una retribución superior a la que perciben las de régimen de producción ordinaria o convencional (como la energía nuclear, carbón, etc.) de forma que obtuvieran una rentabilidad razonable.

1. El Real Decreto 436/2004.

Sin ahondar en los detalles de una regulación superespecializada puede decirse que el Real Decreto 436/2004 fue la norma que regulaba las instalaciones de régimen especial, señalando el mismo que estaban incluidas en el régimen especial de producción de energía eléctrica aquellas instalaciones renovables, de cogeneración y aquellas de consumo residuos no renovables, con una potencia inferior a 50 MW. Estas instalaciones, a diferencia de las instalaciones convencionales u ordinarias, no están obligadas a participar en el mercado de producción eléctrica, y pueden ceder toda su producción a la red de la distribuidora más próxima, percibiendo por ello una retribución fija (o también llamada tarifa regulada) por cada kilowatio (kWh) generado. Pero si voluntariamente deciden participar en el mercado de producción, reciben entonces la retribución que obtengan en el mercado más una prima o incentivo.

Es decir, **el Real Decreto 436/2004**, de 12 de marzo, por el que se establecía la metodología para la actualización

y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, **pretendía ofrecer un marco predecible, seguro y estable para el sector, de tal forma que se fomentara el desarrollo de las energías renovables** y de la cogeneración, garantizando así el cumplimiento de los objetivos contraidos para el año 2010.

Con esta idea, se establecieron las primas y tarifas para cada una de las tecnologías incluidas dentro del régimen especial, para toda la vida de cada proyecto. Es decir, **cada proyecto puesto en marcha conocía por adelantado la retribución que iba a percibir por cada kWh generado durante toda su vida útil**, y las revisiones previstas para cada cuatro años no podían afectar a las plantas que ya hubieran sido puestas en funcionamiento antes de la entrada en vigor de la norma.

En este Real Decreto que posteriormente fue sustituido por el Real Decreto 661/2007, y cuyo alumbramiento es el que motiva estas líneas de estudio, las tarifas fueron fijadas teniendo en cuenta los costes de inversión de cada una de las tecnologías (solar, eólica, etc.) del régimen especial, y la posibilidad de obtener una rentabilidad razonable.

De este modo el Real Decreto 436/2004 parecía que garantizaba una prima para toda la vida del proyecto (en torno a 15 a 20 años.)

Así, expresamente, el artículo 1 del Real Decreto 436/2004 dispuso que el objeto de la regulación era *“El establecimiento de un régimen económico duradero para las instalaciones acogidas al régimen especial, basado en una metodología de cálculo de la retribución, objetiva y transparente, compatible con la metodología para la aprobación o modificación de la tarifa eléctrica media o de referencia, regulada por el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre”*. En ese sentido contempló el artículo 40 del Real Decreto un sistema de revisiones cada cuatro años (empezando en el año 2006) que no entrarían en vigor hasta el

1 de enero del segundo año posterior al año en que se hubiera efectuado la revisión.

En concreto parecía (el artículo 40) que garantiza las tarifas, primas, incentivos y complementos, afirmando la inexistencia de retroactividad sobre las tarifas y primas de instalaciones puestas ya en funcionamiento antes del período que el mismo precepto establecía, esto es, antes de que la nueva regulación entrara en vigor.

2. Entrada en vigor del Real Decreto 661/2007.

Ahora bien, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo sustituyó al Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, y dio una nueva regulación a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, manteniendo no obstante la estructura básica de su regulación.

El marco económico establecido en el nuevo Real Decreto desarrollaba y desarrolla los principios recogidos en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, garantizando a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones y a los consumidores eléctricos una asignación también razonable de los costes imputables al sistema eléctrico, si bien altera en cierta medida el régimen económico establecido, pues modifica el citado artículo 40, e introduce una nueva previsión en su Disposición Transitoria Primera.

Sin entrar en análisis detallados que excederían ahora del objeto de este estudio, puede destacarse en primer término que el nuevo Real Decreto garantiza la tarifa regulada que la instalación viene percibiendo, pero no dice nada del importe de las primas, el cual por tanto, en principio, no estaría garantizado. Ahora bien, en la nueva norma se aprecia un aumento de las primas de determinadas tecnologías (energía solar termoeléctrica, energía solar fotovoltaica, biomasa de cultivos energéticos, biomasa de residuos forestales y agrícolas, y cogeneración en función de la potencia);

la única prima que disminuye es la de la energía eólica (en su opción mercado).

Esta disminución, que puede afectar a instalaciones puestas en marcha con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma (que disminuye la prima), es precisamente la que plantea la trascendental cuestión de la afección a derechos adquiridos, expectativas legítimas y posible retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos.

II. RETROACTIVIDAD, DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

1. Sobre la retroactividad.

Una medida como la expuesta, de modificación del régimen económico de las primas en instalaciones de producción cuya puesta en funcionamiento fue previa a la entrada en vigor de la nueva norma modificativa, parece en principio que adolece de cierta retroactividad.

Ahora bien, diferente es que con la regulación pretendida y su entrada en vigor se afecten derechos adquiridos, a que se vean afectadas las expectativas de los titulares de las instalaciones en la aplicación del régimen económico del Real Decreto 436/2004 durante toda la vida de la instalación, respecto del cual se había generado (y esto es lo importante) una cierta expectativa de permanencia.

Como ha expresado la sentencia del Tribunal Supremo de 15 noviembre de 1999 –RJ 1999/9300–, entre otras, “La retroactividad de las normas en nuestro ordenamiento viene marcada por los determinados preceptos y criterios jurisprudenciales. El artículo 2.3 del Código Civil contiene una norma de aplicación subsidiaria, al establecer la irretroactividad de las Leyes, si éstas no dispusieran lo contrario. El artículo 9.3 CE eleva a rango constitucional la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Y, en fin, el artículo 62.2 LRJ-PAC establece la

“Diferente es que con la regulación pretendida y su entrada en vigor se afecten derechos adquiridos, a que se vean afectadas las expectativas de los titulares de las instalaciones en la aplicación del régimen económico del Real Decreto 436/2004 durante toda la vida de la instalación, respecto del cual se había generado (y esto es lo importante) una cierta expectativa de permanencia.”

“No existe una prohibición constitucional de la legislación retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el artículo 9.3 CE, pues el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes que el artículo 9.3 de la Norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.”

sanción de nulidad para los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos”.

Así, antes de nada, y siguiendo la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 182/1997, de 28 de octubre, conviene recordar la doctrina de este Alto Tribunal en relación con los principios de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales y de seguridad jurídica, doctrina que aunque construida en relación con las normas tributarias sirve, sin embargo, como referencia o parangón de la postura del Tribunal sobre la retroactividad.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional ha declarado que **no existe una prohibición constitucional de la legislación retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el artículo 9.3 CE, pues el límite expreso de la retroactividad in peius de las leyes que el artículo 9.3 de la Norma suprema garantiza no es general, sino que está referido exclusivamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.**

En efecto el artículo 9.3 señala que *“La Constitución garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)”.*

Sobre la retroactividad de las normas el artículo 2.3.º del Código Civil, en perfecta consonancia con el 9.3.º de la Constitución, dice con nitidez que las leyes carecen de eficacia retroactiva si no dispusieren lo contrario, lo que, en principio parece que obliga, no sólo a declarar su irretroactividad en los casos en que ella no se establezca, sino incluso a interpretar el tema restrictivamente en los supuestos en que así se contemple.

Sin embargo puede afirmarse que no existe una interdicción general de la retroactividad de las normas (antes al contrario, *“fuera de las materias respecto de las que el art. 9.3 CE veta totalmente la retroactividad, es posible que se dote a*

la ley del ámbito de retroactividad que el legislador considere oportuno, disponiendo éste, por consiguiente, de un amplio margen de discrecionalidad política” –STC 150/1990, fundamento jurídico 8.º–), y en todo caso, cualquiera que sea el criterio interpretativo que se adopte en relación con el mencionado artículo 2.3 CC (STS 15 noviembre de 1999 –RJ 1999/9300–), ya se entienda que establece una regulación subsidiaria común para cualquier disposición escrita con carácter de generalidad –SSTS 15 de abril de 1997 (RJ 1997,3086) y 26 de febrero de 1999 (RJ 1999,1823)–, o se sostenga la tesis que la entiende referida sólo a las disposiciones con rango de Ley y que existe una prohibición absoluta de retroactividad para los reglamentos, lo cierto es que resultan ineficaces, con nulidad absoluta, en principio, las normas reglamentarias retroactivas que sean claramente restrictivas de derechos individuales.

Obvio es que no cabe considerar, pues, con carácter general, subsumido el proyecto de modificación del Real Decreto 436/2004 en aquéllas a las que se refiere expresamente el citado artículo 9.3 CE, por cuanto la futura norma no tiene por objeto una restricción de derechos individuales.

En efecto, la reforma pretendida no supone ni la supresión de las medidas de fomento, ni una alteración total del régimen especial. La reforma respeta la construcción del régimen económico establecido en el Real Decreto 436/2004, es más, la reforma se asienta en la necesidad de estabilidad del sistema por medio del mantenimiento de las premisas que inspiraron su establecimiento y la necesidad de garantizar una rentabilidad razonable a los titulares de las instalaciones acogidas al régimen especial. La reforma pretendida no supone ni la supresión de las medidas de fomento, ni una alteración total del régimen especial. La reforma no altera las premisas utilizadas en el diseño del régimen económico establecido en el Real Decreto 436/2004, antes al contrario, incluso

persigue el objetivo de asegurar la estabilidad del sistema de apoyos y de garantizar una rentabilidad razonable a los titulares de las instalaciones acogidas al régimen especial.

Por otro lado la modificación del Real Decreto 436/2004 introduce reformas que, yendo más allá de un mera revisión de las primas constituyen en realidad una adaptación de las instalaciones acogidas a este régimen a la actual realidad social y económica intentando corregir, actualizar y completar la regulación para el fomento de las energías renovables, así como intentar evitar las disfunciones advertidas en su aplicación.

Por tanto puede afirmarse que aún considerando que la medida tuviera cierto carácter retroactivo, la norma no es restrictiva de derechos individuales (obviamente tampoco es sancionadora), debiéndose ya advertir que como enseña la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 42/1986 (Pleno), de 10 abril (RTC 1986\42): *“Este Tribunal ha señalado ya en varias ocasiones que la regla antes citada no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a las leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo. De hecho, la expresión ‘restricción de derechos individuales’ del art. 9.3 ha de equipararse a la idea de sanción, por lo cual el límite de dicho artículo hay que considerar que se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona”*.

Cosa distinta en que en el seno de esta reforma legislativa, o de otra de similares características, el concreto sistema de readaptación de derechos económicos (en este caso primas) se considere que integra algún supuesto de restricción o vulneración de cualesquiera principios.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que **afirmar que una categoría de normas en general no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactivi-**

dad establecida en el artículo 9.3 CE, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, no supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución (STC 126/1987, fundamento jurídico 9.º), en particular, por lo que ahora interesa, el de seguridad jurídica, recogido en el mismo precepto constitucional (STC 173/1996, fundamento jurídico 3.º.4).

2. Sobre la seguridad jurídica.

Sobre el significado del principio de seguridad jurídica en este particular contexto, el Tribunal Constitucional también ha señalado (y ha de seguirse con la exposición que ofrece la sentencia 182/1997) **que dicho principio, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico** existente (STC 126/1987, fundamento jurídico 11), ni deba entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen (SSTC 27/1981 y 6/1983), **sí protege, en cambio, la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad** (STC 150/1990, fundamento jurídico 8.º).

Pero como ha dicho el mismo Tribunal la mera constatación de que la norma tiene carácter retroactivo debe llevar necesariamente a la conclusión de que la seguridad jurídica en alguna manera ha podido quedar afectada.

Tal corolario, sin embargo, no implica automáticamente que deba ser declarada inconstitucional.

Determinar, en consecuencia, cuándo una norma de carácter retro-

“El Tribunal Constitucional ha señalado del principio de seguridad jurídica que, aun cuando no pueda erigirse en valor absoluto, sí protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad.”

“Determinar cuándo una norma de carácter retroactivo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta el grado de retroactividad de la norma cuestionada y las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto.”

activo vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta:

A) De un lado, el grado de retroactividad de la norma cuestionada.

B) Y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto (SSTC 126/1987, fundamento jurídico 11, 150/1990, fundamento jurídico 8.º, y 173/1996, fundamento jurídico 3.º).

Por ello una **mera modificación con cierto carácter retroactivo del régimen económico de las primas** (en este caso que sirve de ejemplo en las instalaciones eólicas), **que conlleve la aplicación a todas las instalaciones, incluidas las ya existentes** (antiguas) **que vienen disfrutando del anterior régimen de primas, no integra per se un supuesto de retroactividad proscribida, sino que llegar a esta determinante conclusión exige analizar el grado de retroactividad de la norma y las circunstancias específicas que concurren en el caso concreto.**

Así, como es sabido el Tribunal Constitucional ha distinguido entre la retroactividad auténtica o de grado máximo, y la retroactividad impropia o de grado medio.

El primer supuesto se produce cuando la disposición pretende anudar sus efectos a situaciones de hecho producidas con anterioridad a la propia Ley y ya consumadas. En este caso dice el Alto Tribunal que sólo exigencias calificadas de interés general podrían imponer el sacrificio del principio de seguridad jurídica.

De este modo lo que se prohibiría es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva norma en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenecería al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna modificación, hayan de recibir (STC 42/1986).

De acuerdo con esta doctrina, para analizar la constitucionalidad y legalidad de la reforma ahora pretendida será preciso, en primer término, determinar cuál es su grado de retroactividad.

Al respecto siguiendo con la teoría de los tipos de retroactividad, analizando los distintos niveles o grados, conforme a la más autorizada doctrina civilista (De Castro), refrendada por la doctrina del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de febrero de 1996 –RJ 1996, 1039– entre otras), la retroactividad –debe reiterarse– puede clasificarse u ordenarse en tres grados o clases: grado máximo, medio y mínimo.

La de grado máximo aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; en la de grado medio la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y la retroacción de grado mínimo, la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma.

En el supuesto analizado puede considerarse, pues, que esta retroactividad de carácter mínimo es la que anuda los efectos previstos en la reforma del Real Decreto 436/2004, en el aspecto ahora estudiado.

En efecto, la medida normativa no afecta a los efectos económicos ya producidos, ni a los nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados, sí en cambio a los efectos económicos que en un futuro se producirán respecto a instalaciones que han surgido bajo el imperio de la norma que se pretende modificar.

Esta retroactividad de carácter mínimo, que –ha de repetirse– se pretende anudar a situaciones (no efectos) producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (de nuevo SSTC

42/1986, 99/1987, 227/1988, 210/1990 y 182/1997, entre otras, y SSTs de 18 de marzo de 1995 y 15 de abril de 1997, entre otras muchas), que es el supuesto ahora analizado.

Con estos datos, debe rechazarse desde el principio estar en presencia de una retroactividad calificada como “plena” o “auténtica”. La norma atribuye efectos jurídicos futuros a hechos (venta de energía) que todavía no se han realizado.

Por tanto, si lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva norma en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro¹, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos hayan de recibir.

Parece, por tanto, que en este tipo de retroactividad impropia **la seguridad jurídica no queda afectada, ya que como se ha dicho la seguridad jurídica (STC 182/1997) no es un valor absoluto, pues de lo contrario se produciría la petrificación del ordenamiento jurídico, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen.**

Sin embargo lo que se acaba de exponer –continúa el TC en la sentencia citada–, tampoco significa que cualquier regulación de este género deba reputarse conforme a la protección de la confianza de los ciudadanos que la Constitución dispensa en el art. 9.3, sino que *“Como hemos recordado anteriormente, si la afectación de la seguridad jurídica por una norma de retroactividad impropia como la enjuiciada vulnera o no la Constitución es un interrogante al que sólo puede responderse después de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y el alcance de la misma. Sólo después de una ponderación de los dife-*

rentes elementos en presencia es posible concluir si el art. 9.3 CE ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que, insistimos, no es un valor absoluto, debe ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”.

Es por ello aunque la medida integre un supuesto de retroactividad de grado mínimo, retroactividad admitida por la más alta institución constitucional (TC), que en principio no parece afectar a la seguridad jurídica sin embargo, y en todo caso hace que la licitud o ilicitud de la disposición dependa de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso, que tenga en cuenta los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el supuesto, es decir, la finalidad de la medida y las circunstancias relativas a su grado de previsibilidad, su importancia cuantitativa, y otros factores similares (STC 126/1987 fundamentos jurídicos 11, 12 y 13, STC 197/1992, fundamento jurídico 4.^º y STC 173/1996, fundamento jurídico 3.^º).

3. Circunstancias concretas del caso que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico.

Debe abordarse, entonces, a través de estas circunstancias si el principio no absoluto de seguridad jurídica y en tanto que manifestación o concreción del mismo, el de protección de la confianza legítima², han resultado vulnerados:

3.1. Previsibilidad de la medida.

La primera de las circunstancias que han de concretarse es, como se ha dicho, la previsibilidad de la medida adoptada retroactivamente, grado de previsibilidad que determina el grado en la que la seguridad jurídica y la confianza legítima han quedado afectadas.

A este respecto debe reconocerse, antes que nada, que el hecho de que el Real Decreto 436/2004 tuviera por ob-

“La seguridad jurídica no queda afectada, ya que como se ha dicho la seguridad jurídica (STC 182/1997) no es un valor absoluto, pues de lo contrario se produciría la petrificación del ordenamiento jurídico, ni puede entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen.”

“Las exigencias de seguridad jurídica que derivan del artículo 9.3 CE no pueden nunca llegar hasta el punto de impedir al Gobierno tomar conciencia de las situaciones de mercado, o de cualquier otra especie, y hacerlas frente adoptando las medidas que se estimen precisas, incluidas las necesarias para poner remedio a erróneas expectativas económicas, volviendo si fuere necesario, sobre anteriores decisiones del propio legislador.”

jeto unificar la normativa de desarrollo de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, en lo que se refiere a la producción de energía eléctrica en régimen especial, en particular en lo referente al régimen económico de estas instalaciones, pretendiendo dotar a quienes hubieran “*decidido o decidan en el futuro próximo apostar por el régimen especial de un marco regulatorio duradero, objetivo y transparente*” y fijando una nueva metodología para el cálculo de la retribución del régimen especial “*por la seguridad y estabilidad que ofrece*”, no podía hacer esperar, en principio, ese cambio de rumbo de la política retributiva.

Ahora bien, como se ha señalado con anterioridad, **entre las exigencias de la seguridad jurídica no se incluye derecho alguno a la “congelación del ordenamiento jurídico existente”**. Las exigencias de seguridad jurídica que derivan del artículo 9.3 CE, en efecto, no pueden nunca llegar hasta el punto de impedir al Gobierno, tomar conciencia de las situaciones de mercado, o de cualquier otra especie, y hacerlas frente adoptando las medidas que se estimen precisas u oportunas para ello, entre las que se cuentan incluso las necesarias para poner remedio a anteriores y eventuales imprevisiones o –como, sin duda, sucede en este caso– falsas o erróneas expectativas económicas, volviendo, si fuere necesario, sobre anteriores decisiones del propio legislador (STC 182/1997).

En este sentido es enormemente revelador el razonamiento contenido en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006 (núm. recurso 12/2005) que sobre la previsibilidad en caso no idéntico pero sí similar llega a decir:

“La misma consideración es aplicable al principio de confianza legítima, creciente e indebidamente aducido como argumento descalificador de no pocas modificaciones normativas que algunos agentes económicos reputan más o menos perjudiciales para sus intereses. Aducen las recurrentes que sus in-

versiones en la actividad de producción de energía eléctrica de régimen especial se hicieron en un determinado momento ‘confiando en que la Administración no cambiará las condiciones jurídicas que fueron determinantes para que [...] decidieran construir las instalaciones’, premisa de la que deducen que la minoración de las primas posteriores al Real Decreto 2351/2004 (RCL 2004, 2637, 2690) respecto de las fijadas en el Real Decreto 435/2004 sería contraria a aquel principio.

Tal razonamiento, referido a un mecanismo incentivador como es el de las primas en cuestión, no puede ser comparado. Mientras no sea sustituida por otra, la regulación legal antes reseñada (artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico) permite a las empresas correspondientes aspirar a que las primas incorporen en su fijación como factor relevante el de obtener «unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales» o, por decirlo una vez más con palabras del preámbulo del Real Decreto 436/2004, ‘una retribución razonable para sus inversiones’.

El régimen retributivo que analizamos no garantiza, por el contrario, a los titulares de instalaciones en régimen especial la intangibilidad de un determinado nivel de beneficios o ingresos por relación a los obtenidos en ejercicios pasados, ni la permanencia indefinida de las fórmulas utilizables para fijar las primas.

Del mismo modo que en función de factores de política económica de muy diverso signo (relativos al fomento de las energías renovables pero también a la planificación de las redes de los sectores de electricidad, además de otras consideraciones de ahorro y eficiencia energética) las primas e incentivos para la producción de energía eléctrica en régimen especial pueden aumentar de un año para otro, podrán también disminuir cuando esas mismas consideraciones así lo aconsejen. Siempre que, insistimos, se mantengan las variaciones dentro de los límites legales que disciplinan

esta modalidad de fomento, el mero hecho de que la actualización o la significación económica de la prima ascienda o descienda no constituye de suyo motivo de nulidad ni afecta a la confianza legítima de sus destinatarios.

Las empresas que libremente deciden implantarse en un mercado como el de generación de electricidad en régimen especial, sabiendo de antemano que es en gran parte dependiente de la fijación de incentivos económicos por las autoridades públicas, son o deben ser conscientes de que éstos pueden ser modificados, dentro de las pautas legales, por dichas autoridades. Uno de los «riesgos regulatorios» a que se someten, con el que necesariamente han de contar, es precisamente el de la variación de los parámetros de las primas o incentivos, que la Ley del Sector Eléctrico atempera —en el sentido antes dicho— pero no excluye”.

En efecto, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 436/2004 ya advertía que “Desde el punto de vista de la retribución, la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial se caracteriza por la posibilidad de que su régimen retributivo se complemente mediante la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establezcan (...)”.

Continúa diciendo la sentencia del Tribunal Supremo antes citada:

“Como bien afirma el Abogado del Estado, los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un ‘derecho inmodificable’ a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de las primas. Dicho régimen trata, en efecto, de fomentar la utilización de energías renovables mediante un mecanismo incentivador que, como todos los de este género, no tiene asegurada su permanencia sin modificaciones para el futuro.

(...)

No cabe oponer simplemente el valor de la ‘seguridad jurídica’ a una

modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta. Es verdad que las normas deberían dotar de una cierta estabilidad a los marcos reguladores de las actividades económicas (de hecho en el preámbulo del Real Decreto 436/2004 (RCL 2004, 823, 972), modificado por el que ahora se impugna, se afirmaba que “[...] esta nueva metodología para el cálculo de la retribución del régimen especial, por la seguridad y estabilidad que ofrece, debe contribuir a fomentar la inversión en este tipo de instalación”), pero también lo es que la seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho”.

Igualmente, como señalara la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006/246), con ocasión de la impugnación del Real Decreto 436/2004:

“(...) Ningún obstáculo legal existe para que el Gobierno, en ejercicio de la potestad reglamentaria y de las amplias habilitaciones con que cuenta en una materia fuertemente regulada como la eléctrica, modifique un concreto sistema de retribución siempre que se mantenga dentro del marco establecido por la LSE (...)”.

Del mismo modo, en distinto contexto, se ha pronunciado también el Tribunal Supremo, como en sentencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 11 junio 1996 (RJ 1996\5408) donde afirma:

“Ni la falta de experiencia en la aplicación de un anterior Real Decreto, ni los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, invocados por los actores, pueden impedir a la Administración el derogarlo y dejarlo sin efecto, cuando así lo considera adecuado a los intereses generales y a una más fiel regulación de éstos; pues, como señala la jurisprudencia de esta Sala, citada por el Abogado del Estado (Sentencias de 23 mayo 1985 [RJ 1985\4122] y 22 oc-

“El Supremo ha dictado que no cabe oponer simplemente el valor de ‘seguridad jurídica’ a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta pues no resulta incompatible desde la perspectiva de la validez de estos últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho.”

tubre 1987 [RJ 1987\8745]), 'no existe principio de derecho, ni precepto legal alguno que obligue a la Administración a mantener a perpetuidad todos los reglamentos aprobados, y afirmar lo contrario es tanto como consagrar la congelación definitiva de las normas sin posibilidad alguna de modificación, lo cual es evidentemente insostenible por privar al ordenamiento jurídico de su esencial condición dinámica y la oportunidad y acierto de una disposición general es materia que incumbe apreciar a los órganos administrativos dentro de un margen de discrecionalidad que esta jurisdicción debe respetar'".

A más abundamiento, no puede negarse que la publicación en el Boletín Oficial del Estado de fecha 24 de junio, del Real Decreto-Ley 7/2006, cuya Disposición Final segunda y tercera ya anunciaba una modificación del régimen especial, tuvo la virtud de poner sobre aviso, meses antes, a los interesados,

“En este caso concreto concurrirían claras exigencias de interés público que fundamentaban la medida adoptada por la reforma del RD 436/2004, aunque ello tenga cierta incidencia sobre la seguridad jurídica de las concretas instalaciones a las que afecta.”

permitiéndoles en aquel momento tomar conciencia de la situación.

3.2. Finalidad de la medida e interés público.

Sentado lo anterior, y tal y como se advertía con anterioridad, la previsibilidad no es el único elemento a los efectos de dilucidar si una norma retroactiva vulnera o no el artículo 9.3 CE.

De ahí, que después de afirmar con rotundidad en el fundamento jurídico 5.º B) de la STC 173/1996 que **la norma impugnada era “absolutamente imprevisible”, lejos de concluir automáticamente en su inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional puntualizaba que una norma de tales características “sólo podría reputarse conforme con la Constitución si existieran claras exigencias de interés general que justificaran que el principio de seguridad jurídica que, insistimos, no es un valor absoluto, debería ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos”** [fundamento jurídico 5.º C)].

Pues bien, no cabe duda de que, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto enjuiciado en la STC 173/1996, en este caso concreto concurrirían claras exigencias de interés público que fundamentaban la medida adoptada por la reforma del RD 436/2004, y por tanto no sólo que posibilitan, sino también que aconsejan la modificación, aunque ello tenga cierta incidencia sobre la seguridad jurídica de las concretas instalaciones a las que afecta.

Efectivamente, aún a riesgo de caer en el detalle de la especialidad del sector, concurrían diversas circunstancias de interés general que constituían imperativos para la Administración en su obligación de dotar a las instalaciones en régimen especial de una retribución razonable.

En efecto, la razón que exigía un cambio normativo, tenía su origen en la previsión del Real Decreto 436/2004 de garantizar una prima para toda la vida de un proyecto (15 a 20 años), calculán-

dola a partir de un precio de mercado que no podía ser conocido a priori para todo ese periodo. De hecho, el precio del mercado, se situó desde los comienzos del funcionamiento del mismo, cercano a los 36 €/MWh, y ésta fue la referencia que se utilizó para calcular las primas correspondientes.

Sin embargo a partir del año 2005, el alto precio de los combustibles y la internalización en el precio de la energía de los derechos de emisión de CO₂, desembocó en un precio de mercado de entre 50-60 €/MWh. Esto provocó que por ejemplo, una de las tecnologías que había experimentado el crecimiento más espectacular dentro del régimen especial, la energía eólica, en lugar de obtener una retribución de 70€/MWh (con una rentabilidad del 9%) haya venido obteniendo desde el año 2005 una retribución cercana a 90-100€/MWh (con una rentabilidad superior al 20%), hecho que motivó el cambio de la mayoría de los parques eólicos a participar en el mercado.

Esa retribución que parece exceder claramente los límites de la razonabilidad implica gastos al sistema.

Dadas estas circunstancias, el objetivo de la reforma de las primas de las energías renovables parece que no fue otro que el de racionalizar las retribuciones económicas en beneficio del consumidor, garantizando su sostenibilidad en el tiempo. La reforma no suponía ni la supresión de las medidas de fomento, ni una alteración total del régimen especial; mantenía las mismas premisas utilizadas en el diseño del régimen económico establecido en el Real Decreto 436/2004, es más, perseguía el objetivo de asegurar la estabilidad del sistema de apoyos y de garantizar una rentabilidad razonable a los titulares de las instalaciones acogidas al régimen especial.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo antes citada (y es esto lo que debe respetarse):

“Como es bien sabido, dicho régimen ha de ajustarse a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 16 de la Ley

54/1997 para los productores de energía eléctrica, completado con la percepción de una prima 'en los términos que reglamentariamente se establezcan' cuando se trate de los supuestos de instalaciones que el propio artículo 30 precisa.

El citado artículo 30 dispone que para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, el ahorro de energía primaria y la eficiencia energética, y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales. Las sociedades recurrentes, insistimos, no aducen que la modificación reglamentaria aprobada por el Real Decreto ahora impugnado vulnere dichos criterios. Su censura se basa tan sólo en que dicha modificación resulta contraria al artículo 9.3 de la Constitución, a los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, y resulta viciada de arbitrariedad en la medida en que carece de motivación.

(...)

Es cierto que en el caso que nos ocupa la fijación de las primas está sujeta a unas determinadas pautas normativas, según ya hemos expuesto, pero también lo es que el Consejo de Ministros puede, respetándolas, introducir variaciones cuantitativas en las fórmulas mediante las que se actualizan periódicamente las primas o en el cálculo de éstas. Si la modificación no se ha desviado de estas pautas legales –y, repetimos, no se ha alegado en contra la vulneración del artículo 30 de la Ley del Sector Eléctrico (RCL 1997, 2821)– difícilmente podrá ser considerada contraria a derecho”.

Desde este punto de vista, resultaría justificada, y a la vez necesaria, la modificación del Real Decreto 436/2004.

3.3. Derechos adquiridos y discrecionalidad en la actividad de fomento. A más abundamiento mantener idénticas primas durante toda la vida útil

de la instalación no puede constituir un derecho adquirido, lo contrario llevaría a considerar que existe un derecho subjetivo a la ayuda con independencia de la necesidad de ella, con independencia del cambio de las circunstancias que presidieron su otorgamiento y con independencia de la intención del Gobierno de establecer, dentro de un marco regulatorio admisible y razonable, otras medidas fomento distintas.

Refuerza la anterior argumentación una inveterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la discrecionalidad de la actividad de fomento: considera el Alto Tribunal que existe discrecionalidad a la hora de establecer las ayudas posibles a una actividad, lo que no debe entrar en colisión con el derecho a recibir los incentivos y primas generadas antes de la entrada en vigor de la medida. Predicar un derecho subjetivo a la prima *pro futuro* en los mismos términos establecidos por el RD 436/2004, sería como pretender que existe un derecho subjetivo a una ayuda por el mero hecho de que años anteriores se hubiera otorgado y con independencia de la modificación de régimen jurídico. Lo único a lo que estaría obligada la Administración es a establecer una retribución razonable.

En definitiva, de cuanto antecede se deduce que, la cuestionada eficacia retroactiva de que se halla dotada la reforma estudiada aparecería provista de justificación objetiva y plausible, que haría en todo caso ceder el principio de seguridad jurídica ante intereses públicos de preferente atención atendidas las circunstancias concretas del presente caso, a saber, el grado de retroactividad de la norma impugnada, la finalidad de la medida que aprueba, las circunstancias que justifican su adopción y lo limitado de su alcance, por lo que puede afirmarse que la modificación proyectada no aparece solamente como justificada, sino en atención a las circunstancias concurrentes, también como necesaria.

III. DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA: CONFIANZA LEGÍTIMA Y MEDIDAS DE AMORTIGUACIÓN

A todo lo dicho con anterioridad cabe añadir, *a fortiori*, que sobre la formulación del principio de confianza legítima, recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, de 15 de noviembre de 1999 que debe acogerse plenamente el principio de protección de la confianza legítima que hoy aparece explícito en el artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999.

“En efecto, ya a partir de Sentencia de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989\1458) y, sobre todo, en sus últimas Sentencias esta Sala ha elaborado un cuerpo de doctrina que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

“La cuestionada eficacia retroactiva de que se halla dotada la reforma estudiada aparecería provista de justificación objetiva y plausible, haciendo ceder el principio de seguridad jurídica ante intereses públicos de preferente atención.”

“La Disposición Transitoria la vigencia de la nueva regulación para las instalaciones que ya se hubieran puesto en funcionamiento antes de la entrada en vigor de la norma, ha de considerarse razonable el plazo transitorio de adaptación al nuevo régimen económico (año 2013) contenido en la nueva norma.”

- a) El principio de la confianza legítima, de origen fundamentalmente germánico, ha sido reiteradamente asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, Sentencias de 13 de julio de 1965 [asunto Lemmerz-Werk] de 16 de mayo de 1979 [asunto Tomadini], de 12 de abril de 1984 [asunto Unifrex], de 26 de abril de 1988 [asunto Hauptzollamt Hamburg-Jonas/P, Krücken], y sobre todo en la doctrina recogida en Sentencias de 16 de noviembre de 1977, 21 de septiembre de 1988 y 10 y 29 de enero de 1995) y, en este sentido forma parte del acervo que integra el derecho comunitario europeo, en el que los principios generales ocupan un lugar especialmente destacado.
- b) El principio resulta especialmente aplicable cuando se basa en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, unido a unos perjuicios que razonablemente se cree que no se iban a producir (SSTS 28 de julio de 1997 [RJ 1997\6840] y 23 de mayo de 1998 [RJ 1998\4150]).
- c) La virtualidad del principio puede comportar la anulación de la norma o del acto y, cuando menos, obliga a responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Aunque el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una determinada ventaja (SSTS 17 de febrero de 1998 [RJ 1998\1677] y 19 de julio de 1999).
- d) En la aplicabilidad del principio han de ponderarse, además de la previsión del régimen transitorio y de la presencia de un interés público preteritorio, el conocimiento previo de la medida y su previsibilidad (STS 13 de julio de 1999).
Como dice el dictamen del Servicio Jurídico de la Comisión Nacional de la Energía de 16 de enero de 2006 la innovación normativa, aunque permitida, sólo exige que se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas que amortigüen, moderen y minimicen en la posible el decaimiento de las expectativas generadas por la normativa anterior.
En efecto, como señala la ya citada en este informe, sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006/246), con ocasión de la impugnación del RD 436/2004:
“(…) Y si bien puede resultar necesario en virtud del principio de confianza legítima establecer medidas transitorias de adaptación al nuevo sistema para las empresas ya existentes, en modo alguno llega dicha exigencia hasta el extremo de respetar el régimen anterior sin el menor cambio durante un tiempo más o menos prolongado.
Por el contrario, los sistemas transitorios se suelen caracterizar precisamente por una progresiva adaptación al nuevo sistema, sin que por tanto pueda considerarse sin más que la imposición de requisitos propios del nuevo régimen vulneren el principio de confianza legítima (...) Y, en segundo lugar, porque como ya hemos indicado y aparte la moderación que impone el principio de confianza legítima, ninguna razón legal impide la modificación de un sistema en vigor y, en este caso, se trata simplemente de la imposición de una medida de aproximación al régimen nuevo al que normalmente habrán de converger al fin de forma plena todas las instalaciones”.
En el caso concreto (Disposición Transitoria primera) la nueva norma no privaba o limitaba sin más los derechos de las instalaciones afectadas (privación

o limitación que como se ha estudiado, atendiendo a las especiales circunstancias que concurren sería legítima) sino que iba más allá y concedía un período de tiempo hasta el año 2013, a fin de que las instalaciones antiguas a mercado pudieran seguir disfrutando de las primas que concedía el sistema las cuales, a la vista de lo expuesto, se habían revelado como claramente generosas.

Es decir, establecía una medida de amortiguación o “medida-colchón” de la reforma.

Al respecto, sobre este tipo de medidas transitorias el informe del Consejo de Estado del día 10 de noviembre de 1994 expediente núm.1.931/94 señala:

“La fórmula adoptada en el proyecto, da pie para sugerir que se reconsidere el régimen transitorio previsto, no sea que las ventajas que se pretenden obtener con el nuevo régimen económico queden contrarrestadas por el impacto negativo que pueda tener en la inversión y en el empleo. Si se acoge la sugerencia, una fórmula razonable sería establecer que durante un plazo de cinco años, a contar desde la fecha del acta de puesta en marcha, les será de aplicación el régimen económico al que se encuentran actualmente acogidas”.

Es por ello que retrasada por la Disposición Transitoria la vigencia de la nueva regulación para las instalaciones que ya se hubieran puesto en funcionamiento antes de la entrada en vigor de la norma, ha de considerarse razonable el plazo transitorio de adaptación al nuevo régimen económico (año 2013) contenido en la nueva norma, ya que el posible impacto negativo que pudiera tener en cualesquiera elementos se encontraría obviamente modulado por la permanencia durante un amplio período de tiempo del régimen anterior de primas y por la garantía de una rentabilidad desde luego razonable, hasta el punto de que el sistema garantiza que dichas instalaciones no sólo no tengan pérdidas, sino que obtengan una rentabilidad más proporcionada. ■

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GARCIA, V. Y DUARTE MARTÍNEZ, R.

Administración pública y electricidad. Editorial Civitas. 1997.

ÁLVAREZ RIERA, V. Y OTROS

La nueva regulación eléctrica. VII Jornadas Jurídicas del Sector Eléctrico. Editorial Civitas. 2002.

ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, M.

Regulación sectorial y competencia. Editorial Civitas. 1999.

ARIÑO ORTIZ, G. Y LÓPEZ DE CASTRO, L.

El sistema eléctrico español. Regulación y competencia. Editorial Montecorvo, 1998.

DE CASTRO, F.

Derecho Civil de España. Editorial Civitas. Noviembre 2008.

DÍAZ FERNÁNDEZ, J.L. Y OTROS

Derecho de la energía. Editorial La Ley. Junio 2006.

FABRA UTRAY, J.

Un mercado para la electricidad. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ PLASENCIA, F.

El Mercado de producción de Energía Eléctrica. Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red (REDETI), nº 4 y 5. 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.M.

Curso de Derecho Administrativo. Vol. I y II. Editorial Civitas. 1999.

GARCÍA DELGADO, J.L.

Energía y regulación. Editorial Civitas. Diciembre 2007

GARRIDO FALLA, F.

Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Tecnos. 1992

HERNÁNDEZ, J.C.

Regulación y competencia en el sector eléctrico. Editorial Aranzadi. 2005.

MARTÍNEZ NIETO, A.

Código de la energía. Editorial La Ley. Noviembre 2006.

NEBREDÁ PÉREZ, J.M^a.

Aspectos Jurídicos de la Producción Eléctrica en Régimen Especial. Editorial Civitas. Septiembre 2007.

NEBREDÁ PÉREZ, J.M^a.

Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas, Editorial Civitas. 2003.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. Y BENEYTO PÉREZ, J.M.

Comentarios a las leyes energéticas. Editorial Civitas. Tomo I - Ley del sector eléctrico. Octubre 2006.

PARADA, R.

Derecho Administrativo I Parte General, Editorial Marcial Pons. 1993

SALA ATIENZA, P. Y GARCÍA DELGADO, S.

Código de electricidad y gas. Editorial Aranzadi. Diciembre 2006.

TORRES LÓPEZ, MA Y OTROS

El sector eléctrico en España. Competencia y Servicio Público. Editorial Comares. 2007.

TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ CONDE, J.

La Regulación de Sector Eléctrico. Editorial Civitas, 1996.

(¹) La STS de 15 de noviembre de 1999 recuerda, conociendo de la impugnación del RD 165/1997, de 7 de febrero, por el que se establecían los márgenes correspondientes a la dispensación al público de las especialidades farmacéuticas de uso humano, lo siguiente:

“Por otra parte, es bien conocida la diferencia de los distintos niveles o grados de retroactividad. Tanto de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, que tiene una primera manifestación en la Sentencia 6/1983, de 4 de febrero (RTC 1983\6), y luego múltiples referencias en sucesivas Sentencias, como con la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS 18 y 22 de junio de 1994 [RJ 1994\4597 y RJ 1994\5022], 5 de febrero de 1996 [RJ 1996\1039] y 15 de abril de 1997 [RJ 1997\3086]), ha de distinguirse entre: una retroactividad de grado máximo, que aplica la nueva norma a la relación o situación básica creada bajo el imperio de la norma antigua y a todos sus efectos consumados o no; una retroactividad de grado medio, en la que la nueva norma se aplica a los efectos nacidos con anterioridad pero aún no consumados o agotados; y, en fin, una retroacción de grado mínimo, en la que la nueva normativa sólo tiene efectos para el futuro aunque la relación o situación básica haya surgido conforme a la anterior norma. Esta retroactividad de carácter mínimo, en la que se pretenden anudar efectos «ex novo» a situaciones producidas con anterioridad a la propia norma, es aceptada pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por este Alto Tribunal, ya que se trata de una retroactividad impropia, en la que la norma incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas (SSTC 42/1986 [RTC 1986\42], 99/1987 [RTC 1987\99], 227/1988 [RTC 1988\227], 210/1990 [RTC 1990\210] y 182/1997 [RTC 1997\182], entre otras, y SSTS de 18 de marzo de 1995, 15 de abril de 1997 [RJ 1997\3086], y 17 de mayo de 1999 [RJ 1999\3988], entre otras muchas).

Pues bien, conforme a las premisas expuestas, en el presente caso no puede entenderse que, por virtud de la disposición transitoria que se impugna, el RD 165/1997 resulte con una eficacia retroactiva contraria a las normas y principios mencionados, ya que la reducción de márgenes que incorpora se proyecta al futuro, al referirse a la dispensación de especialidades farmacéuticas que se produzcan a partir de su entrada en vigor, y la norma transitoria lo que hace es prolongar durante veinte días la posibilidad de la venta a los precios correspondientes a los antiguos márgenes. Cosa distinta es que la parte estime insuficiente este plazo transitorio para limitar la incidencia económica del Real Decreto, siendo a lo sumo una retroactividad impropia la repercusión de que se trata en relación con los medicamentos adquiridos por los farmacéuticos a los almacenes a los precios correspondientes a los márgenes que se sustituyen por la nueva norma”.

(²) STC 234/2001: “ (...) la seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el Ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero [RTC 1986, 15], F. 1), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 36], F. 5), como la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, de 15 de marzo [RTC 1990, 46], F. 4). En suma, sólo si en el Ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, F. 8; 142/1993, de 22 de abril [RTC 1993, 142], F. 4; 212/1996, de 19 de diciembre [RTC 1996, 212], F. 15; y 104/2000, de 13 de abril [RTC 2000, 104], F. 7)”.