

Resumen

El Consejo de Estado emite informe en sentido favorable en relación al expediente relativo a un anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y a un anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior en virtud de la cual se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial. Considera este Alto Cuerpo Consultivo que procede elevar a la aprobación del Consejo de Ministros, para su ulterior remisión a las Cortes Generales, el anteproyecto de Ley y el anteproyecto de Ley Orgánica objeto del expediente dictaminado.

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
CONSIDERACIONES	7
CONCLUSIÓN	73

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- Organización, funcionamiento y potestad reglamentaria de los Entes Locales
 - Régimen local
 - Cuestiones generales
 - Competencias legislativas del Estado y de las CCAA sobre el régimen local
 - Organización de los municipios
 - Régimen especial de los municipios de gran población
 - Órganos de gestión económico-financiera
 - El órgano de gestión económico-financiera y presupuestaria
- Iniciativa legislativa de las Entidades Locales

CLASIFICACIÓN POR VOCES

- Desarrollo económico
- Estabilidad económica
- Iniciativa legislativa

FICHA TÉCNICA

Legislación

- Cita RD 1920/2009 de 11 diciembre 2009
- Cita Ley 26/2009 de 23 diciembre 2009
- Cita Ley 25/2009 de 22 diciembre 2009
- Cita Ley 17/2009 de 23 noviembre 2009
- Cita RD 1671/2009 de 6 noviembre 2009
- Cita Ley 16/2009 de 13 noviembre 2009
- Cita RDL 5/2009 de 24 abril 2009
- Cita Ley 11/2007 de 27 diciembre 2007
- Cita RDLeg. 2/2007 de 28 diciembre 2007
- Cita Ley 47/2007 de 19 diciembre 2007
- Cita Ley 41/2007 de 7 diciembre 2007
- Cita RD 1463/2007 de 2 noviembre 2007
- Cita Ley 30/2007 de 30 octubre 2007
- Cita art.1.3, art.4.9, art.4.6 de Ley 23/2007 de 8 octubre 2007
- Cita LO 4/2007 de 12 abril 2007
- Cita Ley 35/2006 de 28 noviembre 2006
- Cita art.3.2, dad.10.2, dad.10.3 de Ley 28/2006 de 18 julio 2006
- Cita Ley 26/2006 de 17 julio 2006
- Cita art.30.1, art.39.3, art.41.2, art.88, dfi.36 de LO 2/2006 de 3 mayo 2006
- Cita Ley 25/2005 de 24 noviembre 2005
- Cita Ley 3/2004 de 28 diciembre 2004
- Cita RDLeg. 6/2004 de 29 octubre 2004
- Cita RDLeg. 4/2004 de 5 marzo 2004
- Cita art.193.5 de RDLeg. 2/2004 de 5 marzo 2004

Cita art.3.2, art.12.6, art.14, art.16.2.c, art.17, art.18.2, art.18.3, art.29.2, art.29.5, art.30, art.33, art.36, art.44, art.54, dfi.20 de RDLeg. 1/2004 de 5 marzo 2004

Cita art.5, art.6, art.7, art.8, art.9, art.10, art.11, art.12, art.13, art.14, art.15, art.16, art.17, art.22, art.23, art.24, art.25, art.26, art.27, art.28 de RD 303/2004 de 20 febrero 2004

Cita Ley 58/2003 de 17 diciembre 2003

Cita Ley 47/2003 de 26 noviembre 2003

Cita Ley 39/2003 de 17 noviembre 2003

Cita art.7.1 de Ley 38/2003 de 17 noviembre 2003

Cita Ley 35/2003 de 4 noviembre 2003

Cita Ley 33/2003 de 3 noviembre 2003

Cita art.48.7 de Ley 32/2003 de 3 noviembre 2003

Cita Ley 26/2003 de 17 julio 2003

Cita Ley 22/2003 de 9 julio 2003

Cita Ley 20/2003 de 7 julio 2003

Cita Ley 53/2002 de 30 diciembre 2002

Cita RDLeg. 1/2002 de 29 noviembre 2002

Cita art.22, art.24.b, art.30, art.61, dfi.13 de Ley 44/2002 de 22 noviembre 2002

Cita Ley 34/2002 de 11 julio 2002

Cita LO 5/2002 de 19 junio 2002

Cita art.112 de Ley 24/2001 de 27 diciembre 2001

Cita LO 6/2001 de 21 diciembre 2001

Cita art.8 de LO 5/2001 de 13 diciembre 2001

Cita Ley 18/2001 de 12 diciembre 2001

Cita Ley 17/2001 de 7 diciembre 2001

Cita RDLeg. 1/2001 de 20 julio 2001

Cita art.118 de RDLeg. 2/2000 de 16 junio 2000

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000

Cita art.11.2.a de LO 15/1999 de 13 diciembre 1999

Cita Ley 50/1998 de 30 diciembre 1998

Cita Ley 34/1998 de 7 octubre 1998

Cita Ley 29/1998 de 13 julio 1998

Cita Ley 54/1997 de 27 noviembre 1997

Cita art.22.2, art.22.4 de Ley 50/1997 de 27 noviembre 1997

Cita Ley 6/1997 de 14 abril 1997

Cita Ley 7/1996 de 15 enero 1996

Cita dad.1 de Ley 8/1994 de 6 julio 1994

Cita Ley 2/1994 de 30 marzo 1994

Cita RD 1406/1992 de 20 noviembre 1992

Cita art.19.2, art.19.2, art.19.4, art.19.5, art.31.3 de Ley 8/1989 de 13 abril 1989

Cita Ley 26/1988 de 29 julio 1988

Cita dfi.7 de Ley 24/1988 de 28 julio 1988

Cita Ley 16/1987 de 30 julio 1987

Cita Ley 11/1986 de 20 marzo 1986

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985

Cita art.10, art.26, dfi.11 de Ley 13/1985 de 25 junio 1985

Cita art.84 de RD 1068/1985 de 25 mayo 1985

Cita art.30, art.44, art.52.3, art.84.1.b de Ley 7/1985 de 2 abril 1985

Cita RD 1674/1980 de 18 julio 1980

Cita art.21.2, art.21.7, art.25.1 de LO 3/1980 de 22 abril 1980

Cita art.20, art.31.3, art.81, art.130, art.131, art.132, art.133, art.148.1.5, art.149.1, art.149.2, art.149.3, art.149.4, art.149.5, art.149.6, art.149.7, art.149.8, art.149.9, dfi.38.1 de RD 3308/1978 de 15 diciembre 1978

Cita D de 8 febrero 1946

Cita art.2.2, art.1280.1 de RD de 24 julio 1889

D. administrativa

Cita Dict. Consejo de Estado 99/2009 de 18 marzo 2009 (D2009/178255)

Cita Recom. Juntas Consultivas de Contratación Administrativa 4/2001 de 4 octubre 2001. Madrid (D2001/97363)

Consultas

Interpretación de la Disposición Adicional 35ª LCSP, incorporada por la Ley de Economía Sostenible

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 18 de marzo de 2010, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden comunicada de V. E. de 17 de febrero de 2010 (registro de entrada en esa misma fecha), el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a un anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y a un anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior y por la que se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Contenido del anteproyecto de Ley de Economía Sostenible

El texto del anteproyecto de Ley de Economía Sostenible lleva fecha de 15 de febrero de 2010 y se inicia con una exposición de motivos, que recuerda, en primer lugar, la actual crisis financiera y económica internacional y sus repercusiones en la economía española, especialmente en lo que se refiere al ajuste que ha precipitado en el sector de la construcción.

Seguidamente, la exposición de motivos se hace eco de las acciones que el Gobierno ha impulsado en consonancia con las medidas preconizadas en diversos ámbitos internacionales, como son la Unión Europea y el grupo de países del llamado G20, que se han concretado en el Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo y en la Estrategia para una Economía Sostenible.

La parte expositiva del anteproyecto sintetiza esa Estrategia en lograr un crecimiento equilibrado, duradero y sostenible, entendiendo esta última cualidad en tres sentidos: económica (de modo que el crecimiento sea sólido y se asiente en la competitividad, innovación y formación), medioambiental (con una racional gestión de los medios naturales) y social (promoviendo la igualdad de oportunidades y la cohesión social).

Así presentada la citada Estrategia, la exposición de motivos del anteproyecto añade que este último es una pieza importante a su servicio y pasa a describir su sistemática y contenido.

Por lo que hace a su parte dispositiva, el anteproyecto de Ley se estructura en 138 artículos, 9 disposiciones adicionales, 6 disposiciones transitorias, 40 disposiciones finales y una disposición derogatoria.

El articulado responde al siguiente orden y distribución de contenidos:

- Título Preliminar, sin rúbrica, comprensivo de los artículos 1 a 3, dedicados al objeto, definición de economía sostenible y principios, respectivamente.
- Título I, que bajo la rúbrica "Mejora del entorno económico", agrupa los artículos 4 a 39, sistematizados del siguiente modo:
 - Capítulo I, "Mejora de la calidad de la regulación", artículos 4 a 7.
 - Capítulo II, que se titula "Organismos Reguladores" y engloba los artículos 8 a 24, encuadrados en las siguientes subdivisiones:
 - Sección 1ª, "Disposiciones generales sobre los Organismos Reguladores", artículos 8 y 9.
 - Sección 2ª, "Del objeto de los Organismos Reguladores", artículo 10.
 - Sección 3ª, "De los órganos de dirección de los Organismos Reguladores", artículos 11 a 16.
 - Sección 4ª, "Del personal de los Organismos Reguladores", artículos 17 a 19.
 - Sección 5ª, "De la transparencia y la responsabilidad social de los Organismos Reguladores", artículos 20 a 22.
 - Sección 6ª, "De los mecanismos de colaboración y cooperación de los Organismos Reguladores", artículos 23 y 24.
 - Capítulo III, "Mercados Financieros", artículos 25 a 30 y que incluye tres Secciones. La 1ª se refiere a la "Transparencia y Gobierno Corporativo" (artículos 25 a 28), la 2ª se dedica a los "Mercados de seguros y fondos de pensiones" (artículo 29) y la 3ª recoge los "Mecanismos de protección de los clientes de servicios financieros" (artículo 30).
 - Capítulo IV, "Sostenibilidad financiera en las Administraciones Públicas", que incluye los artículos 31 a 36.
 - Capítulo V, "Contratación pública y colaboración público privada", que agrupa los artículos 37 y 38.
 - Capítulo VI, "Responsabilidad social de las empresas", integrado por un único artículo (artículo 39).
- Título II, cuya rúbrica general es "Competitividad" y que abarca los artículos 39 a 96, organizados del siguiente modo:
 - Capítulo I, "Simplificación administrativa", que recoge los artículos 40 a 45 y se estructura en tres Secciones. La 1ª se dedica a la "Agilización de la constitución de empresas y la adopción de actos societarios" (artículos 40 a 42), la 2ª aborda "La ampliación del ámbito del silencio positivo" (artículo 43) y la 3ª se ocupa "De los supuestos de licencias locales de actividad" (artículos 44 y 45).
 - Capítulo II, "Simplificación en el régimen de tributación", artículos 46 a 48.
 - Capítulo III, "De la reducción de la morosidad en las operaciones comerciales", artículos 49 a 53.
 - Capítulo IV, "De la actividad catastral", integrado por un único artículo (artículo 54).
 - Capítulo V, "Telecomunicaciones y sociedad de la información", del que forman parte los artículos 55 a 60.
 - Capítulo VI, "Ciencia e Innovación", formado por los artículos 61 a 73, estructurados en cuatro Secciones:
 - La 1ª se titula "Transferencia de resultados en la actividad investigadora" y comprende los artículos 61 a 64.
 - La 2ª, rubricada "Promoción de los derechos de propiedad industrial", incluye los artículos 65 a 67.
 - La 3ª, "Formación, investigación y transferencia de resultados en el sistema universitario", comprende los artículos 68 a 72.

- La 4ª, está formada por un único artículo (artículo 73).
- Capítulo VII, "Internacionalización", engloba los artículos 74 a 79.
- Capítulo VIII, "Formación profesional", está formado por los artículos 80 a 96, que se ordenan en los siguientes bloques:
 - Sección 1ª, "El sistema de formación profesional", incluye los artículos 80 a 82.
 - Sección 2ª, "La oferta integrada de formación profesional", agrupa los artículos 83 a 86.
 - Sección 3ª, "La integración de la formación profesional en el sistema educativo", comprende los artículos 87 a 91.
 - Sección 4ª, "La cooperación con los agentes económicos y sociales", formada por los artículos 92 a 96.
- Título III, cuya rúbrica general es "Sostenibilidad medioambiental", abarca los artículos 97 a 135 y se descompone en 4 Capítulos:
 - Capítulo I, "Modelo energético sostenible", englobador de los artículos 97 a 108.
 - Capítulo II, "Reducción de emisiones", comprensivo de los artículos 109 a 113.
 - Capítulo III, "Transporte y movilidad sostenible", formado por los artículos 114 a 128, y que se estructura en 3 Secciones:
 - La 1ª, "Regulación Económica del Transporte", incluye los artículos 114 a 117.
 - La 2ª, "Planificación y gestión eficiente de las infraestructuras y de los servicios del transporte", artículos 118 y 119.
 - La 3ª, "Movilidad sostenible", artículos 120 a 128.
 - Capítulo IV, "Rehabilitación y vivienda", integrado por los artículos 129 a 135.
- Título IV, que, bajo la rúbrica general "Instrumentos para la aplicación y evaluación de la Ley de Economía Sostenible", incluye los artículos 136 a 138.

Las nueve disposiciones adicionales abordan, respectivamente, las siguientes materias:

- Responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario.
- Acceso a la información del Registro Nacional de Títulos Universitarios y Registro Nacional de Títulos académicos y profesionales no universitarios.
- Clasificación de los mercados de transporte.
- Actualización del Plan Estratégico de Infraestructuras y Transportes.
- Rehabilitación de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Centros de formación profesional y Campus de Excelencia Internacional.
- Metodología para el cálculo de los costes de utilización durante la vida útil de los vehículos contemplados en el artículo 127 de la proyectada Ley, junto con un anexo con los datos para ese cálculo.
- Implantación de sistemas telemáticos en las Comunidades Autónomas.
- Evaluación de la normativa existente sobre licencias locales de actividad.

Las seis disposiciones transitorias se refieren, respectivamente, a los siguientes extremos:

- Adaptación de las agencias de suscripción.
- Norma provisional sobre el seguro de responsabilidad civil profesional para ejercer como agencias de suscripción.
- Adaptación de los comercializadores de planes de pensiones individuales y de los contratos de comercialización.
- Régimen transitorio de los recursos propios de las entidades gestoras de fondos de pensiones.
- Procedimiento de presentación de reclamaciones ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.
- Adaptación de la composición del número de miembros del Consejo de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia.

Por lo que hace a las disposiciones finales del anteproyecto de Ley, abordan, respectivamente, las siguientes materias:

- Modificación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.
- Modificación del texto refundido de la Ley del Suelo.
- Modificación de la Ley de Cooperativas.
- Modificación de la Ley de Defensa de la Competencia.
- Adaptación de la normativa de los Organismos Reguladores a la proyectada nueva Ley.
- Organismo regulador del sector transporte.
- Modificación de la Ley del Mercado de Valores.
- Modificación de la Ley 26/2003 EDL 2003/29907 .
- Modificación de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva.
- Modificación de la Ley reguladora de las entidades de capital riesgo y de sus sociedades gestoras.

- Modificación de la Ley de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.
- Modificación de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- Modificación de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.
- Modificación de la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados.
- Modificación del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones.
- Modificación del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.
- Régimen fiscal de las Organismos públicos que se transformen en Agencias estatales.
- Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público.
- Modificación de la Ley General Presupuestaria.
- Modificación del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.
- Modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
- Modificación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
- Modificación de la Ley de Patentes.
- Modificación de la Ley de Marcas.
- Modificación de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial.
- Modificación de la Ley Orgánica de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional.
- Energías renovables.
- Responsabilidad civil de las instalaciones de energía nuclear.
- Adaptación del régimen de titularidad de las centrales nucleares.
- Modificación de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.
- Modificación de la Ley del Sector Ferroviario.
- Modificación del texto refundido de la Ley Hipotecaria.
- Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Modificación de la Ley Concursal.
- Aplicación de la Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios a los créditos y préstamos destinados a la rehabilitación y renovación y garantizados con anotación preventiva.
- Modificación de la Ley Orgánica de Educación.
- Carácter orgánico.
- Título competencial.
- Desarrollo normativo.
- Entrada en vigor.

Por último, la disposición derogatoria alcanza a cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a las previsiones de la proyectada nueva Ley y, específicamente, a los artículos 22 a 28 de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, Real Decreto 303/2004 EDL 2004/2591, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, disposición adicional tercera de la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados y artículo 23, apartado 5, del Reglamento de planes y fondos de pensiones.

Segundo. Contenido del anteproyecto de Ley Orgánica

El anteproyecto de Ley Orgánica que constituye la segunda iniciativa normativa contenida en el expediente que ahora se dictamina está también fechado el 15 de febrero de 2010 y se inicia con una exposición de motivos que señala que las medidas contenidas en la proyectada Ley de Economía Sostenible pueden afectar a la tutela judicial constitucionalmente garantizada, apreciación que aplica, en concreto, a las medidas que se dirigen a mejorar la protección de la propiedad intelectual, que requieren la intervención judicial.

La exposición de motivos añade que se ha optado por encomendar tal intervención a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

Tal opción se refleja en el artículo único del anteproyecto, que modifica el artículo 90 de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 , añadiéndole un nuevo apartado, el número 5 EDL 1985/8754 , que recoge la competencia de los referidos Juzgados para autorizar, mediante auto, la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual.

La disposición final primera del anteproyecto acoge sus previsiones a los títulos previstos en el artículo 149.1.5ª, 6ª y 9ª, de la Constitución, mientras que la disposición final segunda fija la entrada en vigor de la proyectada nueva Ley Orgánica en una fecha que no especifica a partir de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Tercero. Contenido del expediente

El expediente sometido a la consideración de este Consejo incluye una abundante documentación, que se reseña a continuación, remitiéndose el análisis de las principales cuestiones que en ella se suscita al examen que se efectuará en las consideraciones del presente dictamen.

Esa documentación comprende:

- a) Una nota explicativa acerca del alcance de la proyectada nueva legislación.
- b) La documentación correspondiente a la elevación del anteproyecto a la reunión del Consejo de Ministros de 8 de enero de 2010, que incluye: - Versión a esa fecha del anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, junto con la memoria del análisis de su impacto normativo. - Versión a esa misma fecha del anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Economía Sostenible y por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, junto con su memoria del análisis de su impacto normativo.
- c) La memoria del análisis de impacto normativo del texto final del anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y del anteproyecto de Ley Orgánica complementaria.
- d) Informes de la Secretaría General Técnica y Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda, así como de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos.
- e) Informes de las Secretarías Generales Técnicas del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Justicia y Política Territorial.
- f) Informes de diversos organismos y entidades:
 - Consejo Asesor de Medio Ambiente (CAMA)
 - Comisión Nacional de la Competencia (CNC)
 - Comisión Nacional de Administración Local (CNAL)
 - Comisión Nacional de la Energía (CNE)
 - Consejo Superior de Administración Electrónica (CSAE)
 - Consejo de Consumidores y Usuarios (CCU)
 - Consejo Económico y Social (CES)
 - Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)
 - Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (CATSI)
 - Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)
 - Consejo Asesor Postal (CAP)
 - Consejo Nacional de Transportes Terrestres (CNTT)
 - Banco de España
 - Junta Consultiva de Seguros y Fondos de Pensiones (JCSFP)
 - Consejo Nacional de la Discapacidad (CND)
 - Consejo de Universidades (CU)
 - Consejo Escolar
 - Consejo General del Poder Judicial
 - Consejo General del Notariado
 - Colegio de Registradores de España
 - Agencia Española de Protección de Datos (APD)
- g) Alegaciones presentadas durante el trámite de información pública, que incluyen a diversos particulares y a las siguientes entidades: - Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha, País Vasco, Castilla y León, Aragón, Galicia, Murcia y Cantabria - Confederación Española de Transporte de Mercancías - CESCE - Consejo General del Notariado - Ministerio de Vivienda - Red Sostenible - CERMI - Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos UPTA - UPTA. Cuestiones Fiscales - CECA-AEB-UNACC - IBERDROLA - UNACC - ANECETA - ASVETRA - EAPN. Foro de Entidades Sociales - Izaskun Yarza. FIAB - APPA - REDTEL - CEACOP - ACLIMA - AEB - Corporación Empresarial de Transportes - Asociación de Promotores Constructores - Endesa - Google - AETIC - Mercado Alternativo Bursátil - Iberdrola - Federación de Gremios Editores Españoles - Promusicae - Consejo General de Gestores Administrativos de España - Cámaras de Comercio - Subdirección General de Seguros y Política Legislativa - Coalición de Industrias y Creadores de Contenidos - Consejo General de Gestores - Consejo Estatal de la Responsabilidad Social - Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación - Comité Nacional de Transportes por Carretera - Club de Exportadores e Inversores - SGAE - Telefónica - Obalroy, S. L. - Fiscalía General del Estado h) Informes de los órganos instructores del Ministerio de Economía y Hacienda dando cuenta del criterio que sostienen respecto de los informes recabados.

Cuarto. Audiencias ante este Consejo

Una vez que el expediente había tenido entrada en este Consejo, solicitaron ante él audiencia la Confederación Española de Cajas de Ahorros, la Asociación Empresarial del Seguro, la Asociación Red de Medios Comunitarios, REDTEL Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones, la Asociación Española de Banca Cableuropa S.A.U., Telefónica de España, el Comité Nacional del Transporte por Carretera y el Foro de Agentes Sociales.

En atención al trámite de información pública a que el anteproyecto de Ley se había sometido y al estado en que se encontraba la preparación del presente dictamen, no se consideró pertinente acceder a esas solicitudes, sin perjuicio de que, en el caso de las cuatro últimas entidades, se incorporaran al expediente las alegaciones que acompañaron a sus peticiones.

CONSIDERACIONES

A la vista de los anteriores antecedentes, el Consejo de Estado en Pleno formula las siguientes consideraciones:

Primera. El expediente remitido a la consideración de este Consejo se refiere a un anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y a un anteproyecto de Ley Orgánica que complementa al anterior y modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (a los que se aludirá en lo sucesivo, de modo abreviado, como el "Anteproyecto" y el "Anteproyecto de Ley Orgánica", respectivamente).

El Anteproyecto recoge un amplio conjunto de modificaciones y novedades normativas, algunas de las cuales se dirigen a incorporar al ordenamiento jurídico español varias Directivas comunitarias europeas.

Por otra parte, el Anteproyecto contiene previsiones que afectan a las competencias de este Cuerpo Consultivo, como es el caso de las novedades que introduce en el actual régimen de contratación administrativa.

En la medida en que esa iniciativa legislativa está conectada con la transposición de las mencionadas Directivas, se somete a dictamen del Pleno del Consejo de Estado con carácter preceptivo, en aplicación y cumplimiento del artículo 21, número dos, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado EDL 1980/3293, que prevé que este Cuerpo Consultivo sea consultado acerca de los "anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo", que debe ponerse en relación con la competencia consultiva similar que proclama la disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea EDL 1994/16683.

Dado que sus previsiones afectan al actual cuadro de competencias e intervenciones de este Consejo, el Anteproyecto está también sujeto a dictamen preceptivo de su Pleno, en aplicación del artículo 21, número siete, de la citada Ley Orgánica EDL 1980/3293, que requiere esa consulta en relación con los "anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado".

En lo restante, el Pleno de este Consejo emite el presente dictamen con carácter potestativo, en aplicación del artículo 25, número uno, de la Ley Orgánica del Consejo de Estado. EDL 1980/3293

Segunda. Por lo que hace a la tramitación que se ha dado al presente dictamen, ha de notarse que figuran en el expediente sometido a dictamen de este Consejo:

- Las previas versiones de la proyectada nueva legislación, junto con su correspondiente memoria del análisis de impacto normativo.
- La memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto y del Anteproyecto de Ley Orgánica.
- Los informes del Consejo General del Poder Judicial en relación con los dos anteproyectos de Ley a que se refiere el expediente.
- Los informes de diversos órganos del Ministerio de Economía y Hacienda.
- El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda, que responde a su condición de Departamento ministerial proponente y cumplimenta, por tanto, el requisito previsto por el artículo 22, número 2, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno EDL 1997/25084.
- Los informes de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Industria, Comercio y Turismo, Justicia y Política Territorial.
- Un amplio conjunto de informes recabados por el Consejo de Ministros en virtud del Acuerdo que adoptó en su reunión de 8 de enero de 2010 y que aparecen reseñados en el apartado tercero, f), de antecedentes.
- Los informes y apreciaciones formuladas por las Comunidades Autónomas que han hecho uso del trámite que se les ha concedido al respecto (apartado tercero, g), de antecedentes).
- Las alegaciones, propuestas e informes presentados en el curso del trámite de información pública a que el Anteproyecto ha sido sometido en aplicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de enero de 2010.

El expediente incluye los informes de los órganos instructores del Ministerio de Economía y Hacienda, en los que se manifiesta el criterio que sostienen respecto de las mencionadas alegaciones presentadas en el curso del trámite de información pública. Ese modo de proceder ha sido reiteradamente preconizado y defendido por este Consejo ya que contribuye a explicitar y articular los criterios a los que responde la proyectada nueva legislación y permite, por tanto, hacer una adecuada valoración de la misma.

En consecuencia, el orden con que se han preparado el Anteproyecto y el Anteproyecto de Ley Orgánica respeta las exigencias recogidas en nuestro Derecho, por lo que puede pasarse ya a examinar los aspectos que se juzgan más relevantes de los textos remitidos a este Consejo.

Tercera. En el punto primero de antecedentes hubo ocasión de sintetizar el alcance del Anteproyecto y del Anteproyecto de Ley Orgánica y de hacerse eco de la variedad de las previsiones que conforman al primero de ellos.

Ante tal diversidad, y enfrentado a la tarea de articular, del modo más útil posible, el criterio que sostiene al respecto, estima este Consejo que procede empezar por analizar y comentar el enfoque jurídico al que responde el Anteproyecto para pasar, a continuación, a examinar sus concretas previsiones.

Ese examen particularizado se referirá a los grandes bloques de materias abordadas por la proyectada nueva legislación, que pueden sintetizarse en los siguientes apartados:

- Modificaciones estructurales en la acción administrativa
- Los organismos reguladores
- La sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas
- La simplificación administrativa
- La simplificación tributaria
- Novedades en el tráfico privado general
- El régimen catastral
- Contratación pública y colaboración público- privada
- Reducción de la morosidad en las operaciones mercantiles
- Los créditos refaccionarios
- La competitividad de la economía española
- Internacionalización
- Ciencia e Innovación
- Protección de la propiedad intelectual
- Formación profesional
- Las modificaciones en determinados sectores económicos
- Los mercados financieros y de seguros
- Telecomunicaciones y sociedades de la información
- Las cooperativas
- La sostenibilidad medioambiental
- Modelo energético
- Emisiones
- Transporte y movilidad
- Rehabilitación y vivienda
- El incumplimiento del Derecho comunitario
- Los instrumentos para la aplicación y evaluación de la proyectada nueva Ley.

El examen de todas esas materias se dirigirá a tratar de contribuir a que la proyectada legislación sirva eficazmente los objetivos que se propone, debiendo destacarse, desde el principio de las presentes consideraciones, el amplio margen de que dispone el Gobierno para conformar los términos de sus iniciativas y propuestas legales.

En el examen de estas últimas, el Consejo de Estado prestará una especial atención a algunos aspectos de relevancia constitucional que afectan a las previsiones del Anteproyecto, tal y como aquellos están recogidos en la Constitución e interpretados y aplicados por la jurisprudencia constitucional. Precisamente por la necesidad de atenerse a tales previsiones constitucionales, algunos extremos del Anteproyecto dan lugar a observaciones esenciales, en el concreto sentido y alcance previstos en el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio EDL 1980/3830 .

Por otra parte, y en lo que se refiere a consultas referidas a iniciativas de rango legal, como es la que ahora se evacua, ha de recordarse que la categoría de esas observaciones esenciales no está circunscrita a las que derivan de razonamientos de índole constitucional.

En efecto, las observaciones calificadas de esenciales, en el sentido a que se ha hecho anteriormente alusión, también recogen, en segundo lugar, las que se refieran a los compromisos que derivan para España del Derecho comunitario europeo, así como, más en general, de las obligaciones de índole internacional.

Por último, ese calificativo de esenciales puede también predicarse de las conclusiones que este Consejo alcance en relación con propuestas de rango legal que se entienda que no reúnen las condiciones que deben tener en orden a su precisión, adecuada definición de los fines buscados y correcta articulación de los medios propuestos para ello. En el Anteproyecto que ahora se considera, existe un extremo que da lugar a una de tales observaciones esenciales.

Cuarta. El enfoque jurídico al que responde el Anteproyecto es el resultado de una combinación de factores, entre los que sobresalen seis:

- El objeto que se propone normar
- Los títulos competenciales
- Los principios de la acción pública en relación con ese objeto
- Los criterios a los que responden las novedades que propugna introducir en la regulación hasta el momento existente
- El papel que atribuye a la regulación administrativa

- La elección de los instrumentos normativos pertinentes.

A) El objeto de la proyectada legislación

La exposición de motivos del Anteproyecto destaca que la proyectada nueva legislación es una de las piezas más importantes de la Estrategia para una Economía Sostenible, aprobada por el Consejo de Ministros en su reunión de 27 noviembre de 2009 y recuerda que tal Estrategia pretende servir a un nuevo crecimiento sostenible, entendiendo este último calificativo en una triple acepción: económica, medioambiental y social.

Con ello, se utiliza un concepto de "sostenibilidad" más amplio que el que se esgrime en muchas ocasiones, que aparece centrado en las dos primeras facetas, es decir:

- De un lado, en los aspectos económicos que permitan fundamentar la actividad económica en unas bases sólidas de modo que los indicadores y criterios que la midan muestren, de modo perdurable, signos positivos.

- De otro, en criterios medioambientales, centrados en una eficiente y adecuada utilización de los recursos naturales, de modo que se garantice su reposición y recuperación.

Al incorporar la que titula de faceta social, el concepto de economía sostenible de la que parte el Anteproyecto enfoca tal sostenibilidad desde una perspectiva más integral, que trata de atender a los aspectos de política social a que debe servir la ordenación y desenvolvimiento de la actividad económica. Al partir de esa perspectiva más integral, el Anteproyecto es consciente de las múltiples implicaciones que la actividad económica tiene en las condiciones históricas, sociales y culturales de la actual sociedad española.

Ese triple entendimiento de la sostenibilidad económica no se refleja, sin embargo, en el concreto contenido del Anteproyecto.

En efecto, el último párrafo del apartado I de su exposición de motivos proclama expresamente que "al margen del contenido de la Ley quedan las reformas correspondientes a la sostenibilidad social, esencialmente en materia de empleo y de seguridad social, pues las exigencias específicas de acuerdo en estos ámbitos, en el marco del Diálogo Social y del Pacto de Toledo, respectivamente, aconsejan tramitar las propuestas en textos y procedimientos diferenciados". Esa declaración se refleja, consecuentemente, en la parte dispositiva de la proyectada Ley, que aparece ayuna de previsiones en los referidos campos del empleo y seguridad social.

Siendo ello así, entiende este Consejo que la rúbrica que emplea el Anteproyecto no se corresponde con su actual alcance, por lo que convendría reemplazarla por otra que destaque adecuadamente los aspectos económicos y medioambientales que constituyen el objeto propio y específico de la proyectada nueva legislación.

Similar criterio ha de aplicarse al artículo 1 del Anteproyecto -referido a su objeto-, en el que quizá bastaría con añadir los calificativos "económicas" y "medioambientales" al sustantivo "condiciones" para explicitar, sintéticamente y con precisión, el exacto alcance de la proyectada nueva legislación.

Analizando desde esa misma óptica el artículo 2 del Anteproyecto, se observa que el mismo afirma que "se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva".

La alusión, aparentemente por separado, al "desarrollo económico", "desarrollo social" y "desarrollo ambiental" no parece alinearse con la perspectiva integral que preside el concepto de "economía sostenible". Por otra parte, el término "conciliación" evoca una determinada relación entre dos o varias realidades y así se emplea, por ejemplo, en el último párrafo del artículo 3 del Anteproyecto.

Combinando tales datos, ese enunciado del artículo 2 de la proyectada legislación ganaría en precisión si sustituyese su alusión a "el desarrollo económico, social y ambiental" por una fórmula próxima o similar a "los aspectos económicos, sociales y ambientales".

B) Los títulos competenciales en los que se basa el Anteproyecto (disposición final trigésima octava)

El Anteproyecto se dicta al amparo del artículo 149.1.13ª de la Constitución (disposición final trigésima octava, apartado 1), lo que la memoria del análisis de impacto normativo argumenta destacando que el fin de la norma proyectada "es introducir las reformas necesarias para crear las condiciones que favorezcan un desarrollo económico sostenible. Este objetivo es plenamente coherente con la invocación del artículo 149.1.13ª de la Constitución española como título competencial que ampara el anteproyecto. Dicho artículo establece, en efecto, la competencia exclusiva del Estado en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, lo que sin duda está en línea con el objetivo del anteproyecto y las disposiciones mediante las que se trata de alcanzarlo".

Por su parte, el Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Política Territorial (de 26 de enero de 2010) ha destacado que este título puede invocarse de forma adecuada en línea con la jurisprudencia constitucional que considera que "dentro de la competencia de "ordenación general de la economía" tienen cabida "las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector" [por todas, y de entre las más recientes, sentencias del Tribunal Constitucional 21/1999, fundamento jurídico 5, y 128/1999, fundamento jurídico 7.A)]. Ahora bien, se han destacado igualmente los límites de la invocación de esta norma atributiva de competencias, que son los siguientes: "Finalmente, y como asimismo se indica en las resoluciones ahora citadas, la jurisprudencia constitucional también viene precisando que dicha competencia estatal no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de lo contrario se produciría el vaciamiento de títulos competenciales autonómicos más específicos" (las dos citas que se hacen en el texto se toman de la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/1999, de 16 de diciembre).

En relación con el artículo 149.1.13ª de la Constitución, el Anteproyecto contiene líneas directrices y criterios globales de ordenación de sectores económicos, junto a previsiones de acciones o medidas singulares (llegando, en este último caso, a dictar reglas y prever medidas basadas sobre competencias de ejecución). Coincide el Consejo de Estado con el Ministerio de Política Territorial en que el límite que se pueda encontrar para ello es el de no provocar el vaciamiento de títulos autonómicos específicos.

Es en esta última vertiente donde el Anteproyecto puede suscitar algunas objeciones, que serán señaladas con más detalle en los apartados en los que se aborden las materias concretas afectadas. En términos generales, la mayor dificultad que plantea la norma proyectada radica en que buena parte de las medidas que contiene parten de la colaboración -también normativa, en su caso- entre las tres Administraciones territoriales españolas, la estatal, la autonómica y la local. Sin perjuicio de la dificultad de precisar el alcance del significado de la coordinación de la planificación de la actividad económica, no parece que exista problema cuando se trata de impulsar medidas de fomento o de lograr acuerdos entre las Administraciones, incluso de promover la iniciativa legislativa respetando el ámbito propio de cada una de ellas (ello daría respuesta a diversas observaciones, planteadas por algunos gobiernos autonómicos, sobre lo previsto p. ej. en el artículo 43, número 2 -proponer una revisión del sentido del silencio en la legislación autonómica- o en la disposición adicional novena -evaluar la normativa sobre las licencias locales de actividad e impulsar acuerdos en esta materia-).

La cuestión es diferente cuando quedan afectadas competencias normativas específicas, bien compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en la medida en que se afecte a la parte de la regulación de carácter no básico) bien de carácter exclusivo de estas últimas.

Desde esta perspectiva, el Consejo de Estado considera que podrían introducirse algunas mejoras en la disposición final trigésima octava, apartado 2, y que determinados preceptos deberían ser objeto de precisión, o incluso ponderarse su supresión en los términos actuales.

Respecto del apartado 2 de la disposición final trigésima octava, se ha tomado la opción de enumerar los títulos que se considera que amparan la competencia estatal en forma más específica. Por otra parte, no se invoca la base competencial de las disposiciones modificativas, por entender, sin duda, que tienen el mismo fundamento que la disposición dictada en su día. No objeta el Consejo de Estado este modo de proceder y entiende, yendo incluso más allá, que en las materias de clara competencia estatal la invocación exhaustiva de los títulos no es necesaria ni acaso sea conveniente en todos los supuestos. La potestad legislativa estatal puede ejercerse en materias de su competencia, sin que la atribución expresa sea necesaria, por así decir, caso por caso. Cuestión diferente es que esta competencia estatal no pueda invocarse como título específico, incluso en virtud de las cláusulas de prevalencia y supletoriedad del Derecho estatal [artículo 149.3 de la Constitución], cuando afecte a materias compartidas o exclusivas de las Comunidades Autónomas, según el entendimiento de la jurisprudencia constitucional desde las sentencias 15/1989, de 26 de enero, 118/1996, de 27 de junio y 61/1997, de 20 de marzo. También pueden fundarse en las competencias estatales, sin necesidad de mayores precisiones, aquellas medidas, del tipo de las que antes se aludió (ejecutivas incluso, pero basadas en el impulso de acuerdos o medidas de fomento entre Administraciones territoriales) o como la prevista en la disposición adicional primera, toda vez que afecta a la responsabilidad que incumbe a aquel por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

En cambio, allí donde queden afectadas competencias compartidas, considera este Cuerpo Consultivo que la claridad y precisión de la disposición que recoge el fundamento competencial han de ser mayores. En esta línea, se comparte el parecer del Ministerio de Política Territorial, que propone que se incluya expresamente en la disposición final trigésima octava el carácter de legislación básica de ciertos capítulos o preceptos, cuando se basan en una competencia de dicho carácter. Esta exigencia se deriva de la jurisprudencia constitucional, recogida entre otras en la Sentencia 179/1992, de 23 de noviembre (FJ 2), cuando señala: "En aquellos supuestos en que corresponde al Estado la competencia para aprobar las normas básicas de una materia, la calificación expresa, de entre las normas estatales, de las que tienen carácter básico y de las que no lo tienen no es una mera facultad o posibilidad abierta al titular de la potestad normativa correspondiente. Es, por el contrario, un deber general inherente a su función. En efecto, (...) existe también una exigencia formal en la definición de lo básico, en virtud de la cual, por razones de seguridad jurídica y para evitar la ambigüedad permanente, "la Ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica"".

Finalmente, algunas normas concretas han suscitado observaciones durante la elaboración del expediente, en la medida en que se ha entendido que podrían afectar a tales competencias básicas y aun a competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de lo que se señala en el apartado correspondiente, pueden identificarse problemas de este tipo en la siguiente regulación del Anteproyecto: - En primer lugar, se ha dicho que determinados preceptos podrían afectar al espacio que corresponde a la legislación autonómica sobre régimen local. Como tal, se han cuestionado, por ejemplo, los artículos 44.dos del Anteproyecto (que añade un artículo 84 ter a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, por el que "las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior" cuando no sea precisa licencia de actividad) y 52, número 3 EDL 1985/8184 (que establece la obligación de los Tesoreros o, en su defecto, Interventores de las Corporaciones locales de elaborar trimestralmente un informe sobre el cumplimiento de los plazos de pago de aquéllas, en materia de morosidad). En atención al alcance y contenido de tales normas, no parece al Consejo de Estado que el establecimiento de las citadas obligaciones exceda de la regulación de lo básico.

- Mayor problema suscita lo dispuesto por el artículo 132, número 4, en materia de rehabilitación de vivienda (que establece que "los programas, planes y demás instrumentos ordenadores [autonómicos] de la rehabilitación de construcciones y edificios, además de contenerse en planes de ordenación urbanística, pueden aprobarse en forma independiente por los procedimientos de aprobación de las normas reglamentarias y tienen en todo caso, respecto de las construcciones y edificios afectados por ellos, los mismos efectos que los planes de ordenación urbanística"), puesto que choca aquí con la competencia de urbanismo y vivienda, atribuida en exclusiva a las Comunidades Autónomas.

- Una cuestión más general es la que plantea, en fin, la regulación contenida en el Capítulo III del Título III, sobre transporte y movilidad sostenible. De acuerdo con la disposición final trigésima octava, se dicta -al igual que todo el Título III- sobre la base de lo previsto en los artículos 149.1.23ª y 25ª de la Constitución. Con toda evidencia, debería basarse en el artículo 149.1.21ª de ésta, conforme al cual "el Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio

de más de una Comunidad Autónoma [y] régimen general de comunicaciones". Habría de tenerse en cuenta, además, que el primer inciso de dicho artículo 149.1.21ª de la Constitución (transportes terrestres intercomunitarios), ha sido objeto de una matizada jurisprudencia constitucional sobre su relación con el artículo 148.1.5ª de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio). En esta línea, la clasificación de los mercados de transporte, a que se refiere el artículo 115 del Anteproyecto, no parece plantear problema competencial, toda vez que carece de valor normativo y que su virtualidad principal será la de "servir de guía para que las autoridades competentes puedan desarrollar y adaptar el marco regulatorio del sector transporte a los principios contenidos" en la proyectada nueva Ley.

C) Los principios inspiradores de la acción pública para impulsar la sostenibilidad de la economía española

Se ocupa de ellos el artículo 3 de la proyectada nueva legislación, que recoge unos principios de muy diverso alcance y significado.

Algunos de esos principios están relacionados con aspectos de la actual realidad económica española, como es el caso de la "racionalización de la construcción residencial", que está muy directamente vinculado con la situación por la que atraviesa, en el presente, el sector español de la construcción, la marcada saturación de la vivienda de nueva construcción y la necesidad de dirigir la capacidad disponible hacia otras modalidades constructivas.

Algo similar puede decirse de los principios del "ahorro y eficiencia energética" y de la "promoción de las energías limpias, reducción de emisiones y eficaz tratamiento de residuos", en la medida en que tratan de reaccionar frente a conductas personales y actividades económicas que se han desarrollado durante mucho tiempo con escasa atención a la preservación de los recursos naturales.

Otros de los principios de ese artículo 3 inciden directamente en la configuración y desenvolvimiento de nuestras estructuras empresariales y económicas, como son los relativos a la "mejora de la competitividad" y al "fomento de la capacidad innovadora de las empresas".

Un tercer tipo de principios contemplados por el Anteproyecto está conectado con un aspecto tan relevante para el desenvolvimiento de la sociedad española y de sus integrantes como es la "extensión y mejora de la calidad de la educación e impulso de la formación continua".

En fin, un último grupo de principios del citado artículo 3 del Anteproyecto está ligado a la configuración y dinámica del Estado y a directrices esenciales para el desenvolvimiento de su aparato administrativo, como son los principios del "fortalecimiento y garantía del Estado social" y de la "estabilidad de las finanzas públicas".

La diversidad entre los principios que acaban de enunciarse conlleva que las reglas que se les aplican y las consecuencias que de ellos pueden extraerse son muy diferentes entre sí.

Así, el desenvolvimiento del Estado social está abierto a muy distintas opciones políticas y se concreta en la aplicación de la compleja regulación que rige al Estado prestacional. Junto a ello, la estabilidad de las finanzas públicas ha sido objeto de una disciplina ad hoc, que establece un delicado equilibrio entre las competencias del Estado y las de las restantes entidades públicas y que tiene una muy relevante trascendencia internacional, en la medida en que es una de las ideas-fuerza que está en la base de la Unión Económica y Monetaria europea.

Por lo que se refiere a la extensión y mejora de la calidad de la educación y al impulso de la formación continua, son aspectos del derecho fundamental a la educación, que tienen un explícito y detallado reflejo constitucional.

Todo ello pone de manifiesto que los principios que el artículo 3 de la proyectada nueva legislación lista para inspirar la acción pública dirigida a impulsar la sostenibilidad de la economía española tienen muy distintas relaciones con esa sostenibilidad.

En efecto, muchos de esos principios tienen también consecuencias en campos ajenos a esa sostenibilidad y sirven objetivos mucho más amplios en la medida en que son concreciones de directrices y normas constitucionales.

Incluso en lo que se refiere a la estricta aplicación de tales principios desde la óptica de la economía sostenible, las consecuencias que pueden anudarse a cada uno de ellos son muy diferentes entre sí y se servirán a través de instrumentos también muy diversificados.

Así, y a título de mero ejemplo, es claro que las medidas con las que traten de renovarse los sectores tradicionales de nuestra economía (actividad que el Anteproyecto vincula con el principio del fomento de la capacidad innovadora de las empresas) serán considerablemente distintas de las que se empleen para racionalizar la construcción residencial y notoriamente alejadas de las técnicas que se dirijan a lograr la estabilidad de las finanzas públicas.

Por otra parte, tampoco es descartable que, a la vista de los muy amplios objetivos que trata de alcanzar la sostenibilidad de la economía española, las acciones que los poderes públicos deban acometer al respecto no respondan, únicamente, a la lista de principios contenidos en el artículo 3 del Anteproyecto.

De todo ello se sigue que no cabría ver en el artículo 3 un elenco exhaustivo de los principios específicos que inspiran la acción pública dirigida a impulsar y propiciar la sostenibilidad de la economía española.

Por lo mismo, la opción de que la proyectada legislación incluya tales principios no tiene unas consecuencias uniformes sobre el conjunto de las previsiones que ese nuevo corpus legal introduciría.

Tales reflexiones llevan a este Consejo a postular que los mencionados principios sean abordados desde otra óptica, como sería la de las coordenadas de las que parte la nueva Ley más que la de principios de los que se extraigan las concretas previsiones del texto legal. Ese nuevo enfoque se concretaría en trasladar los principios del actual artículo 3 del Anteproyecto a la parte expositiva de la nueva Ley, lo que reflejaría, de modo muy elocuente, su significado más específico.

D) Los criterios utilizados para insertar en el Anteproyecto las novedades que contiene

Ha quedado anteriormente indicado que el Anteproyecto aborda una considerable diversidad de materias, de donde se desprende que propugna introducir en nuestro ordenamiento jurídico un elenco muy amplio de novedades normativas y que, consiguientemente, afecta a muy diversos textos legales y regulaciones actualmente existentes.

Al examinar los casos de similares iniciativas normativas, que se proponen modificar una variedad de previas regulaciones, este Consejo ha esgrimido la necesidad de que todos esos cambios se inserten, del modo más armónico y ordenado posible, en nuestro Derecho. Esa directriz se justifica en la necesidad de que los operadores jurídicos y los destinatarios de las normas tengan noticia cumplida y clara de los cambios que se van introduciendo en el ordenamiento jurídico y, así, puedan llevarse eficazmente a cabo las tareas de conocimiento, interpretación y aplicación de las normas.

Esa preocupación ha llevado a este Cuerpo Consultivo a mostrar, en muchas ocasiones y con carácter de criterio general, su preferencia por canalizar esas iniciativas normativas que inciden en varias regulaciones preexistentes a través de textos y proyectos diferenciados, que aborden, por separado las regulaciones que se quieren modificar, aunque todos esos proyectos respondan a un mismo impulso o designio innovador.

Sin perjuicio de tal criterio general, este Consejo ha conocido de muy diversas iniciativas normativas que, más que por el propósito de modificar simultáneamente varias regulaciones preexistentes, se caracterizan por tratar de ajustar y reinterpretar tales regulaciones desde nuevas perspectivas jurídicas. En expresión ya consagrada, son los supuestos de las modificaciones o innovaciones transversales del ordenamiento jurídico.

Dado que se trata de una revisión de previas regulaciones desde una nueva perspectiva unitaria, esas modificaciones transversales del ordenamiento jurídico suelen instrumentarse a través de un único texto jurídico.

El caso del Anteproyecto es, probablemente, una de esas reformas transversales, en la medida en que se trata de ajustar una diversidad de regulaciones preexistentes a la perspectiva global de la sostenibilidad de nuestro sistema económico y a los citados enfoques económico y medioambiental.

Decantada la aproximación a la nueva regulación a favor de un único texto, se observa, sin embargo, que el que ahora se dictamina combina y simultanea una diversidad de enfoques que comprenden, al menos, los siguientes:

- En primer lugar, en algunos casos, el Anteproyecto resulta ser una suerte de proyecto de Ley ómnibus, en el sentido de que acumula y juxtapone modificaciones de diversos textos legales. El Anteproyecto aplica esta primera aproximación de un modo considerablemente heterogéneo, ya que, en ocasiones, todas las modificaciones de un determinado texto legal están integradas en un mismo precepto (son los casos, por ejemplo, de las modificaciones en las Leyes del Catastro Inmobiliario, Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada y Concursal -ex disposiciones finales vigésima, vigésima primera, vigésima segunda y trigésima cuarta, respectivamente).

No obstante, en otros relevantes casos, las modificaciones se encuentran tanto desperdigadas a lo largo del articulado, como es el caso de las novedades en materia del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto de Sociedades, cuyas reformas se enuncian, por separado, con ocasión de las previsiones que el Anteproyecto dedica a diversas materias.

- En otros casos, el Anteproyecto utiliza una técnica de la que este Consejo ya ha conocido en previas reformas de índole transversal y que consiste en incluir en el articulado una serie de prescripciones jurídicas novedosas y de utilizar las disposiciones complementarias (adicionales y finales) para reformar los textos legales hasta entonces vigentes a la luz de las aludidas prescripciones.

El Anteproyecto utiliza esta técnica en diversas materias de singular importancia (formación profesional, transportes,...) y sobre las que habrá ocasión de volver más in extenso en los correspondientes apartados del presente dictamen.

- Por último, no faltan los casos en los que el Anteproyecto contiene importantes previsiones en determinadas materias, que no van acompañadas, sin embargo, de la modificación de la regulación preexistente en tales materias. Se produce, con ello, una regulación por acumulación en el sentido de que las proyectadas previsiones del Anteproyecto se acumularían a la regulación preexistente, sin que se expliciten cuáles son las relaciones y consecuencias que se quieren establecer entre esas previsiones aparentemente autónomas del Anteproyecto y la regulación preexistente.

También sobre esta cuestión se volverá más detenidamente en ulteriores consideraciones de este dictamen, al examinar materias concretas afectadas por el Anteproyecto.

Sin embargo, en sede ahora de consideraciones generales, este Consejo debe destacar que este último enfoque es claramente desaconsejable, ya que produce una considerable incertidumbre sobre el exacto alcance de las correspondientes modificaciones normativas y sitúa a los operadores jurídicos y destinatarios de tales modificaciones ante un complejo e inseguro esfuerzo de interpretación normativa, que no se corresponde con los objetivos de seguridad jurídica que deben alcanzarse a la hora de preparar cualquier innovación jurídica.

Con independencia de las observaciones que se han dirigido a cada una de esas técnicas o enfoques y tratando de valorar el resultado general que se desprende del Anteproyecto en su conjunto, entiende este Consejo que el objetivo absolutamente prioritario es que del texto legal finalmente se extraigan, con la mayor facilidad posible, los exactos cambios que introducirá en el ordenamiento jurídico.

En su actual formulación, el Anteproyecto no alcanza suficientemente tal objetivo, por lo que el Consejo de Estado entiende que es recomendable revisar su construcción general desde una doble óptica:

- De un lado, extrayendo mucho más partido a las funciones que son propias de la exposición de motivos de la proyectada nueva legislación. En ella debe tener cabida una explicación completa, clara y sistemática de los propósitos que animan a la nueva Ley y de las medidas que contiene, dando cuenta de los textos legales a los que afecta.

Profundizando en tal directriz, entiende este Consejo que la exposición de motivos es también un lugar adecuado para ubicar declaraciones programáticas que no alcanzan la entidad propia de las normas jurídicas.

- De otro, siguiendo un criterio homogéneo para presentar los cambios que se introducirán en los textos legales preexistentes. En ese sentido, la fórmula de trocear las modificaciones de tales textos en función de las diferentes materias que aborde la nueva Ley es más propia de su parte expositiva, mientras que la parte dispositiva debiera recoger, de modo unitario, todas las modificaciones referidas a cada texto preexistente en cuestión.

Por lo mismo, tampoco resulta recomendable trocear las modificaciones de los textos legales hasta ahora vigentes entre el articulado y las disposiciones complementarias de la nueva Ley. En la medida que tengan una mínima sustantividad, es preferible que las aludidas modificaciones figuren en el articulado de la nueva Ley, de modo que sus disposiciones complementarias se reserven para los añadidos o especificaciones concretas que sea necesario efectuar a propósito de regulaciones preexistentes afectadas por la que se apruebe.

E) El papel que se atribuye a la regulación administrativa

El Anteproyecto aborda esta cuestión dentro de su Título I, rubricado "Mejora del entorno económico" y le dedica, en concreto, su Capítulo I (artículos 4 a 7).

Tal rúbrica resulta errónea por cuanto esos preceptos carecen de contenido económico y se centran, en realidad, en aspectos típicamente jurídicos que giran, a su vez, en una determinada visión acerca de las virtualidades que la regulación tiene.

Más en concreto, el contenido de ese apartado de la proyectada nueva legislación se centra en dos bloques de cuestiones (los principios de buena regulación y los instrumentos para la mejora de la regulación) que suscitan comentarios por separado.

1. Los principios de buena regulación

Están éstos enunciados por el artículo 4 del Anteproyecto, que lista los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia y recuerda las consecuencias de cada uno de ellos en orden a la regulación preparada por las Administraciones Públicas.

Esas consecuencias se concretan en aspectos tales como, por ejemplo, la justificación de toda regulación por razones de interés general, la identificación de los fines perseguidos, las relaciones entre los objetivos que se persigan y el contenido de la regulación que se elabore para ello, así como la ponderación de otros medios alternativos para alcanzar tales objetivos.

Se trata, por lo tanto, de una serie de exigencias que han de tenerse en cuenta en la preparación, elaboración y aprobación de las regulaciones promovidas por los órganos administrativos y que están plenamente en línea con los criterios que este Consejo ha venido históricamente sentando en sus consultas sobre todo tipo de iniciativas normativas. Esos criterios también se encuentran, fácilmente, en la doctrina científica que se ha ocupado de tales temas.

Esos principios son, desde luego, aplicables a las regulaciones que se ocupan de aspectos económicos y, en ese sentido, a buena parte del Anteproyecto, debiendo recordarse que existen múltiples iniciativas y reflexiones en el ámbito comparado (por ejemplo, las patrocinadas por la OCDE) que destacan la creciente relevancia que una adecuada regulación tiene para el eficaz desenvolvimiento de las actividades económicas y que preconizan, consecuentemente, la necesidad de una cuidadosa evaluación y seguimiento de cualquier iniciativa en ese campo.

Sin embargo, esos principios de buena regulación no se circunscriben a un determinado sector de la actuación administrativa de índole reguladora, puesto que, por su alcance general, tienen vigencia y pleno sentido en cualquier actuación de tal naturaleza.

Por ello, causa extrañeza que se proponga incluir tales principios en una determinada regulación, como es la referida a determinados aspectos conectados con la sostenibilidad de nuestra economía, ya que ello podría mandar un doble mensaje erróneo: entender que esos principios son propios y específicos de la regulación administrativa que se refiera a la sostenibilidad de nuestra actividad económica y, visto a la inversa, asumir que tales principios no rigen en otros campos en los que los órganos administrativos ejerzan sus potestades normativas.

La realidad es precisamente la contraria, ya que, tal y como se recoge, con reiteración e insistencia, en la doctrina de este Consejo, la buena regulación administrativa, en la línea que marcan los principios de los que se hace eco el artículo 4 del Anteproyecto, debe ser una exigencia general e indeclinable de toda iniciativa normativa que se propongan las Administraciones Públicas.

Por todo ello, estima este Cuerpo Consultivo que la nueva legislación que ahora se informa debiera hacerse eco de esa doctrina, lo que llevaría a prescindir del actual artículo 4 del Anteproyecto.

2. Los instrumentos para la mejora de la regulación

Bajo tal rúbrica pueden englobarse los artículos 5 a 7 del Anteproyecto, en la medida en que recogen mecanismos y trámites específicos para preparar las regulaciones administrativas (artículos 5, apartados números 1 y 2, y 6, número 2), mecanismos "a posteriori" para evaluarlas (artículos 5, número 3, y 6, número 1) e instrumentos mixtos, que atienden, al mismo tiempo, a esos dos objetivos (artículo 7).

Se aprecia, por de pronto, una cierta asistematicidad en el Anteproyecto, que podría tratar por separado los mecanismos que se proponen, con carácter preventivo o "a priori", mejorar la regulación administrativa y aquellos que se dirigen a evaluar y revisar las previas regulaciones ya aprobadas.

Sin embargo, el principal comentario que ha de realizarse en relación con todos esos instrumentos está relacionado con el que acaba de efectuarse a propósito de los principios de buena regulación.

En efecto, los cauces dirigidos, primero a preparar, con el máximo cuidado y reflexión, las regulaciones administrativas y, posteriormente, a evaluarlas y revisarlas son, al igual que los aludidos principios, técnicas que no se circunscriben a un determinado

campo de la actuación administrativa de índole reguladora. Se trata, en efecto, de instrumentos que han de aplicar a todos los campos para los que las Administraciones Públicas preparen y aprueben regulaciones.

Por lo mismo, esos cauces no son exclusivos de la actuación pública en el ámbito de la economía sostenible, sin que se aprecien razones que justifiquen que se pongan en práctica en ese y no en otros campos de la acción administrativa.

Podría verse una matización al respecto en el caso del artículo 6, número 2, del Anteproyecto, que prevé que se acuerden e impulsen criterios para promover la aplicación de la buena regulación en el marco del Comité para la Mejora de la Regulación de las Actividades de Servicios, en la medida que tal norma podría entenderse como una directriz de actuación a un concreto órgano ya existente.

Se trata del Comité creado por la disposición adicional tercera de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre EDL 2009/251214 , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en cuanto cauce de participación de las diversas Administraciones Públicas afectadas por el proceso de transposición de la llamada Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior).

Ocurre, sin embargo, que tal Comité tiene ya atribuida la tarea de "facilitar la cooperación para la mejora de la regulación de las actividades de servicios y, en particular, el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo en las diferentes administraciones". Si se tiene, adicionalmente, en cuenta lo que ya ha quedado indicado acerca del alcance general y estructural de los principios de la buena regulación, se llega a la conclusión de que el artículo 6, número 2, del Anteproyecto no añade, en realidad, nada nuevo a la aludida disposición adicional de la Ley 17/2009 EDL 2009/251214 y a los cometidos que debe llevar a cabo el mencionado Comité.

Las anteriores consideraciones desembocan en la conclusión de que el segundo grupo de previsiones del Capítulo I del Título I del Anteproyecto (artículos 5 a 7) no son específicas del ámbito de la economía sostenible, lo que aconseja no incluirlos en la nueva legislación que se proyecta aprobar.

Con independencia de esa conclusión favorable a reconsiderar tales preceptos, no puede dejar de apuntarse que, aunque se ciñese sólo al ámbito de la economía sostenible, la periodicidad anual que el artículo 7 del Anteproyecto prevé para que la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas elaboren "un informe sobre las actuaciones de mejora regulatoria que hayan realizado" y un "programa de trabajo en materia de mejora regulatoria para el año siguiente" es poco realista y corre el serio peligro de privar de auténtica utilidad a tales informes.

F) La elección de los instrumentos normativos pertinentes

La cuestión más relevante al respecto es la relación entre las previsiones generales del Anteproyecto y aquellas otras a las que se atribuye la condición de orgánicas (en el sentido de normas propias de Leyes Orgánicas), según resulta de su disposición final trigésima séptima.

Las denominadas "incrustaciones" de Ley Orgánica en una Ley ordinaria plantean problemas específicos que han sido abordados por el Consejo de Estado en otras ocasiones (véanse, por ejemplo, los dictámenes de 18 de junio de 1998 y de 18 de enero de 2001, relativos a los expedientes números 2.268/98 y 4/2001, respectivamente).

Como se puso de relieve en tales dictámenes, la relación Ley Orgánica-Ley no orgánica se articula básicamente con arreglo al principio de competencia, que opera a partir del acotamiento y consiguiente separación de ámbitos competenciales diferentes, cuyo tratamiento se reserva a órganos y procedimientos determinados, con exclusión de todos los demás posibles. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional, y el propio Consejo de Estado, se han pronunciado en diversas ocasiones acerca de las relaciones entre ambos tipos de leyes (y, en especial, sobre aquellos supuestos en los que una Ley Orgánica incluía previsiones que, en principio, no se correspondían con la materia propia de dicha ley o excedían de la misma). En tales casos, se ha venido admitiendo la posibilidad de que una Ley Orgánica regule materias que caen fuera del ámbito diseñado por el artículo 81 de la Constitución, aunque en términos estrictos y, en todo caso, especificando el carácter no orgánico de tales preceptos.

Pues bien, "contemplando ahora las cosas desde la perspectiva contraria -es decir, en cuanto a la posibilidad de que una Ley ordinaria contenga "incrustaciones" de Ley Orgánica-, no puede llegarse a idéntica conclusión, en tanto constituye una técnica normativa que violenta diversos principios constitucionales -y, singularmente, el principio de seguridad jurídica-" (dictamen del referido expediente 4/2001 EDD 2001/97363). Y ello por cuanto la posibilidad -según la Constitución y en los términos y con el alcance señalados- de que una Ley Orgánica incluya la regulación de materias conexas al servicio de una mejor formulación y articulación de sus previsiones normativas, no puede afirmarse en el caso inverso de una Ley no orgánica a la que se pretendiera incorporar alguna disposición sobre la materia afectada por la reserva de Ley Orgánica. Habría que subrayar la complicación y perplejidad que, en caso contrario, podrían suscitarse para el adecuado tratamiento parlamentario de la iniciativa legislativa; pero la cuestión primaria y fundamental afecta al encaje del supuesto en las previsiones constitucionales -con prioridad lógica y cronológica respecto de sus consecuencias en el procedimiento parlamentario- y obliga a asentar su solución en congruencia con las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Tal solución se concretó en los dictámenes citados en el desglose del contenido del anteproyecto consultado en dos leyes diferentes, una orgánica y otra ordinaria.

Sorprende, en el presente caso, que no haya sido acogida esta solución con carácter general cuando sí lo ha sido en particular para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial EDL 1985/8754 , según resulta del Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley de Economía Sostenible, de modo que bien podrían haberse también preparado los correspondientes proyectos normativos que incidiesen en las materias que, queriendo reformarse, pertenecen a la reserva constitucional de materias a las Leyes Orgánicas.

No procede aquí sino reiterar la improcedencia de incluir previsiones de carácter orgánico en el Anteproyecto. El concreto modo de articular esta observación se aborda a propósito de los apartados relativos a la ciencia e innovación y la formación profesional, donde la referida cuestión se suscita.

Por último, una pieza final que también es relevante para valorar el enfoque jurídico que el Anteproyecto utiliza son las opciones que este último contiene en torno al rango de los instrumentos normativos y consiguientes competencias a los que se remite.

Vuelve a apreciarse aquí una diversidad de criterios en el Anteproyecto.

En efecto, varias de las novedades que contiene se inspiran en un criterio de degradación normativa y en rebajar el rango de los correspondientes instrumentos normativos. Así, se remiten a regulación reglamentaria cuestiones que hasta ahora están abordadas por leyes y, dentro del escalón reglamentario, se encomiendan a órdenes y resoluciones administrativas extremos que están actualmente tratados por reales decretos.

Sin embargo, en otras materias que también aborda, el Anteproyecto aplica el criterio inverso y opera una elevación del rango y competencias aplicables para abordarlas.

Aunque esta cuestión es susceptible de responderse con criterios distintos en función de la materia de que se trata, no es claro que las distintas soluciones que se aprecian en el Anteproyecto respondan a un proceso reflexivo unitario, por lo que se recomienda una revisión de tales soluciones desde tal óptica.

Quinta. De conformidad con el esquema de análisis que se anunció en la tercera consideración del presente dictamen, se abordan ahora los comentarios que suscitan las previsiones que la proyectada nueva legislación suscita en relación con las modificaciones estructurales que introduce en la acción administrativa.

Ese primer gran grupo de previsiones del Anteproyecto permite diferenciar cuatro grandes materias: el tratamiento de los Organismos Reguladores, la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, la simplificación administrativa y la simplificación tributaria.

A) Organismos reguladores

El Capítulo II del Título I del Anteproyecto (artículos 8 a 24) se refiere a los "Organismos Reguladores". Con el fin de valorar, desde una perspectiva general, la adecuación de la regulación proyectada, conviene partir de la situación actual de los organismos reguladores en el Derecho interno y comunitario, para pasar seguidamente a exponer, dentro de este contexto, el marco legal que se propugna establecer, y avanzar, por último, algunas propuestas sobre la regulación proyectada.

1. El marco general de los organismos reguladores

En el Derecho español, no existe actualmente una categoría, legalmente definida, de "organismos reguladores". El artículo 43 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado EDL 1997/22953, relativo a la clasificación y adscripción de los organismos públicos, no incluye un tipo específico referido a los "organismos reguladores". La disposición adicional décima de esta Ley EDL 1997/22953 contempla "determinados organismos públicos" dotados de "independencia funcional o autonomía respecto de la Administración General del Estado", en relación con los cuales únicamente dice que "se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley". Sin embargo, basta leer la lista contenida en el apartado 1 EDL 1997/22953 de esta disposición para comprobar que se incluyen dentro de esta categoría residual, junto a los organismos reguladores, otros de diferente naturaleza; así, en efecto, además de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal se cita el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) y el Consorcio de la Zona Especial Canaria.

Un repaso de la legislación sectorial que se ocupa de los organismos reguladores pone de manifiesto que existen, en efecto, ciertas entidades que comparten unos rasgos generales comunes: la afirmación de una autonomía o independencia funcional respecto de la Administración General del Estado que va más allá del mero reconocimiento de una personalidad jurídica diferenciada, el reconocimiento de funciones en relación con la vigilancia y ordenación de un sector específico (energía, telecomunicaciones, etc.), y la atribución de potestades públicas.

Sin embargo, también esta legislación ilustra sobre las diferencias notables que se producen en relación con cada uno de estos aspectos. Así, por ejemplo, en algunos casos se recoge el denominado recurso de alzada impropio (que limita, obviamente, la independencia o autonomía del organismo regulador), que en la generalidad de los casos no se prevé; de igual modo, la medida de las potestades públicas y la generalidad o amplitud de las funciones que se atribuyen es también muy diversa en la comparación, por ejemplo, entre la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal. Esta diversidad hace que sea ciertamente difícil trazar la frontera entre lo que deben considerarse o no organismos reguladores (cabe señalar, a este respecto, las dudas que se plantearon al respecto en relación con la Comisión Nacional de la Competencia), tanto en lo que hace a las entidades actualmente existentes como a otras que puedan crearse en el futuro (piénsese en el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, previsto en el proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual o en el organismo regulador del sector del transporte, anunciado en términos muy vagos por la disposición final sexta del Anteproyecto).

En lo que hace al Derecho comunitario, son las normas reguladoras de cada uno de los sectores las que aluden a las "autoridades nacionales", cuya configuración comparte algunos rasgos característicos de los organismos reguladores, como son su independencia funcional, la atribución de potestades típicamente públicas y la atribución de competencias en relación con la vigilancia de mercados o sectores específicos. Así, cabe citar dos ejemplos recientes que tienen que ver con la ordenación ahora proyectada:

- La Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/

CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas se ha referido a la necesidad de reforzar "la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación para garantizar una aplicación más efectiva del marco regulador y para aumentar su autoridad y la previsibilidad de sus decisiones" (p. 3 de la parte expositiva). En este sentido, se recogen normas en esta Directiva relativas a la prohibición de aceptación de instrucciones o a las garantías en el cese de los responsables de la Autoridad Nacional de Reglamentación que están presentes en el Anteproyecto.

- En sentido semejante -dentro del ámbito de la energía- la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, se refiere a las autoridades reguladoras nacionales, insistiendo en los mismos principios de independencia, imparcialidad y transparencia (p. 33 y siguientes de la parte expositiva). Además, esta norma incluye la previsión -de gran relevancia práctica- de que sólo existirá una única autoridad reguladora a nivel nacional (sin perjuicio, por lo tanto, de la posible existencia de otras autoridades regionales).

Sin embargo, un examen de estas disposiciones -y de otras semejantes, como es el caso de la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios, que contempla la autoridad nacional de reglamentación en dicho ámbito- evidencia igualmente la existencia de importantes diferencias entre unos y otros tipos de autoridades nacionales.

2. El alcance del Anteproyecto

En este contexto, el Anteproyecto se presenta con una vocación generalizadora, con el intento de establecer ciertas disposiciones comunes a los organismos reguladores. Esta pretensión generalizadora se desprende en primer lugar, de la exposición de motivos, en la que se afirma que la proyectada nueva Ley "aborda la reforma de los organismos reguladores de carácter económico, introduciendo por primera vez en nuestro ordenamiento un marco horizontal, común a todos ellos, que asume sus características de independencia, frente al Gobierno y frente al sector correspondiente y su actuación de acuerdo con principios de eficiencia y transparencia". Lo mismo resulta de la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo II de su Título I, que se refiere a "Disposiciones generales sobre los Organismos Reguladores".

Sin embargo, esta pretensión queda desmentida cuando se pasa a considerar el articulado. En efecto, no se trata sólo, como anuncia ya la exposición de motivos, que se excluyan los organismos reguladores vinculados al ámbito financiero -como si se tratara de una excepción a la regla general-, sino que el Anteproyecto:

- primero, no incluye una definición del tipo o categoría de "organismo regulador";

- y segundo, establece una especie de *numerus clausus* en la enumeración de los entes que, a los efectos de lo previsto en dicho Capítulo, tienen la consideración de organismo regulador, que son la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Comisión Nacional del Sector Postal.

De este modo, la proyectada nueva Ley no sólo no será de aplicación a otros organismos reguladores que puedan existir, sino que tampoco lo será, salvo una previsión expresa en ese sentido, a los nuevos organismos reguladores que pudiesen crearse. En realidad, el objeto de la Ley, en este punto, se limita a recoger ciertas disposiciones comunes, aplicables a tres organismos reguladores -la Comisión Nacional de Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) y la Comisión Nacional del Sector Postal (CNSP)- y a establecer la aplicación de parte de sus disposiciones a la Comisión Nacional de la Competencia.

Resulta además, en claro contraste con lo anterior, que la regulación proyectada, lejos de determinar unos principios generales, comunes a todos los organismos reguladores, incluye reglas muy precisas y concretas que parecerían más propias de leyes específicas de cada organismo o, incluso, de los reglamentos correspondientes (piénsese, por ejemplo, en algunas de las previsiones organizativas recogidas en el artículo 12 y en el artículo 14).

El Consejo de Estado no desconoce la dificultad de elaborar una ordenación general de los organismos reguladores, máxime cuando existen -y deben seguir existiendo- importantes diferencias entre ellos, no sólo porque así resulta del Derecho comunitario que ordena cada sector, sino también, posiblemente, por cuanto las exigencias de regulación y ordenación son diferentes en cada uno de los sectores, en función, entre otras circunstancias, del grado de competencia introducido en el correspondiente mercado.

Con todo, estima este Consejo que hubiera podido diseñarse un modelo de regulación de los organismos reguladores más flexible en su concepción, y, al mismo tiempo, más general, lo que podría hacerse:

- primero, estableciendo una definición de los organismos reguladores, y determinando la aplicación a éstos de las disposiciones de la Ley;

- segundo, dando una mayor flexibilidad a dicha ordenación de dos formas: por un lado, permitiendo que las propias leyes específicas dejen sin efecto algunas reglas de dicha ordenación general; y segundo, recogiendo en la regulación de los organismos reguladores criterios y reglas más generales, que tuvieran por objeto, más que una ordenación concreta a la que deben ajustarse, una garantía de ciertos principios de independencia y eficiencia.

En definitiva, en la alternativa entre una regulación más general y flexible, o más rígida pero de menor alcance, se podría haber optado por la primera de las opciones.

Ello no impediría que, si quiere hacerse para los tres organismos reguladores a los que se refiere la proyectada nueva Ley una regulación más pormenorizada, se modificasen las leyes respectivas incluyendo las reglas más detalladas previstas en el Anteproyecto o se ordenase al Gobierno la elaboración de los correspondientes proyectos de ley de modificación de dichas leyes.

Una regulación como la propuesta tendría la ventaja de cumplir más exactamente la vocación de generalidad que se anuncia en la exposición de motivos y que se persigue en el articulado del Anteproyecto.

Con todo, y al margen de la observación anterior, estima el Consejo de Estado que la norma proyectada, en la redacción actual, merece una valoración favorable en los siguientes aspectos:

- Primero, en cuanto supone la afirmación de la autonomía orgánica y funcional de los organismos reguladores, y de su independencia de las Administraciones Públicas. Así se recoge, por ejemplo, en el artículo 8, número 2, en el cual, de forma paralela a la afirmación de dicha independencia, se establece el sometimiento al control parlamentario -lo que puede ser visto, de alguna forma, como contrapeso de aquella independencia de la Administración General del Estado-; en la misma idea descansan otros aspectos de la regulación, como el artículo 9, número 2, que determina la prohibición de solicitar o aceptar instrucciones de ninguna autoridad pública o privada -regla que, como se ha visto, está prevista en algunas Directivas comunitarias-.

- Segundo, en cuanto supone la incorporación parcial de Directivas comunitarias relativas a las autoridades nacionales de reglamentación. Así, en particular, ha destacado la Comisión Nacional de Energía que la nueva ordenación supone, en buena medida, la incorporación de las previsiones contenidas en la Directiva 2009/72/CE -ya citada- y en la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

- Y, tercero, en cuanto pueden suponer un modelo de ordenación para otros organismos reguladores, al menos en los aspectos más generales relativos a la independencia de éstos y a su estructura general.

No obstante, estima el Consejo de Estado que la regulación tiene un excesivo grado de detalle en algunos puntos (como sucede en relación con el aspecto organizativo, en los artículos 12 ó 14), por lo que debiera considerarse la conveniencia de dejar estos aspectos para la regulación específica de cada organismo regulador. Por otra parte, en consonancia con la función generalizadora que se atribuye a la ordenación proyectada, se estima que debieran excluirse de la Ley aquellas reglas que no se refieren a los organismos reguladores en su conjunto, sino a cada uno de ellos (como es el caso del artículo 9.3).

3. Observaciones y sugerencias al articulado

a) Artículo 8. El apartado 3 de este artículo define el régimen de fuentes de los Organismos Reguladores, y dispone que "se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte afectado por la presente ley, y por sus Reglamentos de funcionamiento interno". "En lo no previsto en las anteriores normas - continúa el precepto-, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima EDL 1997/22953 , por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria EDL 2003/127843 y por el resto del ordenamiento jurídico".

En esta ordenación, cabe destacar la referencia que se hace en primer lugar a la propia Ley proyectada y, en segundo lugar, a la legislación específica, "en lo que no resulte afectado por la presente ley". Se ha destacado por algún órgano informante que con ello se hace prevalecer la ley general sobre la especial, lo que podría reputarse en alguna forma anómalo; sin embargo, y aparte de la finalidad de establecer una regulación general homogénea para los organismos reguladores, esta prevalencia tiene que ver más con el criterio temporal ("lex posterior derogat anterior"), en tanto se pretende que la presente Ley modifique por sí misma -y sin perjuicio del mandato recogido en la disposición final quinta- las leyes que regulan los tres organismos reguladores incluidos en su ámbito de aplicación. Por ello, en futuras modificaciones de las normas -de la ahora proyectada o de las leyes específicas de cada organismo regulador- el juego de prevalencia de una u otra norma será el que resulte de los criterios generales, sin que quepa ver en el primer inciso de este apartado una afirmación de la superior jerarquía de dicha Ley.

Por otra parte, también dentro de este precepto destaca la omisión de la referencia a los estatutos de los organismos reguladores. Esta omisión no es, desde luego, involuntaria, pues, en efecto, en redacciones anteriores de la norma se aludía a los "estatutos, aprobados mediante el correspondiente Real Decreto"; de alguna manera, la sustitución de la referencia a estos Estatutos por otras a los reglamentos internos -que son aprobados por los propios organismos reguladores (por ejemplo, en el artículo 4.9 de la Ley 23/2007, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal EDL 2007/152208)- se presenta como una afirmación de la independencia de estas entidades. En todo caso, en relación con la regulación proyectada, y con la omisión, entre las fuentes, de la referencia a los Estatutos aprobados por Real Decreto, cabe señalar:

- primero, que en la actualidad, los organismos reguladores a que se refiere la Ley proyectada tienen una ordenación en reglamentos aprobados por real decreto (Real Decreto 1920/2009, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo general de la Ley 23/2007 EDL 2009/282670 ; Real Decreto 1339/1999, de 31 julio, por el que se aprueba el Reglamento de la CNE; y Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la CMT);

- segundo, que, en todo caso, dicha omisión de toda referencia a los Estatutos no impediría que, en uso de la potestad reglamentaria del Gobierno y de las habilitaciones específicas contenidas en las leyes sectoriales, se modificasen o aprobasen nuevos Estatutos (por lo demás, en este sentido amplio podría interpretarse la expresión "legislación específica" que usa el artículo que se analiza);

- que, consiguientemente, si lo que se pretende, con dicha omisión, es suprimir, dentro del sistema de fuentes, los reglamentos o estatutos aprobados por real decreto, de forma que los preceptos regulados por las leyes fueran directamente desarrollados por los reglamentos internos, habría de establecerse así expresamente, y regular las consecuencias correspondientes en lo que hace a los reglamentos actualmente en vigor.

Por otra parte, también en relación con este apartado 3, hay que hacer alguna matización a la previsión de que la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado EDL 1997/22953 , y la Ley 47/2003, General Presupuestaria EDL 2003/127843 "serán de aplicación supletoria en lo no previsto en las anteriores normas" -incluidos, pues, los reglamentos de funcionamiento interno-.

Pues es evidente, en efecto, que la medida en que estas leyes sean o no de aplicación a los organismos reguladores es algo que no puede depender de lo que el Reglamento de funcionamiento interno -aprobado, como se ha dicho, por el propio organismo regulador. Por lo anterior, debe hacerse la correspondiente modificación en este precepto.

b) Artículo 9. Este artículo se refiere a la relación de los organismos reguladores con las entidades públicas y privadas - singularmente, con la Administración General del Estado- y a su independencia funcional.

Destaca en este precepto un cambio en la terminología respecto de las leyes vigentes. En efecto, en estas, la relación de los organismos reguladores con la Administración General del Estado se afirma como "adscripción" a un Ministerio; así lo prevé en el artículo 1, número 3, de la Ley 23/2007, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal EDL 2007/152208 o la disposición adicional undécima de la Ley de Hidrocarburos en relación con la Comisión Nacional de Energía. Detrás de esta sustitución de la referencia a la "adscripción" por otra a la "relación" con el titular del Ministerio correspondiente está la intención de subrayar, en línea con las normas comunitarias en la materia, la independencia funcional de estos organismos reguladores. Con todo, el alcance de este cambio y si supondrá alguna modificación en cuanto a las relaciones entre los organismos reguladores y los Ministerios es algo que deberá precisarse al revisar cada una de las leyes que regulan estos organismos.

El apartado 2, al prohibir las instrucciones a los organismos reguladores de cualquier entidad pública o privada, viene a recoger -y generalizar- la regla contenida en el artículo 35.4.b) de la Directiva 2009/72/CE, ya citada, y en el artículo 1 de la Directiva 2009/140/CE, también citada.

Por lo demás, estima el Consejo de Estado que la regulación contenida en el apartado 3, relativa a la relación de cada uno de los organismos reguladores con el Departamento correspondiente, pudiera dejarse fuera del Anteproyecto, dado que se trata de aspectos específicos de cada organismo que encuentran su sede natural en sus correspondientes leyes reguladoras.

c) Artículo 10. El apartado 2 de este artículo hace referencia a las funciones que ejercen los organismos reguladores, en los términos en que disponga "su normativa sectorial". Dado que algunos organismos reguladores cuentan, según sus normas sectoriales, con la posibilidad de dictar circulares, acaso podría hacerse referencia a esta potestad en este apartado.

d) Artículo 12. Incluye este artículo ciertas disposiciones de organización y funcionamiento de los organismos reguladores. Dentro de la nueva ordenación, cobra una gran importancia la reducción del número de Consejeros, que ahora queda fijado en cuatro (además del Presidente).

En todo caso, ya se ha llamado la atención acerca del excesivo grado de detalle de este precepto, en tanto trata de ordenar el funcionamiento de los distintos organismos de forma uniforme, a pesar de las notables diferencias que existen entre los mismos. Se propone, por ello, revisar este artículo en el sentido indicado.

Al margen de lo anterior, quiere llamar la atención el Consejo de Estado acerca de las dificultades que puede plantear en el funcionamiento del Consejo del organismo regulador la regla prevista en el apartado 5, que determina que su válida constitución requiere la asistencia del Presidente y tres Consejeros, pues ello impediría el funcionamiento del Consejo cuando dos de sus miembros no puedan asistir, o deban ausentarse de las reuniones por cualquier razón. Si se une a ello que el cese en el cargo sólo se puede producir por las razones tasadas en el artículo 16 (carácter tasado que se justifica por la exigencia de independencia de estos organismos y que el Consejo de Estado valora favorablemente), pudieran producirse situaciones de paralización en el funcionamiento del organismo regulador.

e) Artículo 13. Este artículo, en su apartado 2, determina que el mandato del Presidente y los Consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección como miembro del Consejo.

Contrasta esta disposición con las reglas actualmente vigentes en los organismos a los que resulta de aplicación la Ley; así, por ejemplo, el artículo 4, número 6, de la Ley 23/2007, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal EDL 2007/152208, prevé que los mandatos serán de seis años, con posibilidad de reelección por una sola vez; análoga previsión contiene la disposición adicional undécima de la Ley de Hidrocarburos en relación con la Comisión Nacional de Energía, y el artículo 48, número 7, de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones en relación con la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones EDL 2003/108868.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que las disposiciones comunitarias también prevén la posibilidad de renovación de los miembros de las autoridades reguladoras. En este sentido, el artículo 35, número 5, de la Directiva 2009/72/CE, antes citada, establece lo siguiente en relación con las autoridades reguladoras en el ámbito de la electricidad y el gas:

"5.- A fin de proteger la independencia de la autoridad reguladora, los Estados miembros se asegurarán especialmente de que: (...)

b) los miembros del consejo de la autoridad reguladora o, a falta de un consejo, sus altos cargos directivos se nombren para un mandato fijo de entre cinco y siete años, renovable una sola vez".

A la vista de lo anterior, no advierte el Consejo de Estado la razón de ser de la modificación en la ordenación vigente, en el sentido de prever que no será posible la renovación, máxime cuando la posibilidad de un segundo mandato da una mayor "estabilidad y continuidad del Consejo", a la que alude este mismo precepto. Se propone, por ello, reconsiderar el Anteproyecto en este punto, ya sea para prever la posibilidad de una renovación del mandato, ya sea para dejar este aspecto a las leyes específicas que regulen cada uno de los organismos reguladores.

f) Artículo 15.2. En este precepto, al hacer referencia a las funciones ejecutivas o de dirección de áreas concretas del organismo regulador, se dice "que corresponderán al personal directivo a que se refiere el artículo 14 de la presente ley". Debe corregirse la cita, que debiera hacerse al artículo 17.

g) Artículo 16. Se refiere este artículo a las causas de cese en el ejercicio del cargo del Presidente y los Consejeros. Se trata de una regulación importante, dado que está estrechamente vinculada a las exigencias de garantía de la independencia funcional de los organismos reguladores. Así resulta, por lo demás, de la regulación contenida en las normas comunitarias en relación con las autoridades

nacionales de reglamentación; por ejemplo, en el artículo 35, número 5, de la Directiva 2009/72/CE, se prevé para la autoridad reguladora en el ámbito de la electricidad que "los miembros del consejo o, a falta de consejo, los altos directivos solo podrán ser destituidos durante su mandato cuando ya no cumplan las condiciones establecidas en el presente artículo o cuando hayan sido declarados culpables de falta con arreglo al Derecho interno". Análoga previsión contiene la Directiva 2009/140/CE, en relación con la autoridad nacional de reglamentación en el ámbito de las comunicaciones electrónicas [artículo 1, que introduce un nuevo artículo 3 bis en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco)].

Desde esta perspectiva, merece una valoración positiva la regulación proyectada, en cuanto permite garantizar la independencia de los miembros de los consejos de los organismos reguladores.

Al margen de lo anterior, y en lo que hace a la técnica normativa, dado que este artículo sólo tiene un apartado, no es adecuado numerarlo.

Por otra parte, en la letra f) de este precepto se hace referencia a que la separación del Presidente o los Consejeros "se adoptará por iniciativa del Gobierno, previa instrucción de expediente por el titular del Ministerio competente".

Con independencia de que la iniciativa de la adopción de esta medida pueda partir del Gobierno -lo que, en principio, supondrá la necesidad de adoptar un acuerdo ad hoc-, parece que debiera regularse en todo caso a quién corresponde aprobar el acto de separación, que debe ser al propio Gobierno. Procede, por ello, ajustar la redacción de este precepto.

h) Artículo 18. Hace referencia el apartado 3 de este precepto a la "Ley de la Función Pública de la Administración General del Estado"; dado que actualmente no existe una ley con esa rúbrica, debe corregirse la cita.

i) Artículo 19. Este precepto establece reglas relativas a la información que deben dar el Presidente, los Consejeros, directivos y empleados de los organismos reguladores acerca de las relaciones que hayan tenido o puedan tener con operadores del mercado correspondiente.

No obstante, estima el Consejo de Estado que la redacción del primer apartado de este artículo no es suficientemente clara.

j) Artículo 20. El artículo 20 recoge ciertas normas relativas a la publicidad de las actuaciones de los organismos reguladores, en línea con las exigencias de transparencia que se imponen en el Derecho comunitario.

No obstante, se ha planteado en el expediente la conveniencia de excluir de los actos susceptibles de publicidad "las actas de las reuniones del Consejo". Así, por ejemplo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha manifestado que no es aconsejable la publicación de las actas, dado que ello podría dar lugar a que las decisiones que se tomaran fueran condicionadas, comprometiéndose de esta forma la objetividad de los miembros. Igualmente ha planteado objeciones en relación con este aspecto la Comisión Nacional de la Competencia, dado el carácter reservado de las deliberaciones y que el resultado de éstas queda plasmado en los informes que sí son públicos.

A la luz de las observaciones expuestas, estima el Consejo de Estado que este aspecto debe ser reconsiderado, en la medida en que la publicidad de las actas pudiera mermar las garantías de independencia en las reuniones, y que la publicación de los informes y demás documentos que se emitan puede resultar suficiente a los efectos de la transparencia que se persigue.

k) Artículo 22. Prevé este artículo que los actos y resoluciones del organismo regulador en el ejercicio de sus funciones públicas pondrán fin a la vía administrativa.

Estima el Consejo de Estado que esta previsión, recogida en la presente Ley y definida, por lo tanto, como regla común a los organismos reguladores a que se refiere, resulta especialmente adecuada, dado que la posibilidad de un recurso en vía administrativa ante los órganos del Ministerio correspondiente (como el previsto, por ejemplo, en la disposición adicional undécima de la Ley del Sector de Hidrocarburos) podría menoscabar la independencia de los organismos reguladores.

l) Artículo 24. Este artículo se refiere a la cooperación de los organismos reguladores entre ellos y con la Comisión Nacional de la Competencia.

De acuerdo con la definición de organismo regulador contenida en el artículo 8, número 1, dicho deber alcanzará a la Comisión Nacional de Energía, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y a la Comisión Nacional del Sector Postal. Sin embargo, la propia Ley, en su exposición de motivos, es consciente de que existen otros organismos reguladores, no definidos como tales en el citado artículo 8, número 1, por cuanto se excluyen del ámbito de aplicación de la proyectada nueva Ley. Es el caso, como ya se ha señalado, de los "organismos vinculados al ámbito financiero". Además, debe tenerse en cuenta la posibilidad de creación de otros organismos reguladores en el futuro.

Estima el Consejo de Estado que la previsión de colaboración contenida en este artículo 24 podría establecerse no sólo en relación con los organismos reguladores a que se refiere la proyectada Ley, sino también respecto a otros no sometidos en principio a su ámbito de aplicación.

En caso de aceptar esta observación, debieran realizarse los correspondientes ajustes en este precepto.

m) Disposición final trigésima primera

En esta disposición se da nueva redacción a diversos artículos de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario EDL 2003/120318, estableciendo una nueva regulación del Comité de Regulación Ferroviaria. Cabe destacar que en ella se recogen rasgos presentes en la regulación general que el propio Anteproyecto hace de los organismos reguladores; así, por ejemplo, se potencia la independencia del Comité y se refuerzan sus funciones, lo que merece una valoración positiva. Con todo, el citado Comité no se configura como un organismo regulador, pues, a diferencia de estos, se trata de un órgano que carece de personalidad jurídica propia.

B) La sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas

Un segundo gran campo de las modificaciones estructurales que el Anteproyecto introduce en la acción administrativa se refiere a la que califica de "sostenibilidad de las Administraciones Públicas", a la que dedica el Capítulo IV de su Título I, integrado por los artículos 31 a 36.

Las novedades que el Anteproyecto introduce en ese campo afectan a diversos extremos que conviene examinar por separado.

1. La sostenibilidad presupuestaria (artículos 31 a 33 del Anteproyecto)

Una primera vertiente de la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas es la que atañe a su sostenibilidad presupuestaria, cuestión que está ya expresada y detalladamente contemplada en la vigente legislación, de modo que conviene empezar por recordar su actual tratamiento.

La financiación de las Administraciones de acuerdo con los principios constitucionales de ordenación del gasto público es una exigencia ineludible, a tenor del artículo 31, número 2, de la Constitución: "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

La programación y ejecución del gasto público desbordan hoy la estricta noción de los Presupuestos Generales del Estado como programa financiero de ingreso y gasto público (artículo 134 de la Constitución) y atienden al cumplimiento de los mencionados principios constitucionales mediante instrumentos normativos de diversa naturaleza. Tales instrumentos se orientan, a su vez, al cumplimiento de los principios y reglas de programación presupuestaria que, más allá de los principios presupuestarios que pueden considerarse clásicos, recoge, de forma expresa, el artículo 26.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuyo apartado 1 EDL 2003/127843 establece lo siguiente: "La programación presupuestaria se regirá por los principios de estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, conforme a lo dispuesto en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria EDL 2001/45986".

Esta última Ley (en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre EDL 2007/222601) atiende ampliamente al cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y recoge, en términos similares a los empleados por la Ley General Presupuestaria, el principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos (artículo 6 EDL 2007/222601). Conviene destacar que no se trata de una regulación estatal autónoma, puesto que está en estrecha conexión con las previsiones del Derecho comunitario sobre la materia y con los compromisos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en el ámbito de la Unión Europea, tal y como hoy se instrumentan en el artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Partiendo de lo anterior, el artículo 31, número 1, del Anteproyecto hace referencia al deber de todas las Administraciones Públicas de contribuir al logro de la "sostenibilidad presupuestaria de las finanzas públicas, entendida como la capacidad para financiar los compromisos de gasto presentes y futuros". La concreción jurídica de esta noción se lleva a cabo, en lo fundamental, mediante tres cauces: la determinación de los principios a observar en el gasto público, de acuerdo con la idea de sostenibilidad presupuestaria (artículo 31, apartados 2 a 4); el establecimiento de ciertos deberes de información y cooperación (artículo 32) y la previsión del llamado Plan de austeridad de la Administración General del Estado (artículo 33).

A propósito de lo dispuesto en estos preceptos, surgen varios comentarios diferenciados.

a) Las relaciones entre la regulación presupuestaria general y la contenida en el Anteproyecto. Las reglas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 del Anteproyecto reiteran de algún modo lo ya previsto en los artículos 26 de la Ley General Presupuestaria EDL 2003/127843 y 6 del texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria EDL 2001/45986 (a la que remite de forma expresa el último inciso del artículo 31, número 2, del Anteproyecto). En esa medida, se consideran superfluas y podrían suprimirse. De mantenerse su formulación -como concreción de la noción de sostenibilidad presupuestaria-, debería precisarse con más claridad la eficacia jurídica que se pretende.

En particular, la regla prevista en el artículo 31, número 3, del Anteproyecto ("las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de las Administraciones Públicas deberán valorar sus repercusiones y efectos, de forma que se garantice la sostenibilidad presupuestaria") difiere de lo que se establece, con mayor precisión, tanto en la Ley General Presupuestaria (artículo 26, número 2) como en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (artículo 6, número 2). De redacción muy semejante, dispone el segundo de los preceptos citados:

"Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley que afecte a los gastos públicos, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria".

Así pues, tres son las diferencias sustanciales que cabe detectar entre lo previsto en las citadas leyes y el Anteproyecto. Este último se limita a las Administraciones Públicas, mientras que las leyes de índole presupuestaria que se vienen examinando aplican los principios de estabilidad, transparencia, plurianualidad y eficiencia a todos los sujetos que integran el sector público estatal. En segundo lugar, se establece que las disposiciones normativas han de atender a tales principios en fase de elaboración (lo que, pese a parecer una obviedad, pudiera precisarse para sujetar de algún modo la fase de producción normativa a la llamada sostenibilidad presupuestaria). Por último, la Ley General de Estabilidad Presupuestaria es más exigente en cuanto a la formulación del principio (las normas, actos y contratos se supeditan de forma estricta a su cumplimiento) y aún más vinculante es la Ley General Presupuestaria (artículo 26.2 EDL 2003/127843 in fine: las mencionadas actuaciones deben "supeditarse de forma estricta a las disponibilidades presupuestarias y a los límites de los escenarios presupuestarios plurianuales"). Debiera ponderarse la introducción de estos extremos para hacer más efectiva la sujeción al deber de sostenibilidad presupuestaria.

b) Los deberes de información. Algo semejante a lo anterior cabe observar respecto de lo dispuesto por el artículo 32 del Anteproyecto. Establece un deber de información a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales en el seno de los organismos de cooperación estatal con aquéllas (apartado 1). Y señala que el Gobierno impulsará la adopción de acuerdos "en especial en el marco de los planes económicos de reequilibrio previstos en la normativa de estabilidad presupuestaria" (apartado 2). Ambos tipos de medidas son más inconcretos que los deberes de información y cooperación ya recogidos en la vigente normativa sobre estabilidad presupuestaria. El artículo 9, número 2, del texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria EDL 2001/45986 prevé, en efecto, que el Ministro de Economía y Hacienda informará al Consejo de Política Fiscal y Financiera y a la Comisión Nacional de Administración Local "sobre el grado de cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria en el ejercicio inmediato anterior" (cierto que el concepto de sostenibilidad presupuestaria es diverso de aquél y que la obligación de información del Anteproyecto se refiere a todo lo previsto en el Capítulo IV del Título I; pero debería concretarse al menos a qué órgano de la Administración General del Estado compete tal deber de información y el período de tiempo a que quedaría referido). Por lo que se refiere al impulso de acuerdos y medidas de contención del gasto público -en especial en el marco de los planes de reequilibrio-, nada añade el artículo 32, número 2, del Anteproyecto a la regulación de dichos planes que se contiene en el artículo 8 de la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley de Estabilidad Presupuestaria EDL 2001/46263 .

c) El Plan de austeridad de la Administración General del Estado. En cuanto a ese Plan, el artículo 33 del Anteproyecto estipula que debe permitir "mantener el equilibrio presupuestario a lo largo del ciclo económico de acuerdo con los principios de la normativa de estabilidad presupuestaria, las previsiones del derecho comunitario y los compromisos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento en el ámbito de la Unión Europea". En rigor, de acuerdo con las normas y principios a que hace referencia este artículo, la estabilidad presupuestaria de la Administración General del Estado se concibe como "la situación de equilibrio o de superávit computada, a lo largo del ciclo económico, en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas" (artículo 9, número 1, del texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria; el artículo 126, número 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hace referencia por su parte a la evitación de "déficits públicos excesivos"). Podría, por ello, referirse la regla de este artículo al mantenimiento de la estabilidad presupuestaria en este preciso sentido. En otro orden de consideraciones, el artículo 33.2 del Anteproyecto menciona los principios de "eficacia y economía" en el gasto; se ajustaría más al tenor de la Constitución y de la Ley General Presupuestaria la alusión a los principios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público.

2. La Agencia Patrimonial del Estado (artículo 34 y disposición final décima séptima)

El artículo 34 del Anteproyecto persigue un ambicioso objetivo, cual es el de concentrar "el desarrollo y ejecución de la política inmobiliaria estatal" en una Agencia estatal de nuevo cuño, cuya creación se encomienda al Gobierno, llamada Agencia Patrimonial del Estado (apartado 1). Su gestión se extenderá "a todos los bienes inmuebles, y a los derechos reales y derechos de arrendamiento sobre los mismos integrados en el Patrimonio de la Administración General del Estado y en los patrimonios de los Organismos públicos vinculados a ella", con una serie de excepciones (apartado 2).

El régimen de las competencias de "adquisición, asignación, protección y defensa, gestión, administración, optimización, explotación, enajenación, gravamen y disposición" sobre tales bienes es muy amplio, pues la Agencia asumirá las que la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas atribuye hoy al Ministro de Economía y Hacienda y a la Dirección General del Patrimonio del Estado, así como las competencias de "desafectación y enajenación" que dicha ley o cualquier otra disposición atribuye a "los titulares de otros Departamentos ministeriales y a Organismos públicos". También ejercerá la potestad sancionadora conforme a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas EDL 2003/108869 . Las funciones correspondientes a estas competencias y su forma de ejercicio se precisarán por sus Estatutos (apartado 3 EDL 2003/108869). No obstante, se prevén algunas reglas específicas de gestión en el Anteproyecto (apartado 4 EDL 2003/108869). Se detallan aspectos sobre sus ingresos, posibilidad de obtener rentas de explotación y percibir cánones en los términos que fijen sus Estatutos; y podrá incorporar a su patrimonio acciones de las sociedades mercantiles estatales (apartados 6 y 7 EDL 2003/108869).

A partir de su creación, quedarán suprimidas la Junta Coordinadora de Edificios Administrativos y la Comisión de Coordinación Financiera de Actuaciones Inmobiliarias y Patrimoniales. En los Estatutos de la Agencia se establecerá lo necesario para liquidar los regímenes especiales de gestión de los bienes inmuebles afectados al Ministerio de Defensa y al Ministerio del Interior, liquidación que conllevará la extinción de los Organismos autónomos Gerencia de Infraestructura y Equipamiento de la Defensa y Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Seguridad del Estado, "asumiendo la Agencia la gestión de los expedientes en tramitación correspondientes a estos organismos" (apartado 10).

No desconoce el Consejo de Estado la problemática que subyace a la política patrimonial inmobiliaria del Estado, que constituye una de las más relevantes en términos económicos. Ya en el dictamen del expediente número 805/2003, de 3 de abril (sobre un anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas) advirtió este Cuerpo Consultivo que convendría "introducir matices en el conjunto de bienes de que pueden ser lícitamente titulares las Administraciones. Probablemente, no deben merecer el mismo tratamiento los que podrían denominarse patrimonios de intervención, cuya finalidad última es incidir sobre los mecanismos de mercado (...), que los patrimonios financieros, destinados a la constitución de reservas o a su explotación o enajenación en términos de rentabilidad. La admisión incondicionada de estos últimos (salvo los casos en que responden a la puesta en práctica de determinadas políticas de instalaciones públicas, como ocurre con la Gerencia de Infraestructura de la Defensa) podría llevar, a largo plazo, a fenómenos de amortización masiva de propiedades; la capacidad de las Administraciones de extraer bienes del mercado es literalmente ilimitada, y podría dar lugar a un singular fenómeno de resurrección de las viejas manos muertas".

Justamente al fenómeno mencionado en este último inciso, el de los patrimonios que sirven de soporte a las más variadas instalaciones públicas, viene a subvenir la regulación proyectada. Se trata, en efecto, de "promover la asignación racional y una mayor eficiencia en

la utilización de los recursos inmobiliarios públicos de carácter demanial, y la puesta en valor de los de carácter patrimonial. A estos efectos, la Agencia impulsará la reducción de arrendamientos de edificios utilizados por los servicios de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, promoviendo el uso de edificios de titularidad del Patrimonio del Estado para la prestación de servicios públicos" (apartado 1 in fine del artículo 34).

La conveniencia de atender a este objetivo de política patrimonial no debe ir en detrimento, sin embargo, del rigor técnico con que se instrumente la nueva Agencia. Desde esta perspectiva, se avanzan, a continuación, diversas observaciones.

a) El régimen de gestión de la nueva entidad. La objeción más grave que suscita el artículo 34 del Anteproyecto es la relativa a la indefinición e imprecisión de los términos en que queda definido el régimen de gestión del voluminoso patrimonio inmobiliario que se encomienda a la Agencia. El apartado 3 atribuye a ésta, como se ha dicho, todas las competencias que sobre los bienes inmuebles y derechos reales del Estado - salvo las excepciones previstas- corresponden al Ministro de Economía y Hacienda, a la Dirección General del Patrimonio del Estado y "a los titulares de otros Departamentos ministeriales y a Organismos públicos" [sic, artículo 34, número 3, párrafos primero y segundo]. Parece claro que esta remisión genérica es insuficiente e insegura. Se han de determinar claramente y por separado cuáles de tales competencias corresponderán directamente a la Agencia, en qué supuestos le corresponderán funciones de propuesta y a qué órganos de la misma se le asignan unas u otras atribuciones. Por señalar dos ejemplos de actos de gestión trascendentales, cuya concreción no puede dejarse simplemente a los Estatutos, basta con destacar lo que dispone la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas sobre la enajenación de inmuebles o la desafectación de éstos (artículos 135 y 70, respectivamente) y reseñar el modo en que se vería afectado por las previsiones del Anteproyecto:

- "El órgano competente para enajenar los bienes inmuebles de la Administración General del Estado será el Ministro de Hacienda. La incoación y tramitación del expediente corresponderá a la Dirección General del Patrimonio del Estado" (artículo 135.1). Parece claro que la tramitación y la resolución deberían encargarse a órganos diferentes de la Agencia; y que es la Ley que prevé su creación la que debe precisar este aspecto.

- "En relación con los inmuebles y derechos reales pertenecientes a los organismos públicos serán competentes para acordar su enajenación sus presidentes o directores o, si así está previsto en sus normas de creación o en sus estatutos, los órganos colegiados de dirección" (artículo 135.2). Esa norma parecería en principio la adecuada para aplicar a todas las enajenaciones a realizar por la Agencia Patrimonial del Estado.

- "En los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, cuando el valor del bien o derecho, según tasación, exceda de 20 millones de euros, la enajenación deberá ser autorizada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Hacienda" (artículo 135.3). Esta previsión no queda obviamente desplazada por lo previsto en el Anteproyecto.

- "Los bienes y derechos afectados a fines o servicios de los departamentos ministeriales serán desafectados por el Ministro de Hacienda. La incoación e instrucción del procedimiento compete a la Dirección General del Patrimonio del Estado, a iniciativa propia o a propuesta del departamento que tuviera afectados los bienes o derechos o al que correspondiese su gestión y administración, previa depuración de su situación física y jurídica. (...) Los bienes y derechos demaniales de titularidad de los organismos públicos que éstos tengan afectados para el cumplimiento de sus fines serán desafectados por el Ministro titular del departamento del que dependan, a propuesta de su Presidente o Director" (artículo 70, apartados 1 y 3). Esos preceptos plantean problemas similares a los anteriormente indicados.

b) El régimen fiscal de la nueva Agencia. Un segundo punto general que tiene singular importancia para la nueva entidad y que está insatisfactoriamente tratado en el Anteproyecto es el relativo al régimen fiscal de la Agencia Patrimonial del Estado y con la oportunidad misma de su creación en los términos amplios que prevé el Anteproyecto. Ambos aspectos han sido destacados por el informe de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos (de 15 de febrero de 2010). Por lo que se refiere al régimen fiscal, la regla hoy vigente es la prevista en la disposición adicional décima, apartado 3, de la Ley 28/2006 EDL 2006/93901, que establece que "las Agencias estatales que se creen conforme a lo previsto en el artículo 3 de esta Ley tendrán el régimen fiscal que se establezca en la Ley que autorice su creación". Advertida por el mencionado informe la omisión en el Anteproyecto de cualquier referencia a este particular - lo que hubiera determinado la sujeción de la Agencia al Impuesto sobre Sociedades-, se ha añadido a aquél la disposición final décima séptima, que modifica a su vez la adicional décima de la Ley 28/2006 en su apartado 2 EDL 2006/93901, quedando con el siguiente tenor: "Los Organismos públicos que se transformen en Agencias estatales conforme a lo previsto en la disposición adicional quinta de esta ley o en cualquier otra norma, mantendrán el régimen fiscal que tuviera el organismo de origen". Con ello, parece partirse de que la Agencia Patrimonial del Estado vendría a ser la sucesora jurídica en las funciones de la Dirección General del Patrimonio del Estado (no encuadrable, por lo demás, en el concepto de organismo público) y, en ese entendimiento, quedaría exenta del citado impuesto.

c) Los Estatutos y Memoria de la nueva Agencia y el informe de otros Departamentos ministeriales afectados. Además de los extremos sustantivos a que acaba de hacerse mención, también la documentación y preparación de la creación de la nueva Agencia adolece de lagunas y omisiones.

Así, y a título de trámite previo a la autorización de creación de un organismo de esta relevancia, debería haberse acompañado al Anteproyecto el proyecto de los Estatutos y la Memoria de la Agencia Patrimonial del Estado. Así lo ha subrayado el citado informe de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, que recordó la exigencia legal contenida en el artículo 3, número 2, de la Ley 28/2006 EDL 2006/93901, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, en los siguientes términos: "La ley que autorice la creación establecerá el objeto de la Agencia Estatal y sus fines generales. El anteproyecto de ley de autorización de la creación de la Agencia Estatal que se presente al Gobierno deberá ser acompañado del proyecto de Estatuto y de la Memoria. Asimismo, a efectos de lo previsto en el apartado 4 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno EDL 1997/25084, el

proyecto de Estatuto y la Memoria tienen la consideración de antecedentes necesarios del proyecto de ley de autorización de la creación de la Agencia Estatal".

Desde el punto de vista de la tramitación y documentación del expediente, se echa también en falta la participación en el expediente de los Ministerios de Defensa e Interior, directamente afectados por la creación de la nueva Agencia, toda vez que se prevé la extinción de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Defensa y de la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Seguridad del Estado.

d) Los bienes excluidos del ámbito de gestión de la proyectada Agencia. Por lo que se refiere a los bienes demaniales cuya gestión por la Agencia se excluye en el apartado 2 de este artículo 34, debería corregirse la mención de los bienes de "dominio público especial a que se refiere el apartado 1 de la disposición final cuarta de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas EDL 2003/108869 , en tanto conserven este carácter". Los bienes a que alude dicho precepto (los de "dominio público estatal de carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, montes, aguas, minas, zona marítimo-terrestre, dominio público radioeléctrico y demás propiedades administrativas especiales") no constituyen dominio público especial, sino a lo sumo propiedades administrativas especiales, como precisa el mismo artículo. De hecho, puede decirse que tales masas de bienes "constituyen categorías o géneros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas" y forman parte del que se ha dado en llamar dominio público natural (Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre).

e) Los ingresos que percibiría la Agencia. Tampoco han sido adecuadamente concretados otros importantes aspectos, como el de los rendimientos obtenidos por la explotación de los bienes patrimoniales del Patrimonio del Estado -que se consideran ingresos de la Agencia- o la posible contraprestación por el ejercicio de sus funciones o el cobro de un canon por el uso de los inmuebles afectados a los Departamentos ministeriales o a los organismos públicos (apartado 6).

En una valoración conjunta del modo en que el Anteproyecto ha perfilado la creación de la nueva Agencia, la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos ha avanzado una valoración crítica, sosteniendo que "surgen dudas sobre si está realmente justificada la creación de una Agencia para el desarrollo de la política inmobiliaria a cargo del Estado y, también, si de la transformación de la Dirección General de Patrimonio en Agencia se derivaría en la práctica un mayor gasto público, por lo que, en un momento como el actual, de contención del gasto y máxime a la luz de los acuerdos adoptados por el Consejo de Ministros el 29 de enero, sería desaconsejable su creación".

A la luz de las observaciones anteriores, el Consejo de Estado sugiere un replanteamiento en profundidad de los términos en que el Anteproyecto configura a la Agencia Patrimonial del Estado. Teniendo en cuenta la acusada relevancia que tiene, como ya ha sido indicado, una adecuada y eficaz política patrimonial inmobiliaria del Estado, la creación de una agencia estatal a la que se encomiende su gestión -con la desaparición de otros órganos en este ámbito y la práctica asunción de todas las competencias encomendadas a la Dirección General del Patrimonio del Estado- debiera ser objeto de una reflexión ponderada de los costes, también en términos económicos, y de los beneficios que comporta. En todo caso, los extremos que han sido anteriormente apuntados y, muy especialmente, las exactas facultades que corresponderían a esa Agencia respecto de la administración y enajenación de los bienes inmuebles y derechos reales del Estado deberían quedar claramente recogidas en la Ley, sin perjuicio de que se impulsase, en paralelo, la elaboración del proyecto de los Estatutos por los que esa nueva entidad se regiría.

Por todo ello, y aplicando al caso las consideraciones de índole general que se avanzaron en la tercera consideración de la presente consulta, estima este Consejo que los términos en que está actualmente concebido el artículo 34 del Anteproyecto deben ser sustancialmente revisados en la línea que acaba de apuntarse, teniendo esta observación carácter esencial, en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio. EDL 1980/3830

3. Sostenibilidad en la gestión de las empresas públicas [artículo 35, número 2.d)]

Como parte de las previsiones que dedica a la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, el artículo 35 del Anteproyecto establece ciertas reglas y criterios a observar por las empresas públicas, que no se refieren, estrictamente hablando, a aspectos de índole financiera, sino a otras perspectivas que la proyectada nueva legislación también aborda en relación con la sostenibilidad de nuestro sistema económico, como son las medioambientales.

En particular, el Anteproyecto ordena a las empresas públicas adaptar sus planes estratégicos en el plazo de un año para el cumplimiento de una serie de objetivos.

Entre tales objetivos, destaca el de incluir en sus procesos de contratación condiciones de ejecución, "cuando la naturaleza de los contratos lo permita", referentes al nivel de emisión de gases de efecto invernadero y de mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que pueden verse afectados por la ejecución del contrato. En la misma línea, se permite introducir como criterios de adjudicación de los contratos, "cuando su objeto lo permita", la valoración del ahorro y el uso eficiente del agua y de la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de la vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados y reutilizados o de materiales ecológicos.

En ambos casos, la introducción de estos mecanismos, en principio potencialmente restrictivos de la concurrencia contractual abierta o de su adjudicación en condiciones de igualdad económica, se ha autorizado acompañada de la pertinente cautela: que la naturaleza, o el objeto de los contratos, así lo permita.

A la vista de los términos de los artículos 102, número 1, y 134, número 1, de la Ley 30/2007, de 31 de octubre, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 (relativos, respectivamente a las condiciones de ejecución y a los criterios de adjudicación contractuales), estas cautelas deberían expresarse en términos más concretos. Por lo que hace a las condiciones de ejecución, su establecimiento se entiende posible por el citado artículo 102 EDL 2007/175022 "siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario y [que] se

indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato". Respecto de los criterios de adjudicación, la exigencia del aludido artículo 134, número 1 EDL 2007/175022, es que se trate de "criterios directamente vinculados al objeto del contrato". Habrían de introducirse en este sentido las correcciones precisas en el artículo 35 del Anteproyecto.

4. Incumplimiento por las Entidades locales de la obligación de remitir la información relativa a la liquidación de sus presupuestos a la Administración General del Estado (artículo 36)

Como cierre del capítulo sobre sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas, el artículo 36 del Anteproyecto contiene una regla relativa a la posibilidad de retención, por parte de la Administración General del Estado, del "importe de las entregas mensuales a cuenta de la participación en los tributos del Estado" a aquellas entidades locales que incumplan la obligación de remitir al Ministerio de Economía y Hacienda toda la información relativa a la liquidación de sus respectivos presupuestos de cada ejercicio (según lo dispuesto por los artículos 193, número 5, del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo EDL 2004/2992 y 21 del texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria).

Parece claro que la norma penaliza el incumplimiento de remisión de obligación de la información presupuestaria a la Administración General del Estado, en primer término, como medio para potenciar la observancia de dicha obligación. Dice la memoria a este respecto que la norma "no supone para las entidades locales un incremento de gasto, puesto que la obligación de remitir la liquidación de sus presupuestos ya está prevista en la Ley reguladora de las haciendas locales, y existen los canales telemáticos ya habilitados, a través de la oficina virtual de coordinación financiera con las entidades locales, para transmitir esta información".

En el fondo, lo dispuesto en este precepto se inscribe en la aplicación de la estabilidad presupuestaria a las entidades locales (Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, que desarrolla la Ley General de Estabilidad Presupuestaria EDL 2007/183870 en su aplicación a aquéllas) y que ha sido objeto últimamente de medidas normativas de extraordinaria y urgente necesidad (Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, sobre medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos EDL 2009/42051; generalizando un régimen de saneamiento para aquellos Ayuntamientos que hubieran liquidado un ejercicio con remanente de tesorería negativo).

No se objeta por ello la conveniencia de la medida, que, por otra parte, ha sido bien acogida con carácter general durante la elaboración del expediente. Se ha sugerido, no obstante, por la Federación Española de Municipios y Provincias la exigencia del informe de la Comisión Nacional de Administración Local con carácter previo a la retención. A juicio del Consejo de Estado, el carácter automático de la propuesta retención es, en términos generales, sustancial para el funcionamiento del mecanismo previsto (apartado 1).

No obstante, podrían añadirse algunas reglas que atenúen el automatismo de la retención en supuestos singulares de incumplimiento. Dichas singularidades habrán de atender, sobre todo, al caso de las entidades locales de reducida dimensión (vg. los municipios pequeños o de carácter rural, según el régimen especial de la legislación autonómica que permite el artículo 30 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local EDL 1985/8184). En estos casos, puede darse una mayor dificultad de cumplimiento, a pesar de la existencia de los canales telemáticos que indica la memoria. Sucede, además, que en dichos municipios, como ha puesto de relieve el informe de la Junta de Castilla y León durante la fase de audiencia pública (28 de enero de 2010), "esta norma afecta más a los municipios pequeños que a los grandes. Los municipios pequeños no tienen cedidos tributos, por lo que la totalidad de su financiación procede de participación en ingresos del Estado. Los municipios grandes reciben buena parte de su financiación a través de tributos cedidos, a los que no afecta la retención". Pensando de forma especial en estos supuestos, sería conveniente establecer que, en los supuestos de justificación razonada de la imposibilidad material de cumplimiento (apartado 2), la Dirección General de Coordinación Financiera con las Comunidades Autónomas suspendiera la retención de fondos a solicitud del Pleno de la entidad afectada, yendo, por tanto, más allá del carácter potestativo con el que el Anteproyecto configura actualmente la actuación de ese Centro Directivo ("podrá decidir suspender").

C) La simplificación administrativa (Capítulo I del Título II, disposiciones adicionales octava y novena y disposiciones finales vigésima primera y vigésima segunda)

El Capítulo I del Título II del Anteproyecto, rubricado "simplificación administrativa", consta de tres Secciones de contenido material muy diverso. La primera de ellas trata de la agilización de la constitución de empresas y la adopción de actos societarios y conecta con lo establecido en las disposiciones adicionales octava y novena del Anteproyecto. La segunda se refiere a la ampliación del régimen del silencio positivo en las actuaciones administrativas. Finalmente se dan algunas normas sobre las licencias locales de actividad.

Aunque no ubicadas en el referido Capítulo I de su Título II sino en sus disposiciones finales vigésima primera y vigésima segunda, el Anteproyecto contiene modificaciones en el régimen de la publicidad mercantil que participan del mismo *primum movens* de simplificación, aplicado, en este caso, al régimen de la publicidad mercantil.

En consecuencia, también se comentará en este apartado del presente dictamen el contenido de las citadas disposiciones finales.

1. La técnica legislativa

Los problemas de concepción normativa que se han puesto de relieve con carácter general cobran aquí particular importancia. Intentando una enumeración de menor a mayor grado de carácter vinculante de las reglas de este capítulo y de las concordantes en las disposiciones adicionales, se pueden localizar los siguientes tipos y ofrecer algunos ejemplos: - Algunas disposiciones apuntan a la futura utilización de instrumentos de fomento: impulso, propuesta, evaluación o plan no vinculante. Así, las disposiciones adicionales octava ("el Gobierno propondrá a las Comunidades Autónomas que no tengan implantados sistemas de presentación de documentos por vía telemática, la implantación, en el más breve plazo posible, de sistemas telemáticos o, alternativamente, otros sistemas de presentación de documentos, que impidan que se retrase la inscripción en los Registros u Oficinas públicas") y novena (relativa a la "evaluación de

la normativa existente sobre licencias locales de actividad", si bien se combina en este caso con una auténtica norma derogatoria en su último inciso, que es objeto de una observación específica de carácter esencial).

- En algunos preceptos se contienen mandatos a los poderes públicos, más allá de las clásicas habilitaciones al desarrollo reglamentario. En esta línea, puede citarse el artículo 43, números 1 y 2, del Anteproyecto: el primero prevé que "el Gobierno, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general"; el segundo establece que, tras la pertinente evaluación y a la vista de sus resultados, "[los] Consejos de Gobierno [de las Comunidades Autónomas] presentarán, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, un proyecto de ley a sus respectivas asambleas, de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por dichas razones imperiosas de interés general".

- Por último, de las normas que tienen carácter modificativo, pueden distinguirse las siguientes:

* Las normas de mero anuncio o avance de las modificaciones llevadas a cabo específicamente en las disposiciones finales o en otros lugares del Anteproyecto: artículo 42, que establece que "las obligaciones de publicidad de los actos del tráfico mercantil podrán realizarse a través de medios alternativos (...), de forma telemática y sin coste adicional para los interesados", en los términos establecidos por el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, "en la redacción resultante de las Disposiciones finales vigésimo primera y vigésimo segunda de la presente Ley".

* La regulación nueva propiamente dicha queda en ocasiones con carácter materialmente complementario de otra ya existente: vg. el artículo 40 del Anteproyecto, que regula la constitución telemática de sociedades de responsabilidad limitada y de sociedades mercantiles en general.

* Las modificaciones de textos legales vigentes que se contienen en el articulado del Anteproyecto (y que serían, en rigor, materia propia de las disposiciones finales): artículos 41 y 44.

2. La simplificación en el régimen societario (artículo 40)

Este precepto aborda una serie de medidas para "agilizar y simplificar la constitución de sociedades mercantiles".

Plantea, en primer lugar, una cuestión de ámbito. La rúbrica del precepto se refiere a las sociedades mercantiles en general. También a ellas, en los términos que después se verán, hace referencia su apartado 3 (aunque parece estar pensando en sociedades de capital, dados los parámetros que utiliza). Sin embargo, tanto la exposición de motivos del Anteproyecto como la memoria del análisis de impacto normativo se refieren de forma predominante a las sociedades de responsabilidad limitada y, en algunos supuestos, a otras sociedades de capital. Por otra parte, los parámetros de delimitación de los diversos regímenes son muy heterogéneos. Así, junto al criterio cuantitativo del capital, se utilizan otros sobre la complejidad de los órganos societarios (aunque no siempre entendidos de modo uniforme: en tal sentido, todas las sociedades que no sean de responsabilidad limitada quedan sujetas al régimen pensado para las sociedades de mayor envergadura). Debiera clarificarse este punto.

Por lo demás, la pretensión de la reforma está bien resumida en la citada memoria. "El plazo general para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada -se dice- será de cinco días hábiles y los costes de notario y registrador inferiores a 250 euros. En los casos más sencillos (sociedades con capital social inferior a 3.100 euros y estatutos tipo) el plazo se reducirá a un día hábil y los costes de notario y registro serán inferiores a 100 euros. Sólo en los casos más complejos (sociedades que no sean de responsabilidad limitada; [o, aun siéndolo, con] capital social superior a 30.000 euros; órgano de administración que no se ajuste a un administrador único, administradores solidarios o dos administradores mancomunados) podrá superarse el plazo general de cinco días".

El informe del Consejo General del Notariado (de 29 de enero de 2010) ha cuestionado ciertos extremos del artículo 40.

Ante todo, el sistema que se proyecta implantar para la constitución telemática de sociedades parece quedar como paralelo al sistema ordinario de constitución de sociedades "en soporte papel", ya que este último no resulta alterado. La seguridad jurídica requiere que se aclare este particular. Aunque la intención parece manifiesta, la propia redacción inicial del artículo 40, número 1, podría ayudar a clarificar que se trata de un sistema alternativo al general. En lugar de establecer -como se hace en el Anteproyecto- que "la constitución de sociedades de responsabilidad limitada se hará telemáticamente de acuerdo con las siguientes reglas" (redacción que podría llevar en su interpretación literal a considerar obligatoria la constitución por este medio), habría de disponerse que "la constitución de sociedades de responsabilidad limitada por vía telemática se hará de acuerdo con las siguientes reglas...".

Una segunda y más relevante observación se refiere al artículo 40, número 1.d), y a los efectos que de él se derivan, para la acreditación en el tráfico (civil o mercantil) de la inscripción de la sociedad y del nombramiento de los cargos societarios. En lo esencial, el sistema proyectado pivota sobre la "certificación electrónica o en papel" que expida el Registrador a solicitud del interesado. Se ha dicho que el modelo es contradictorio con el actualmente previsto por el artículo 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social EDL 2001/50207 (relativo a la presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles), cuyo apartado 2 obliga a los titulares de tales registros a comunicar "al notario autorizante, o a su sucesor en el protocolo, por vía telemática y con firma electrónica reconocida del mismo, tanto la práctica del asiento de presentación, como, en su caso, la denegación del mismo, la nota de calificación y la realización de la inscripción, anotación preventiva, cancelación o nota marginal que corresponda, con arreglo a los principios de la legislación registral". Se entiende que la certificación proyectada no genera un ahorro de coste ni de tiempo sustancial y, a cambio, provoca inseguridad en no pocos aspectos.

En términos generales, el Consejo de Estado considera que la seguridad jurídica no debe sacrificarse en aras de la celeridad en la constitución de sociedades. En este sentido, subraya la falta de certeza que introduce en el tráfico el mecanismo de certificación en lo relativo al contenido de lo inscrito, puesto que la certificación del asiento no incluirá elementos esenciales, como pueden ser, en el caso

de la inscripción de la sociedad, los estatutos o los pactos parasociales. Y, en el caso del nombramiento de los administradores, no hará referencia a extremos como la vigencia del cargo o el contenido de las facultades de aquéllos. Se comparte la preocupación expresada por el mencionado Consejo General cuando se dice que estas circunstancias harán que "el título (escritura) deba acompañar a la certificación, de donde el sistema, en sí mismo, es contradictorio". De ser tales sus consecuencias prácticas, el objetivo de simplificación que se pretende con esta reforma quedaría en buena parte frustrado.

En el caso de constitución telemática de otras sociedades mercantiles o de sociedades de responsabilidad limitada de complejidad organizativa o capital social elevado, el artículo 40, número 3.e), dispone que "el registrador autorizante hará efectivo el pago de las tasas de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil en forma telemática". Debiera suprimirse el adjetivo señalado, pues la función del registrador no es la de autorizar, sino la de calificar, inscribir y emitir en su caso la correspondiente certificación.

Por último, podría aclararse la redacción del apartado 4, pues la norma en él prevista supone simple y llanamente -en línea con una tendencia a la degradación normativa que se observa en gran parte del Anteproyecto- la deslegalización en cuanto a la fijación de aranceles en esta materia.

3. Las modificaciones en el régimen de la publicidad mercantil

En este caso, la simplificación afectará a los trámites de publicidad aplicables a diversos actos y decisiones adoptadas por sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, para lo que modifica los correspondientes preceptos de sus correspondientes leyes (disposiciones finales vigésima primera y segunda).

En concreto, se alteraría el régimen de publicidad aplicable a los siguientes actos y decisiones de las sociedades anónimas, con la consiguiente modificación de los preceptos aplicables de su Ley reguladora:

- Su constitución (artículo 7, número 3)
- La modificación de sus estatutos sociales (artículo 144, número 2)
- El cambio de denominación y de domicilio y la modificación del objeto social (artículo 150, número 1)
- La reducción del capital social (artículo 165)
- Su disolución (artículo 263)
- La aprobación del balance (artículo 275, número 1).

Por lo que hace a las sociedades de responsabilidad limitada, los cambios propuestos afectarían a los siguientes acuerdos y preceptos de su Ley reguladora:

- La convocatoria de la Junta General (artículo 46, número 1)
- Las modificaciones de los estatutos sociales (artículo 71, número 2)
- Los acuerdos de reducción de capital con restitución de aportaciones a los socios (artículo 81, número 2).

Respecto de ese conjunto de acuerdos y decisiones, las modificaciones afectan:

- De un lado, a los casos en que deben exclusivamente publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. En estos, el Anteproyecto simplifica y abarata la publicación, ya que sustituye la obligación de la sociedad de remitir los correspondientes avisos al Boletín Oficial del Registro Mercantil y de sufragar su inserción por una remisión que debe cursar para tal publicación el registrador mercantil que haya inscrito los acuerdos en cuestión, de oficio, por conducto telemático y sin coste adicional alguno para la sociedad.

- De otro, a los supuestos en los que existe actualmente una combinación entre la publicación en el referido Boletín y en otros medios de difusión.

En la mayor parte de los casos actualmente sujetos a publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario de gran circulación en el domicilio de la sociedad de la provincia, el Anteproyecto pasa a prever que se publiquen, a elección de la sociedad, en su página web o en uno de esos diarios.

Por excepción, en uno de esos casos (los acuerdos de disolución) se mantiene la obligación de publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil -en los términos anteriormente indicados- y se prevé que se publicarán, asimismo, en la página web de la sociedad, si existe, o en otro caso, en un diario de las aludidas características.

Por último, los casos que requieren, en la actualidad, la publicación en dos diarios de gran circulación quedan sometidos a publicación en la página web de la sociedad, en el caso de que ésta cuente con tal medio, mientras que, en otro caso, se mantiene la actual exigencia de publicación en dos diarios de gran circulación.

En lo que se refiere a la simplificación y abaratamiento de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, las previsiones del Anteproyecto están plenamente en línea con el ya comentado aligeramiento de las cargas administrativas que pesan sobre las sociedades mercantiles, lo que no suscita objeción alguna.

El tratamiento es más diversificado en los casos que están sujetos, hoy en día, a la doble publicación a través del Boletín Oficial del Registro Mercantil y diarios de gran circulación.

El único supuesto en que se mantiene la exigencia de publicación en el mencionado Boletín (los acuerdos de disolución voluntaria o las resoluciones judiciales que decreten tal disolución) está justificado por la relevancia y repercusiones que tal evento tiene para terceros y, en general, para el tráfico jurídico y económico.

Los casos en que el actual binomio Boletín Oficial del Registro Mercantil/diarios de gran circulación se sustituye por un binomio alternativo diarios de gran circulación/páginas web de la correspondiente sociedad suscitan mayores comentarios.

Como ha quedado indicado, el Anteproyecto estructura el nuevo binomio con dos variantes: en una, la opción entre la página web o el diario de gran circulación queda a la libre decisión de la sociedad, mientras que, en la otra variante, hay una preferencia legal por la página web en los casos en que ésta exista, de modo que sólo se acude a los diarios de gran circulación si la sociedad en cuestión no cuenta con el aludido medio informativo.

Las actuaciones que obran en el expediente, muy señaladamente, la memoria justificativa, no ofrecen explicación alguna de por qué el Anteproyecto se ha decantado por esa solución.

En tales circunstancias, la primera variante reconoce mayor margen de decisión a la sociedad afectada, por cuanto, aun teniendo en funcionamiento su página web, ve reconocida la potestad de canalizar a través de ella ciertas publicaciones o de encauzarlas, por el contrario, a través de diarios de información general. Por lo tanto, en esos casos, puede fundadamente pensarse que el Anteproyecto no ha identificado razones objetivas (por ejemplo, de protección del mercado o de terceros) que aconsejasen introducir una regla imperativa por encima de la voluntad de la sociedad.

En cambio, en la segunda variante, el Anteproyecto concede una preferencia absoluta al hecho de que la sociedad en cuestión cuente con una página web, ya que, en tal caso, dispone que la publicación de ciertos eventos societarios deberá tener lugar, precisamente, a través de tal cauce. Si a ello se añade que los casos a los que se aplica esa variante parecen tener mayor trascendencia e implicaciones para el tráfico en general (cambios de denominación, domicilio y objeto social y disolución de las sociedades anónimas), se llega a la conclusión de que se reputa especialmente adecuadas a las páginas web para canalizar la publicación de los acuerdos e incidencias societarias de mayor trascendencia.

Siendo ello así, resulta un tanto sorprendente que no se aplique ese mismo tratamiento a los restantes acuerdos y casos cuya publicación quiere simplificarse y abaratare, disponiendo para todos que, en los casos en que la sociedad afectada haya decidido contar con una página web, a través de ella deberá producirse su publicación.

Con independencia de ello, y por lo que hace a los criterios que se han manifestado a lo largo de la preparación del texto ahora consultado, el Consejo General del Notariado ha sostenido que no se está aprovechando la nueva legislación para una revisión general del régimen de publicidad mercantil de los acuerdos societarios, sin especificar, sin embargo, las directrices con que debiera llevarse a cabo tal operación.

Es cierto que el Anteproyecto sólo modifica el régimen de publicación de ciertos acuerdos e incidencias de índole societaria mercantil y no aborda el total elenco de tales casos. Sin que sea desaconsejable plantearse la revisión general a la que alude el citado Consejo General, es también cierto que la proyectada legislación está dirigida a los aspectos que se han estimado más relevantes desde el punto de vista de la sostenibilidad de nuestro sistema económico y deriva, por tanto, de una apreciación de política legislativa que admite muy diversas opiniones y soluciones, sin que se aprecien datos concluyentes que aconsejen una solución distinta de la que el Anteproyecto elige.

En otro orden de consideraciones, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España se ha hecho eco de las dificultades que se plantearán para acreditar la publicación de acuerdos e incidencias societarias en las páginas web de las sociedades mercantiles, lo que es una cuestión especialmente importante dado que la acreditación de esa publicación debe figurar en las escrituras públicas y restantes instrumentos que permitan el registro de los aludidos acuerdos e incidencias.

Invocando tales dificultades, el mencionado Colegio ha propugnado que se sustituya las aludidas páginas web por un sitio reservado al efecto en la red informática gestionada por tal entidad, que la pondría a disposición de las sociedades mercantiles.

Se trata de una distinta posibilidad técnica que forma parte del margen de que se dispone a la hora de configurar los cambios legales proyectados. No obstante, no advierte este Consejo que existan datos esenciales que recomienden elegir la concreta solución propuesta por el Colegio de Registradores. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que la utilización de las páginas web a los efectos perseguidos por el Anteproyecto exigirá que su configuración y gestión técnica permita acreditar, con las adecuadas garantías de objetividad y constancia, que se han producido efectivamente las publicaciones que pueden canalizarse a través de ellas. En último término, se trata de aspectos técnicos que las sociedades deberán tener resueltos para adaptarse a las novedades legislativas que ahora se preparan.

4. La ampliación del ámbito del silencio positivo (artículo 43)

El apartado 1 de este artículo contiene un mandato al Gobierno para que, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la proyectada nueva Ley, remita a las Cortes Generales "un proyecto de ley de modificación del sentido del silencio administrativo en los procedimientos que no se consideren cubiertos por razones imperiosas de interés general, de acuerdo con lo establecido en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio EDL 2009/282506".

Las consideraciones que suscita este precepto son las siguientes:

- En primer lugar, se pretende ampliar el ámbito del silencio positivo, en línea con las exigencias de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. De ahí que se haga referencia a los procedimientos -sería preferible aludir a las actividades objeto de tales procedimientos- que no se consideren cubiertos o afectados por razones imperiosas de interés general que permitan el recorte de dicha libertad. Ello obligará a una evaluación en el propio texto de la Ley que se apruebe -y no simplemente en la memoria de impacto normativo, como recordó el dictamen de este Consejo de Estado de 21 de mayo de 2009, referido al expediente número 779/2009- respecto de las actividades que afecten a tal interés. Para ello habrá de tomarse como parámetro la definición de dicho concepto que se ofrece en el artículo 3, número 11, de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio EDL 2009/251214.

- Por otra parte, se dispone que el ejercicio de esta tarea prelegislativa habrá de llevarse a cabo "de acuerdo con lo establecido en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio EDL 2009/282506". Debe tenerse en cuenta que dicha Ley modificó, en sentido general, el artículo 43, número 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aun cuando el Consejo de Estado advirtió que ello excedía del cumplimiento del objetivo impuesto por el Derecho europeo - implantar la regla estimatoria por silencio en las actividades de servicios-, la opción de generalizar esta norma para todo tipo de procedimientos administrativos obligaría a llevar a cabo la pretendida actualización, de forma consecuyente, en todo el ámbito de la actividad administrativa. Parece, no obstante, que la intención del Anteproyecto (al referirse expresamente a la Ley 25/2009 EDL 2009/282506 y no a la Ley 30/1992) es la de centrar esta labor en el ámbito de la libertad de servicios. Debería expresarse claramente el ámbito al que habrá de quedar referido el proyecto de ley correspondiente.

- Por último, no debe olvidarse que la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009 EDL 2009/282506 contiene una norma -"de ajuste en bloque a la nueva regulación", la denominó el citado dictamen del expediente número 779/2009- del siguiente tenor: "... se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto". El proyecto de Ley de establecimiento y ampliación del silencio positivo en determinados ámbitos constituiría una buena ocasión para precisar el sentido de esta regla y clarificar los efectos del silencio en un buen número de procedimientos, que se rigen aún por leyes anteriores a la Directiva 2006/123/CE.

5. La regulación de las licencias locales de actividad (artículo 44 y disposición adicional novena)

El artículo 84, número 1.b), de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local EDL 1985/8184, en su redacción por la Ley 25/2009 EDL 2009/282506, establece hoy que "las Entidades locales podrán intervenir en la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios: ... [el] sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio EDL 2009/251214, se estará a lo dispuesto en la misma".

El artículo 44, números uno y dos, del Anteproyecto añade dos nuevos artículos (numerados como 84 bis y 84 ter) a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local EDL 1985/8184. El primero establece que, sin perjuicio de la regla antes transcrita, "podrán someterse a licencia o control preventivo aquellas actividades que afecten a la protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas, siempre que la decisión de sometimiento esté justificada y resulte proporcionada". Por su parte, el segundo aclara que, "cuando el ejercicio de actividades no precise autorización habilitante y previa, las Entidades locales deberán establecer y planificar los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos precisos para el ejercicio de la misma por los interesados previstos en la legislación sectorial".

Por último, para tratar de clarificar los supuestos en que será exigible la pertinente licencia de actividad, la disposición adicional novena prevé que "en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los Plenos Municipales evaluarán, en la normativa existente sobre licencias locales de actividad, la concurrencia de las condiciones que habilitan al mantenimiento de las mismas según el nuevo art. 84 bis de la Ley de Bases de Régimen Local EDL 1985/8184" y publicarán los acuerdos con el listado completo de procedimientos en los que continúe vigente la exigencia de licencia de actividad. "Transcurrido el citado plazo de seis meses -finaliza esta disposición-, se considerarán derogadas por la presente ley los preceptos anteriores a la misma que exijan licencia local de actividad y que no se recojan expresamente en los acuerdos previstos en esta disposición adicional".

La regulación que resulta del juego de estos preceptos es susceptible de diversas clases de observaciones.

Ante todo, la técnica normativa empleada por el Anteproyecto es muy confusa. El artículo 44 de éste añade dos preceptos a la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local EDL 1985/8184 que tienen carácter excepcional respecto de lo previsto en aquélla - que parte ya, a su vez, de una cierta modulación de su régimen cuando quedan afectadas actividades de servicios. Quizá por la propia conciencia de falta de claridad que derivaría de estas nuevas reglas, la disposición adicional novena obliga a evaluar y publicar acuerdos en determinado plazo que precisen con exactitud en qué procedimientos continuaría vigente la exigencia de licencia.

En segundo lugar, ha de tenerse presente el objetivo de la modificación proyectada. En este sentido, no se trata de poner en cuestión globalmente la figura de las licencias locales de actividad, técnica que presenta ventajas y aspectos inconvenientes cuya ponderación no corresponde a este momento -ni tampoco parece que la pretenda el Anteproyecto-. Antes bien, el punto de partida de la reforma debería ceñirse a lo que dispone hoy el último inciso del artículo 84.1.b) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local EDL 1985/8184, que se refiere únicamente a la excepción del sometimiento a licencia para el "acceso y ejercicio de las actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 EDL 2009/251214".

La última y más importante objeción la plantea el mecanismo derogatorio que prevé, de forma automática, el inciso final de la disposición adicional novena del Anteproyecto antes reproducida. Esta fórmula es susceptible de provocar una gran inseguridad jurídica. En efecto, si en el plazo de seis meses no se hubiera alcanzado ningún acuerdo sobre el particular -acuerdos que implican a las tres Administraciones territoriales, estatal, autonómica y local- quedarían derogadas en bloque todas las normas legales que exijan licencias de funcionamiento (incluidas las relativas a sectores tan sensibles como la "protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, la seguridad o la salud públicas" que el presente Anteproyecto trata justamente de proteger). Para evitar esta consecuencia desproporcionada, el Consejo de Estado considera que la derogación debería preverse, no como consecuencia automática del transcurso del plazo ni tampoco como resultado de la consecución de los mencionados acuerdos, sino que habría de establecerse expresamente mediante norma con rango de ley que contuviese la modificación de los procedimientos afectados.

No ha de olvidarse, en fin, que lo previsto en esta disposición adicional novena en cuanto a la automática derogación es susceptible de chocar con la autonomía constitucionalmente reconocida a las entidades locales, las cuales -partiendo de la legislación básica estatal y autonómica al respecto- cuentan con las licencias como una de las técnicas de intervención concedidas a aquéllas sobre la actividad de los ciudadanos.

En atención a todo ello, debiera aclararse lo previsto en estos preceptos. Por lo que hace específicamente a la norma derogatoria contenida en la disposición adicional novena del Anteproyecto, debe suprimirse ésta por las razones de seguridad, proporcionalidad y eventual afectación de la autonomía local que comporta.

La observación relativa a la supresión del último inciso de la disposición adicional novena del Anteproyecto ("transcurrido el citado plazo de seis meses, se considerarán derogadas por la presente ley los preceptos anteriores a la misma que exijan licencia local de actividad y que no se recojan expresamente en los acuerdos previstos en esta disposición adicional") tiene carácter esencial, en el concreto sentido y alcance previsto en el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio EDL 1980/3830 .

D) La simplificación tributaria

El Anteproyecto dedica el Capítulo II de su Título II ("competitividad") a la que califica de "simplificación en el régimen de tributación" (artículos 46 a 48), en la que destaca la modificación de los artículos 110 y 112 de la Ley General Tributaria (artículo 48) en materia de notificaciones.

Por lo que se refiere a la presentación de esa modificación legal, la rúbrica del aludido precepto se refiere a la "adaptación de la normativa tributaria a la Ley 11/2007, de 22 de junio EDL 2007/222677 , de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos". Sin embargo, convendría claramente hacer más explícito su título, aludiendo a la modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria EDL 2003/149899 y manteniendo, en su caso, la mención a que tal reforma se hace para adaptar la referida Ley a la de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Se entiende más sustancial, en efecto, para los destinatarios de la norma conocer cuál es la norma que se modifica -máxime si ésta es una de tan clara relevancia como la Ley General Tributaria- que saber el objetivo último por el que aquélla se reforma, su acercamiento a lo dispuesto en la Ley 11/2007 EDL 2007/222677 en materia de notificaciones por vía electrónica. Otra razón que refuerza la necesidad de cambiar la rúbrica del precepto es lo previsto en el artículo 9, número 1, de la propia Ley General Tributaria EDL 2003/149899 : "Las leyes y los reglamentos que contengan normas tributarias deberán mencionarlo expresamente en su título y en la rúbrica de los artículos correspondientes".

1. La nueva redacción del artículo 110, número 3, de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 (artículo 48.uno, del Anteproyecto)

Ese artículo 48 propugna añadir un apartado 3 al vigente artículo 110 de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 , en los siguientes términos:

"En el ámbito de competencias del Estado, el Ministro de Economía y Hacienda podrá establecer los supuestos y condiciones en que los obligados tributarios quedarán obligados a recibir las notificaciones que practique la Administración tributaria por medios electrónicos.

Para el establecimiento de estos supuestos y condiciones se tendrán presentes las circunstancias de capacidad que pueden concurrir en los obligados tributarios a recibir las notificaciones descritas en el párrafo anterior".

La regla que se contiene en estos dos párrafos puede calificarse de trascendental, por su relevancia práctica. Se trata de admitir, como "lugar de práctica de las notificaciones" -tal es la rúbrica del artículo 110 de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 -, la posibilidad de la recepción obligatoria de las notificaciones tributarias por medios electrónicos. La fijación de tales supuestos de obligatoriedad se deja, en el ámbito de las competencias estatales, al Ministro de Economía y Hacienda, que podrá establecer los diversos "supuestos y condiciones". El único parámetro que se establece para ello es el de las "condiciones de capacidad que puedan concurrir en los obligados tributarios".

El artículo 110 de la Ley 58/2003 EDL 2003/149899 se refiere, como queda dicho, al lugar de las notificaciones, distinguiendo al efecto entre los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (el lugar señalado al efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, el domicilio fiscal de uno u otro) y los incoados de oficio (el domicilio fiscal del obligado tributario o de su representante, el centro de trabajo, el lugar donde se desarrolle la actividad económica o cualquier otro lugar adecuado a tal fin). La distinción es relevante para determinar, además, la persona legitimada para recibir la notificación (artículo 111, número 1 EDL 2003/149899). Completan esta regulación las normas de los artículos 111, número 2 EDL 2003/149899 (rechazada la notificación por el interesado o su representante, se tendrá por efectuada) y 112, número 1 EDL 2003/149899 , que en su primer inciso parte -como presupuesto de toda notificación por aviso y comparecencia- de que ésta se habrá de practicar únicamente "cuando no sea posible efectuar la notificación al interesado o a su representante por causas no imputables a la Administración tributaria e intentada al menos dos veces en el domicilio fiscal, o en el designado por el interesado si se trata de un procedimiento iniciado a solicitud del mismo".

Pues bien, con la regulación proyectada se quiere incluir, de manera general, a "las notificaciones que practique la Administración tributaria por medios electrónicos" como nueva forma obligatoria de recibir aquéllas en determinados supuestos. Ello plantea varias cuestiones.

Ante todo, la rúbrica del artículo 110 de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 debería quedar referida al lugar y forma de las notificaciones, pues lo que se pretende generalizar es su práctica por medios electrónicos.

De más importancia, sin duda, es la fijación de los supuestos y condiciones en los que podrá operar esta modalidad. El Consejo de Estado considera imprescindible en este punto que sea la propia Ley la que defina tales pautas, y que lo haga además ajustándose a lo dispuesto ya por el legislador en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos

EDL 2007/222677 . En esta Ley -como se estudia con detenimiento en el apartado de este dictamen relativo al régimen de las notificaciones catastrales-, los artículos 27, número 6, y 28 EDL 2007/222677 sientan una serie de reglas que no pueden desconocerse al abordar esta regulación. En lo esencial, "para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico se requerirá que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización"; de modo que, en la medida en que técnicamente quede constancia de la puesta a disposición del acto, el transcurso de diez días desde ésta sin que se acceda a su contenido, equivale al rechazo de la notificación (artículo 28, apartados 1, 2 y 3 EDL 2007/222677). La única excepción prevista para estas normas es la relativa a que "reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos" (artículo 27, número 6 EDL 2007/222677).

Partiendo de aquí, tres son los cambios que habría que introducir en el Anteproyecto para adaptarlo a los principios que rigen esta materia (podrían recogerse todos ellos junto a una remisión expresa, en su caso, a los términos de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677):

- En primer lugar, la regla general que debe recogerse es la relativa a la voluntariedad, en principio, de este tipo de notificación, bien porque así se señale expresamente por el interesado o porque se consienta en su utilización.

- En segundo lugar, las excepciones relativas a la obligatoriedad de recibir la notificación por medios electrónicos deben fijarse "reglamentariamente". En términos generales, y si no se precisa nada sobre el particular, esta expresión remite al ejercicio ordinario de la potestad reglamentaria, esto es al que se realiza por el Consejo de Ministros (Memoria del Consejo de Estado del año 1990).

Ciertamente, el artículo 32 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, de desarrollo parcial de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677 , ha permitido establecer la obligatoriedad de la comunicación a través de medios electrónicos mediante orden ministerial. Sin embargo, esa habilitación se ciñe, en todo caso, a los supuestos, anteriormente recordados, del artículo 27, número 6, de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677 .

En el caso que ahora se informa, y dada la trascendencia de la materia tributaria y su cercanía al derecho a la tutela judicial -en sentido amplio, al derecho de defensa-, se entiende que la remisión debería hacerse expresamente a un Real Decreto aprobado por el Consejo de Ministros.

- Finalmente, la fijación de condiciones en que excepcionalmente pueda establecerse dicha obligatoriedad ha de tomar en consideración, tanto el hecho de que los destinatarios sean "personas jurídicas o colectivos de personas físicas" como el dato de que por su "capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos". En este sentido, es insatisfactoria la regla excesivamente simple que prevé el párrafo segundo del proyectado artículo 110.3 (que se refiere a las "circunstancias de capacidad que pueden concurrir en los obligados tributarios". En tal sentido, ha de recordarse, además, que este párrafo se añadió en respuesta al escrito del Comité Español de Representantes de Minusválidos [CERMI], de 13 de enero de 2010, que hacía referencia a las eventuales circunstancias de discapacidad que pudieran concurrir en el destinatario). Este precepto debería ser objeto de mucha mayor precisión y tomar en cuenta todas las apuntadas circunstancias.

Dentro del margen de que se dispone para atenderlas, las anteriores observaciones tienen carácter esencial, en el concreto sentido y alcance previsto en el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio EDL 1980/3830 .

2. La notificación por comparecencia (nueva redacción del artículo 112 de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899)

El artículo 48, número 2, del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 112 de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 , que regula la notificación por comparecencia. Se respeta el sentido de ésta -que se practicará siempre en defecto de la notificación personal-, por lo que no suscita la objeción esencial que se hace después, a propósito de la notificación por comparecencia en materia catastral.

Se trata sencillamente de introducir la posible publicación en sede electrónica (artículos 10 y 12 de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677) como uno de los medios por los que podrá producirse la notificación por comparecencia. En efecto, dispone la propuesta nueva redacción del artículo 112, número 1, de la Ley General Tributaria, EDL 2003/149899 al comienzo de su segundo párrafo, que se citará al interesado o a su representante "para ser notificados por comparecencia por medio de anuncios que se publicarán, por una sola vez para cada interesado, por alguno de los siguientes medios...".

En cambio, parece que después el primero de tales medios - el que se refiere precisamente a la publicación "en la sede electrónica del organismo correspondiente"- queda como único, en lo que hace a las notificaciones a practicar por la Agencia Estatal de Administración Tributaria. En efecto, el segundo párrafo de esa nueva redacción del aludido artículo 112, número 1.a) EDL 2003/149899 , que "la Agencia Estatal de Administración Tributaria publicará por este medio los anuncios correspondientes a las notificaciones que deba practicar, en ejercicio de las competencias que le corresponden en aplicación del sistema tributario estatal y aduanero y en la gestión recaudatoria de los recursos que tiene atribuida o encomendada". Se añade que "mediante Orden del Ministro de Economía y Hacienda se determinarán las condiciones, fechas de publicación y plazos de permanencia de los anuncios en la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria".

Debiera aclararse si, desde la entrada en vigor de la modificación que se comenta, la notificación mediante comparecencia en el ámbito de las actuaciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria va a seguir únicamente la regla de su publicación en la sede electrónica de este organismo. En tal caso, el precepto debería expresar esta idea más claramente (como tal, debería remitir únicamente al artículo 10 de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677) y habrían de contenerse en la nueva regulación legal las líneas esenciales de tal regulación.

Otra opción, preferible desde el punto de vista de la claridad y de la seguridad, sería hacer alusión a las formas vigentes de la notificación por comparecencia, añadiendo la relativa a la publicación en sede electrónica y también, acaso, la posibilidad de publicación electrónica de los Boletines oficiales y de los anuncios a publicar por edictos (artículos 11 y 12 de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677).

Sexta. Un segundo grupo de previsiones del Anteproyecto pueden englobarse en las modificaciones que introduce en la actual regulación del tráfico privado, materia respecto de la que la proyectada nueva legislación introduce modificaciones en cuatro campos: el régimen catastral, la contratación pública y colaboración público-privada, la reducción de la morosidad en las opciones mercantiles y el régimen de los créditos refaccionarios.

A) El régimen catastral

El Anteproyecto acomete la modificación del régimen catastral en su artículo 54 y disposición final vigésima.

Desde la perspectiva de técnica normativa, el texto consultado responde en este punto al modelo conforme al cual el articulado se limita a la enunciación de principios mientras la parte final aborda los cambios concretos en que tales principios se traducen. Así lo refleja expresamente el artículo 54 del Anteproyecto, que, tras relacionar los principios en los que se inspira la reforma de la actividad catastral, concluye que "todo ello se incorpora" mediante la modificación que la disposición final vigésima introduce en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo EDL 2004/2896 .

Ya se ha objetado con carácter general este modo de proceder. Tan sólo conviene recordar ahora que tal forma de regulación facilita la existencia de declaraciones sin contenido normativo concreto. Eso le sucede al artículo 54, en el que la enunciación de los principios (eficiencia, transparencia, seguridad jurídica, calidad, interoperabilidad e impulso a la Administración electrónica y la productividad) va seguida de la mención de los cambios en los que cada uno de ellos se concreta después, de modo que su contenido es más propio de la exposición de motivos -o, incluso, de la memoria del análisis de impacto normativo- que de la parte dispositiva.

Por lo que hace al contenido de las previsiones, se abordará inmediatamente de forma global una cuestión que afecta a la reforma de varios preceptos de la Ley del Catastro Inmobiliario, como es la notificación de las resoluciones, para más tarde realizar observaciones particulares según el orden de los artículos de dicha Ley cuya modificación se proyecta.

1. Las notificaciones de las resoluciones

Los cambios que, en materia de notificaciones, emprende el Anteproyecto afectan a los artículos 17 (apartados 1 y 2) y 29 (apartado 2), así como al inciso final del artículo 18, número 3, II, de la Ley del Catastro Inmobiliario. Tales cambios, al decir del artículo 54, número 5, de la proyectada nueva Ley, obedecen al impulso de la Administración electrónica, generalizándose, "sin merma de las garantías jurídicas y con un menor coste", "la notificación y la comparecencia electrónicas para el conocimiento por los interesados de las alteraciones catastrales en los bienes inmuebles". Para su mejor valoración, conviene empezar por recordar el vigente régimen de notificación de resoluciones de índole catastral para analizar a continuación, por separado, cada una de las previsiones citadas.

a) El vigente régimen de notificaciones. La actual redacción del artículo 17 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 , en lo que atañe a la notificación de los actos dictados en los procedimientos de incorporación mediante declaración, comunicación o solicitud, se remite a lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria EDL 2003/149899 .

Esta Ley establece a su vez que "el régimen de notificaciones será el previsto en las normas administrativas generales con las especialidades" que se fijan (artículo 109 EDL 2003/149899). Dichas especialidades, según la redacción vigente de la Ley General Tributaria, conciernen al lugar de práctica de las notificaciones (artículo 110 EDL 2003/149899 , que distingue entre los procedimientos iniciados a solicitud del interesado -el lugar señalado al efecto por el obligado tributario o su representante o, en su defecto, el domicilio fiscal de uno u otro- y los incoados de oficio -el domicilio fiscal del obligado tributario o de su representante, el centro de trabajo, el lugar donde se desarrolle la actividad económica o cualquier otro lugar adecuado a tal fin-), las personas legitimadas para recibir las notificaciones (artículo 111 EDL 2003/149899 , entre las que se incluye cualquiera que se encuentre en el lugar señalado a efectos de notificaciones o en el domicilio fiscal del obligado o su representante y haga constar su identidad, así como los empleados de la comunidad de vecinos o de propietarios donde radiquen tales lugares) y la notificación por comparecencia (prevista en el artículo 112 EDL 2003/149899 para el caso de que no sea posible efectuar la notificación al interesado o a su representante por causas no imputables a la Administración Tributaria y se haya intentado al menos dos veces en el domicilio fiscal, o en el designado por el interesado si se trata de un procedimiento iniciado a solicitud del mismo). El Anteproyecto prevé la modificación de algunos de estos preceptos, como se ha señalado anteriormente, lo que no afecta a los razonamientos que siguen a continuación.

Las especialidades indicadas lo son respecto del régimen general previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo artículo 59 regula la práctica de las notificaciones "por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado", lo que tradicionalmente se había identificado con la notificación postal. De acuerdo con lo previsto de forma coincidente en los artículos 59, número 4, de la Ley 30/1992 y 111, número 2, de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 , el rechazo de la notificación por el interesado o su representante implica que se tenga por efectuada la misma.

En el ámbito estudiado ha incidido la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, al regular su artículo 28 EDL 2007/222677 la práctica de notificaciones por medios electrónicos. Conforme al apartado 1 de este precepto, para que la notificación se practique utilizando algún medio electrónico, se requiere que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido su utilización, pudiendo hacerlo en ambos casos, además, por medios electrónicos. En consecuencia, este régimen se caracteriza por su voluntariedad para el interesado, cuya conformidad es revocable, por cuanto puede solicitar al órgano correspondiente durante la tramitación del procedimiento que las notificaciones sucesivas no se realicen por tales medios. Ahora bien, si el interesado hubiese indicado su preferencia por la utilización de los medios electrónicos o los hubiera consentido y, existiendo constancia de la puesta a disposición del acto objeto de notificación, transcurrieran diez días naturales sin que se accediera a su contenido,

se entendería rechazada la notificación con los efectos previstos en el artículo 59, número 4, de la Ley 30/1992 y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se comprobase la imposibilidad técnica o material del acceso (artículo 28, número 3, de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677). La regla general de la voluntariedad de la notificación por medios electrónicos tiene una excepción contemplada en el artículo 27, número 6, de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677 (al que se remite el artículo 28.1 EDL 2007/222677): las Administraciones Públicas pueden establecer por vía reglamentaria "la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos".

Mediante el reciente Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, se ha desarrollado parcialmente la Ley 11/2007 EDL 2009/245265 . En los artículos 35 EDL 2009/245265 y siguientes de dicho Reglamento se regulan las notificaciones electrónicas, procedentes cuando así haya sido solicitado o consentido expresamente por el interesado o cuando haya sido establecida como obligatoria con arreglo a los artículos 27, número 6, y 28, número 1, de la citada Ley EDL 2009/245265. Cabe practicar tales notificaciones mediante dirección electrónica habilitada, sistemas de correo electrónico con acuse de recibo que deje constancia de la recepción, comparecencia electrónica en la sede del órgano u organismo actuante, o cualquier otro medio que pueda establecerse que satisfaga las mismas garantías (artículo 35, número 2, del Real Decreto 1671/2009 EDL 2009/245265).

b) Las notificaciones en los procedimientos de incorporación (nueva redacción del artículo 17 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896). En esa nueva redacción, los dos primeros apartados de ese artículo 17 EDL 2004/2896 regularían el régimen de notificación de los actos dictados en los procedimientos de incorporación mediante declaración, comunicación y solicitud.

Según el apartado 1, los actos dictados como consecuencia de tales procedimientos han de notificarse "a través de dirección electrónica, ya sea habilitada o de correo electrónico, de conformidad con lo establecido en la normativa sobre administración electrónica". También cabe practicar la notificación mediante comparecencia en la sede electrónica de la Dirección General del Catastro (en cuyo caso se especifica que el consentimiento para el uso de los medios electrónicos "indicados" puede ser recabado y expresado electrónicamente) o de modo presencial. El apartado 2 del artículo de referencia establece, como cláusula de cierre del sistema, que, "cuando no se haya producido la notificación en los términos descritos en el apartado anterior", ésta debe practicarse de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Tributaria.

La exégesis del precepto pone de manifiesto algunas dificultades.

Por de pronto, no queda claro si la notificación de modo presencial puede considerarse como de notificación en sentido estricto, pues no se precisa la existencia de aviso alguno que pueda incitar al interesado a acudir a la correspondiente Gerencia o Subgerencia del Catastro o al Ayuntamiento del término municipal donde el inmueble esté ubicado.

Adicionalmente, parece que las tres formas de notificación electrónica que contempla específicamente el artículo 35, número 2, del Real Decreto 1671/2009 EDL 2009/245265 (esto es, dirección electrónica habilitada, correo electrónico y comparecencia electrónica), junto con la notificación de modo presencial, operan como mecanismos de primer grado, es decir, a los que debe recurrir siempre la Administración en primera instancia. Sin embargo, la remisión que se hace de forma implícita a la Ley 11/2007 EDL 2007/222677 en cuanto a la notificación a través de dirección electrónica, habilitada o de correo electrónico, y -sobre todo- la mención al consentimiento del interesado para el uso de los medios electrónicos "indicados", pese a que se haga a propósito de la notificación por comparecencia electrónica, invitan a pensar que la Administración sólo puede practicar la notificación electrónica, aun en primera instancia, con arreglo al principio de voluntariedad.

En lo que atañe a la cláusula de cierre (que obliga a aplicar las reglas de la Ley General Tributaria y, por lo tanto, a emplear la notificación postal), no resulta fácil interpretar cuándo ha de entenderse que no se ha producido la notificación en los términos descritos en el artículo 17, número 1, de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 . Por ejemplo, en el caso de que el interesado deje pasar diez días naturales sin acceder a su correo electrónico, cabe la duda de si, conforme al artículo 28, número 3, de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677 , debe entenderse que ha rechazado la notificación, dándose ésta por hecha, o si, por el contrario, tal notificación tiene que considerarse no producida a los efectos de iniciar los trámites para remitir la resolución al lugar correspondiente. Tampoco queda claro, en el supuesto de que la Administración no disponga de la dirección electrónica del interesado, cuánto ha de esperar a que éste comparezca de manera electrónica o presencial antes de considerar fracasada la notificación electrónica y enviar físicamente la resolución.

En definitiva, la regulación en preparación adolece de cierta confusión en una materia muy sensible -por su conexión con el derecho de defensa-, con el agravante de que otros preceptos de la Ley del Catastro Inmobiliario (como el artículo 30 EDL 2004/2896 , en la redacción proyectada) se remiten a las previsiones comentadas en cuanto al régimen de notificación.

Por ello, resulta necesario revisar la nueva redacción que se propugna dar a los apartados 1 y 2 del artículo 17 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 en el sentido de establecer que la notificación se realizará por medios electrónicos, siempre que sea procedente con arreglo a la Ley 11/2007, EDL 2007/222677 y con sujeción a lo dispuesto en la Ley General Tributaria, en los demás casos. De esta forma, se evidenciaría que la notificación electrónica ha de practicarse cuando así lo haya solicitado o consentido expresamente el interesado o cuando haya sido establecida como obligatoria (en los supuestos en que ello sea factible en atención al destinatario, por estar garantizado su acceso a los medios tecnológicos adecuados), mientras que, a falta de consentimiento del interesado o cuando éste lo haya revocado, debe realizarse una notificación ordinaria a un lugar apropiado conforme a las reglas de la legislación tributaria.

c) La notificación de los valores catastrales (nueva redacción del artículo 29, número 2, de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896). Más trascendencia tienen las observaciones que suscita el régimen de notificación que se aplica a las resoluciones

relativas a los valores catastrales. Conforme al tenor vigente de este precepto, la notificación de los valores catastrales resultantes de los procedimientos de valoración colectiva de carácter general y parcial ha de practicarse "por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, así como de la fecha, la identidad de quien la recibe y el contenido del acto notificado, incorporándose al expediente la acreditación de la notificación efectuada". Para el caso de que no sea posible realizar la notificación al interesado o a su representante por causas no imputables a la Administración, y después de que tal notificación haya sido intentada por dos veces, se prevé un anuncio en el Boletín Oficial del Estado o en el Boletín de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según el ámbito territorial de competencia del órgano que dictó el acto, así como la publicación en los lugares destinados al efecto en el Ayuntamiento y en la Gerencia del Catastro correspondiente en atención al término municipal en que se ubiquen los inmuebles, a efectos de su notificación por comparecencia.

Frente a esta regulación en vigor, la redacción postulada por el Anteproyecto dispone que, para la notificación de dichos valores catastrales, "antes del 15 de octubre del año de aprobación de la correspondiente ponencia de valores", debe publicarse un anuncio en el Boletín Oficial del Estado o en el Boletín de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según el ámbito territorial de competencia del órgano que dictó el acto, "en el que se indicará el lugar y plazo de exposición pública de la relación de titulares de los inmuebles afectados, a efectos de su notificación por comparecencia". Tal comparecencia puede realizarse tanto en la sede electrónica de la Dirección General del Catastro (lo que requiere firma electrónica o clave concertada proporcionada por este órgano directivo) como de modo presencial. Cualquiera que sea la forma de comparecencia, tiene que producirse entre el 15 de octubre y el 15 de diciembre, de tal forma que, transcurrido este plazo sin que se hubiese comparecido, la notificación "se entiende producida a todos los efectos legales desde el día siguiente al del vencimiento del plazo señalado para comparecer". Esto implica, como precisa el artículo 29, número 5, de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896, que la finalización del plazo de comparecencia inicia el cómputo del plazo de un mes para la interposición del recurso de reposición o la reclamación económico-administrativa.

Este precepto ha sido criticado durante el trámite de audiencia por la Asociación de Promotores Constructores de España (APCE) y por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y en fase de informes por el Consejo de Consumidores y Usuarios, todos ellos con base en la misma argumentación: la eliminación de la notificación individualizada de nuevos valores genera indefensión y conlleva que la carga de ser notificado pasa de la Administración al contribuyente. En respuesta al parecer del Consejo de Consumidores y Usuarios, el Ministerio de Economía y Hacienda ha defendido que la nueva redacción "pretende modernizar el procedimiento actual de notificación de valores catastrales" con un planteamiento de transparencia en la información, impulso a la Administración electrónica, apuesta por las nuevas tecnologías y eficiencia en los procedimientos administrativos, lo que no será desfavorable a los contribuyentes.

En el examen de la cuestión suscitada, es necesario partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24, número 1, de la Constitución. En atención a este derecho, el Tribunal Constitucional viene exigiendo un especial deber de diligencia en los actos de comunicación "que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión" (Sentencia 162/2002, de 16 de septiembre), lo que obliga a procurar el emplazamiento o citación personal y directa de los interesados, siempre que sea factible. Esta doctrina, aunque elaborada en relación con los emplazamientos en los procesos judiciales, es también aplicable a las notificaciones efectuadas por la Administración Tributaria, conforme expresó la Sentencia del Tribunal Constitucional 291/2000, de 30 de noviembre, de modo que, la indefensión originada en vía administrativa tiene relevancia constitucional "cuando la causa que la provoque impida u obstaculice que el obligado tributario pueda impetrar la tutela judicial contra el acto administrativo en cuestión, eliminándole la posibilidad de utilizar los medios de impugnación que el ordenamiento tributario dispone específicamente contra los distintos actos dictados en cada procedimiento" (Sentencia 113/2006, de 5 de abril).

En el caso examinado, la reforma proyectada suprime la notificación personal que ahora se exige y la sustituye por otra basada exclusivamente en anuncios, a partir de los cuales se requiere la comparecencia presencial o electrónica del interesado. Mientras el régimen vigente coincide con el previsto en la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 y la Ley 30/1992 en condicionar el sistema de anuncios a que, siendo conocido el interesado y un lugar para localizarlo, haya fracasado previamente la notificación personal, la modificación proyectada convierte dicho sistema en el mecanismo único de notificación de los actos de valoración catastral en los que exista una pluralidad de titulares identificados de bienes inmuebles.

Se aduce para sostener esta propuesta que está vinculada al impulso de la Administración electrónica y a la reducción del coste de las notificaciones. Sin embargo, este Consejo entiende que ha de prestarse una muy especial atención a la merma de garantías jurídicas que la solución propuesta ocasiona. En efecto, la renuncia a la notificación personal y directa del interesado, siendo tal notificación factible, obstaculiza que éste pueda conocer el acto que le afecta y, en consecuencia, recurrirlo. No en vano, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se colige que el emplazamiento personal ha de ser la primera opción de notificación, por ser la más garantista, pudiendo emplearse otros mecanismos tan sólo cuando la citación directa no sea posible.

A los problemas descritos hay que sumar el incremento de las cargas administrativas, pues, suponiendo que el interesado tenga conocimiento del anuncio, todavía tiene que comparecer; lo que, excepto que disponga de los medios tecnológicos apropiados, habrá de hacer de forma presencial. A este respecto, no debe olvidarse que, en el régimen de la Ley 11/2007 EDL 2007/222677, la utilización de medios electrónicos es voluntaria, salvo casos excepcionales que sólo pueden afectar a personas jurídicas o colectivos de personas físicas cuyo acceso a Internet está fuera de toda duda.

En resumen, la redacción propugnada para el artículo 29, número 2, de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 no se ajusta a las exigencias del derecho de defensa de los interesados, tal y como estas han sido enunciadas por el Tribunal Constitucional, además de resultar inconveniente por incrementar las cargas administrativas. Por lo mismo, este Consejo entiende que ese régimen de notificaciones ha de revisarse (por ejemplo, remitiéndose al artículo 17 de esa misma Ley), teniendo esta observación carácter esencial,

en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio EDL 1980/3830 .

d) La notificación de las rectificaciones de los valores catastrales. La nueva redacción que se preconiza dar al segundo párrafo del artículo 18, número 3, de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 prescribe, en su inciso final, que las características catastrales rectificadas de oficio por la Dirección General del Catastro han de notificarse a los interesados mediante su publicación en el Ayuntamiento por un plazo de quince días, previo anuncio de su exposición en el Boletín Oficial de la Provincia.

Los argumentos acerca del derecho de defensa que han sido expuestos son extrapolables mutatis mutandis a esta previsión, que debe, por lo tanto, revisarse en la misma línea que acaba de desarrollarse.

2. Otros aspectos más concretos

Junto a las anteriores cuestiones de alcance más general, se formulan igualmente las siguientes observaciones particulares en relación con la actividad catastral:

* Conforme a la redacción que la disposición final vigésima del Anteproyecto da al artículo 3.2 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 , la certificación catastral tiene que incorporarse a los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar un cambio en el Catastro, al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por ley, así como a los procedimientos administrativos como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles.

La generalidad con la que está prevista esta obligación contrasta con los efectos que el artículo 44 EDL 2004/2896 de la misma norma legal atribuye a la falta de aportación de la referencia catastral, la cual no impide, ni la autorización por los notarios del documento, ni la práctica de los asientos correspondientes en el Registro de la Propiedad, ni la resolución de los procedimientos administrativos. Dicho de otro modo, la falta de aportación de la referencia catastral no paraliza el tráfico jurídico, sin perjuicio de que ello se haga constar en el propio documento notarial, en nota al margen del asiento y al pie del título inscrito en el Registro de la Propiedad o en el expediente o resolución administrativa (artículo 44.1 EDL 2004/2896).

Por consiguiente, ante la falta de previsión alguna en el Anteproyecto acerca de las consecuencias anudadas al incumplimiento de la obligación de incorporar la certificación catastral en los supuestos exigidos, lo razonable es equiparar expresamente tales consecuencias a las previstas en el artículo 44 EDL 2004/2896 .

* Entre los objetivos perseguidos por la proyectada nueva Ley, la memoria del análisis de impacto normativo menciona la de ampliar los casos en que Notarios y Registradores comunican información a la Dirección General del Catastro (agrupaciones, agregaciones, segregaciones, divisiones y actos de parcelación), "eliminando, en consecuencia, la obligación de presentar declaración por los titulares catastrales".

No obstante, si bien el Anteproyecto modifica el artículo 14 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 para incrementar los supuestos de comunicación por Notarios y Registradores en tales casos, no contempla correlativamente la supresión de la obligación de declarar "la segregación, división, agregación y agrupación de los bienes inmuebles", prevista actualmente en la letra c) del artículo 16.2 EDL 2004/2896 de esa misma Ley.

Si quisiera conseguirse el objetivo mencionado en la memoria, procedería la derogación de la previsión transcrita. Es posible que, a este respecto, se haya producido un error, pues el Anteproyecto sí prevé abrogar el artículo 12.6 EDL 2004/2896 de la Ley citada (que no está vinculado a ninguno de los fines declarados de la reforma del régimen catastral), lo que debería comprobarse.

* En relación con la misma cuestión, y conforme a la nueva redacción que se propugna dar al párrafo final del artículo 14.c), de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 , los Registradores deben comunicar la información referida a los actos de parcelación consistentes en la segregación, división, agregación o agrupación de los bienes inmuebles, siempre que "se solicite su inscripción en el Registro de la Propiedad en el plazo de dos meses desde el hecho, acto o negocio de que se trate".

No se ve el motivo por el que la obligación de comunicación de los indicados actos de parcelación deba decaer transcurrido un plazo determinado, considerando que, respecto de las demás actuaciones inscritas en el Registro de la Propiedad, la comunicación no está sujeta a requisito temporal alguno. Parece, por ende, beneficioso para la concordancia entre el Registro y el Catastro que se suprima la referencia al plazo de dos meses.

* En la reforma del artículo 18, número 2, de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 se regula un procedimiento de subsanación de discrepancias relativas a la "configuración o superficie de la parcela", con ocasión de la autorización de un hecho, acto o negocio en un documento público. Este procedimiento prevé las actuaciones que debe realizar el Notario en función de si los otorgantes manifiestan la identidad entre la realidad física y la certificación catastral o si declaran la existencia de una discrepancia entre ambas (la cual puede o no resultar finalmente acreditada). A partir de este procedimiento, y, en particular, cuando se advierte por los otorgantes de la existencia de una discrepancia, el Notario tiene que ponerlo en conocimiento de la Dirección General del Catastro; incluso, si el Notario considera suficientemente acreditado tal hecho, tras informar en el plazo máximo de cinco días desde la formalización del documento público, y una vez validada técnicamente la rectificación por la Dirección General del Catastro, se incorpora la correspondiente alteración en el Catastro; en tal caso, si se aporta el plano representado sobre la cartografía catastral, la alteración ha de realizarse en el plazo de cinco días para que "el notario pueda incorporar en el documento público la certificación catastral" con la nueva descripción.

Ese procedimiento está encaminado a procurar la concordancia entre el Catastro y el protocolo notarial secreto, lo que reviste mucha menor utilidad que la concordancia entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. En efecto, la alteración así validada por el Catastro puede no llegar al Registro de la Propiedad a) porque el título no se presente, b) porque el título no sea inscribible por cualquier causa distinta a la alteración de los datos catastrales o c) porque la propia alteración (por ejemplo, por exceso de cabida) tenga requisitos específicos para su constancia en el Registro que no se cumplan. Prueba de que el mecanismo estudiado no contribuye a la concordancia

entre el Catastro y el Registro es el hecho de que, para cuando resulte procedente la remisión de la certificación catastral corregida al Notario para su incorporación al documento público (mediante diligencia, lo que debería especificarse), es posible que el beneficiario ya haya retirado la copia de la escritura matriz, en cuyo caso, al llegar el título al Registro -de hacerlo-, obrará en él la certificación obsoleta pero no la nueva.

Por otro lado, resultaría oportuno introducir alguna precisión acerca de los supuestos concretos a los que se refiere el procedimiento en cuestión, habida cuenta de la vaga alusión a las discrepancias relativas a la configuración de la parcela y a la diversidad de supuestos que pueden presentarse (linderos, dimensiones perimetrales, edificaciones existentes en la finca, figura geométrica, uso de la finca, clases de cultivo, etc.).

* Mediante la modificación del artículo 33 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896, el Anteproyecto persigue, según se desprende de su artículo 54 EDL 2004/2896, "el desarrollo del principio de interoperabilidad, que permitirá cumplir los requerimientos establecidos por las normativas interna y comunitaria relativos a la creación e impulso de las Infraestructuras de Datos Espaciales española y europea". Esta última referencia pone en conexión la cartografía catastral con el régimen previsto en el recientemente aprobado proyecto de Ley sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España (publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 9 de febrero de 2010), destinado a incorporar al ordenamiento español la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (conocida como Directiva Inspire). El anteproyecto de esta última norma fue informado por el Consejo de Estado en Pleno el pasado día 17 de diciembre (dictamen del expediente número 1.905/2009).

Ahora bien, la correspondencia entre dicho proyecto y el texto ahora consultado se limita a la referida declaración de principios, porque el tenor previsto del artículo 33 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 no toma en consideración las previsiones de la norma para la incorporación de la Directiva Inspire. Así, se indica en el Anteproyecto que "la cartografía catastral estará a disposición de los ciudadanos y de las empresas, así como de las Administraciones y entidades públicas que requieran información sobre el territorio o sobre bienes inmuebles concretos, preferentemente a través de un servidor de mapas gestionado por la Dirección General del Catastro", a la que le corresponde determinar los formatos y demás características necesarias para la prestación de dichos servicios, todo ello al margen del régimen mucho más preciso de puesta en común de datos geográficos y servicios interoperables de información geográfica que contiene el referido proyecto de Ley que está actualmente iniciando su tramitación parlamentaria. Se advierte que este último texto, aunque remite la cartografía catastral a su normativa específica (disposición adicional tercera), integra en el concepto de Información Geográfica de Referencia definido (artículo 3) los bienes inmuebles inscritos en el Catastro.

Conforme a lo dicho, lo razonable es adecuar ambas normas, partiendo del texto del proyecto de Ley sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, por obedecer éste a la transposición del Derecho comunitario. Con esta finalidad, el artículo 33 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 debería limitarse a contener una remisión a aquella norma.

* La nueva redacción que el Anteproyecto propugna para el artículo 36 de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 regula el deber de colaboración, ocupándose su apartado 2 de la obligación -de las Administraciones y demás entidades públicas, los fedatarios públicos y quienes, en general, ejerzan funciones públicas- de suministrar al Catastro Inmobiliario cuantos datos relevantes para éste sean recabados, así como de facilitar "el acceso gratuito a dicha información por medios telemáticos". La consideración de los fedatarios públicos como sujetos pasivos de este deber de colaboración resulta problemática, dada la amplitud con la que se concibe. En concreto, el acceso por medios telemáticos a la información custodiada por los notarios ha de cohonestarse con el secreto del protocolo, reconocido en la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

En ese sentido, ha de recordarse que el protocolo notarial no es un archivo público y, a pesar de su pertenencia al Estado, éste no tiene un derecho indiscriminado a conocer su contenido, dadas las exigencias del derecho a la intimidad. No en vano, el artículo 93, número 4, de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 reconoce el secreto del protocolo notarial como uno de los límites al deber de colaboración de los funcionarios públicos con la Administración Tributaria.

Debe quedar claro que no se trata de convertir el secreto del protocolo notarial en un obstáculo para la actualización de los datos del Catastro, sino de acotar la colaboración de los fedatarios públicos de forma consonante con relación régimen contenido en la Ley General Tributaria.

Para alcanzar ese equilibrio, la nueva redacción del artículo 36, número 2, de la Ley del Catastro Inmobiliario EDL 2004/2896 debería contentarse con remitirse, como ya hace, al artículo 94 de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 en cuanto al deber de colaboración de las Administraciones y demás entidades públicas, así como de quienes, en general, ejerzan funciones públicas, previendo el acceso por medios telemáticos a la información concernida. Sería preciso, adicionalmente, que la nueva redacción de ese precepto también se remitiese al citado artículo 93, número 4, de la Ley General Tributaria EDL 2003/149899 en lo que se refiere al alcance de dicho deber para los fedatarios públicos.

* La postulada nueva disposición transitoria octava de la Ley del Catastro Inmobiliario dispone que, hasta que, mediante resolución de la Dirección General del Catastro -publicada en el Boletín Oficial del Estado-, se declare la operatividad de los medios necesarios para la práctica de las notificaciones electrónicas y el suministro electrónico de información, se aplicarán las previsiones vigentes en el momento en que entre en vigor la proyectada nueva Ley.

Con ello, se atribuye a un órgano directivo la potestad de fijar la eficacia de determinadas modificaciones introducidas por una norma general de rango legal. Resultaría más apropiado que la constatación de que se han dispuesto ya los medios técnicos necesarios para la efectividad de tales modificaciones se encomendase al Gobierno, el cual quedaría investido de la potestad de fijar la entrada en vigor de las referidas previsiones, lo que, adicionalmente, debería producirse dentro del plazo máximo que el legislador estableciera

al respecto. De esta forma, la Administración tendría que sujetarse al plazo previsto en la proyectada nueva Ley para llevar a cabo los cambios técnicos oportunos.

B) Contratación pública y colaboración público-privada

El Anteproyecto dedica a esas materias el Capítulo V de su Título I (artículos 37 y 38), a lo que se añaden las modificaciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022, y de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria EDL 2003/127843, acometidas, respectivamente, en las disposiciones finales décima octava y décima novena. Por otra parte, la legislación pública de contratos también es objeto de reforma por el artículo 51 del Anteproyecto, si bien a propósito de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, materia que se examina en otra parte de este dictamen.

Desde la óptica de la técnica legislativa, es preciso formular una observación general a las modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público contenidas en la disposición final décima octava del Anteproyecto. En esta disposición, a diferencia de lo que sucede en otras partes del texto consultado, cada vez que se reforma cualquier previsión de un apartado, se reproduce íntegramente el artículo afectado. Sirva de ejemplo el artículo 216 de la Ley de Contratos del Sector Público, EDL 2007/175022 del que se sólo se modifica el apartado 2 EDL 2007/175022, a pesar de lo cual el Anteproyecto afirma dar nueva redacción al precepto completo, reproduciendo los apartados 1 y 3 EDL 2007/175022 tal y como se contienen en la regulación vigente. Esta forma de proceder crea la apariencia, a partir de la extensión de la disposición final décima octava del texto consultado, de que la modificación de la legislación de contratación pública es mucho más profunda de lo que en realidad es y, lo que, es mucho más importante, dificulta la tarea de los operadores de identificar los cambios que se introducen. Por tales motivos, sería preferible que, cuando se reformase un solo apartado, se diera nueva redacción únicamente al mismo y no al precepto entero del que forma parte. Respecto del contenido de los cambios introducidos por el Anteproyecto en esta materia, son dos las cuestiones más relevantes: la modificación contractual y la colaboración entre el sector público y el sector privado, a las que se añade una previsión sobre el ámbito de los contratos excluidos de la Ley de Contratos de Sector Público.

1. La modificación contractual

La memoria del análisis de impacto normativo subraya que la reforma "supone restringir la posibilidad de modificar los contratos públicos, una vez celebrados", restricciones que "se aplican a todos los contratos del sector público", al contrario que la regulación actual, sólo aplicable a los celebrados por las Administraciones Públicas. Ese propósito guarda conexión con el dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como está regulado en la Ley de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. La incorporación al expediente de información acerca de la evolución del referido procedimiento por incumplimiento y, sobre todo, del dictamen motivado de la Comisión, habría sido pertinente para justificar la motivación de la reforma proyectada y muy útil para valorar si la misma responde al parecer de la Comisión.

El nuevo régimen de modificación contractual se incorpora a la Ley de Contratos del Sector Público mediante la introducción de un último Título (el V) en el Libro I de esta norma. Conforme a esta regulación, son dos los supuestos en los que se admite la modificación contractual:

- Primero, cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación: Para la operatividad de esta modificación, no basta con que se haya advertido expresamente en alguno de tales documentos, sino que es preciso, además, que se hayan detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales, con indicación expresa del porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueden afectar y los aspectos procedimentales.

- Segundo, cuando, no estando la modificación prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación, esté justificada por una serie de causas tasadas, no altere las condiciones esenciales de la licitación y no exceda el 20% del precio de adjudicación.

Los cambios que esta regulación supone con respecto a las previsiones en vigor son notables. Lo más llamativo es que, por primera vez, la modificación de los contratos celebrados en el ámbito del sector público es sometida a determinadas reglas que prevalecen sobre el régimen civil. Al margen de esto, y por lo que se refiere a los contratos administrativos, frente al régimen en vigor (que se caracteriza, ex artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022, por exigir la concurrencia de razones de interés público y de causas imprevistas debidamente justificadas, así como la previsión de esta posibilidad en los pliegos y en el documento contractual, sin que, en cambio, esté contemplado un porcentaje máximo del precio de adjudicación que no se pueda sobrepasar), la disposición final décima octava del Anteproyecto estipula, en primer lugar, que no será ya necesario que la eventual modificación esté contemplada en los pliegos y en el contrato para que la misma sea factible, en la medida en que se regula expresamente la posibilidad de una novación contractual no prevista en la documentación que rige la licitación.

Junto a ello, y en segundo lugar, se prevé que, cuando dicha posibilidad sí aparezca recogida, la información atinente a la misma esté mucho más perfilada, pues afecta tanto a las causas a las que ha de responder la modificación como al alcance que pueda tener. Por último, a falta de previsión en la documentación contractual, la novación se somete a un régimen muy estricto, por cuanto ha de cumplir un requisito hoy no regulado expresamente (aunque sí exigido por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado), como es el respeto de las condiciones esenciales de la licitación; exige la concurrencia de una justificación más concreta que la genérica alusión a las razones de interés público y las causas imprevistas, y está sometida a un porcentaje máximo.

En conexión con los cambios expuestos, se introducen los siguientes:

- Para el cálculo del valor estimado de los contratos del sector público, se incluye dentro de dicho valor el importe máximo que la modificación contractual pueda alcanzar, cuando ésta se prevea en la documentación que rige la licitación (nueva redacción del artículo 76.1 EDL 2007/175022 in fine).

- Respecto de las causas de resolución de los contratos administrativos, se suprimen los supuestos que habilitan al contratista a pedirla con motivo de las modificaciones que impliquen alteraciones del precio en cuantía superior al 20% del precio primitivo (en la regulación de los contratos de obras -artículo 220 EDL 2007/175022 -, de suministro -artículo 275 EDL 2007/175022 - y de servicios -artículo 284 EDL 2007/175022 -). El resultado es que, como señala la nueva redacción propuesta para el artículo 202, número 1, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , las modificaciones acordadas por el órgano de contratación son "obligatorias para los contratistas", quienes no pueden solicitar la resolución del contrato con ocasión de tales modificaciones.

Esta situación guarda coherencia con la nueva regulación de la modificación de los contratos. Con la redacción vigente, la posibilidad del contratista de instar la resolución de los contratos administrativos sólo existe a partir de modificaciones de cierta entidad, en concreto, las que representen una alteración del precio superior al 20%, lo que significa, a contrario, que, por debajo de ese porcentaje, las modificaciones son obligatorias. En la regulación proyectada, a falta de previsión en los pliegos o en el anuncio de licitación de la eventual modificación, ésta no puede superar el referido porcentaje, por lo que, en dicha situación, no cabe la causa de resolución contractual que ahora se elimina; la novedad radica en que el contratista tampoco podrá pedir la resolución si la modificación supera el 20% del precio primitivo del contrato, cosa que sólo es factible si tal modificación está contemplada en los documentos que han de regir la licitación. Por consiguiente, se entiende que la supresión de la posibilidad de resolver el contrato a instancias del contratista con motivo de modificaciones superiores al porcentaje de referencia no genera una situación más gravosa para el mismo, habida cuenta de que ha conocido dicha posibilidad de forma detallada en los documentos de licitación (recuérdese, con indicación expresa del porcentaje al que puede ascender dicha modificación) y de que esta circunstancia ha sido tomada en consideración para el cálculo del valor estimado del contrato.

- Como contrapartida, se introduce una nueva causa de resolución de los contratos administrativos, cual es "la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato" (artículo 206.h) de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , conforme a la disposición final décima octava del texto remitido). En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar (artículo 208.6 EDL 2007/175022).

La valoración global del régimen proyectado es positiva. Ha sido una preocupación tradicional del Consejo de Estado al informar los expedientes de modificación contractual que ésta pudiera ser empleada para encubrir "prácticas viciosas" susceptibles de "frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación" de contratos públicos (dictamen del expediente número 34/2007, de 1 de febrero). La regulación en preparación contribuye a evitar este efecto, toda vez que se restringen las circunstancias que pueden dar lugar a la modificación contractual y el alcance que puede tener si no está prevista en la documentación de la licitación, mientras que, de estar contemplada en ella, la modificación no atenta contra el principio de concurrencia, pues todos los licitadores conocen antes de participar en el procedimiento de adjudicación en qué circunstancias y porcentaje la modificación puede llegar a producirse una vez suscrito el contrato. En este sentido, la Comisión Nacional de la Competencia ha manifestado una opinión favorable a los cambios estudiados. Ahora bien, no se le oculta al Consejo de Estado que la técnica de los modificados está muy arraigada en la práctica administrativa, por lo que no se descarta que la nueva regulación genere dificultades en su aplicación hasta que las empresas licitadoras sean capaces de ajustar sus ofertas al régimen que se propugna introducir.

Sin perjuicio de ello, se formulan observaciones a diversos aspectos concretos.

a) El ámbito de aplicación. Como se ha dicho, el régimen de modificación contractual contenido en el futuro Título V del Libro I de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 resulta aplicable a todos los contratos incluidos en su ámbito objetivo de aplicación y no solamente a los contratos administrativos.

Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20, número 2 EDL 2007/175022 , de dicha norma, los contratos privados sólo se rigen por la misma en cuanto a su preparación y adjudicación, mientras que se aplica el Derecho civil en cuanto a sus efectos y extinción.

Para evitar antinomias legales, tendría que reformarse el precepto citado, precisándose que los contratos privados también se rigen por la Ley de Contratos del Sector Público en lo que atañe a su modificación.

En relación con esta misma materia, conviene asimismo llamar la atención sobre el hecho de que, en virtud del artículo 21, número 2, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , reflejo de la doctrina de los actos separables, se encomienda al orden jurisdiccional civil el conocimiento de las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados, lo que, ha de entenderse, comprende la modificación contractual. Debe valorarse si conviene mantener invariado dicho precepto, atribuyendo al orden civil las cuestiones vinculadas a la modificación de los contratos privados, aunque se rijan por la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , o reformarlo para arrogar tal competencia al orden contencioso-administrativo, dada la aplicación preferente de la legislación pública de contratos.

b) Las causas justificativas de las modificaciones contractuales no previstas inicialmente. Las dos primeras de ellas, que forman parte de la nueva redacción propugnada para el apartado 1 del artículo 92 quáter de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , serían las siguientes:

"a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas."

Estas dos causas hacen referencia a situaciones en las que la modificación se justifica por las deficiencias del proyecto o de las especificaciones técnicas, si bien, en el primer caso, basta la existencia de errores u omisiones, en tanto que, en el segundo, la inadecuación de tales documentos tiene que ser imprevisible aplicando la diligencia exigida en atención a una buena práctica profesional. En otras palabras, aunque no se diga expresamente, parece que se pretende dar un tratamiento diferente en función de si el contratista fue o no el autor del proyecto o intervino en la redacción de las especificaciones técnicas: en caso negativo, cualquier error u omisión, que no le sería en ningún caso imputable, justifica la modificación contractual no prevista en los documentos de licitación; en cambio, en caso afirmativo, para que el error u omisión haga posible dicha modificación, es preciso que no fuera previsible con la diligencia de un buen profesional. Tales diferencias en el tratamiento tienen fundamento bastante; no en vano, el Consejo de Estado ha tomado reiteradamente en consideración -a la hora de apreciar la concurrencia de "causas imprevistas" como requisito de ejercicio del ius variandi- el hecho de que la elaboración del proyecto originario no corriese a cargo de la sociedad contratista, a la que resulta ajena cualquier posible deficiencia o imprevisión, pues tal requisito debe ser apreciado "de modo diferente según el contratista sea o no autor del proyecto y por consiguiente tenga o no la obligación contractual de redactar un proyecto viable y prever y dar solución a posibles incidencias posteriores con arreglo a la lex artis aplicable" (ver, por ejemplo, dictamen del expediente número 403/2006, de 4 de mayo).

Ahora bien, con el objetivo de disipar cualquier duda, convendría revisar la redacción de los dos párrafos transcritos, dejando claro que el primero resulta aplicable al caso de que el contratista no sea autor del proyecto y el segundo al supuesto contrario.

c) La consulta al Consejo de Estado. La disposición final décima octava del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 195, número 3, b), de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022, con el objeto de circunscribir la competencia del Consejo de Estado en los procedimientos de modificación contractual a los supuestos en los que se formule oposición por parte del contratista y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 euros.

Los cambios que esta regulación supone son dos.

- En primer término, el porcentaje de afectación del precio se reduce del 20% vigente al 10%. Ello tiene sentido considerando que, de mantenerse el límite en vigor, el Consejo de Estado no intervendría preceptivamente en las modificaciones contractuales no previstas en los documentos de licitación, las cuales, por definición, no pueden superar el 20% del precio primitivo del contrato, por lo que se sustraerían de la consulta obligada a este Cuerpo Consultivo los casos potencialmente más conflictivos.

- En segundo término, se limita el dictamen preceptivo del Consejo de Estado a los supuestos en los que exista oposición por parte del contratista a la modificación contractual, precisión que no consta en la regulación vigente. Considera el Consejo de Estado que tal precisión debería reconsiderarse, dado que la intervención de este Cuerpo Consultivo, además de representar una garantía para el contratista, también lo es para el procedimiento de adjudicación de contratos y el principio de igualdad en el acceso a la contratación pública. No en vano, en la mayoría de los supuestos en los que el Consejo de Estado manifiesta una opinión contraria a una concreta modificación contractual, dicha opinión no se funda en una vulneración de los derechos del contratista, sino en que la variación reviste "tal trascendencia que supone en realidad una nueva y diferente contratación", lo que impide efectuar la modificación del contrato y obliga, en consecuencia, a acudir a una nueva contratación (dictamen del expediente número 587/2004, de 6 de mayo).

d) La imposibilidad de ejecutar la prestación inicialmente pactada. En lo tocante a esa nueva causa de resolución contractual (nueva redacción del artículo 206.h), de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022), convendría especificar que únicamente podrá apreciarse la imposibilidad de ejecutar la prestación inicialmente pactada o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse la misma, cuando a ello no haya contribuido la actuación del contratista. A este respecto, no resulta ocioso recordar que la concurrencia de esta causa de resolución de los contratos administrativos lleva aparejada una indemnización a favor del contratista, de modo que no cabe admitir dicha causa cuando se aprecie un incumplimiento culpable de éste que haya conducido a la situación de imposibilidad o inconveniencia manifiesta de continuar la ejecución contractual.

e) La redacción del artículo 207, número 6, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022. En ese precepto, tanto en su versión vigente como en la propugnada por el Anteproyecto, existe un error en la remisión, que debe hacerse al apartado número 5 y no al número 4 del previo artículo 196 EDL 2007/175022.

f) El plazo para resolver y notificar la resolución de los contratos administrativos. Se trata de una cuestión que este Consejo estima oportuno suscitar dentro de una reforma de los artículos de la legislación de contratación pública, aunque atañe a un problema preterido por el Anteproyecto.

A falta de previsión al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008) ha considerado que dicho plazo es de tres meses conforme a la regla general del artículo 42, número 3, de la Ley 30/1992, transcurrido el cual -en los casos de resolución por incumplimiento del contratista- se produce la caducidad, en virtud del artículo 44, número 2, de ese mismo texto legal, por ser la de resolución contractual una potestad de intervención con efectos desfavorables.

Con independencia de la postura del Consejo de Estado con respecto a esta interpretación jurisprudencial, expuesta in extenso en la memoria de 2008, la experiencia demuestra que el plazo de tres meses es insuficiente para tramitar los procedimientos de resolución contractual por incumplimiento imputable al contratista, en los que las propias garantías reconocidas a favor de éste exigen en muchos casos complejas comprobaciones y la solicitud de numerosos informes. Por ello, se considera que la tramitación del Anteproyecto brindaría una ocasión propicia para fijar un plazo suficiente para la instrucción de los referidos procedimientos (por ejemplo, de un año).

2. La colaboración entre el sector público y el sector privado

Se estudian seguidamente los cambios introducidos en este segundo gran bloque de previsiones del Anteproyecto en la materia ahora analizada.

a) El ámbito subjetivo de las modificaciones propuestas. Desde una perspectiva subjetiva, se persigue fomentar la figura de la colaboración público-privada, incluyendo a las entidades públicas empresariales (y organismos similares de las Comunidades Autónomas) entre los sujetos que pueden celebrar el contrato con este fin, ahora restringido a las Administraciones Públicas del artículo 3, número 2, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 . En el régimen vigente, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado están siempre sujetos a regulación armonizada (artículo 13, número 1, de la norma citada EDL 2007/175022) y son siempre contratos administrativos, al tratarse de una modalidad contractual típica a la sola disposición de las Administraciones Públicas (artículo 19, número 1 EDL 2007/175022). Con la apertura de esta figura a favor de las entidades públicas empresariales, que quedan fuera del concepto de Administraciones Públicas, los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado que aquéllas celebren tendrán necesariamente carácter privado, de acuerdo con el artículo 20, número 1 EDL 2007/175022 , que atribuye esta consideración a todos los contratos celebrados por organismos excluidos del concepto del artículo 3, número 2 EDL 2007/175022 . Se llama la atención sobre esta circunstancia, toda vez que resulta difícil imaginar un contrato de este tipo sujeto al Derecho civil en cuanto a sus efectos y extinción. Tal vez sería mejor reconocer el carácter administrativo de cualquier contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, con independencia de quién lo celebre, de la misma forma que su sujeción a la regulación armonizada no depende ni del aspecto subjetivo ni de la cuantía contractual.

b) El ámbito objetivo de la proyectada colaboración público-privada. Desde una perspectiva objetiva, la principal novedad en este campo consiste en la regulación de la colaboración institucionalizada entre el sector público y el sector privado.

Como se pone de relieve en el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, presentado por la Comisión Europea, la colaboración institucionalizada implica la creación de entidades ad hoc, en las que participen, de manera conjunta, los sectores público y privado, operación en la que es preciso garantizar los principios y normas del Derecho comunitario en materia de contratación pública. Así pues, continúa diciendo el Libro Verde, "la selección de un socio privado para realizar dichas misiones en el marco del funcionamiento de una entidad mixta no puede basarse exclusivamente en la calidad de su aporte en capital o de su experiencia, sino que hay que tener en cuenta las características de su oferta (la más ventajosa económicamente) relativas a las prestaciones específicas que ha de realizar, puesto que la operación de capital, si no se dispone de criterios claros y objetivos que permitan al poder adjudicador seleccionar la oferta más ventajosa económicamente, podría constituir una violación del Derecho en materia de contratación pública".

El Anteproyecto intenta incorporar esta figura mediante la inserción de la disposición adicional trigésima cuarta en la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , bajo el título de "régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado", del siguiente tenor:

"Los contratos públicos podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con la (sic) normas establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

En los pliegos que deban regir el procedimiento de selección del socio privado habrán de recogerse todos los elementos definitorios de la relación entre éste y la entidad adjudicadora, así como los relativos a la relación contractual entre la entidad adjudicadora y la sociedad de capital mixto, y, en particular, el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la sociedad, así como los estatutos de ésta y los pactos de accionista que, en su caso, deban suscribirse. Igualmente deberán expresarse con claridad y precisión las posibilidades de prórroga o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada a la sociedad de economía mixta, así como el régimen de encomienda eventual de nuevas tareas en el marco del contrato previamente adjudicado, detallando aquéllas y las condiciones en que tal encomienda podrá producirse".

De la dicción de esta previsión y de su introducción como una disposición adicional se desprende que la colaboración institucionalizada se contempla como un mecanismo utilizable para cualquier modalidad contractual. Dicho de otro modo, aunque la referencia en el título a la colaboración entre el sector público y el sector privado induce a pensar que la fórmula regulada sólo puede emplearse respecto del contrato del mismo nombre, lo cierto es que dicha fórmula está concebida para cualquier tipo de contrato, de modo que, en función del que se trate, se aplicarán las normas de adjudicación correspondientes para la selección del socio privado. Esto supone una importante novedad de por sí en el Derecho contractual español, donde las sociedades de economía mixta sólo están previstas como una modalidad del contrato de gestión de servicios públicos.

En cuanto hace a la redacción de la disposición transcrita, interesa sugerir el siguiente cambio: debería comenzar diciendo que "cualquier contrato público podrá adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta...", pues más adelante se habla del contrato (en singular) cuya ejecución constituye el objeto (de la sociedad, se entiende) y en cuyo objeto (del contrato) y condiciones no pueden introducirse modificaciones respecto de las que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

La cuestión no es baladí. Resulta imprescindible que la disposición no deje lugar a dudas acerca del papel que debe desempeñar la sociedad de economía mixta, que no es otro que la ejecución del contrato concreto (y no cualquier otro posterior) para el que fue seleccionado el socio privado. Y ello porque la sociedad de economía mixta ha de operar como una entidad ad hoc cuyo objeto se circunscriba a un solo contrato, sin que, una vez creada, por muchas garantías que hayan sido tomadas en esta tarea de selección del socio privado, el órgano de contratación pueda adjudicarle otros contratos similares. Lo contrario supondría dar a la sociedad de economía mixta el tratamiento de medio propio en el sentido del artículo 24, número 6, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022

(concepto al que la jurisprudencia del hoy denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea llama operación in house desde la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, en el asunto Teckal, que se ha consolidado en una ulterior jurisprudencia, de la que forma parte la Sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto TRAGSA), en clara vulneración tanto del precepto citado como - sobre todo- de la referida jurisprudencia, en la medida en que ambos requieren para el medio propio u operación in house que la totalidad del capital de la sociedad sea de titularidad pública. Es decir, sólo cuando un poder adjudicador ostenta la totalidad del capital (y se satisfacen otros requisitos adicionales), una sociedad puede recibir encargos de dicho poder adjudicador sin sujeción a los procedimientos basados en la publicidad y concurrencia. Por el contrario, tratándose de una sociedad de economía mixta, deben observarse todas las normas procedimentales en la selección del socio privado, de forma que los licitadores conozcan el contrato determinado para el que se crea la sociedad, que no podrá recibir otros encargos de su socio público. De la misma forma que, tras adjudicarse un contrato, el contratista no se sitúa en una posición ventajosa que le permita ser adjudicatario sin competir a propósito de los siguientes contratos que licite el órgano de contratación, la constitución de una sociedad de economía mixta para la ejecución de un contrato no la coloca en situación de alcanzar directamente otros acuerdos convencionales incluidos en el ámbito objetivo de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 .

Cualquier cambio en la redacción de la disposición transcrita que contribuya a remarcar la idea expuesta favorecerá el buen uso de esta figura, en beneficio del cumplimiento del Derecho comunitario.

Los mismos argumentos conducen a objetar -con carácter esencial- la referencia final a la previsión de un régimen de encomienda eventual (distinto de la modificación contractual) a favor de la sociedad de economía mixta de nuevas tareas en el marco del contrato previamente adjudicado. Una mención tan vaga puede dar entrada a prácticas contrarias a la ya citada jurisprudencia Teckal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en general, a los principios de publicidad y concurrencia en los que se asienta la Directiva 2004/18/CE. Por ello, debe suprimirse dicha referencia al régimen de encomienda, de manera que el contrato adjudicado a la entidad ad hoc únicamente pueda ser modificado de acuerdo con el régimen general (respetándose su objeto y condiciones, conforme al párrafo primero de la disposición transcrita), pero no servir de marco para futuros encargos que debieren articularse mediante una nueva contratación.

Esta observación tiene carácter esencial, en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio EDL 1980/3830 .

Para terminar el examen de esta cuestión, conviene realizar una última reflexión. A juicio del Consejo de Estado, la extensión de las fórmulas institucionales de colaboración resulta excesiva tanto desde una óptica objetiva como desde una perspectiva subjetiva. En el primer ámbito, la posibilidad de crear sociedades de economía mixta para la ejecución de contratos tradicionales de obras, suministros y servicios introduce complejidades innecesarias donde no se requiere aquella figura. En consecuencia, se recomienda limitar la colaboración institucionalizada, además de al contrato de gestión de servicios públicos, donde ya existe, a los contratos de concesión de obras públicas y a los de colaboración entre el sector público y el sector privado. Una limitación tal sería plenamente coherente con la modificación que la disposición final décima novena del Anteproyecto prevé del artículo 114, número 2, b), de la Ley General Presupuestaria EDL 2003/127843 , para autorizar los avales en garantía, entre otras operaciones, de las realizadas "en el marco de un contrato de concesión de obra pública o de colaboración entre el sector público y el sector privado, o por una sociedad de economía mixta creada para ejecutar uno de estos contratos". En el ámbito subjetivo, la falta de precisión al respecto da a entender que cualquier entidad del sector público (comprendida en el artículo 3, número 1, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022) puede acudir a las fórmulas institucionales de colaboración. Por el contrario, sería preferible que esta figura quedara reservada a las Administraciones Públicas o, como mucho, a los poderes adjudicadores.

c) Las actuaciones preparatorias de los contratos de colaboración. En lo tocante a esas actuaciones preparatorias, el artículo 118 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas EDL 2000/83354 regula la evaluación previa, como documento en el que la entidad contratante pone de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, antes de la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados.

La disposición final décima octava del Anteproyecto reforma este precepto con el principal fin de añadir un apartado 4, conforme al cual no sea necesario realizar una nueva evaluación cuando la misma entidad contratante la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo. En relación con esta previsión, la Comisión Nacional de la Competencia, cuya opinión comparte el Consejo de Estado, ha señalado que, cuando la evaluación original se hubiera realizado de forma sucinta por razones de urgencia, como permite el artículo 118, número 2, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , este documento no debe eximir al órgano contratante de la elaboración de una nueva evaluación.

d) La financiación de la colaboración entre el sector público y el sector privado. Contempladas al respecto formas contractuales e institucionalizadas, el régimen se regula en el artículo 37 del Anteproyecto.

Atendiendo a criterios de técnica normativa, además de mejorar la redacción de tal precepto (según el cual "la regulación" de la referida financiación, en vez de la financiación misma, "se regirá" por determinadas normas), resultaría oportuno incorporar estas normas a la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 o a la futura Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas - cuyo proyecto fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 13 de noviembre de 2009-, para evitar el aumento de la dispersión normativa. En un sentido similar, el Consejo Económico y Social echa en falta un mayor esfuerzo de coordinación normativa entre el régimen de financiación contenido en el Anteproyecto y el recién citado proyecto.

3. Los contratos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022

Al margen de los dos principales bloques de materias que aborda en relación con la contratación pública, el Anteproyecto adiciona una nueva letra al artículo 4, número 1, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , incluyendo entre los negocios excluidos del ámbito de esta norma "los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria

para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado". La exclusión de tales negocios (que son conocidos como contratos precomerciales, de acuerdo con la terminología utilizada por la Comisión Europea en una Comunicación de 14 de diciembre de 2007) es conforme con el Derecho comunitario, toda vez que la Directiva 2004/18/CE no se aplica a los mismos, conforme a su artículo 16.f).

Ahora bien, como pone de manifiesto el Gobierno Vasco en las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, el vigente artículo 13, número 2.b), de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 ya contempla los contratos precomerciales, al señalar que no están sujetos a regulación armonizada cualquiera que sea su valor estimado. Por lo tanto, convendría derogar expresamente esta letra, pues, si no están incluidos en el ámbito objetivo de la legislación de contratación pública, tales contratos no pueden estar sujetos a regulación armonizada en ningún caso.

C) La reducción de la morosidad en las operaciones comerciales

El Capítulo III del Título II del Anteproyecto se refiere a la reducción de la morosidad en las operaciones comerciales y, bajo esta rúbrica, introduce fundamentalmente una serie de modificaciones en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre EDL 2004/184475, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (artículo 50 EDL 2007/175022) y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (artículo 51 EDL 2007/175022). Los artículos 52 y 53 EDL 2007/175022 establecen medidas sobre la morosidad de las Administraciones Públicas, bien con carácter de informe sobre el cumplimiento de los plazos previstos para el pago -a emitir por la Intervención General de la Administración del Estado y por los Interventores de las Corporaciones Locales- bien mediante la creación de un Registro de facturas en las Administraciones Locales.

En relación con esta materia, habría que tener en cuenta las relaciones que la proyectada legislación tiene con otras propuestas legislativas, como es una proposición de ley de reforma de esa misma Ley 3/2004 EDL 2004/184475, que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria.

Por lo que se refiere a las estrictas previsiones del Anteproyecto, merece alguna observación particularizada el modo en el que se instrumenta el ámbito, subjetivo y objetivo, de aplicación en la lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, que difiere según lo previsto en la Ley 3/2004 (artículo 50, apartados 1 y 2 EDL 2004/184475, del Anteproyecto) y en la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 51, en sus dos primeros apartados). Igualmente cabe hacer alguna consideración y sugerir posibles mejoras respecto del procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas (nuevo artículo 200 bis de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022, introducido por el artículo 51, apartado 2, del Anteproyecto EDL 2004/184475).

1. El ámbito subjetivo y objetivo en la Ley 3/2004 EDL 2004/184475

El proyectado artículo 2.b) de la Ley 3/2004 EDL 2004/184475 define como "Administración", a los efectos de dicha Ley, a "los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022".

La redacción ha de revisarse porque la remisión que contiene no se corresponde con el alcance de la norma a la que se efectúa tal remisión. En efecto, el citado artículo 3, número 3 EDL 2007/175022, recoge la noción de poderes adjudicadores, tal y como ésta ha sido precisada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La introducción de este amplio concepto en la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 respondió precisamente a la circunstancia de que algunos de tales poderes adjudicadores podían no formar parte del sector público (definido en el artículo 3, número 1, de la misma Ley). En conclusión, parece conveniente la remisión al artículo 3, número 3, de la Ley 30/2007 EDL 2007/175022 -es el ámbito de sujeción más amplio posible-, si bien no debe hacerse referencia a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público.

De otra parte, la intención del Anteproyecto es la de extender la aplicación de la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones mercantiles, no sólo a la Administración, sino al sector público en su conjunto (e incluso más allá, a todos los que se consideren poderes adjudicadores, según la legislación sobre contratación pública, como se ha visto). A ello responde también la nueva redacción de su artículo 3, número 1, que sustituye la mención de "la Administración" por la relativa al "sector público". Debe, en todo caso, mantenerse un criterio congruente: si se amplía la noción de Administración en el artículo 2.b), se ha de estar a este nuevo concepto; en otro caso, debe hacerse referencia al sector público o a la idea de poderes adjudicadores cuando sea necesario.

En fin, en relación con la nueva redacción que se propugna para el artículo 3 de la Ley 3/2004 EDL 2004/184475, debe también hacerse una consideración sobre el ámbito objetivo de tal Ley. Se propuso durante la fase de audiencia pública (por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio) añadir la siguiente cautela: "Esta ley será de aplicación supletoria para los pagos a proveedores en el comercio minorista, a los que resulta de aplicación la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista EDL 1996/13741". Aun cuando el órgano encargado de la elaboración mostró su disposición favorable a incluir esta regla, no se ha incorporado a la versión definitiva del Anteproyecto. Se llama, por ello, la atención sobre la necesidad de ponderar su inclusión (en los términos de dicha ley, que resulten de su reciente modificación por Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista EDL 1996/13741).

2. El ámbito subjetivo de la morosidad en la Ley de Contratos del Sector Público

Frente a lo que sucede en la aplicación de la Ley 3/2004 EDL 2004/184475, la consideración subjetiva de la Administración -como sujeto obligado a pagar el precio en plazo- en la Ley 30/2007 EDL 2007/175022 es mucho más reducida. En efecto, el artículo 200, número 4, de esta última Ley (que el Anteproyecto modifica al objeto de hacer más breves los pagos de plazo, de sesenta a treinta días como regla general) se refiere a la Administración stricto sensu. Es más, el artículo 3, número 2, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 excluye de la noción de Administración Pública a ciertos entes -singularmente, a las entidades públicas empresariales- indudablemente incluidos en ella a otros efectos.

De ahí que, durante la fase de audiencia pública, se haya propuesto ampliar este ámbito subjetivo hasta abarcar a todos los entes que pertenecen al sector público según la Ley 30/2007 EDL 2007/175022 . Incluso, a juicio del Consejo de Estado, se podría emplear el mismo parámetro que en la Ley 3/2004 EDL 2004/184475 , es decir hacer extensivo el ámbito a todos los poderes adjudicadores, en la significación que este concepto tiene para el Derecho comunitario y que ha sido ampliamente recibido en el artículo 3, número 3, de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 .

De aceptarse la extensión del ámbito sugerida, sería igualmente conveniente modificar el nuevo artículo 200 bis que el Anteproyecto prevé introducir en la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 , en los términos que se exponen a continuación.

3. El procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas

El propugnado artículo 200 bis de la Ley de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022 tiene el siguiente tenor:

"Transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4 de esta ley EDL 2007/175022 , los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última.

La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro". La esencia del sistema que se instrumenta radica, pues, en la posibilidad de formular un recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración y solicitar el pago inmediato de la deuda como medida cautelar, que deberá ser adoptada por el órgano judicial "salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última".

La previsión de esta medida merece, en términos generales, una valoración positiva y está en línea con la intención del Anteproyecto de reforzar las garantías de los administrados -en este caso, de los contratistas-, en especial por lo que hace a medidas que puedan suponer una mejora de las condiciones de cobro de sus deudas y de la agilización de los pagos a ellos dirigidos. No se objeta, en tal sentido, el funcionamiento semiautomático con el que está concebida esta prescripción.

Sentado lo anterior, es preciso hacer algunas observaciones sobre el encaje de esta regla en el conjunto del ordenamiento y, más en particular, acerca de su situación en la legislación sobre contratos públicos.

Ante todo, respecto de la sede material en el conjunto del ordenamiento, ha de reiterarse lo que ya se ha observado en línea de principio a propósito de la técnica normativa dirigida a introducir modificaciones legislativas. La contratación pública es uno de los ejemplos paradigmáticos, en el Anteproyecto, de un determinado sector del ordenamiento jurídico que se ve afectado con diferente intensidad en diversos lugares de aquél, según cuál sea el cumplimiento de los objetivos que se pretende. Así, hay nuevas reglas en el articulado de la Ley, en el título relativo al entorno económico (artículos 37 y 38); se establecen modificaciones de la LCSP EDL 2007/175022 en el capítulo dedicado a la reducción de la morosidad en las operaciones comerciales, dentro del Título II sobre competitividad (artículo 51 EDL 2007/175022 , que ahora se comenta); y se prevé, en fin, una amplia reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en la disposición final 18ª. En la materia que ahora se analiza -la reducción de la morosidad en los contratos administrativos- son visibles las consecuencias desaconsejables de este modo de proceder, por la dificultad en coordinar los diferentes ámbitos subjetivos implicados.

Por lo que se refiere a su específica inserción en la Ley de Contratos del Sector Público (como un nuevo artículo 200 bis de dicha ley EDL 2007/175022), llama la atención el carácter de norma eminentemente procesal con que está concebido este precepto. En sustancia, como se ha dicho, consiste en introducir una medida cautelar de nuevo cuño, que podrá ser atendida con alto grado de automatismo por los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Sería conveniente subrayar de algún modo el carácter procesal de esta regla y la trascendencia que podría llegar a tener en el funcionamiento del mencionado orden jurisdiccional. Es una novedad de peso suficiente como para considerar su singularización como tal medida cautelar en un lugar diverso de la Ley de Contratos del Sector Público (en otro caso, el proyectado artículo 200 EDL 2007/175022 bis quedaría como una especialidad del pago del precio, en sede de ejecución de los contratos administrativos). En todo caso, debería procurarse un ajuste lo más preciso posible de la nueva norma con las prescripciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa EDL 1998/44323 .

Lo anterior lleva, por último, a la cuestión antes anunciada sobre el funcionamiento de la regla prevista y la posible extensión del ámbito de las medidas para luchar contra la morosidad de los entes públicos. En la actualidad, las normas que contempla la Ley de Contratos del Sector Público sobre esta cuestión se encuentran en el Capítulo III del Título I de su Libro IV EDL 2007/175022 , dedicado este último a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos (de suerte que su aplicación se ciñe a los celebrados por una Administración Pública, en los términos del artículo 19.1 EDL 2007/175022 de dicha ley y según el concepto de Administración que deriva del artículo 3.2 EDL 2007/175022 de aquélla). Pues bien, si se incluyese -como parece conveniente- a los entes del sector público y aun a los que se reputen poderes adjudicadores, en el concepto de sujeto moroso obligado al pago, es claro que debería plantearse el alcance que ello pueda tener a efectos jurisdiccionales.

Concretamente, a los otros entes del sector público y poderes adjudicadores a los que se extendiese este régimen, les resultaría de aplicación la jurisdicción civil. Y ello, puesto que a los tribunales de este orden compete "resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados" e igualmente "conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada" (artículo 21, número 2, de la Ley 30/2007 EDL 2007/175022). Con independencia de que la extensión preconizada debiera llevar a reformular los

términos literales del proyectado artículo 200 bis (que se refiere únicamente a que "los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda"), debiera ponderarse a su vez si en el orden jurisdiccional civil sería preciso introducir una medida de este tipo o si bastaría, por el contrario, con los remedios procesales actualmente previstos en nuestro ordenamiento, entre los cuales destaca el proceso monitorio como específicamente dirigido al rápido cobro de las deudas.

D) La nueva regulación de los créditos refaccionarios

El Anteproyecto aborda en sus disposiciones finales trigésima segunda a trigésima quinta la modificación de varias leyes (texto refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946 EDL 1946/59 , Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal EDL 2003/29207 , y Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios EDL 1994/15452) con el objetivo de reformar el régimen de los créditos refaccionarios.

El concepto de crédito refaccionario se ha delimitado como aquel que se contrae y emplea en la construcción, conservación o reparación de una cosa -generalmente, un edificio-, de modo que el acreedor refaccionario es el titular del derecho de crédito derivado de la anticipación de dinero (o, de acuerdo con la evolución jurisprudencial, de material o trabajo) con los fines señalados. Ahora bien, también ha sido tradicional exigir a la figura del acreedor refaccionario una colaboración personal en las tareas vinculadas a la cosa refaccionada, más allá de su aportación dineraria. Así, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los créditos de esta naturaleza el acreedor ejecuta la propia obra del edificio o suministra elementos integrados de forma fija en el inmueble. Ello ha conducido a la mayoría de los autores a señalar como una de las notas diferenciadoras entre los créditos hipotecarios concedidos para la realización de obras y los refaccionarios el número de personas entre las que se establecen relaciones jurídicas: mientras que en la refacción tales relaciones, con carácter general, se limitan al acreedor y el deudor refaccionario, la esencia de los préstamos hipotecarios concedidos para la construcción radica en la existencia de una pluralidad de relaciones a la que concurren, al menos, tres personas, el acreedor hipotecario (esto es, quien presta -habitualmente, una entidad financiera-), el deudor hipotecario y aquel a quien se entrega en definitiva el dinero, es decir, el encargado de ejecutar las obras correspondientes en el inmueble. La distinción entre ambas figuras no es baladí, teniendo en cuenta que, si bien tienen la misma eficacia registral (al reconocer el artículo 59 II de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 que la anotación del crédito refaccionario surte "todos los efectos de la hipoteca"), el acreedor refaccionario puede exigir anotación sobre la finca refaccionada "presentando el contrato por escrito que en cualquier forma legal haya celebrado con el deudor" (actual artículo 59 I de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59), en tanto que la hipoteca debe constar en documento público (artículo 1280.1º del Código Civil EDL 1889/1).

El Anteproyecto recurre a la figura de los créditos refaccionarios para incardinar a través de ellos las ayudas que las Administraciones Públicas pueden conceder para obras de rehabilitación y reforma de edificios. La regulación proyectada no se ajusta a la concepción tradicional de la figura referida, en la medida en que parte del hecho de que el acreedor refaccionario puede ser, no solo una Administración Pública que otorga una ayuda sujeta a devolución (como ya prevé el artículo 155 del Reglamento Hipotecario EDL 1946/59), sino también una entidad de crédito autorizada que concede un préstamo destinado a realizar obras en la cosa refaccionada, pero que, en ningún caso, va a tener una participación activa en las mismas, más allá de financiarlas. Por consiguiente, en tales casos y frente a la comentada estructura bilateral del tradicional crédito refaccionario, la relación se consolidará como triangular al coexistir quien presta el dinero, quien materialmente asume las obras y el dueño de la cosa refaccionada.

La reforma examinada ha sido objeto de una severa crítica por parte del Consejo General del Notariado, en cuya opinión, alterándose la naturaleza de la refacción, se produce el resultado de extender la inscripción en el Registro de la Propiedad de un documento privado con los mismos efectos que una hipoteca pero sin sus garantías. En particular, ha puesto el énfasis en los riesgos que puede suponer para consumidores y usuarios el crédito refaccionario cuando intervenga una entidad financiera sin las garantías que, por su función de fedatario y de asesoramiento jurídico, corresponden al Notario.

La valoración global por el Consejo de Estado de los cambios previstos en esta materia se ve lastrada por la falta de datos en el expediente acerca de la motivación de tales cambios y su concordancia con los fines generales perseguidos por el texto consultado. En efecto, la memoria del análisis de impacto normativo no alude a los objetivos que la reforma del crédito refaccionario pretende alcanzar ni señala sus consecuencias económicas. La ausencia de explicaciones resulta más llamativa ante el extenso y argumentado informe del Consejo General del Notariado, frente al que el Ministerio de Economía y Hacienda se ha limitado a constatar que sus observaciones no han sido aceptadas, sin precisión adicional alguna.

El Consejo de Estado considera que la modificación de la figura del crédito refaccionario suscita serios reparos, máxime ante la aludida falta de información en el expediente acerca de los objetivos perseguidos con la misma. La financiación de las actividades que, según se desprende de la lectura del Anteproyecto, se pretende favorecer, esto es, las de reparación, mejora o rehabilitación de edificios, viviendas o locales comerciales, ya cuenta con un instrumento idóneo, conocido y consolidado de garantía, como es la hipoteca. Si se quiere convertir el crédito refaccionario en una alternativa al hipotecario viable económicamente y segura jurídicamente, lo que conllevaría configurar a ese crédito en unos términos distintos de los que ha tenido hasta ahora (al dar entrada a un acreedor que no ejecuta la obra ni suministra elementos integrados de forma fija en el inmueble), debe hacerse sin merma de los mecanismos de protección a favor del deudor y, en general, de los consumidores y usuarios. Conseguir niveles equivalentes de protección resulta complejo cuando una de las notas distintivas de la regulación de la Ley Hipotecaria del crédito refaccionario es su acceso al Registro de la Propiedad mediante documento privado, lo que hace innecesaria en la constitución de dicho crédito la presencia de un fedatario público que ejerza una función de asesoramiento ante dos partes que pueden estar situadas en planos desiguales, como sucede entre la entidad financiera y el cliente. Ante estas objeciones, el Consejo de Estado sugiere un replanteamiento en profundidad de la nueva regulación sobre créditos refaccionarios, valorando la posibilidad de suprimirla en bloque.

Avanzada esa opinión general, se realizan, a continuación, una serie de observaciones a las disposiciones finales del Anteproyecto, ordenándolas en función de su importancia.

1. La documentación necesaria para la ejecución de las cantidades garantizadas por anotación preventiva de crédito refaccionario

Como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, esta cuestión se aborda simultáneamente en el Anteproyecto mediante la introducción de un apartado 2 en el artículo 59 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 y de un apartado 4 en el artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463, previsiones entre las que existe una contradicción, ya que, mientras la primera establece que la anotación preventiva (en el caso de que el crédito refaccionario tenga su origen en ayudas públicas, préstamos o créditos concedidos para la reparación, mejora o rehabilitación de edificios, viviendas o locales comerciales) sirve de título acreditativo de la ayuda pública, crédito o préstamo a los efectos del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes anotados, la segunda señala que la demanda de tal ejecución en los casos indicados ha de acompañarse, no sólo de la certificación registral acreditativa de la anotación del crédito refaccionario y su subsistencia, sino también del documento de concesión de la ayuda pública, préstamo o crédito. En otras palabras, el texto proyectado de la Ley Hipotecaria se basa en que la anotación ya prueba la existencia del crédito refaccionario a los efectos de su ejecución directa, mientras que la redacción prevista de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 parte de que, además de justificarse la anotación por vía de certificación registral, resulta necesario el documento mismo del crédito, mediante el que éste tuvo acceso al Registro de la Propiedad.

Debe resolverse esta antinomia y ha de hacerse con prevalencia de la regla contenida en la norma procesal. Primero, porque el tenor del inciso final del artículo 682, número 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 se corresponde con la regla prevista en el artículo 685, número 2 EDL 2000/77463, de la misma Ley, que exige acompañar a la demanda de ejecución directa sobre bienes el título de crédito revestido de todos los requisitos. Segundo, porque la regla contraria permitiría, por primera vez en el ordenamiento español, llevar a ejecución a un deudor sin necesidad de aportar el documento firmado por él o una copia auténtica del mismo, en claro detrimento de su derecho de defensa. En definitiva, con el referido fin, puede, o bien suprimirse la nueva redacción proyectada para el artículo 59, número 2, de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59, o bien revisar tal enunciado, dejando claro que la anotación de crédito refaccionario que cumpla determinados requisitos (a saber, hacer constar los requisitos de tasación de la finca y el domicilio del deudor) permite iniciar el procedimiento de ejecución directa, siempre que se adjunte el título de crédito a la certificación correspondiente.

2. El pacto de liquidación de la deuda por el acreedor refaccionario

El Anteproyecto contempla insertar un nuevo apartado 3 en el artículo 59 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 con el fin de permitir, en el caso de ayudas públicas o de préstamos concedidos por entidades de crédito para la reparación, mejora o rehabilitación de inmuebles, el pacto en el título de que la cantidad exigible por vía de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor de la forma fijada en el propio título.

La admisibilidad de un pacto similar tiene antecedentes en nuestro Derecho. Así se prevé, además de en la Ley Hipotecaria para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes y las hipotecas de máximo, en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 con carácter general, permitiendo este precepto despachar la ejecución dineraria "por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo".

Como se ha expuesto, muchas de las dificultades que plantea la extensión del régimen de los créditos hipotecarios a los refaccionarios están relacionadas con el hecho de que estos últimos puedan formalizarse en un documento privado capaz de acceder mediante anotación preventiva al Registro de la Propiedad. Como muestra de ello, el pacto de liquidación de la deuda por el acreedor refaccionario resulta excesivo (sobre todo a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del principio de igualdad de armas) en la medida en que puede contenerse en un título privado, lo que aconseja la eliminación del proyectado artículo 59.3 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59.

3. La equiparación entre los préstamos hipotecarios y los refaccionarios

Esa modificación afecta a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios EDL 1994/15452, y ciñe la equiparación a los aspectos de la subrogación y modificación.

La posibilidad de subrogación respecto de los créditos refaccionarios supone una novedad destacable, más considerando que se trata de créditos garantizados mediante anotación preventiva, la cual no transcribe íntegramente el documento de concesión de la suma garantizada.

A las genéricas objeciones formuladas por el Consejo General del Notariado frente a la figura estudiada en atención al hecho de que, conforme a la nueva redacción propugnada para el artículo 59 I de la Ley Hipotecaria (desarrollada en este punto por el artículo 155 del Reglamento Hipotecario EDL 1946/59, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947), el crédito refaccionario puede inscribirse en el Registro de la Propiedad por medio de un documento privado, se suman aquí varias dificultades prácticas derivadas de la misma circunstancia. En particular, al conservar el acreedor primitivo el documento privado que permite el acceso del crédito refaccionario al Registro, el deudor no va a poder aportar un documento auténtico para justificar dicho crédito al acreedor que pretende subrogarse, quien, por consiguiente, de convertirse en el nuevo acreedor, no dispondrá del título ejecutivo para instar el procedimiento del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en caso de impago. Como se ha dicho, ello no puede solventarse eliminando la exigencia de aportar el título de crédito al referido procedimiento, ante el perjuicio injustificado que supondría para el derecho de defensa del deudor. Pero, al mismo tiempo, parece poco probable que las entidades financieras se interesen en la subrogación si no van a contar con la garantía que la ejecución directa representa, lo que merma las posibilidades de consumidores y usuarios de cambiar de acreedor refaccionario, en perjuicio de la competencia.

Por otra parte, al estar encaminada la modificación de referencia a ampliar el ámbito de la Ley 2/1994 EDL 1994/15452, deberá extenderse a los créditos refaccionarios todo lo en ella establecido en garantía de las tres partes implicadas, incluyendo la necesidad de notificar notarialmente la subrogación pretendida al primitivo acreedor para que pueda enervarla y formalizar la subrogación en documento público, lo que no concuerda con su eventual constitución mediante documento privado.

Como corolario de lo expuesto, estima el Consejo de Estado que sería más lógico prever únicamente la subrogación de los créditos refaccionarios que consten en documento público. Con la redacción contenida en el Anteproyecto, el deudor de un crédito refaccionario adquirido para rehabilitar y reparar bienes inmuebles reduciría drásticamente sus posibilidades de confiar en cambiar de acreedor en un momento posterior, circunstancia que se solventaría con la precisión sugerida. De esta forma, la Ley contemplaría tan sólo las subrogaciones que tienen visos de prosperar en el tráfico jurídico, lo que, a su vez, informaría adecuadamente al consumidor y serviría de incentivo para que los créditos refaccionarios se documentaran de forma auténtica. Además, de acogerse la sugerencia planteada, la extensión a los créditos refaccionarios del régimen de la Ley 2/1994 EDL 1994/15452 no violentaría el espíritu de ésta.

4. Observaciones concretas

Además de los temas más generales ya destacados, la redacción del Anteproyecto suscita algunas observaciones más concretas.

a) La redacción del apartado uno de la disposición final trigésima segunda del Anteproyecto. Debería indicar que se añaden al actual artículo 59 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 dos nuevos "apartados" (en lugar de "párrafos"), pasando la redacción actual a constituir el apartado 1.

b) El apartado número 3 del artículo 59 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59. Ese apartado menciona las "ayudas públicas susceptibles de devolución". Esta expresión resulta imprecisa y contraproducente. Imprecisa porque quiere referirse, en realidad, a ayudas "sujetas" a devolución, y contraproducente dado que las previsiones restantes relacionadas con el crédito refaccionario no incluyen precisión alguna respecto del tipo de ayuda pública. Por lo tanto, sería preferible que el artículo 59.3 EDL 1946/59 dijera simplemente "ayudas públicas".

c) La propuesta nueva redacción del segundo párrafo que se pretende introducir en el artículo 60 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59. Esa novedad impone la constancia del importe o el importe máximo de los créditos refaccionarios concedidos para la reparación, mejora o rehabilitación de inmuebles, incluyéndose -en su caso- las obligaciones accesorias, a condición de que se especifique "debidamente el importe que corresponda a cada una de ellas". La flexibilidad que se predica en relación con la cuantía garantizada por la anotación preventiva del crédito refaccionario -al permitir que conste su importe máximo- contrasta con el hecho de que, respecto de las obligaciones accesorias, se exija la determinación de la cantidad concreta. Este contraste llama más la atención si se toma en consideración el hecho de que la cuantificación de algunas obligaciones accesorias, como las costas del eventual procedimiento de ejecución, no pueden calcularse a priori. Por ello, convendría que se modificara la redacción del precepto indicado, requiriendo para la cobertura de las obligaciones accesorias por la garantía que se especifique su "importe máximo".

d) El apartado cuarto de la disposición final trigésima segunda. Este añade, no "un nuevo párrafo", sino varios, al artículo 92 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59.

En el primero de ellos, se fija el plazo de caducidad de la anotación preventiva de los créditos refaccionarios a los que se refiere en cuatro años, el cual debe computarse "de la fecha de vencimiento del préstamo o crédito fijada en el contrato o de la de devolución, en su caso, de la ayuda pública establecida en el documento de concesión". En realidad, el plazo de caducidad de la anotación debe contarse desde la fecha en que la devolución es exigible, no desde la fecha en que se produce, toda vez que tal devolución da lugar a la cancelación por pago.

En el párrafo siguiente se advierte una errata ("plazo menor caducidad" en vez de "plazo menor de caducidad"). Además, este párrafo prescribe que, "extinguida la anotación por caducidad, el registrador procederá a su cancelación, de oficio o a instancia de parte, con motivo de la expedición de una certificación de cargas o de dominio y cargas recayentes sobre al (sic) finca objeto de refacción". Tal y como está redactada, la previsión transcrita supone una limitación de la facultad general del Registrador de cancelar la anotación caducada "cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado" (artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario EDL 1946/59). En atención a la doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado que niega todo valor a la anotación preventiva una vez caducada, no está justificado circunscribir la cancelación por caducidad de la anotación de los créditos refaccionarios a los supuestos en que el Registrador expida una certificación de cargas o de dominio sobre la finca refaccionada. En consecuencia, se sugiere afirmar que, extinguida la anotación por caducidad, el Registrador procederá a su cancelación, de acuerdo con las reglas generales en la materia.

e) La disposición final trigésima cuarta. Ese precepto dice modificar el artículo 57 de la Ley Concursal, "en la redacción dada al mismo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre EDL 2007/211656", para añadir un nuevo "párrafo" cuarto (en realidad, apartado), de modo que el actual último "párrafo" pase a ser el quinto. Lo cierto es que la Ley 41/2007 EDL 2007/211656 no modificó la Ley Concursal y que el artículo 57 de ésta sólo tiene tres apartados, por lo que no se produce el desplazamiento de ninguno de ellos.

f) La disposición final trigésima quinta. Ese precepto cita mal la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios EDL 1994/15452.

Séptima. Un tercer grupo de previsiones y modificaciones del Anteproyecto se refiere a las condiciones de competitividad de la economía española y de sus agentes, materia en la que se contienen novedades referidas a la internacionalización, ciencia e innovación y formación profesional.

A) La internacionalización de las empresas (Capítulo VII del Título II)

Considerándola parte prioritaria de la competitividad de la economía española, este Capítulo del Anteproyecto establece ciertas normas y prevé la adopción de medidas en orden a impulsar la internacionalización de las empresas españolas y, en particular, de las pequeñas y medianas empresas (artículo 74, número 1, del Anteproyecto).

Esta vertiente relativa a la política comercial española explica que el Capítulo se funde en la competencia exclusiva del Estado sobre comercio exterior, prevista en el artículo 149.1.10ª de la Constitución [disposición final trigésima octava, apartado 2.d)].

Destaca la memoria del análisis de impacto normativo que "la internacionalización de la empresa española y la atracción de inversión constituyen elementos claves de un modelo económico sostenible". Lo anterior se traduce en el establecimiento de nuevas líneas directrices para esta política: "Se regulan mecanismos de evaluación y control de las políticas de apoyo financiero y se amplían los instrumentos de apoyo a la internacionalización, flexibilizando la concesión de garantías por la Compañía Española de Seguro de Crédito a la Exportación y estableciendo la obligación de impulsar los convenios internacionales para evitar la doble imposición".

Desde una perspectiva de tratamiento y enfoque jurídicos, se entremezclan en este Capítulo normas de muy diversa contextura: establecimiento de directrices de la política comercial exterior (artículos 74 y 75); impulso a la red de convenios para evitar la doble imposición (artículo 79); previsión de instrumentos de apoyo financiero oficial a la internacionalización y su evaluación (artículos 76 y 77) y modificación de la Ley 10/1970, de 4 de julio, por la que se modifica el régimen del seguro de crédito a la exportación (artículo 78).

Estas dos últimas, de carácter más inmediatamente vinculante, suscitan alguna consideración. Por lo que hace a los instrumentos de apoyo financiero oficial, es de tener en cuenta la necesaria coordinación de esta materia con el proyecto de Ley de Reforma del Sistema de Apoyo Financiero a la Internacionalización de la empresa española, actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados y que prevé la creación del Fondo para la Internacionalización de la Empresa, al que alude el artículo 76, número 1.d), del Anteproyecto.

En consecuencia, resulta preciso que las eventuales enmiendas y restantes novedades que puedan introducirse en el curso de la tramitación parlamentaria de ese proyecto de Ley sean estrechamente seguidas y tenidas en cuenta a la hora de perfilar los términos definitivos de las previsiones que figurarán en el texto final del Anteproyecto.

Por último, la reforma de la Ley 10/1970 permite la instrumentación de las coberturas otorgadas en nombre y por cuenta del Estado a través de "garantías o seguro de crédito o de caución", siempre que sean admisibles o estén previstas "en las licitaciones públicas o en los contratos base de la exportación". Se admite incluso, de forma excepcional, la prestación de garantías no soberanas "en las operaciones de financiación directa en las que el propio Estado español asume la totalidad del riesgo de contrapartida". Para este supuesto, debieran extremarse las cautelas, límites y condicionantes en el texto del Anteproyecto, que se remite simplemente a lo que pueda disponer el Gobierno mediante Real Decreto en la instrumentación de dichos esquemas.

B) Ciencia e innovación

El Anteproyecto aborda esta cuestión dentro de las previsiones que dedica a la competitividad de la economía española (Título II y, en concreto, Capítulo VI, artículos 61 a 73), en la medida en que trata de impulsar actuaciones que, desde el ámbito de la ciencia y la innovación, favorezcan la competitividad. Se presta especial atención a la transferencia al sector productivo de los resultados obtenidos en la actividad investigadora, tanto desde los organismos públicos como desde las universidades. Al mismo tiempo, con el fin de favorecer dicha actividad, se pretende la promoción de los derechos de propiedad industrial, agilizando los procedimientos tramitados para su concesión y reduciendo los costes; algunos de los cambios al respecto se articulan en la parte final del Anteproyecto (disposiciones finales vigésima tercera a vigésima quinta). La regulación de esta materia se completa con la modificación de la fiscalidad de las actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica, mejorando las deducciones mediante la reforma del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo EDL 2004/3271 .

Por formar parte de las protecciones especiales que se dedican a las creaciones humanas, se examina también en este apartado la disposición final primera, dirigida a la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información.

1. El tratamiento jurídico general de la ciencia e innovación

La primera cuestión a destacar, en lo que se refiere a ese tratamiento jurídico, es que renuncia a incorporar a las normas vigentes las novedades que el texto consultado dedica a la ciencia y la innovación. En efecto, y al contrario de lo que sucede con las previsiones que el Anteproyecto contiene en otros ámbitos, que se trasladan a su parte final con modificación de las correspondientes leyes, los preceptos que se dedican a la materia analizada prescinden de efectuar esa traslación.

La situación descrita es susceptible de generar problemas aplicativos en un campo tan especialmente relevante desde el punto de vista de la ciencia e innovación, como es el universitario, toda vez que es llamativo que el Anteproyecto no incardine las medidas relativas a ese ámbito en la vigente Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades EDL 2001/48331 , donde tendrían un encaje natural.

Las dificultades anudadas a esta forma de proceder, caracterizada por la regulación de una materia "por acumulación", han sido expuestas como observaciones de carácter general. Lo mismo ha sucedido con los problemas derivados de las "incrustaciones" en leyes ordinarias de normas que pertenecen a la reserva constitucional de materias a la Ley Orgánica, debiendo señalarse ahora que, en cuanto puedan afectar los artículos 68 a 72 EDL 2001/48331 del texto examinado a la legislación de universidades, han de trasladarse al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria.

En un orden cercano de consideraciones, los informes incorporados al expediente han puesto de relieve la ausencia de medidas encaminadas a coordinar el régimen contenido en el texto consultado y la futura Ley de la Ciencia y la Tecnología, también en fase de anteproyecto, de la que proceden algunas de las previsiones insertadas en el Anteproyecto.

2. La modificación de la cuantía de las tasas en materia de propiedad industrial

Se ocupa de tal materia el artículo 66 EDL 2001/48331 de la legislación en preparación, que reza como sigue:

"1. La modificación de las cuantías de las tasas en materia de propiedad industrial podrá efectuarse mediante Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. En la modificación de las cuantías se tendrán en cuenta la reducción progresiva de costes debido a la utilización de medios telemáticos de presentación de solicitudes y a los consiguientes incrementos de la productividad y la eficiencia en sus procedimientos de tramitación. Asimismo, en la determinación de las cuantías se tendrán en cuenta las políticas de apoyo a la innovación empresarial, especialmente, de las pequeñas y medianas empresas. En todo caso, sus cuantías deberán experimentar una reducción total del 18 por ciento en el periodo 2010-2012 respecto a las tasas vigentes a 31 de diciembre de 2009.

2. El número e identidad de los elementos y criterios de cuantificación en base a los cuales se determinan las cuotas y tipos exigibles sólo podrán modificarse mediante ley.

3. A los efectos de lo previsto en los apartados anteriores, se considera elemento de cuantificación de las tasas percibidas por la Oficina Española de Patentes y Marcas el coste de los servicios que presta, determinado conforme a lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril de Tasas y Precios Públicos EDL 1989/12832 , y a los acuerdos adoptados en el seno de los organismos internacionales de los que España forma parte".

A la vista del tenor de este precepto, se plantea la cuestión de si la habilitación al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para modificar las cuantías de las tasas en esta materia respeta la reserva de ley que establece la Constitución en el artículo 133, número 1, para el estricto ámbito de los tributos y en el artículo 31, número 3 EDL 1989/12832 , para las prestaciones patrimoniales de carácter público.

El análisis de dicha cuestión tiene que ir precedido de una referencia sumaria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la reserva de ley tributaria. Conforme a constante doctrina de ese Tribunal, tal reserva exige que la creación ex novo de un tributo y la determinación de los elementos esenciales del mismo se lleve a cabo mediante ley, si bien se trata de una reserva relativa, ya que resulta admisible la colaboración del reglamento, en la medida que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, y siempre que la colaboración se produzca en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (Sentencia 150/2003, de 15 de junio). Interesa resaltar que el alcance de la colaboración del reglamento está "en función de la diversa naturaleza de las figuras jurídico- tributarias y de los distintos elementos de las mismas" (Sentencia 185/1995, de 5 de diciembre), habiendo reconocido el Tribunal Constitucional la especial flexibilidad de la reserva de ley tributaria cuando se trata de las tasas, al tratarse de contraprestaciones fruto de la prestación de un servicio o actividad administrativa en las que "se evidencia, de modo directo e inmediato, un carácter sinalagmático que no se aprecia en otras figuras impositivas" (Sentencia 132/2001, de 8 de junio).

A partir de estas ideas, el Tribunal Constitucional ha sostenido (entre otras, en su Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre) que el hecho de que la ley permita que normas reglamentarias fijen la cuantía de la prestación patrimonial de carácter público no vulnera por sí mismo el principio de reserva de ley. Es decir, aunque la cuantía "constituye un elemento esencial de toda prestación patrimonial con lo que su fijación y modificación debe ser regulada por ley", ello no significa, sin embargo, "que siempre y en todo caso la ley deba precisar de forma directa e inmediata todos los elementos determinantes de la cuantía; la reserva establecida en el art. 31.3 CE no excluye la posibilidad de que la ley pueda contener remisiones a normas infraordenadas, siempre que tales remisiones no provoquen, por su indeterminación, una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador" (Sentencia 19/1987, de 17 de febrero). Precizando algo más este criterio, la Sentencia 63/2003, de 27 de marzo, afirma que "la determinación en la ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de ley".

En definitiva, como sostiene la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2005, de 20 de abril, a la hora de enjuiciar la remisión del legislador a la norma infralegal en materia de tasas, se hace necesario comprobar si aquél establece los criterios idóneos para circunscribir la decisión de los órganos que han de fijar el quantum de dichas tasas, "desterrando una actuación libre, no sometida a límites".

Para realizar este juicio en relación con el artículo 66 del Anteproyecto, cabe hacer algún comentario acerca de las tasas afectadas. Del tenor de este precepto se colige que está concebido para deslegalizar la cuantificación de las tasas de la propiedad industrial, las cuales son, básicamente, las contenidas en los anexos de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes EDL 1986/9781 , Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas EDL 2001/44999 y Ley 20/2003, de 7 de junio, de protección jurídica del diseño industrial EDL 2003/28110 . Si, conforme al artículo 19, número 4, de la Ley de Tasas y Precios Públicos EDL 1989/12832 , la cuota tributaria puede "consistir en una cantidad fija señalada al efecto, determinarse en función de un tipo de gravamen aplicable sobre elementos cuantitativos que sirvan de base imponible o establecerse conjuntamente por ambos procedimientos", los tres anexos citados optan por el primer sistema, de modo que diferencian distintas actuaciones administrativas sujetas a tasa (como la solicitud del registro, la renovación o el mantenimiento y transmisión de derechos de propiedad industrial), señalando una cantidad fija para cada una de ellas. Además, en coherencia con el artículo 19, número 5, de la Ley de Tasas y Precios Públicos EDL 1989/12832 , conforme al cual las Leyes de Presupuestos Generales del Estado pueden modificar la cuantía de las tasas, el importe vigente de las tasas de patentes, marcas y diseño industrial fue fijado, con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 EDL 2009/282653 .

En este contexto, el artículo 66 del Anteproyecto admite la modificación de las tasas en materia de propiedad industrial mediante Orden del Ministro de Industria, Turismo y Comercio. Como salvaguarda de esta deslegalización, el apartado 2 del precepto analizado exige una ley para alterar "el número e identidad de los elementos y criterios de cuantificación en base a los cuales se determinan las cuotas y tipos exigibles". Esta última referencia induce a confusión, ya que, como se acaba de ver, las cuantías de las tasas de propiedad industrial no son fijadas a partir de la aplicación de tipos de gravamen y el consiguiente cálculo de cuotas, sino que consisten en cantidades determinadas. Ahora bien, tal salvaguarda, que reserva a la ley los elementos y criterios de cuantificación, no hace sino recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de forma abstracta, cuando, conforme a la misma, lo que se requiere es que el

legislador especifique de manera concreta cuáles son esos elementos y criterios al tiempo que habilita al poder reglamentario para fijar el importe de las tasas. Por tanto, sólo cuando esto se cumpla resulta admisible la colaboración del reglamento.

Dicho lo anterior, debe analizarse si los criterios de cuantificación consagrados en los apartados 1 y 3 del artículo 66 del Anteproyecto acotan suficientemente la decisión que se pretende diferir a la orden ministerial. Tales criterios son:

- El coste de los servicios prestados por la Oficina Española de Patentes y Marcas.
- La reducción progresiva de costes debido a la utilización de medios telemáticos de presentación de solicitudes y a los consiguientes incrementos de la productividad y la eficiencia en los procedimientos de tramitación.
- Las políticas de apoyo a la innovación empresarial, especialmente, de las pequeñas y medianas empresas.
- La minoración total del 18% en el período 2010-2012 respecto a las tasas vigentes a fecha 31 de diciembre de 2009.

Obsérvese que la parte final del Anteproyecto se aleja del tenor del artículo 66 en un doble sentido. Por una parte, a pesar de la habilitación a favor del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, las disposiciones finales vigésima tercera a vigésima quinta acometen una modificación de las cuantías de determinadas tasas de patentes, marcas y diseño industrial por vía legal. Por otra parte, con alguna excepción, dicha modificación tiene por objeto elevar el importe exigible de tales tributos.

En el análisis de los criterios indicados, hay que subrayar, en primer lugar, que la genérica alusión al coste de los servicios no constituye, en puridad, un criterio capaz de restringir la discrecionalidad de la Orden Ministerial, sino un criterio general en el que deben inspirarse todas las tasas, conforme al artículo 19, número 2, de la Ley de Tasas y Precios Públicos EDL 1989/12832 y al principio de equivalencia que enuncia el artículo 7 de la misma norma. De sostenerse lo contrario, la mera invocación de estos preceptos bastaría para permitir fijar la cuantía de cualquier tasa por reglamento, lo que vaciaría de contenido la reserva de ley tributaria. En segundo lugar, dada su vaguedad, tampoco las referencias a la reducción de costes por la utilización de medios telemáticos y a las políticas de apoyo a la innovación empresarial constituyen límites precisos a la actuación del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, salvo que se entienda, con base en ellos, que las cuantías de las tasas fijadas por ley sólo pueden bajarse por vía reglamentaria, ya sea como consecuencia de los beneficios derivados de la utilización de medios electrónicos, ya sea para favorecer la innovación empresarial. No parece que el Anteproyecto tenga por finalidad una habilitación de alcance tan reducido. Y, en tercer lugar, la exigencia de una reducción total del 18% para los próximos tres años es la única que acota el margen de discrecionalidad de la Orden Ministerial, aunque también de forma insuficiente, ya que lo hace de modo temporal (en la medida en que no fija criterio alguno a partir del año 2013) y genérico (pues, al aludir una minoración global, podría llegarse al resultado prescrito, por ejemplo, elevándose el importe de las tasas de patentes y contrayéndose más la cuantía de las tasas de marcas).

De lo expuesto se colige que los apartados 1 y 3 del artículo 66 del Anteproyecto no dan satisfacción a las exigencias derivadas de la reserva tributaria de ley (tal y como han sido interpretadas por el Tribunal Constitucional y recogidas en el apartado 2 de ese mismo artículo 66).

En suma, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no puede decirse que el Anteproyecto contenga los criterios idóneos para circunscribir la decisión del Ministro de Industria, Turismo y Comercio acerca de la cuantía de las tasas en materia de propiedad industrial, toda vez que traza un ámbito de cuantificación que deja un margen excesivamente amplio de libertad al mencionado órgano del poder ejecutivo. En otras palabras, el artículo 66 del texto remitido implica una habilitación tan indeterminada que desborda los límites que, para la colaboración reglamentaria, derivan de las exigencias de la reserva de ley establecida en los artículos 31, número 3, y 133, número 1, de la Constitución, por lo que no puede mantenerse en los términos propuestos.

Esta observación tiene carácter esencial, en el concreto sentido previsto por el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio EDL 1980/3830 .

3. Las modificaciones de diversos textos legales

Con la finalidad de proteger la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información, la disposición final primera del Anteproyecto introduce diversas modificaciones en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual EDL 2002/24122 , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa EDL 1998/44323 .

En concreto, para tal salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, la referida disposición final:

- Justifica restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información (junto con, por ejemplo, la protección de la juventud y de la infancia o el respeto a la dignidad de la persona), modificando para ello el artículo 8, número 1, de la Ley 34/2002 EDL 2002/24122 . A partir de esta previsión, se establece en la Ley de Propiedad Intelectual un nuevo procedimiento, cuya instrucción y resolución se atribuye a la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano colegiado de ámbito nacional existente en el seno del Ministerio de Cultura al que se añade -con dicha finalidad- una Sección Segunda, asumiendo la Sección Primera las funciones de mediación y arbitraje que la citada tiene hasta ahora encomendadas. Esta función se traduce en la posibilidad de que la Sección Segunda ordene la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual, si bien la ejecución material de las resoluciones adoptadas por dicha Sección precisan autorización judicial, en cuanto puedan afectar a los derechos y libertades garantizados por el artículo 20 de la Constitución.

- Instrumenta las restricciones anteriormente expuestas mediante la reforma de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a lo que se une el Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria, que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial EDL 1985/8754 , asignando a los Juzgados Centrales de lo Contencioso- Administrativo la competencia para autorizar o denegar, mediante auto, la ejecución de las citadas resoluciones.

A esta regulación está dedicada gran parte del informe del Consejo General del Poder Judicial, que analiza de forma sistemática y detenida cada una de las reformas legales previstas en la disposición final primera del Anteproyecto. Se exponen, a continuación, las observaciones contenidas en dicho informe que el Consejo de Estado estima pertinentes y que han sido rechazadas por el Ministerio de Economía y Hacienda, aunque sin explicación de los motivos en que se basa su rechazo o con argumentos excesivamente escuetos:

* Conforme a la redacción proyectada del artículo 158, número 4, de la Ley de Propiedad Intelectual EDL 2002/24122, las medidas de interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o de retirada de los contenidos vulneradores de la propiedad intelectual pueden ser adoptadas contra "un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto", o contra "quien pretenda causar un daño patrimonial". Como indica el Consejo General del Poder Judicial, esta última expresión obliga a la averiguación de las intenciones del sujeto en cuestión, con la dificultad que ello conlleva, por lo que procede cambiar dicha expresión, con el fin de acotar de forma más clara los supuestos, que han de ser una gravedad manifiesta, en los que podrán acordarse las medidas que regula este precepto.

* Según el mismo artículo 158, número 4 EDL 2002/24122, la ejecución de los actos dirigidos a la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de los contenidos que atentan contra la propiedad intelectual requiere una previa autorización judicial, en cuanto tales actos "puedan afectar a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución". En atención a esta redacción, cabe la duda de si corresponde a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual una ponderación de las circunstancias concurrentes para decidir si es o no necesaria la autorización judicial, en función de si las medidas adoptadas pueden o no afectar los derechos del artículo 20 de la Constitución. Dicha duda se disipa en el artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa EDL 1998/44323, que requiere en todo caso la autorización judicial. Convendría, por ello, sustituir la previsión transcrita por otra más clara.

* El párrafo final del comentado artículo 158, número 4 EDL 2002/24122, remite al desarrollo reglamentario la determinación del procedimiento para el ejercicio de las funciones atribuidas a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. A este respecto, el Consejo General del Poder Judicial ha apuntado, en observación que este Consejo comparte, la conveniencia de incorporar al texto legal modificado las directrices básicas de ese procedimiento. Como consecuencia de ello, la versión del Anteproyecto sometida a dictamen de este Consejo precisa que el oportuno expediente ha de iniciarse siempre a instancia del titular del derecho de propiedad intelectual que se considera vulnerado y estar basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992. Esta precisión supone una mejora del proyectado artículo 158, número 4, de la Ley de Propiedad Intelectual EDL 2002/24122, en cuanto delimita la forma de incoación del expediente, pero resulta insuficiente para dar satisfacción a la observación del Consejo General del Poder Judicial. Procedería, en consecuencia, concretar en mayor grado los aspectos procedimentales de la intervención de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, más allá de la mera remisión a los principios de la Ley 30/1992.

* En la regulación del procedimiento ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, contenida en el nuevo artículo 122 bis citado, han de ser convocados, además del representante legal de la Administración y el Ministerio Fiscal, los titulares de los derechos y libertades afectados o la persona que éstos designen como representante. Sería preferible que el referido precepto se refiriese a los interesados en el procedimiento administrativo previo seguido ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Para terminar, como reflexión al hilo de la propuesta examinada, no se le ocultan al Consejo de Estado las dificultades derivadas de la relación entre Internet y los derechos de autor, que aconsejan un tratamiento lo más global posible. En esta línea, medidas encaminadas al fomento de las descargas lícitas de contenidos protegidos, a la transparencia de las entidades de gestión de los derechos de autor o a la exigencia de compensaciones equitativas por copias privadas no basadas en la presunción de que un soporte grabable se adquiere para copiar material registrado contribuirían a crear un marco más favorable a la tarea de preservación de la propiedad intelectual que se persigue.

C) Formación profesional

El Anteproyecto aborda la materia de la formación profesional dentro de su Título II "Competitividad" y, en concreto, en su Capítulo VIII (artículos 80 a 96), partiendo de entender, conforme se explica en la memoria del análisis de impacto normativo, que dicha formación "es la enseñanza que puede contribuir de forma más eficaz a la implantación y desarrollo de un modelo de economía más sostenible", ya que comprende el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado en un campo profesional. Con el objetivo último -declarado en la memoria- de "lograr la mejor adecuación posible entre la oferta de formación profesional y las nuevas necesidades del sector productivo", las medidas previstas en este ámbito pivotan en torno a tres ejes: la mejora de la oferta de formación profesional a través de diversos mecanismos (como su realización a distancia o en centros de formación integrada del sistema educativo y para el empleo), la potenciación de la integración de dichas enseñanzas en el conjunto del sistema educativo (especialmente, por medio de la movilidad entre la formación profesional, por un lado, y el bachillerato o la enseñanza universitaria, por otro) y el reforzamiento de la cooperación entre las Administraciones educativas y los agentes económicos y sociales.

La regulación del Anteproyecto se completa en la parte final con las siguientes disposiciones:

* la disposición adicional sexta, referida a los centros de formación profesional en el marco de los proyectos de Campus de Excelencia Internacional;

* la disposición final vigésima sexta, que prevé la modificación de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional; EDL 2002/20108 y

* la disposición final trigésima sexta, dirigida a la reforma de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación EDL 2006/36961.

A ello hay que añadir que la disposición final trigésima séptima atribuye carácter orgánico en este ámbito a varios preceptos (en concreto, se citan los artículos 80, 82, 86, 88 y 92, en los que la cita desordenada del artículo 8 parece una errata).

El Consejo de Estado emite un juicio general favorable a los cambios de fondo que se proyectan en materia de formación profesional, los cuales cuentan con el respaldo de la comunidad educativa, como se desprende de los informes del Consejo de Universidades y, sobre todo, del Consejo Escolar del Estado, cuyas observaciones han sido atendidas en su casi totalidad.

Ello no es óbice para poner de manifiesto las importantes deficiencias de técnica legislativa que suscita el Anteproyecto, así como los problemas que, en conexión, plantean lo que puede calificarse de "incrustaciones" de Ley Orgánica en una Ley ordinaria.

1. El tratamiento jurídico general de las previsiones relativas a la formación profesional

Ha de partirse de recordar la evolución que las previsiones relativas a la formación profesional han tenido a lo largo de la preparación del Anteproyecto.

La versión del Anteproyecto elevada al Consejo de Ministros para su toma en consideración incluía en la parte dispositiva un Capítulo dedicado a la formación profesional, pero no contemplaba en su parte final la reforma de la Ley Orgánica de Educación, y la modificación de la Ley Orgánica de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional se circunscribía a un apartado de un precepto (el artículo 7, número 2), a pesar de que la regulación contenida en el articulado incidía claramente en las materias reguladas en ambas leyes.

Por consiguiente, tal y como fue concebido en su origen, el Anteproyecto regulaba "por acumulación" la formación profesional, esto es, prescindiendo de la existencia en el ordenamiento jurídico de otras normas sobre la misma materia y sin prever las consecuencias que produciría la coexistencia entre ellas y las que se proponía aprobar. Ya se ha dicho con carácter general que de las diferentes técnicas normativas que coexisten en el Anteproyecto, ésta puede ser la más perturbadora por la inseguridad jurídica que genera, al obligar al operador jurídico a una compleja labor de integración, dilucidando qué extremos de la nueva Ley, sobre determinada materia, son incompatibles con las previsiones legales preexistentes para determinar el alcance de la derogación implícita, conforme al artículo 2, número 2 del Código Civil EDL 1889/1 (véase, en un sentido similar, el dictamen del Consejo de Estado en Pleno del pasado día 17 de diciembre, evacuado en el expediente número 1.905/2009).

Esta circunstancia no pasó inadvertida al Consejo Escolar del Estado, en cuyo informe de 28 de enero de 2010 se ponía de manifiesto que la mayor parte de las modificaciones realizadas en el contenido de las dos leyes orgánicas citadas no iban acompañadas de la nueva redacción de los artículos afectados, a diferencia de lo que sucedía con otras normas legales reformadas por el Anteproyecto. Se añadía que la situación empeoraba a la vista de la disposición derogatoria única, ya que de la fórmula abrogatoria que constaba en la misma no cabía derivar expresamente aquellos aspectos de tales leyes orgánicas que perdían vigencia, "debiendo procederse a su interpretación en cada caso".

La aceptación por el Ministerio de Economía y Hacienda de esas observaciones, "incluidas las referidas a la técnica normativa empleada", según se afirma en el informe de respuesta a dichas observaciones, tuvo como consecuencia la inclusión de la disposición final modificativa de la Ley Orgánica de Educación y la ampliación de los cambios previstos en la disposición final dedicada a la Ley Orgánica de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional.

A pesar de ello, el resultado sigue sin ser satisfactorio desde la perspectiva de la técnica legislativa, teniendo en cuenta lo siguiente:

* Las previsiones que se han llevado a las disposiciones finales no han sido suprimidas correlativamente del articulado del Anteproyecto, dando lugar a duplicidades innecesarias. Sin ánimo exhaustivo, el contenido del artículo 87 del texto en preparación se plasma en el artículo 39, número 3, de la Ley Orgánica de Educación EDL 2006/36961, conforme a la disposición final trigésima sexta EDL 2006/36961 de aquél; el del artículo 88, número 1, en el del artículo 30, número 1, y el del artículo 88, números 2 y 3, en el artículo 41, número 2.

Un problema derivado de la duplicidad normativa es el de las posibles discrepancias entre la regulación del articulado y la introducida en las leyes modificadas mediante las disposiciones finales, como recuerda el dictamen de este Consejo de Estado en Pleno, de 22 de junio de 2006 (expediente número 803/2006). Así ocurre con el artículo 81 del texto examinado, que habilita a los Ministros de Educación y de Trabajo e Inmigración para adecuar, respectivamente, los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad "a las modificaciones de las cualificaciones y unidades de competencia recogidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales", mientras que, al trasladarse esta previsión por la disposición final vigésima sexta del mismo texto a la Ley Orgánica de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional -añadiéndose un apartado 3 al artículo 7 de esta ley-, la habilitación de los Ministros alcanza exclusivamente los casos de "modificaciones de aspectos puntuales" de las referidas cualificaciones y unidades de competencia recogidas en dicho catálogo.

* Quedan previsiones en el articulado del Anteproyecto que inciden sobre materias ya reguladas, a pesar de lo cual no se han traducido en modificaciones concretas de los textos vigentes. En otras palabras, siguen advirtiéndose cuestiones que se regulan "por acumulación", con todos los problemas consiguientes que han sido apuntados.

Como ejemplo, el artículo 95 del Anteproyecto regula la colaboración de las Administraciones educativas y laborales con las empresas y entidades empresariales en materia de formación profesional, sin tomar en consideración el hecho de que esta misma cuestión está hoy regulada en el artículo 6 de la Ley Orgánica de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional, precepto cuya reforma no se contempla en la parte final del texto consultado, lo que suscita la duda de si deberá entenderse derogado este último precepto. De igual modo, el artículo 90 de la Ley en preparación, para favorecer la movilidad entre la formación profesional de grado superior y la enseñanza universitaria, establece un régimen de acceso a los estudios universitarios, distinto al previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades EDL 2001/48331 (por cierto, modificado en alguno de sus apartados no hace mucho por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril EDL 2007/17610), sin que esté expresamente prevista reforma alguna de esta legislación. * Finalmente, hay previsiones que, sin afectar directamente a cuestiones ya reguladas, no son introducidas en las leyes donde tendrían un encaje natural, provocando un efecto indeseable de fragmentación y dispersión normativa. En este sentido, el Consejo de Estado ha sido "particularmente exigente con la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las "sedes

materiae" que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos y sistemáticos, sea su ubicación normal" (dictamen de 21 de mayo de 2009, referido al expediente número 779/2009).

Por ejemplo, no está justificado que una previsión dedicada a la formación profesional a distancia (como la contenida en el artículo 85 del texto sometido a consulta) no sea insertada en el cuerpo normativo apropiado, o sea, en la Ley Orgánica que regula con carácter general la materia (Ley Orgánica 5/2002 EDL 2002/20108), obligando al operador a consultar simultáneamente varias normas.

En definitiva, considera el Consejo de Estado que debe revisarse la técnica utilizada en este ámbito y solucionar las lagunas y problemas que acaban de detectarse.

2. El carácter orgánico de determinadas previsiones de la proyectada nueva legislación

Esta cuestión plantea, en primer lugar, dificultades derivadas de los problemas de técnica legislativa que acaban de ser expuestos.

Para empezar, posiblemente porque la disposición final modificativa de la Ley Orgánica de Educación fue introducida en un momento muy avanzado de tramitación del expediente, no se precisa qué previsiones atinentes a dicha modificación tienen carácter orgánico. Así, se da la contradicción de que, conforme a la disposición final trigésima séptima del Anteproyecto, su artículo 88 tiene carácter orgánico EDL 2006/36961 , mientras que no se precisa nada respecto a la concurrencia de tal carácter en la reforma de los artículos 30, número 1, y 41, número 2, de la Ley Orgánica de Educación EDL 2006/36961, en que aquel precepto se refleja en la parte final del texto. La situación es más confusa todavía si se tiene en cuenta que el referido artículo 30, número 1 EDL 2006/36961 , tiene carácter orgánico, cualidad que no concurre en el caso del artículo 41, número 2, de la misma Ley EDL 2006/36961 .

Pero, al margen de lo anterior, las "incrustaciones" de Ley Orgánica en una Ley ordinaria plantean, en segundo lugar, problemas específicos que han sido abordados en las observaciones de carácter general.

De acuerdo con lo entonces señalado, no resultan aceptables tales "incrustaciones", máxime cuando se da la paradoja de que, de un lado, se rechaza la posibilidad de "incrustar" previsiones de Ley Orgánica en la proyectada nueva Ley de Economía Sostenible para reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien, de otro, no se encuentra reparo en recurrir a tales "incrustaciones" para modificar -explícita o implícitamente-, por medio de la proyectada nueva Ley, las Leyes Orgánicas de Educación, de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional y de Universidades.

En mérito de lo señalado, no se deben incluir previsiones de carácter orgánico en el Anteproyecto informado, evitando así que se reforme por ley ordinaria un precepto de carácter orgánico. Esta observación tiene carácter esencial, en el concreto sentido previsto en el artículo 130, número 3, del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio EDL 1980/3830 .

Octava. El Anteproyecto también contiene importantes novedades en relación con varios sectores y agentes económicos, como son los mercados financieros, las telecomunicaciones y la sociedad de la información y las cooperativas agrarias.

A) Los mercados financieros y de seguros

Dentro del Título I del Anteproyecto ("Mejora del entorno económico"), su Capítulo III (artículos 25 a 30) se dedica a los mercados financieros, siendo el fin último de estas reformas -afirma la memoria de impacto normativo- "facilitar un funcionamiento de las sociedades cotizadas, los mercados financieros y de seguros acorde con los principios de sostenibilidad que introduce el Anteproyecto". Tales medidas se estructuran en torno a tres ámbitos: transparencia y políticas de gobierno corporativo de sociedades cotizadas y entidades financieras, incidiendo especialmente en las políticas retributivas y en la mejora de la supervisión (Sección 1ª); mercados de seguros y fondos de pensiones (Sección 2ª); y protección de los clientes de los servicios financieros (Sección 3ª). Se trata, en general, de medidas de carácter programático que requieren, para su efectividad, de ulteriores modificaciones de la concreta legislación sectorial afectada en cada caso y que se inspiran fundamentalmente en propuestas de carácter internacional y en recomendaciones comunitarias. Así, se han tomado en consideración los acuerdos alcanzados tras la Cumbre de St. Andrews de Ministros de Economía del G-20, celebrada el 7 de noviembre de 2009, o también los principios derivados de los "Estándares de alto nivel para las políticas de remuneración", elaborados por el Financial Stability Board. En el ámbito comunitario, cabe mencionar la Recomendación de la Comisión Europea de 30 de abril de 2009, sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros.

Con carácter previo a las observaciones concretas que las propugnadas reformas suscitan, resulta conveniente apuntar las principales novedades que incluye la regulación proyectada.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la regulación sobre transparencia y gobierno corporativo, cabe destacar los siguientes contenidos:

Las sociedades cotizadas y las entidades de crédito habrán de incrementar la transparencia en relación con sus políticas de remuneración (artículo 25). Así, las sociedades cotizadas quedarán obligadas a difundir y someter a votación de la Junta General de Accionistas un informe sobre las remuneraciones de sus consejeros y principales ejecutivos y sobre la política de remuneración presente y futura. Se aumentan también las exigencias de transparencia de las políticas de remuneración de las entidades de crédito y se introduce la obligación de que tales políticas sean coherentes con la promoción de una gestión del riesgo sólida y efectiva. A tales efectos, se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (disposición final séptima EDL 1988/12634) y la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de intermediarios financieros y otras normas del sistema financiero (disposición final undécima EDL 1985/8707).

El artículo 26 EDL 1985/8707 se destina a la mejora de la supervisión financiera, estableciendo que las autoridades financieras deberán incorporar los principios, normas y criterios de calidad para el ejercicio de sus facultades de inspección y sanción que se introducen en las respectivas legislaciones sectoriales. En general, se refuerzan las competencias supervisoras de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y se desarrolla el régimen sancionador. A tal efecto, en la Ley del Mercado de Valores se amplía

la potestad de la Comisión de adoptar medidas cautelares; se introduce la posibilidad de exigir la aportación de informes de auditores o expertos independientes o de órganos de control interno de las entidades supervisadas; se incide en el deber de colaboración de las Administraciones con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y se completa la regulación de registros, bases de datos y documentos que deben llevar las entidades supervisadas. En la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, reguladora de las Instituciones de Inversión colectiva EDL 2003/112554 , destaca la revisión del régimen de infracciones y sanciones (con la finalidad de aclarar la delimitación de algunos tipos, de introducir otros nuevos y de precisar los criterios para la determinación de las sanciones). En el ámbito de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y de sus sociedades gestoras EDL 2005/179839 , se precisa que la competencia supervisora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se extiende a quienes desarrollen en la entidad funciones de dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración. Finalmente, en relación con la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito EDL 1988/12662 , se refuerzan las competencias supervisoras del Banco de España y se revisa el régimen de infracciones y sanciones, en especial, en lo relativo a las personas o entidades que incumplan las previsiones legales sobre reserva de actividad.

La regulación de la llamada "responsabilidad en el crédito" (artículo 27 EDL 1988/12662) constituye una de las principales novedades que se introducen en esta materia. En concreto, se establece la obligación para las entidades de crédito de evaluar la solvencia del potencial prestatario y llevar a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos (en especial los dirigidos a los consumidores); y se contempla la futura aprobación, a través de orden ministerial, de las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito. Asimismo, se garantiza la protección al inversor en los casos en que se lleve a cabo la colocación de emisiones dirigidas comercialmente al público en general, en las que no haya obligación de publicar el correspondiente folleto.

Se modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (artículo 28 EDL 2006/298871). En concreto, se establece un límite de 600.000 euros para aplicar la reducción del 40 por 100 por rendimientos del trabajo con período de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente. La finalidad perseguida con esta modificación es, según la memoria, incrementar la eficacia de las medidas de transparencia sobre retribuciones, eliminando eventuales distorsiones fiscales que podrían afectar a las políticas retributivas.

El artículo 29 del Anteproyecto se destina a los mercados de seguros y fondos de pensiones y en él se enuncian las finalidades que persigue la nueva regulación: mayor transparencia y eficacia en la gestión de las entidades; simplificación y agilización de trámites y procedimientos de autorización y registro de los fondos de pensiones; racionalización en la asignación de los recursos propios exigibles a las entidades gestoras de fondos de pensiones; protección de ahorradores y tomadores de seguros y seguridad jurídica de las entidades comercializadoras, y un mayor desarrollo y transparencia en la mediación de seguros y reaseguros. Estas medidas se concretan en la modificación de las respectivas leyes sectoriales.

La modificación de la Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados, (disposición final décima cuarta EDL 2006/93784) trata de clarificar el régimen de los contratos de distribución suscritos entre las entidades aseguradoras para compartir sus redes de agentes exclusivos, así como el régimen de incompatibilidades de agentes exclusivos y vinculados; además, se regula un nuevo tipo de auxiliar externo a las empresas de mediación, el auxiliar-asesor, que, junto a las facultades tradicionales de los auxiliares, tiene la de asesorar en la gestión, ejecución y formalización de contratos de seguros.

En materia de seguros (reforma, por la disposición final décima sexta, del texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre EDL 2004/152060), se persigue aumentar la transparencia y la información de tomadores y asegurados en aspectos como la rentabilidad esperada de los seguros de vida en los que el tomador no asuma el riesgo de la inversión, las tarifas futuras de los seguros de enfermedad y decesos, la legislación aplicable a la póliza en caso de liquidación y el ejercicio de derechos de información y políticos en las mutuas de seguros, así como sobre la composición de la prima; además, para mejorar la calidad de gestión de las entidades aseguradoras, se establece expresamente la prohibición de que la alta administración y dirección mantenga actividades que generen conflictos de intereses; se regulan determinados aspectos relativos a las fusiones transfronterizas de las entidades aseguradoras, y se dibuja el régimen de las agencias de suscripción como apoderadas de entidades aseguradoras que operan en España en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios.

Finalmente, en materia de planes de pensiones (la disposición final décima quinta modifica el texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre EDL 2002/52533), cabe destacar los siguientes contenidos:

El objetivo de reducir las cargas administrativas se trata de conseguir a través de distintas medidas: eliminación de la exigencia del informe económico-financiero de las gestoras de fondos de pensiones; supresión de la obligatoriedad de elevar a escritura pública e inscribir en el Registro Mercantil la autorización, constitución e inscripción de fondos de pensiones, y supresión de la autorización para modificar las normas de funcionamiento de dichos fondos (sin perjuicio del deber de comunicar tal modificación).

Se reducen los requerimientos de recursos propios de las entidades gestoras de fondos de pensiones con la finalidad de mejorar su eficiencia (las cuantías establecidas se corresponden con las establecidas para las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva).

Se regula la comercialización de planes de pensiones: se atribuye esta función a sus entidades gestoras y se contempla la posibilidad de delegar esta función; en la línea de reforzar la protección de los clientes, se detalla la información que han de recibir; en fin, se refuerza también el régimen de supervisión administrativa de las entidades comercializadoras de planes de pensiones, que se mantiene

en el Ministerio de Economía y Hacienda, a las que resulta de aplicación el régimen de infracciones y sanciones en materia de planes y fondos de pensiones.

El artículo 30 tiene por objeto la protección de clientes de servicios financieros a través de los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros. Se regula la actuación de los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros y se suprime la figura de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros, que nunca han tenido aplicación práctica y cuya pervivencia nominal introduce confusión entre los usuarios y los operadores financieros. A tal efecto, se introducen los oportunos ajustes en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (disposición final décima tercera del Anteproyecto EDL 2002/46672).

1. Observaciones comunes a los artículos 25 a 30 del Anteproyecto

Sin perjuicio de las observaciones que más adelante se formulan a preceptos concretos, cabe realizar en primer lugar una serie de consideraciones generales relativas a cuestiones diversas: terminología empleada, coordinación normativa, remisiones y modificación de otras leyes en el articulado del Anteproyecto. a) La terminología empleada. Esa terminología plantea una cuestión relevante y que incide en el alcance mismo de las medidas proyectadas. Parece que de modo indistinto o con un alcance similar, aunque pudiendo variar en función del concreto sector de que se trate, se emplean términos diversos -"usuario de los servicios financieros", "consumidor", "cliente", "inversor", etc.-; sin embargo, cabría entender (como de hecho se ha observado en el expediente) que la finalidad de la futura Ley es estrictamente la protección de los consumidores, lo que tendría consecuencias importantes. Por ejemplo, la AEB considera que la que se denomina "información precontractual" sólo debería ser exigible en relación con aquellos créditos y préstamos que, por su importe y finalidad, se puedan calificar de préstamos a consumidores, según establece la normativa actualmente en vigor sobre transparencia de préstamos hipotecarios (Orden de 5 de mayo de 1994) y sobre crédito al consumo.

Por esta razón, resulta altamente aconsejable que se aclare si tales conceptos tienen un mismo alcance (lo que llevaría a tratar de emplear una única denominación, cuando ello fuera posible) o si, por el contrario, tienen un significado distinto y preciso, en cuyo caso sería conveniente incorporar a la regulación proyectada, aunque fuera por remisión a otras normas vigentes, las definiciones correspondientes. En este sentido y por lo que se refiere a los términos de carácter más general, parece que el término "usuario" es más amplio que el de "consumidor", definiéndose este último como la persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional (Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo; y, en el mismo sentido, Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago EDL 2009/244701). No hay que olvidar, por otro lado, que en determinadas regulaciones se establece un régimen distinto de protección según se trate o no de clientes profesionales o de inversores cualificados (es el caso del artículo 78 bis de la Ley del Mercado de Valores).

b) La coordinación normativa. En la medida de lo posible, las previsiones del Anteproyecto han de coordinarse con los proyectos normativos que regulan materias relacionadas. Así, por ejemplo, en relación con la transparencia de las políticas de remuneraciones, la Comisión Europea presentó, en el mes de julio de 2009, una propuesta de modificación de las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE en lo que respecta a los requisitos de capital para la cartera de negociación y las retitulizaciones y a la sujeción a supervisión de las políticas remunerativas; otra iniciativa comunitaria, aunque menos avanzada, se refiere al responsable lending; y, en fin, también se está discutiendo a nivel comunitario un nuevo régimen en materia de Packaged Retail Investment Products (PRIPs), referida a la comercialización de los unit-linked y otros productos similares. Y ya en el ámbito interno, hay que tener en cuenta, por ejemplo, el anteproyecto de Ley de Crédito al Consumo, en especial -como apunta el Banco de España- en lo relativo al contenido de las normas de conducta dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos o créditos (letra a) del proyectado artículo 27).

c) Las remisiones. Al igual que sucede en relación con buena parte de los artículos que integran el Anteproyecto, de su carácter esencialmente programático se deriva la necesidad de incluir continuas remisiones a la regulación sustantiva de las distintas materias afectadas. Estas remisiones se realizan a las disposiciones finales del propio Anteproyecto, que modifican las leyes que contienen tal regulación.

Pues bien, al margen de la valoración general que merece esta técnica normativa, sería conveniente clarificar los términos de las remisiones realizadas. No parece correcto que las remisiones se realicen a disposiciones finales que, en realidad, no tienen un contenido sustantivo propio, pues se limitan a reformar otras disposiciones ya vigentes. A juicio de este Consejo de Estado, tales remisiones debieran realizarse a las leyes concretas que contienen el régimen sustantivo aplicable; y, en la medida de lo posible, sería conveniente precisar a qué artículos de dichas leyes se efectúa la remisión.

Así, por ejemplo, al establecer en el artículo 25.a) que "las sociedades cotizadas incrementarán la transparencia en relación con la remuneración de sus consejeros y primeros ejecutivos, así como sobre sus políticas de retribuciones, en los términos previstos en la disposición final séptima de esta Ley", esta última remisión sería mucho más clara si se realizara a los artículos 61 bis y 70 bis de la Ley del Mercado de Valores; e incluso podría precisarse todavía más, pues son sus apartados 7 y 1, respectivamente, los que se refieren en concreto a esta cuestión. O en el caso del artículo 30, la remisión a la disposición final décima tercera podría sustituirse, sin dificultad, por una remisión al artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero EDL 2002/46672 .

d) La modificación de otras leyes. En relación con la incorporación de esas modificaciones al articulado del Anteproyecto, hay que referirse al artículo 28, que modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio EDL 2006/298871 . Esta modificación - "coherente -dice la exposición de motivos- con el objetivo de buscar una mayor transparencia en las retribuciones de las instituciones financieras"- afecta al tratamiento fiscal de las rentas obtenidas de forma notoriamente irregular en el tiempo (artículo 18.2 de la mencionada Ley EDL 2006/298871), en relación con las cuales se establece el límite de que la cuantía sobre la que se aplique la reducción prevista no podrá superar el importe de 600.000 euros anuales.

Por su alcance general -ya que el comentado precepto de la Ley 35/2006 EDL 2006/298871 no se refiere exclusivamente a las retribuciones percibidas en el seno de instituciones financieras-, sería más correcto ubicar esta modificación en una disposición final. También apoya esta propuesta el hecho de que el Anteproyecto contiene otros artículos en los que también se modifica dicha Ley (artículo 46 EDL 2006/298871), por lo que, desde el punto de vista de la técnica normativa y para facilitar la aplicación de la norma, resultaría más acertado recoger todas las modificaciones de la Ley 35/2006 en una única disposición EDL 2006/298871 .

2. Las observaciones particulares en relación con los artículos 25 a 30 del Anteproyecto

a) Principios de buen gobierno corporativo y adecuada gestión del riesgo en relación con las remuneraciones de los ejecutivos (artículo 25 EDL 2006/298871). En la letra a) de este precepto, se alude a "la remuneración de sus consejeros y primeros ejecutivos". Este último término "primeros ejecutivos" es ajeno al ordenamiento jurídico español, por lo que debiera sustituirse por el de "altos directivos".

b) Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros (artículo 27 EDL 2006/298871). El primer párrafo de su apartado 1 establece que "las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente, incluyendo aquélla facilitada por el solicitante y la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente".

La previsión relativa a la consulta de ficheros automatizados de datos plantea diversas cuestiones:

En primer lugar, debiera clarificarse a qué ficheros se está haciendo alusión. Parece que, por la materia afectada, la referencia ha de entenderse realizada primordialmente a los ficheros de la Central de Información de Riesgos del Banco de España.

En segundo lugar, debe precisarse si se trata de una opción o de una obligación. A este respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 61 de la Ley 44/2002 EDL 2002/46672 configura como un derecho de las entidades declarantes la obtención de informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídicas, incluidas las Administraciones Públicas, registrados en la Central de Riesgos del Banco de España. Si se configura una nueva obligación debe señalarse así expresamente y, en su caso, realizarse los ajustes oportunos en el artículo comentado.

En el caso de que se configurara como una obligación general, referible a cualquier contrato de crédito o préstamo, hay que tener en cuenta que la Central de Información de Riesgos sólo recoge, con carácter general, la información relativa a los riesgos superiores a 6.000 euros.

Finalmente, como ha señalado la Agencia Española de Protección de Datos, la remisión a la "legislación vigente" pudiera resultar insuficiente y sería conveniente introducir una mención expresa a la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

El segundo párrafo de ese apartado 1 establece que las entidades de crédito (resultaría preferible mantener el término completo que aludir a las "entidades anteriores") llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable a los consumidores de préstamos y créditos. Estas prácticas deberán recogerse en un documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades.

El Anteproyecto resulta excesivamente abierto en este punto, pues parece dejar a la decisión de cada entidad la determinación de tales prácticas. De otra parte, se aprecia un cierto solapamiento entre esta llamada a la autorregulación de las entidades de crédito y la habilitación al Ministro para aprobar "normas de conducta dirigidas a promover las prácticas de concesión responsable de préstamos y créditos" (letra a) del apartado 2), enunciándose a continuación algunas de esas prácticas responsables.

Resulta necesario coordinar ambas previsiones. En tal sentido, podría incluirse en este segundo párrafo una referencia a las disposiciones que fijaran tales normas de conducta, en el marco de las cuales entraría en juego la autorregulación por las propias entidades. En todo caso, resulta insatisfactorio dejar sin concretar de qué tipo de prácticas se trata o no fijar una serie de criterios objetivos que delimiten esta cuestión.

Por otra parte y en línea con lo establecido en el artículo 48, número 2, de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, sería conveniente precisar que las prácticas para la concesión responsable de los préstamos y créditos y el documento escrito que las ha de recoger no restringen la capacidad contractual de las entidades de crédito. Por ejemplo, podría introducirse un párrafo similar al propuesto por el Banco de España.

En este segundo párrafo se establece, asimismo, que la nota de la memoria anual de actividades de la entidad habrá de incluir también una manifestación expresa del Consejo de Administración u órgano equivalente de la entidad sobre la existencia de dichas prácticas y de procedimientos dirigidos a su cumplimiento. No se comprende la posible utilidad de esta manifestación expresa, puesto que no parece que a su falta se anude consecuencia alguna.

Finalmente, ha de cuidarse la redacción de este párrafo, evitando repeticiones ("la concesión responsable de los préstamos y créditos concedidos").

En el último párrafo de este apartado se establece la obligación para las entidades de crédito de facilitar "a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, llamando su atención sobre las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago".

Esa regulación resulta imprecisa. Nada hay que objetar a la obligación en sí misma, pero parece que debiera ir acompañada en el plano legislativo de la determinación de esa "oportuna información precontractual" y de lo que ha de entenderse por "explicaciones adecuadas" que permitan la evaluación por el cliente de los productos ofrecidos, de modo similar a como sucede en relación con los mercados de valores. La ausencia de criterios objetivos que permitan valorar si las entidades de crédito cumplen tal obligación debe, pues, ser suplida con una regulación de tales aspectos.

De otra parte, debiera sustituirse la expresión "llamando su atención" por otra más apropiada como sería, por ejemplo, "haciendo especial referencia".

Dentro del apartado 2 de ese artículo 27, más importante que el previsto plazo de seis meses es destacar la relevancia que tiene la aprobación de las Órdenes Ministeriales, ya que la virtualidad práctica de la proyectada nueva Ley dependerá, en buena medida, de la aprobación de estas disposiciones. En consecuencia, y conforme tiene ya declarado este Consejo, debería, en tanto sea posible, proceder a elaborar *pari passu* esos desarrollos normativos, que han forzosamente de concretar los muy amplios conceptos que utiliza la proyectada norma legal (por ejemplo, se habla de una "minuciosa evaluación" de las "circunstancias" de los consumidores, de la obtención y documentación "adecuada" de datos "relevantes", etc.).

En relación con el último inciso del primer párrafo del apartado 2, con arreglo al cual se establece que esas Órdenes Ministeriales que aprueben las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros tendrán la consideración de normas de ordenación y disciplina, ha de procurarse una mayor claridad en cuanto al alcance de dichas normas, pues la terminología empleada (por ejemplo, cuando al concretar el contenido de las disposiciones se refiere a "normas de conducta" sobre determinadas cuestiones) puede resultar confusa.

En esta línea y a la vista de la finalidad perseguida con la norma proyectada, parece lógico introducir la precisión de que serán normas de obligada observancia para las entidades de crédito pues, en caso contrario, todas las exigencias y garantías previstas podrían perder gran parte de su operatividad (en el mismo sentido se han pronunciado el Banco de España y el Consejo de Consumidores y Usuarios).

Por lo que se refiere al apartado 3 de ese artículo 27, "garantiza la protección al inversor, en los casos en que se lleve a cabo la colocación de emisiones dirigidas comercialmente en general, en las que no haya obligación de publicar el correspondiente folleto, en los términos previstos en la disposición final séptima de esta ley". Con arreglo a esta previsión se amplía, por tanto, el ámbito de supervisión perfilado en la Ley del Mercado de Valores en la medida en que supone la imposición de nuevas obligaciones para todas aquellas sociedades que pretendan emitir deuda y que, sin embargo, hasta la fecha no han estado incluidas en ese ámbito de supervisión.

La primera observación que suscita la regulación proyectada es la relativa a su ubicación. Se incluye en el artículo 27, cuyo objeto es, como se acaba de ver, la responsabilidad en el crédito y que se refiere principalmente a las entidades de crédito. A juicio de este Consejo, en atención al ámbito de aplicación del apartado 3 comentado, éste habría de incluirse en un artículo independiente o integrarse en el proyectado artículo 30, relativo a la protección de los clientes de servicios financieros.

La segunda observación que cabe formular se refiere al elevado grado de imprecisión con que el apartado descrito verifica la extensión del ámbito de aplicación de la potestad de supervisión, pues nada se dice acerca de cómo se llevará a efecto, más allá de la genérica e imprecisa remisión a la disposición final séptima del propio Anteproyecto.

c) Mercados de seguros y fondos de pensiones (artículo 29). La finalidad que se prevé en su letra d) es "la protección de los ahorradores y los tomadores de seguros y la seguridad jurídica de las entidades comercializadoras".

A juicio de este Consejo, debe revisarse la redacción proyectada. Sería más correcto referirse a un incremento de la seguridad jurídica en la comercialización de los planes y fondos de pensiones, pues los términos empleados parecen dar a entender que el objetivo perseguido tiene como destinatarios únicamente a las propias entidades comercializadoras.

Por otra parte, también sería más acertado aludir al reforzamiento de la protección de los ahorradores y de los usuarios de los servicios prestados por las entidades aseguradoras, con especial mención a los tomadores de seguros.

d) Protección de clientes de servicios financieros a través de los servicios de reclamaciones de los supervisores financieros (artículo 30). Según este precepto, los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ejercerán sus facultades en materia de protección y asesoramiento a los usuarios de servicios financieros en los términos previstos en la disposición final décima tercera. Esta disposición final da nueva redacción al artículo 30 de la Ley 44/2002.

Se suprimen, así, los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros. La figura de los comisionados se introdujo por la mencionada Ley 44/2002, denominada Ley Financiera. Sin embargo nunca fueron designados y su función siguió siendo desarrollada por los servicios de reclamaciones de los órganos supervisores, como ocurría con anterioridad.

Es cierto que el Derecho comunitario no impone un modelo determinado de organismo para estudiar y resolver las reclamaciones de los clientes de los servicios financieros. Pero, como se ha subrayado en el expediente, la Comisión Europea se inclina por un solo órgano colectivo y de carácter participativo. En Estados Unidos se ha optado por la fórmula de una Consumer Financial Protection Agency, que atiende desde una sola instancia a todas las reclamaciones que plantean los clientes de los servicios financieros. Dicha Agencia con su regulación de 2009 tiene al frente un Director y un Consejo de gobernadores procedentes del sistema de la reserva federal

En este sentido el Consejo de Estado considera que debe ponderarse la conveniencia de tomar inspiración en alguno de esos dos modelos no, por necesidad, para trasplantarlos sin más a España, pero sí para adoptar los rasgos o notas de ellos, que se consideren.

Es cierto que el Estado goza de amplio margen para configurar los servicios de reclamaciones. Pero no se evidencian en el expediente razones de peso para que la reforma en este momento se reduzca a hacer desaparecer la figura, hoy puramente nominal de los comisionados, mientras continúan separados y paralelos esos tres servicios de reclamaciones, distintos y separados -física y organizativamente- uno en el Banco de España, otro en la CNMV y otro en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por el contrario aparecen claros algunos inconvenientes del sistema actual que se va a mantener inalterado. Ante todo, cabe decir, que genera incertidumbres en los propios reclamantes que no saben de antemano a qué organismo dirigir sus reclamaciones con las dudas, demoras, molestias e inconvenientes que la triple vía produce, apenas paliada por el intento de establecer una "ventanilla única". También

surgen diferencias de criterio en los servicios separados de reclamaciones, con responsables distintos y sin una instancia decisoria que pueda zanjarlas, con competencias sobre los tres. Tampoco los criterios de delimitación de las atribuciones entre los organismos resultan siempre nítidos. Y ello por razón de que los productos que generan más reclamaciones son muy sofisticados en la actualidad, carecen de naturaleza homogénea, bien sea financiera, de inversión o de seguro, y cuentan, con frecuencia, con notas entremezcladas de unos o de otros. De otro lado la comercialización de los productos, fuente de no pocas quejas, tampoco depende de su naturaleza, como ocurre de modo paradigmático con los seguros crecientemente vendidos a través de entidades financieras. Con todo el mayor inconveniente se encuentra en que a estos servicios de reclamaciones se les exige (y el propio proyecto así lo hace en el nuevo texto de la disposición final decimo tercera) independencia en su funcionamiento cuando son, en realidad, organizaciones insertas en la jerarquía administrativa del supervisor, lo que resulta especialmente llamativo cuando un Servicio está incardinado en la Dirección General de un Ministerio, como ocurre con los seguros y fondos de pensiones.

De ahí que parezca aconsejable considerar, al menos, la integración de los tres servicios de reclamaciones en uno solo bien a través de una disposición en esta misma ley, bien en otra futura. Esta integración crearía a medio plazo sinergias, optimización de recursos y mayor eficiencia en el sistema. Se recomienda, pues, en virtud de las razones dichas, barajar esta opción sin perjuicio de que se formulen más adelante algunas observaciones a la regulación propuesta en el anteproyecto concretamente en su disposición final décimo tercera.

Por ello, se apunta la conveniencia de proceder a un estudio sosegado de esta cuestión con la finalidad de, en su momento, introducir los ajustes precisos para garantizar la mejor protección para los usuarios de servicios financieros. En todo caso, es de destacar la objeción que al modelo diseñado resulta de la propia limitación de las funciones de los servicios de reclamaciones. Pues efectivamente, como ha puesto de relieve el Banco de España, el ámbito competencial de dichos servicios se extiende únicamente a las cuestiones relacionadas con las normas de supervisión, ordenación y disciplina, que no comprende la valoración de cuestiones de índole contractual.

3. Modificación de la Ley del Mercado de Valores

Las observaciones que se formulan en relación con la proyectada modificación de la Ley del Mercado de Valores han de comenzar necesariamente subrayando la necesidad de proceder a la elaboración de una nueva ley reguladora de estos mercados o, cuando menos, de un texto refundido. La Ley 47/2007, de 19 diciembre EDL 2007/212884, como también otras disposiciones anteriores, autorizó al Gobierno para que, en el plazo de un año, abordara dicha labor refundidora; objetivo que, sin embargo, no se ha cumplido. En numerosos dictámenes, el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto su preocupación por la creciente fragmentación del ordenamiento jurídico, de la que es un claro ejemplo la regulación sobre los mercados de valores. Esta dispersión normativa no hace sino dificultar la localización y aplicación de unas normas que tienen como destinatarios principales, no sólo a autoridades, funcionarios y profesionales del Derecho, sino también a los clientes de los mercados financieros y a sus operadores; y, por lo tanto, es imprescindible que se lleve a cabo la unificación y sistematización de la regulación vigente.

a) Artículo 25. Se introduce un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 25 de la Ley del Mercado de Valores ("Libertad de emisión, colocación de emisiones y requisitos de elegibilidad para la admisión a negociación en un mercado secundario oficial") con arreglo al cual "cuando se trate de colocación de emisiones contempladas en las letras b), c), d) y e) del apartado 1 del artículo 30 bis de esta ley, dirigidas al público en general empleando cualquier forma de comunicación publicitaria, deberá intervenir una entidad autorizada para prestar servicios de inversión a efectos de la comercialización de los valores emitidos".

Los concretos supuestos a que se refiere el mencionado artículo 30 bis -y en los que no hay obligación de publicar folleto- son, además de las ofertas de valores dirigidas a inversores cualificados, las ofertas de valores: dirigidas a menos de 100 personas físicas o jurídicas por Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados (letra b)); dirigidas a inversores que adquieran valores por un mínimo de 50.000 euros por inversor, para cada oferta separada (letra c)); cuyo valor nominal unitario sea al menos 50.000 euros, o las que se hacen un importe total inferior a 2.500.000 euros, cuyo límite se calculará en un período de 12 meses.

El objetivo de esta previsión es incrementar la protección de los inversores sometiendo a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores la comercialización de este tipo de ofertas públicas, al exigir la intervención de una entidad autorizada para prestar servicios de inversión. En particular, el incremento de la protección queda constreñido a los casos en que las aludidas ofertas se dirijan al público empleando cualquier forma de comunicación publicitaria, de modo que el incumplimiento de contar en la comercialización de los valores emitidos con la intervención de una entidad autorizada para prestar servicios de inversión supondrá la comisión de una infracción grave o muy grave, en los términos establecidos por las nuevas letras ll bis) y n bis) de los artículos 100 y 99 de la Ley del Mercado de Valores.

La regulación proyectada no suscita observaciones desde el punto de vista de su adecuación al tenor literal del artículo 3.2 de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, ya que en los supuestos comentados se sigue consagrando el principio de que no hay obligación de publicar el correspondiente folleto informativo.

Por otra parte, ha de hacerse notar que la virtualidad de esta medida puede valorarse desde dos perspectivas distintas. Desde la óptica de la mejora de la competitividad (a la que alude expresamente el artículo 1 del Anteproyecto), surge la duda, a falta de justificación más precisa en el expediente, acerca de la adecuación de esta previsión a ese objetivo de incrementar la competitividad de los mercados financieros españoles, ya que la exigencia en tales supuestos de la intervención de una entidad autorizada para prestar servicios de inversión no viene impuesta por el ordenamiento comunitario. Es, por tanto, en el ámbito del reforzamiento de la protección de los inversores -la segunda de las perspectivas indicadas- donde esta medida parece encontrar su fundamento, al ampliar el ámbito de actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores a la colocación de emisiones en los términos definidos por el proyectado artículo 25.2 de la Ley del Mercado de Valores, con independencia del número de potenciales destinatarios, del valor mínimo de la adquisición o del valor nominal unitario mínimo.

El Consejo de Estado no objeta la regulación proyectada, aunque lamenta los genéricos términos con que en el expediente se aborda su justificación. Adicionalmente, entiende que debiera reconsiderarse su ubicación en el articulado de la Ley del Mercado de Valores y completarse con otras previsiones. En efecto, a la vista de la redacción vigente del artículo 25.2 (relativa a las técnicas para la colocación de emisiones y a la obligación de que la colocación se ajuste a las condiciones recogidas en el folleto, en el caso de que el emisor esté obligado a su elaboración), considera que su incorporación a la Ley del Mercado de Valores se verificaría mejor en el propio artículo 30 bis -como una de las reglas especiales aplicables a los concretos tipos de oferta en él enumerados-. Con ello se facilitaría la localización de esta nueva obligación, al incorporarse al concreto artículo que se refiere a las ofertas públicas de venta o suscripción de valores. Por otra parte, sería conveniente incluir en el artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores ("ámbito de la supervisión, inspección y sanción") una mención expresa a este nuevo ámbito de actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

b) Artículo 61 bis. El propugnado nuevo artículo 61 bis de la Ley del Mercado de Valores tiene por objeto la regulación del informe anual de gobierno corporativo y se enmarca dentro del nuevo Capítulo VI de su Título IV, con la misma rúbrica.

En primer lugar, se subraya la conveniencia de desglosar el contenido de este precepto en dos artículos, uno relativo al informe anual de gobierno corporativo y el otro referido al informe anual sobre las remuneraciones de consejeros y altos directivos. También desde la perspectiva de la técnica normativa, resulta necesario revisar la estructura de las letras a) y c) del apartado 4, donde se enuncian numerosos conceptos. Estos debieran enunciarse en guiones, lo que facilitaría su comprensión. En el apartado cuarto, la referencia debe hacerse al "Ministro" y no al "Ministerio".

En cuanto al fondo, en los párrafos segundo y cuarto del apartado 7, se señala que el informe anual sobre las remuneraciones se difundirá y someterá a votación, con carácter consultivo, a la Junta General.

Esa figura de las "votaciones con carácter consultivo" procede de los llamados Códigos de buen gobierno corporativo que se han venido elaborando en relación con las sociedades cotizadas, que parten de la idea de recoger unas directrices de gobierno corporativo que no tienen carácter jurídicamente obligatorio si bien se les aplica, en cuanto parámetros de medición de la gestión societaria, el llamado principio de seguir y cumplir o explicar, de modo que las sociedades a las que se destinan deben manifestar si se ajustan a tales directrices y, en otro caso, explicitar las razones y datos que les llevan a seguir un distinto modelo de gestión.

En ese contexto de las reflexiones acerca del gobierno corporativo de las sociedades cotizadas, y en lo que se refiere, en concreto, a las políticas retributivas, una Recomendación de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2004 aconsejó que la política retributiva fijada por el Consejo de Administración se sometiese, con carácter meramente consultivo, al refrendo de la Junta General. Se trataba, así, de abrir a la Junta General la posibilidad de pronunciarse o tomar posición acerca de una cuestión que podía válidamente decidirse por los administradores, con lo que ello significaba de muestra de confianza, respaldo o desacuerdo por parte de la Junta General.

Al propugnar que la Ley del Mercado de Valores recoja esa figura de las votaciones con carácter consultivo, el Anteproyecto efectúa una traslación automática de conceptos propios de los citados Códigos de buen gobierno corporativo a la regulación jurídica del mercado de valores, lo que, en el criterio de este Consejo, no tiene en cuenta el distinto alcance y las claras diferencias que existen entre documentos que pertenecen a la reflexión sobre los modos de gestión de complejas sociedades mercantiles y los textos jurídicos que disciplinan la actuación de tales entidades.

Por otra parte, esas votaciones consultivas de la Junta General son una figura desconocida en nuestro Derecho de sociedades mercantiles, cuya introducción podría originar dudas e incertidumbres.

Por todo ello, este Consejo entiende que debería salvaguardarse esa diferencia de los ámbitos que corresponden, respectivamente, a las reflexiones y criterios sobre el buen gobierno corporativo, de un lado, y, de otro, a la regulación jurídica de las sociedades cotizadas.

Para el caso de que, dentro de esa regulación jurídica, quisiese articularse algún grado de intervención de la Junta General sobre el nuevo informe anual sobre remuneraciones, debería acudirse a fórmulas ya acuñadas en la legislación del mercado de valores, como son los informes que los administradores han de rendir a la Junta General, como es el caso de la información corporativa que ha de obrar en el informe de gestión (artículo 116 bis de la Ley del Mercado de Valores).

c) Artículo 70 bis (en relación con el artículo 10 ter.1 de la Ley 13/1985 EDL 1985/8707). El apartado 1 de este artículo se refiere a la "información sobre solvencia", correspondiendo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la determinación de la información mínima que deberá ser objeto de publicación; asimismo, se establece la obligación de publicar determinada información relativa a las prácticas y políticas de remuneración.

En línea con la observación formulada por la Agencia Española de Protección de Datos, podría introducirse la cautela de que la publicación de dicha información se realice con pleno respeto a la legislación sobre protección de datos, de modo que no suponga la indebida difusión de datos de carácter personal.

Esta misma observación es trasladable a la nueva redacción que la disposición final undécima del Anteproyecto da al apartado 1 del artículo 10 ter de la Ley 13/1985 EDL 1985/8707.

Por otra parte y desde la perspectiva de la sistemática empleada, no se comprende cuál es la razón de que en el artículo 70 bis la habilitación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por su ubicación, parezca referirse únicamente a la información sobre solvencia; mientras que en el artículo 10 ter de la Ley 13/1985 EDL 1985/8707 la habilitación al Banco de España comprende, además, la información relativa a las prácticas y políticas de remuneración. A juicio de este Consejo, la habilitación a la Comisión debiera comprender también la información relativa a las prácticas y políticas de remuneración y, por tanto, ubicarse a continuación del párrafo correspondiente, debiendo hacerse la remisión a "los párrafos anteriores".

d) Artículo 85. En la redacción proyectada del artículo 85, número 2, de la Ley del Mercado de Valores, se amplía el alcance de las medidas que puede adoptar la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el transcurso de un expediente sancionador o incluso al margen de él.

Su párrafo introductorio se expresa en los siguientes términos: "En la forma y con las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, las facultades de supervisión e inspección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores incluirán al menos el derecho a:". La redacción proyectada suscita las siguientes observaciones:

No resulta correcto hablar del derecho de la Comisión a "requerir de cualquier persona la remisión de información" o a "remitir asuntos para su procesamiento penal". Lo que se establecen son potestades diversas de la Comisión.

Por otra parte, parece configurarse una enumeración abierta ("al menos") cuando, por la naturaleza de las facultades atribuidas, es claro que éstas deben constar expresamente en la Ley. Si lo que se quiere con esa expresión es salvar otras potestades que corresponden a la Comisión y que están recogidas en otros preceptos, la fórmula que habría que incluir sería distinta: "con independencia de", "sin perjuicio de".

En fin, la remisión genérica a la "forma" y "limitaciones" establecidas en el ordenamiento jurídico pudiera concretarse más, por lo que se sugiere su incorporación en un párrafo independiente al final de la enumeración.

En relación con la protección de datos, se establece un detallado régimen de comunicaciones (letras a), b), c), d) y m) del artículo 85, número 2, y artículo 85, número 3), que también es aplicable a las instituciones de inversión colectiva (nueva redacción del artículo 70 de la Ley 35/2003 EDL 2003/112554) y a las entidades de capital-riesgo (nueva redacción del artículo 50, número 7, de la Ley 25/2009 EDL 2009/282506).

A juicio de la Agencia Española de Protección de Datos, para el ejercicio por la Comisión de sus funciones de supervisión e inspección no resulta necesario el grado de detalle que tienen los preceptos comentados. Además, subraya que la mención que se hace al final del apartado 3 del artículo 85 al artículo 11, número 2.a), de la Ley Orgánica 15/1999 EDL 1999/63731 -para precisar que el acceso a las informaciones y datos requeridos por la Comisión se encuentra amparado por dicho precepto- no exonera a la Comisión del cumplimiento de los principios consagrados en la legislación sobre protección de datos. A estos efectos, resulta especialmente relevante el principio de proporcionalidad, que se garantiza por la vinculación de la información requerida al ejercicio de las funciones de supervisión e inspección y a la delimitación de los motivos que justifican el requerimiento de información.

En línea con esa observación formulada por la Agencia, sería conveniente completar el último párrafo del apartado 3 en el sentido de precisar que el acceso a las informaciones y datos requeridos está amparado en el citado artículo 11, número 2.a) EDL 1999/63731 , en tanto en cuanto esté vinculado al ejercicio por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de sus potestades de supervisión.

También suscita algún comentario el inciso g) de ese mismo precepto, que habilita a la CNMV para acordar la prohibición temporal del ejercicio de actividades de intermediarios financieros. Por el impacto que podría tener esta medida, debería preverse que, en los casos en que fuera dirigida a una entidad de crédito, la CNMV debiera contar, para su adopción, con el informe previo del Banco de España.

La letra j) faculta a la Comisión para "acordar la suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que las personas físicas o jurídicas puedan hacer en el mercado de valores, así como requerir de ellas la remisión o difusión de información sobre estas operaciones o actividades al margen o adicional a la que vienen obligadas según lo previsto en esta ley y sus normas de desarrollo".

Suscita dudas la previsión por la cual la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede requerir a las entidades para que remitan o difundan información "al margen o adicional" a la que deben remitir o difundir con arreglo a la propia Ley del Mercado de Valores y sus normas de desarrollo. Deben delimitarse en la propia Ley esos otros supuestos en los que la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede realizar tal requerimiento o, cuando menos, definir qué circunstancias habrán de concurrir para que pueda ejercitar dicha facultad.

Por otra parte, la posibilidad de que determinadas medidas se adopten como medida cautelar al margen del ejercicio de la potestad sancionadora debiera vincularse al ejercicio de otras funciones por la Comisión. En este sentido, parece razonable vincular dicha posibilidad al ejercicio de las funciones previstas en los artículos 71 ter (medidas coercitivas en el ámbito de la actuación transfronteriza), 91 ("Cooperación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea"), 91 bis ("Intercambio de información de la Comisión Nacional del Mercado de Valores con las autoridades competentes de los Estados miembros de la Unión Europea"), 91 ter ("Negativa a cooperar o al intercambio de información") y 127 (medidas coercitivas en el ámbito de los mercados secundarios y de los sistemas multilaterales de negociación).

Finalmente, no estaría de más contemplar expresamente el trámite de audiencia a los interesados.

e) Artículo 95. El artículo 95 establece actualmente que incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la Ley del Mercado de Valores, así como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del mercado de valores. Y, a continuación, precisa que ostentan cargos de administración o dirección sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, así como sus directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que, de hecho o de derecho, desarrollen en la entidad funciones de alta dirección.

La reforma proyectada sustituye esta última mención por la relativa a "funciones de dirección", habiéndose señalado en el expediente (Banco de España) que ello origina no sólo un desajuste con la legislación sobre entidades de crédito (artículo 4.1 de la Ley 26/1988 EDL 1988/12662), sino también dificultades en cuanto a su aplicación práctica pues no existe un concepto inequívoco de lo que haya de entenderse por "dirección".

El Consejo de Estado comparte esta preocupación. Por un lado, es necesario coordinar las previsiones análogas contenidas en las diferentes legislaciones sectoriales, pues no es infrecuente que, por el tipo de entidades de que se trata, puedan estar sometidas a la doble

supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España. En este sentido, no sólo la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito se aparta del criterio que se pretende introducir en el artículo 95 de la Ley del Mercado de Valores. También en la nueva redacción que al artículo 77 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva da el apartado tres de la disposición final novena del Anteproyecto se mantiene igualmente el término "alta dirección"; y por lo que se refiere a la Ley 25/2005 EDL 2005/179839 , el concepto de "directores generales y asimilados" se restringe a "aquellas personas que desarrollen en la entidad funciones de dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados del mismo".

Por otro lado, deben emplearse, en la medida de lo posible, conceptos claros y precisos. Desde esta perspectiva, la expresión "funciones de dirección" no tiene un contenido claro, mientras que la alta dirección implica, como señala la AEB, "capacidad de decisión relevante y merecedora de un "plus" de responsabilidad".

Una segunda observación se refiere a lo dispuesto en el punto 1 de este artículo, con arreglo al cual no se considerará responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades a quienes ostenten en ellas cargos de administración o dirección y, formando parte del órgano colegiado de administración, no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes. Esta previsión, que introduce una regla similar a la contenida en el artículo 133 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, exige, sin embargo, para la exoneración de responsabilidad que se trate, de una ausencia por causa justificada. En opinión de este Consejo, debiera suprimirse este último requisito: es claro que la ausencia injustificada habrá de sancionarse con arreglo a las normas establecidas por la propia entidad para el incumplimiento de los deberes de asistencia; pero ofrece más dudas el que esta falta de justificación pueda llevar por sí sola a atribuir responsabilidades en la toma de decisiones a quien no asistió a la reunión en que se adoptaron.

Finalmente, sería conveniente estructurar el contenido de este artículo en apartados numerados.

f) Tipificación de infracciones. Debe revisarse la redacción de las letras c bis) y l bis) del artículo 99 para facilitar su comprensión. En el caso de la letra c bis) se propone la siguiente redacción (que también es trasladable a la letra l bis) con los ajustes pertinentes): "La falta de remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (...), en el plazo establecido en las normas u otorgado por ésta, de cuantos documentos, datos o informaciones deban remitírsele en virtud de lo dispuesto en la ley y en sus normas de desarrollo, o que dicha Comisión requiera en el ejercicio de sus funciones, cuando por la relevancia de la información o de la demora en que se hubiese incurrido se haya dificultado gravemente la apreciación sobre su situación o actividad; así como la remisión de información incompleta o con datos inexactos o no veraces, cuando en estos supuestos la incorrección sea relevante".

En el caso de la nueva letra z quinquies) del artículo 100 también podría mejorarse su redacción, sugiriéndose la siguiente: "La ausencia de los departamentos o servicios de atención al cliente, así como su mal funcionamiento siempre que, en este último caso, no se haya procedido a la subsanación de las deficiencias detectadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores dentro del plazo concedido al efecto".

4. Modificación de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva

En lo que se refiere a las modificaciones que introduce la disposición final novena en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, destaca la reforma del régimen de infracciones y sanciones, respecto del cual se formula la siguiente observación.

El artículo 80.a) tipifica diversas infracciones relativas al incumplimiento de determinados deberes de remisión de información. Debería sistematizarse mejor su contenido, a fin de facilitar la comprensión de las distintas infracciones.

En todo caso y por lo que se refiere a la tipificación, como infracción muy grave, del "suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información financiera regulada con datos inexactos o no veraces, o de información engañosa o que omita aspectos o datos, cuando en estos supuestos la incorrección sea relevante", se considera que la redacción proyectada resulta excesivamente indeterminada en tanto se exige simplemente que la incorrección sea relevante. Por ello, debe precisarse qué criterios objetivos han de tenerse en cuenta para valorar esa relevancia.

5. Modificación de la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. Observaciones a la Disposición Final tercera del Anteproyecto.

Como se ha señalado con anterioridad, la disposición final décima tercera da nueva redacción al artículo 30 de la Ley 44/2002 EDL 2002/46672 , consagrando en el plano normativo el modelo que en la práctica ha estado vigente. A esta nueva regulación se trasladan las previsiones de carácter general (funciones, procedimiento, etc.) que hasta ahora están previstas, en la citada Ley, para los Comisionados. En tanto no se desarrolle reglamentariamente este precepto se prevé la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 5 a 17 del Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros EDL 2004/2591. Toda esta regulación quedaría sujeta a la decisión final que se adoptara sobre el mantenimiento del sistema orgánico tripartito -Banco de España, CNMV y Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones- o de la constitución por fusión de los tres de un Servicio oficial único de reclamaciones para los clientes los servicios financieros y de seguros, en este mismo proyecto o en otro separado, cuestión ya tratada con anterioridad.

1.-En todo caso teniendo en cuenta la distinta naturaleza de los Comisionados, tal y como fueron configurados por los artículos 22 y siguientes de la Ley 44/2002 EDL 2002/46672 , y la de los servicios de reclamaciones de los órganos supervisores, alguna de las previsiones que se mantiene en la redacción proyectada en los mismos o similares términos a los que se encuentra vigente (pero referida a una figura diferente) debiera ser objeto de reconsideración. En el segundo párrafo del apartado 1 se dice, en línea con lo establecido en la redacción todavía vigente del artículo 24.b) de la Ley 44/2002 EDL 2002/46672 , que "los servicios de reclamaciones asesorarán

a los usuarios de servicios financieros sobre sus derechos en materia de transparencia y protección a la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio".

A la vista de las consideraciones anteriormente realizadas en cuanto al alcance de las funciones atribuidas a los servicios de reclamaciones, la referencia al "asesoramiento" pudiera dar lugar a la interpretación de este cometido en términos excesivamente amplios y con un componente de "personalización", como se ha puesto de relieve en el expediente, que podría exceder de tal cometido. Por ello, se considera preferible la redacción propuesta al efecto por el Banco de España: "Los servicios de reclamaciones atenderán también las consultas que formulen los usuarios de servicios financieros sobre las normas aplicables,...". En definitiva se trata de destacar que los servicios mencionados tienen encomendadas dos funciones básicas no coincidentes: A. Resolver reclamaciones y B. Atender consultas de los clientes o usuarios de los servicios financieros; sin que esta segunda actividad de responder consultas sea del todo equiparable a la de prestar asesoramiento, de alcance más amplio, técnico y personalizado.

La regulación del nuevo artículo 30 de la Ley 44/2002 EDL 2002/46672 destaca los principios a los que se ha de ajustar el Servicio (o servicios) de reclamaciones. El primero de ellos es el ya mencionado más arriba de "independencia". Este principio resulta esencial y justo por respeto a la independencia, no ya en teoría, sino en la práctica, se vino a postular en este dictamen una incardinación de los servicios de reclamaciones, separada de la organización jerárquica de los supervisores o de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El principio de "ventanilla única", como también se apuntó, no resuelve por entero el problema de la eficiencia, en la medida en que las reclamaciones se han de trasladar en el mejor de los supuestos de un servicio a otro para resolver para que cada uno de ellos resuelva en las materias de su competencia, muchas veces mezcladas en las reclamaciones de los clientes.

Finalmente se prevé en este apartado que "los servicios de reclamaciones informarán a los servicios de supervisión correspondientes cuando se aprecien indicios de reiterados incumplimientos de las normas de transparencia etc..." Sería preferible precisar que se informará a los supervisores, a los efectos correspondientes, de los "incumplimientos graves o reiterados" de las buenas prácticas y usos financieros; de modo que los incumplimientos graves no requieran de reiteración para ser trasladados.

2.-Por la misma razón, cabría plantearse si las respuestas que los servicios de reclamaciones den a las quejas y consultas formuladas deben calificarse como "informes" (apartado 2 del artículo proyectado, que sigue la línea de los vigentes artículos 22 y siguientes de la Ley 44/2002 EDL 2002/46672). La terminología adoptada de "informes motivados, que no tendrán en ningún caso carácter de acto administrativo" viene a ser la que hoy está en uso; pero es poco feliz e inexacta. Parece que lo que se pretende es dejar claro que el informe no es recurrible ni en vía administrativa ni jurisdiccional. Pero eso no excluye que tenga carácter de acto administrativo "de informe". Tampoco el informe puede acordar compensación alguna al reclamante, ni aún en el caso de que se estime fundada la reclamación. El principal efecto que se deriva de un informe favorable al cliente y contrario a la Entidad reclamada es la invitación a que ésta lleve a cabo una "rectificación voluntaria". En realidad se trata de un acto administrativo de informe, preparatorio o de trámite, que permite o bien esa rectificación voluntaria a favor del cliente o bien puede dar paso a la intervención del regulador con apertura, incluso, de un expediente sancionador. Son estos aspectos los que se deberían plasmar, mejor que entrar en un asunto académico de si un informe es o no un acto administrativo.

También se debería fijar por ley un plazo máximo para resolver o informar cada reclamación no superior a un plazo razonable, que podría ser de cuatro meses. En la actualidad puede haber demora en seis o más meses, plazo excesivo e irrazonable que sumado al consumido para los trámites previos ante el Servicio de Atención al cliente o el Defensor de las Entidades puede superar el año.

3. Se debería añadir, finalmente, al contenido de la Memoria del Servicio o servicios de reclamaciones, la obligación expresa de recoger los criterios básicos utilizados para resolver las consultas, quejas y reclamaciones sobre transparencia, malas prácticas y usos financieros o conductas incorrectas de las Entidades. Esto se viene haciendo hoy de hecho con gran utilidad y no debe faltar como contenido preceptivo de la Memoria.

6. Modificación de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito

a) Artículo 5. Para asegurar que las normas dictadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 27, número 2, de la proyectada nueva Ley sean normas de obligado cumplimiento, se sugiere modificar la letra e) del artículo 5, que tipifica las infracciones graves, en los siguientes o parecidos términos: "e) La realización de actos u operaciones con incumplimiento de las normas dictadas al amparo del número 2 del artículo 28 de esta Ley o al amparo del número 2 del artículo 27 de la Ley de Economía Sostenible".

b) El reforzamiento de las potestades de supervisión, inspección y sanción del Banco de España. Cabría sopesar la conveniencia de atribuir al Banco de España, en línea con la modificación proyectada del artículo 85, número 2, de la Ley del Mercado de Valores, la posibilidad de adoptar determinadas medidas en el ejercicio de sus potestades de supervisión, inspección y sanción, comprendiendo también las medidas cautelares en términos análogos a los establecidos para la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

También debiera valorarse la conveniencia de endurecer el régimen previsto para impedir la continuidad de la actividad de captación irregular de fondos, en línea con la propuesta formulada por el Banco de España.

7. Modificación de la Ley de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados

La nueva redacción que el Anteproyecto da al artículo 8 de la Ley 26/2006 EDL 2006/93784 introduce una nueva figura: los llamados "auxiliares-asesores". Frente a los auxiliares externos, que colaboran con los mediadores en la distribución de productos de seguros actuando por cuenta de dichos mediadores y que únicamente pueden realizar trabajos de captación de la clientela, así como funciones auxiliares de tramitación administrativa, los auxiliares-asesores pueden, además, prestar asistencia en la gestión, ejecución y formalización de los contratos de seguro, o en caso de siniestro.

En la exposición de motivos de la Ley 26/2006 EDL 2006/93784 se recoge, como uno de las novedades que merecen destacarse frente a la Ley de 1992, "la regulación de una figura única, los auxiliares externos de los mediadores de seguros, que por no tener la condición de mediadores de seguros tienen limitadas sus funciones a la mera captación de clientela y que actúan bajo la responsabilidad del mediador de seguros por cuenta del que trabajan. Esta regulación obedece a un intento de aclarar la confusión generada en el mercado en los últimos años por la actuación desarrollada por los denominados subagentes y colaboradores previstos en la legislación que se deroga".

No se refleja en el expediente cuál es la necesidad a la que trata de dar respuesta esta nueva figura, que quiebra en cierta medida el propósito unificador de la Ley 26/2006 EDL 2006/93784. Pero la objeción más importante se refiere a la imprecisa delimitación que, con arreglo al texto proyectado, se produce entre la actividad de mediación y la función de estos auxiliares- asesores.

En efecto, según el artículo 2.1 de la Ley 26/2006 EDL 2006/93784, que trae causa de la Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros, "se entenderá por mediación aquellas actividades consistentes en la presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración de un contrato de seguro o de reaseguro, o de celebración de estos contratos, así como la asistencia en la gestión y ejecución de dichos contratos, en particular en caso de siniestro".

A partir de esta definición, resulta difícil establecer con nitidez los límites que separan ambas figuras -mediador y auxiliar-asesor- ya que, aunque es claro que el auxiliar-asesor no puede realizar las actividades consistentes en la puesta en contacto del tomador con la entidad aseguradora (pues es sólo el mediador quien tiene una relación directa con la entidad), se produce un solapamiento de sus funciones relativas a la prestación del servicio de asistencia en la gestión y ejecución de los contratos, con la sola diferencia de que el auxiliar-asesor realiza tales funciones por cuenta del mediador.

El párrafo primero del proyectado artículo 8.2 EDL 2006/93784 señala que los auxiliares externos -que comprenden también a los auxiliares-asesores- no tienen la condición de mediadores de seguros ni podrán asumir funciones reservadas a éstos por la ley. Sin embargo, lo cierto es que los auxiliares- asesores realizan funciones que materialmente son propias de los mediadores.

Por tanto, si se opta por mantener esta figura, debe revisarse la regulación proyectada en el sentido de establecer una clara y precisa delimitación de las funciones que corresponden a una y otra, resultando insuficiente a tales efectos la definición que se contiene en el párrafo primero del artículo 8.1 EDL 2006/93784. No se objeta que se introduzca una categoría de auxiliar externo con funciones más amplias que las que actualmente tienen encomendadas, pero estas funciones han de estar claramente diferenciadas de las que por ley están reservadas a los mediadores.

8. Modificación del texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones

El artículo 26 bis proyectado constituye una de las principales novedades que se introducen en el marco legal de los planes y fondos de pensiones por la disposición final décima quinta del Anteproyecto. Regula, como se ha apuntado anteriormente, la comercialización de los planes de pensiones.

La actividad de comercialización de los planes de pensiones del sistema individual corresponde, según la redacción proyectada, a la entidad gestora del fondo de pensiones en el que se integre cada plan, pudiendo delegar dicha función mediante acuerdos de comercialización con terceros. La comercialización podrá delegarse en las entidades y personas autorizadas para operar en España que el precepto enumera a continuación.

Ha de destacarse que la regulación proyectada, con el fin de incrementar la seguridad jurídica en la comercialización de los planes, se aparta del modelo previsto en el ámbito de la inversión colectiva, con arreglo al cual la comercialización pueda corresponder a la sociedad gestora o directamente a determinadas entidades, sujetas igualmente a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Banco de España y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Tanto si la función de comercialización se atribuye en exclusiva a la Gestora, como si se establece la posibilidad de su delegación, en ambos casos la responsabilidad subsidiaria ha de ser de la Gestora.

De otra parte, el apartado 2 del proyectado artículo 26 bis establece que "el comercializador deberá suministrar una información sobre los planes de pensiones y ofrecer su asesoramiento sobre la adecuación de los mismos a las características y necesidades de los partícipes, en los términos que se establezcan reglamentariamente".

Es cierto que el alcance de la función de asesoramiento está siendo objeto de debate en diversas instancias europeas y que se trata, en todo caso, de una función de perfiles difusos o, más precisamente, de una función de contenido flexible, según cuál sea la concreta definición que al respecto y dentro de los límites derivados del propio significado del término, establezca el legislador, ya sea comunitario o nacional.

Pero no es menos cierto que el ordenamiento vigente distingue claramente entre asesoramiento y comercialización. Así, según el artículo 63.1.f) de la Ley del Mercado de Valores, se entiende por asesoramiento en materia de inversión la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. En cambio, no se considera asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros, las cuales únicamente tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.

Por tanto, el asesoramiento excede la labor de comercialización y la inclusión de este término en el apartado examinado podría inducir a confusión. Plantea, por ejemplo, la duda de si pueden prestarlo aquellas de las entidades enumeradas en el apartado 1 que no están autorizadas expresamente por la Ley del Mercado de Valores (pues hay que recordar que el asesoramiento se configura como un servicio de inversión cuya prestación se reserva a las empresas de servicios de inversión en los términos establecidos por la citada Ley). De otra parte, la posibilidad de percibir una remuneración por la prestación de este servicio, que no es infrecuente en la práctica,

choca con la previsión por la que el partícipe o beneficiario no ha de soportar gasto alguno derivado de la comercialización (último párrafo del apartado 2).

A ello hay que añadir que el objeto mismo del asesoramiento proyectado -la adecuación de los planes de pensiones a las características y necesidades de los partícipes- tiene una indudable dimensión subjetiva, que dificulta la delimitación de la obligación de información.

En definitiva, y por las razones indicadas, sería conveniente evitar la utilización del término asesoramiento. De lo que se trata, en definitiva, es de articular una protección más eficaz para el futuro partícipe; objetivo cuya consecución depende, esencialmente, de que se le suministre una información completa y suficiente sobre las características del producto.

B) Telecomunicaciones y Sociedad de la Información

El Anteproyecto también contiene novedades en relación con la ordenación del sector de las telecomunicaciones y la sociedad de la información, al que dedica el Capítulo V de su Título II (artículos 55 a 60).

Las previsiones de la proyectada nueva Ley al respecto suscita comentarios que se enuncian en relación con cada uno de esos preceptos.

1. Artículo 55. El objeto del artículo 55 del Anteproyecto consiste en incorporar al Derecho español la Directiva 2009/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifica la Directiva 87/372/CEE del Consejo, relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad. Para ello, reserva la banda de frecuencia de 900 Mhz (y también la banda de 1.800 Mhz, de conformidad con la Decisión de la Comisión de 16 de octubre de 2009 que cita) para los sistemas GSM, UMTS y otros capaces de presentar servicios de comunicaciones que puedan coexistir con los sistemas GSM.

La Directiva citada contempla la posibilidad de "modificar o reconsiderar los derechos de uso del espectro" con el fin de que no se produzcan falseamientos de competencia en relación con el uso de la banda de 900 Mhz, posibilidad ahora desarrollada por el apartado 2 de este precepto. Estima ajustado el Consejo de Estado este apartado, en tanto prevé que las eventuales modificaciones de uso de la banda de 900 Mhz se llevarán a cabo manteniendo en todo caso "el equilibrio económico financiero de los títulos habilitantes", lo que determina que las eventuales compensaciones a que pudiera haber lugar como consecuencia de dicha reordenación deban hacerse en el seno mismo de la relación que une al titular del derecho de uso del dominio público radioeléctrico con la Administración.

2. Artículo 56. En este artículo, además de las bandas de 900 Mhz y de 1.800 Mhz -que han quedado definidas en el artículo anterior-, se hace referencia a las bandas de 2.100 Mhz y de 3,5 GHz. Convendría definir con mayor precisión cuáles son estas bandas de frecuencias.

3. Artículo 59. Este artículo, bajo la rúbrica "dividendo digital", se refiere a la reorganización del espectro que se realizará con el fin de liberar la banda de frecuencias de 790 a 862 Mhz, con el fin de que pueda ser dedicada a nuevos usos. Con este propósito, establece que los costes derivados de dicha reorganización "serán sufragados por la Administración con los ingresos obtenidos en las licitaciones públicas que se convoquen para asignar espectro radioléctrico".

Valora favorablemente el Consejo de Estado esta última previsión relativa a la forma de sufragar los costes de la reorganización del espectro, cuestión que ha planteado preocupación al sector, como ha puesto de manifiesto la tramitación del proyecto de Real Decreto por el que se regula la asignación de los múltiples de la televisión digital terrestre tras el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, consultado a este Consejo de Estado en el expediente núm. 138/2010. Por otra parte, la rúbrica de ese precepto es más propia de la memoria explicativa de la proyectada legislación que de un texto legal, de modo que debería revisarse.

4. Artículo 60. Este artículo regula la inclusión, como parte del servicio universal, de una conexión que permita comunicaciones de datos de banda ancha a una velocidad de 1 Mbit por segundo.

El artículo 22 de la Ley General de Telecomunicaciones regula el servicio universal como "el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible". El régimen del servicio universal está actualmente desarrollado en el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que tras la modificación operada por el Real Decreto 329/2009, de 3 de marzo, incluye, dentro del servicio universal, a la conexión a la red telefónica pública que ofrezca a los usuarios la posibilidad de "establecer comunicaciones de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet, con arreglo a las interfaces autorizadas".

A lo largo de la tramitación del Anteproyecto, se han suscitado dudas acerca de si su finalidad consiste en incluir dentro del servicio universal la conexión a redes que permitan el acceso a Internet a una velocidad de 1 Mbit o si, más allá de ello, lo que se pretende es incluir dentro del servicio universal, no sólo dicha posibilidad, sino también el servicio mismo de acceso a Internet.

Estas dudas han sido puestas de manifiesto, en particular, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. En efecto, en su informe, y después de exponer su parecer favorable a la universalización de la conexión que permita el acceso a la banda ancha con la velocidad ya referida, ha advertido acerca de los problemas que podrían suscitarse si lo que se pretendiera, más allá de lo anterior, fuera incluir, dentro del servicio universal, que todos los ciudadanos tuvieran un servicio de acceso a Internet a un precio asequible. En este último caso, señala el informe, surgirían problemas que podrían afectar a la competencia en los mercados, dado que implicaría que un servicio que se presta actualmente en libre competencia, y en el que hay numerosos operadores con una pluralidad de ofertas, podría quedar en manos de un operador o de unos pocos designados para la prestación del servicio universal; y advierte igualmente el mencionado informe acerca de los problemas de financiación que encontraría una propuesta semejante, que habría de financiarse necesariamente con cargo a los presupuestos públicos.

Tras el mencionado informe, se ha dado nueva redacción al precepto que se comenta, tratando, al parecer, de establecer que lo que se incluye como parte del servicio universal es la posibilidad de disponer de una conexión que soporte comunicaciones de datos en banda ancha, y no, propiamente, de garantizar como parte del servicio universal la prestación de un servicio de acceso a Internet.

Con todo, estima el Consejo de Estado que la actual redacción dada a este artículo pudiera no ser suficientemente clara y generar dudas en cuanto a su preciso alcance. En este sentido, sí parece claro, en principio, el primer inciso de este precepto -que determina que lo que se garantiza es una conexión que pueda permitir "comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente de 1 Mbit por segundo"-, las referencias que se hacen a continuación en el mismo apartado 1 a la exigencia de aprobar un Reglamento que regule las condiciones de prestación del servicio de acceso a la red pública de banda ancha pueden llevar a error o dudas.

En consecuencia, propone el Consejo de Estado modificar la redacción dada a este precepto, con el fin de establecer con claridad que lo que se garantiza, como parte del servicio universal, es que la conexión a la red permita el acceso a velocidad funcional (1 Mbit), y no, propiamente, la prestación del servicio de acceso a Internet.

Por lo demás, este artículo es conforme con el Derecho comunitario. A este respecto, cabe citar la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. Esta Directiva, en la modificación que hace de la Directiva de Servicio Universal, establece que "los Estados miembros velarán por que al menos una empresa satisfaga todas las solicitudes razonables de conexión desde una ubicación fija a la red pública de comunicaciones", precisando que dicha conexión deberá permitir "realizar comunicaciones de datos, fax y voz a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet". Sin embargo, en lo que hace a la velocidad de acceso, se da flexibilidad a los Estados para que puedan adoptar la decisión correspondiente (p. 5 de la parte expositiva de esta Directiva).

C) Las modificaciones del ámbito de actuación de las cooperativas agrarias

La novedad que el Anteproyecto contiene al respecto es limitada, ya que se centra en las actividades complementarias que las cooperativas agrarias pueden llevar a cabo.

Esas actividades están ya recogidas en el actual artículo 93, número 2.d), de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, que, en concreto, alude a las actividades que sean necesarias o convenientes o que faciliten el mejoramiento económico, técnico, laboral o ecológico de la cooperativa o de las explotaciones de los socios.

La proyectada nueva legislación añade a ese enunciado general la precisión de que incluirá la prestación de servicios (realización de labores agrarias y otras análogas) por la cooperativa y con su personal, a favor de sus socios y en sus explotaciones.

Se trata, por lo tanto, de una puntualización de una previsión legal ya existente, que se desenvuelve dentro de los contornos de esta última y de la definición general de las cooperativas agrarias, de modo que contribuirá a extraer todas las posibilidades de esa figura asociativa.

Novena. El Anteproyecto rubrica su Título III "Sostenibilidad medioambiental", lo que parece indicar que lo dedica a la vertiente medioambiental de la sostenibilidad de nuestro sistema económico, que es, como quedó indicado al comienzo de estas consideraciones, una de las tres perspectivas que contempla al efecto, junto con las de índole económica y social.

Sin embargo, esa división sistemática no es tan rigurosa como sugiere la rúbrica empleada, ya que ha habido ocasiones de constatar que varias previsiones del Anteproyecto ubicadas en otras partes del mismo responden, también, a esa vocación medioambiental (como es el caso de las previsiones aparentemente tan diversas como las dedicadas a la sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas).

En todo caso, ese contenido medioambiental del Título III del Anteproyecto se concreta en diversas medidas en una serie de ámbitos como son la regulación de un modelo energético sostenible, la reducción de emisiones, el transporte y la movilidad sostenible y la rehabilitación del medio urbano y la vivienda.

Ciertamente, todos estos ámbitos están vinculados con el criterio de sostenibilidad ambiental, de forma más intensa en algunos casos -como en el de la reducción de emisiones, que es una política típicamente medioambiental-, pero también en el resto. Así sucede, en particular, en lo que hace al modelo energético, pues si bien concurren en él también otros fines (como son los de seguridad del suministro y eficiencia económica que enuncia el artículo 97), se trata de un ámbito en el que se han plasmado los objetivos nacionales y comunitarios en la lucha contra el cambio climático. Consideraciones análogas cabría realizar en relación con las medidas previstas en el ámbito de los transportes y de la rehabilitación y la vivienda.

Adicionalmente, no todas las medidas previstas en el Título III del Anteproyecto en relación con cada uno de estos sectores que contempla tienen sólo una finalidad medioambiental. Por el contrario, en el caso de los transportes y de las infraestructuras, muchas de las medidas adoptadas responden a objetivos de asegurar la libre competencia o la eficiencia económica.

A) Modelo energético sostenible (artículos 97 a 108)

1. Artículo 97

? Este artículo enuncia los principios de política energética que serán aplicables tanto en el caso de la energía eléctrica -regulada en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico EDL 1997/25088 -, como en el de los hidrocarburos -regidos por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos EDL 1998/45503 -. Además, los objetivos que se fijan y el marco procedimental de planificación al que se alude se refieren también a ambos sectores.

La enunciación de estos principios ha merecido una valoración positiva a la Comisión Nacional de Energía, en cuanto pueden servir de parámetro en la valoración de las normas, más allá de los aspectos puramente económicos. Sin embargo, junto a lo anterior, la Comisión Nacional de Energía ha manifestado lo siguiente:

"Asimismo, para fomentar unos mercados energéticos competitivos en beneficio del consumidor final, junto con la convergencia a un modelo energético sostenible y eficiente deben articularse las medidas regulatorias necesarias, mantenidas en el tiempo, para que las empresas y los particulares tomen las decisiones de inversión y consumo que lleven a la consecución del modelo energético sostenible. Por este motivo, sería necesario incluir que el Gobierno impulsará también una regulación estable, eficiente y coordinada en materia energética".

Comparte el Consejo de Estado esta valoración favorable que se hace del Anteproyecto, en tanto enuncia de forma sintética pero suficientemente expresiva los principios que han de regir la política energética. Asimismo, resulta positiva la previsión de una planificación integral del modelo energético.

Y también se comparte el parecer de la Comisión Nacional de Energía en lo que hace a la regulación del sector. Por ello, con el fin de dotar de una cierta estabilidad y certidumbre jurídica a la regulación, el precepto ahora comentado y, más en general, los integrados en el mismo Capítulo en el que se ubica deberían dirigirse a contar en este ámbito -y principalmente en el sector de la energía eléctrica- con una regulación estable, predecible y clara. En efecto, la proliferación de normas en este ámbito, la urgencia en su tramitación y su falta de inserción en un marco sistemático y coherente, hace que a menudo se planteen dudas en cuanto a la seguridad jurídica, predecibilidad y claridad normativa del marco regulador por parte de los operadores.

2. Artículo 98

Este artículo determina dos objetivos fundamentales en relación con el modelo energético:

- En primer lugar, un objetivo nacional, cual es que las energías renovables tengan una participación del 20 por ciento en el consumo de energía final bruto en 2020, con una cuota de energía procedente de energías renovables en todos los tipos de transporte que sea como mínimo equivalente al 10 por ciento del consumo final (apartado 1).

- En segundo lugar, un objetivo de disminución de la demanda de energía primaria sobre un escenario tendencial en ausencia de políticas activas de ahorro del 20 por ciento para 2020.

A estos objetivos, se agrega, además, el relativo a la reducción de emisiones que se incluye en el artículo 109, que se define por remisión a los compromisos que correspondan a España (y que, junto al resto, conformarían lo que se ha denominado objetivo del 20-20-20).

De este modo, el artículo en cuestión fija las bases para el modelo de planificación que desarrollan los artículos siguientes, de forma coherente con las exigencias que resultan del Derecho comunitario.

Conviene advertir, que, en este punto, la proyectada nueva legislación viene a incorporar parcialmente al Derecho interno la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE. En efecto, esta Directiva fija para España el objetivo de participación de las energías renovables en el 20% del consumo final para 2020, y determina una serie de instrumentos para lograr dichos fines, entre los cuales se incluyen los Planes de acción nacionales en materia de energía renovable a que hace referencia el apartado 4 de este artículo.

En consecuencia, este artículo merece una valoración positiva.

3. Artículo 99

El artículo 99 se refiere al documento de planificación relativo al modelo de generación de energía.

Convendría precisar en él que el modelo de generación de energía que se apruebe debe ser, además de acorde con los principios recogidos en el artículo 97, coherente con los objetivos que se establecen en el artículo 98.

4. Artículo 103

La definición de empresas de servicios energéticos que recoge este precepto es acorde con la incluida en la Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE.

Además, la previsión de un plan de impulso de estas empresas es igualmente coherente con el mandato, recogido en el artículo 6, número 3, de esa Directiva, de que los Estados aseguren "que existen suficientes incentivos, competencia justa y reglas de juego uniformes para otros agentes del mercado distintos de los distribuidores de energía, los operadores de sistemas de distribución y las empresas minoristas de venta de energía, por ejemplo ESE" ("empresas de Servicios Energéticos).

5. Artículo 106

Este artículo determina que todas las Administraciones Públicas incorporarán los principios de ahorro y eficiencia energética y de utilización de fuentes de energía renovables.

Conviene tener en cuenta, en todo caso, que, en el Derecho español, las disposiciones sobre ahorro de energía y limitación de temperaturas no se han regulado únicamente en relación con las Administraciones Públicas, sino también en relación con establecimientos de acceso público. Así, el Real Decreto 1826/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de instalaciones térmicas en los edificios, aprobado por Real Decreto 1027/2007, de 20 de julio, estableció "por razones de ahorro

energético" ciertas reglas de limitación de temperaturas en edificios y locales administrativos, comerciales y de pública concurrencia, que implican una limitación de la temperatura en recintos calefactados de 21º y de 26º en recintos refrigerados.

Al margen del contenido concreto de dicho real decreto, es lo cierto que normas como la expuesta, que imponen obligaciones vinculadas al ahorro energético más allá del ámbito de las Administraciones Públicas, no cuentan con previsiones legales específicas ni con una ordenación sistemática de rango legal. Por ello, dados los objetivos que se propone la norma consultada en relación con la reducción del consumo energético, que ha de alcanzar el 20% en 2020, se propone considerar la conveniencia de extender el alcance de los principios de ahorro y eficiencia energética afirmados en el apartado 1 de este artículo -y de la consiguiente posibilidad de imponer obligaciones proporcionadas y justificadas por la exigencia de ahorro energético- a los edificios y locales de uso público.

6. Artículo 108

Este artículo da nueva redacción al artículo 99.f) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo EDL 2004/3271, lo que hace "con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de la entrada en vigor" de la Ley cuyo Anteproyecto se consulta. El sentido de la modificación propuesta consiste en sustituir la referencia al Real Decreto 2994/1982, de 15 de octubre, sobre restauración de espacios naturales afectados por actividades mineras, por otra al Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras, cuya disposición derogatoria ha alcanzado al citado Real Decreto de 1982.

Por ello, a juicio del Consejo de Estado, procedería que la modificación del precepto legal se produjera con la entrada en vigor de la proyectada nueva Ley, y que se incluyera una disposición transitoria que se refiriese específicamente a las actuaciones comprendidas en los planes de restauración previstos en el citado Real Decreto de 1982.

B) Reducción de emisiones (artículos 109 a 113)

1. Artículo 111

Este artículo se refiere a la compensación de emisiones de CO₂ a través de inversiones en incremento y mantenimiento de masas forestales, programas agrarios de reducción y otros programas. Puntualiza el apartado 3 que "esta compensación no será válida a los efectos del cumplimiento de la obligación de entrega anual de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en el marco del régimen de comercio de derechos de emisión".

Estima el Consejo de Estado, que, con el fin de dar mayor claridad al presente artículo, debiera especificarse a qué efectos se refiere la "compensación", más allá de las referencias a los artículos 70 y 103 de la Ley 30/2007, de 30 de diciembre, de Contratos del Sector Público EDL 2007/175022.

2. Artículo 112

Este artículo prevé la creación del Fondo para la compra de créditos de carbono, cuyo objeto consiste en "generar actividad económica baja en carbono y contribuir al cumplimiento de los objetivos del Protocolo de Kyoto asumidos por España mediante actuaciones de ámbito nacional". Como es sabido, el Protocolo de Kyoto fijó como objetivo la reducción de las emisiones contaminantes entre 2008 y 2012, tomando como referencia los niveles de 1990. Por ello, la referencia que se hace en la creación del Fondo al Protocolo de Kyoto podría dar lugar a entender que los objetivos de dicho Fondo se refieren al período de tiempo que resta hasta el fin de 2012, lo que no parece ser, sin embargo, la intención que persigue la norma.

Por ello, y para mantener actualizada la definición del objeto del Fondo, se estima que debiera sustituirse la referencia a "los objetivos del Protocolo de Kyoto" por otra más genérica, que aludiera a los compromisos internacionales en términos más amplios.

Al margen de ello, estima el Consejo de Estado que, con el objeto de mejorar la técnica normativa, cabría reunir en un único apartado los actuales apartados 2 y 6 -que resultan redundantes en algunos aspectos-.

3. Artículo 113

El artículo 113 tiene por objeto incrementar la deducción por inversiones medioambientales, para lo cual introduce diversas modificaciones en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo EDL 2004/3271, y en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio EDL 2006/298871.

Ha de hacerse una consideración específica sobre el apartado 4 de ese artículo. Su objeto consiste en modificar el apartado 2 de la disposición derogatoria segunda de la Ley 35/2006 EDL 2006/298871. Ciertamente, en principio, carece de sentido que una Ley venga a modificar los efectos derogatorios de otra norma anterior, pues de ordinario, estos efectos se han producido y agotado ya con la entrada en vigor de dicha Ley anterior.

Sin embargo, a juicio del Consejo de Estado, en el presente caso está justificada la modificación introducida, ya que la finalidad consiste en establecer que los efectos derogatorios, que en la citada disposición se preveían para 1 de enero de 2011, no alcanzan a todo el artículo 39, sino únicamente a los apartados 2 y 3, lo que es coherente con la nueva redacción que se da al artículo 39, número 1.

C) Transporte y movilidad sostenible (arts. 114 a 128)

1. Artículo 114

Este artículo define unos principios generales a los que ha de atenerse la regulación de las actividades de transporte por las Administraciones Públicas. Sin embargo, la rúbrica hace referencia a la regulación "económica". No se entiende qué se quiere expresar con este adjetivo. En todo caso, siendo evidente que la regulación es de naturaleza jurídica, y que los aspectos de dicha regulación no se ceñirán a los aspectos puramente económicos, se propone suprimir de la rúbrica del artículo -y acaso también de la sección- el adjetivo "económica".

Por otra parte, en este precepto pasa un tanto desapercibida la alusión a los fines medioambientales en la política de transporte, referidos en el apartado e) únicamente al fomento de determinados medios de transporte. Contrasta esa referencia, que se hace también junto a otra al menor coste energético y a la "intermodalidad", con la circunstancia de que la regulación de los aspectos de transporte y movilidad se incluyan, dentro del Anteproyecto, en el Título que ahora se analiza, bajo la ya citada rúbrica de "sostenibilidad ambiental". Y contrasta también con la relevancia que tiene la regulación del transporte dentro de la lucha por la reducción de gases de efecto invernadero, relevancia que resulta tanto en el ámbito nacional (como evidencia la circunstancia de que la denominada "movilidad sostenible" sea una de las seis líneas estratégicas en la lucha estratégica contra el cambio climático señaladas por la Comisión Delegada del Gobierno para el Cambio Climático en su sesión de 17 de julio de 2008), como en el plano comunitario (en el que el objetivo de la reducción de consumo de energía en un 20% para 2020 se vincula a una reducción en el ámbito del transporte del 10%). Se propone, por ello, dar un carácter más general a este principio, vinculándolo a los objetivos generales en materia de sostenibilidad ambiental.

También en este artículo, la referencia a una "gestión eficiente" pudiera referirse no sólo a los operadores, sino también a las Administraciones Públicas y, en particular, a los reguladores, a los que la proyectada nueva Ley atribuye un papel muy relevante en la ordenación del sector, definiendo mercados, elaborando y aprobando planes y gestionando sistemas de información.

2. Artículo 115

Define este precepto un sistema de clasificación de mercados de transporte que ha de aprobar el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Fomento. Este sistema, que carece de valor normativo, ha de servir de guía para desarrollar y adaptar el marco regulatorio a los principios enunciados en el artículo 114 y, en especial, al de competencia.

En el primer inciso, debiera establecerse que la aprobación se produce a propuesta "del Ministro" en lugar del Ministerio. Por otra parte, también en el último inciso de este primer apartado, la referencia a la actualización de las sucesivas modificaciones debe hacerse al documento de clasificación de los mercados, dado que el informe de la Comisión Nacional de la Competencia, en puridad, no se actualiza ni modifica; ello sin perjuicio de exigir la publicación de los informes que emita dicha Comisión con motivo de las revisiones de la clasificación de los mercados.

En el apartado 2, al determinar los modelos de regulación de acceso al mercado se señalan los tres siguientes: el de acceso libre; el de acceso restringido -que puede ser "para la operación en exclusividad o junto con un número limitado de operadores"-, y el "acceso reservado a un operador en exclusiva".

La Comisión Nacional de la Competencia ha puesto de manifiesto que no resulta claro ni correcto el deslinde entre estos tipos.

El Consejo de Estado comparte dicho parecer. La clasificación, en los términos en que se realiza, no es correcta, pues dos de los tipos -los dos últimos- se solapan, en los términos en que se definen, ya que lo característico del tercer modelo sería que se produce un "acceso reservado a un operador en exclusiva", siendo así que, en relación con el segundo modelo -el de acceso restringido-, se prevé también que puede ser prestado por un operador en exclusiva.

Naturalmente, ello no quiere decir que la existencia de tres modelos no pueda estar justificada, sino que la definición de estos modelos ha de hacerse de forma más precisa, de modo que los identifique claramente. Un examen del régimen vigente permitiría afirmar que, junto a regímenes de acceso libre, hay otros en los que, siendo el acceso restringido, es posible establecer procedimientos de concurrencia competitiva, mientras que en otros casos -que deben ser excepcionales- no es posible tal concurrencia. Por ello, si es esta circunstancia -la de que se pueda o no promover la concurrencia competitiva- la que se tiene realmente en cuenta para definir los tres modelos, debiera expresarse de forma clara e inequívoca.

Por último, y en línea con las consideraciones ya realizadas acerca de la relevancia que ha de tener el objetivo de sostenibilidad medioambiental en el diseño de las políticas de transporte, se estima que sería conveniente dar cabida en esta clasificación a referencias al coste medioambiental de los diferentes modelos. Ello es coherente, por una parte, con la finalidad de la clasificación -que según el artículo que se analiza, ha de ser la de servir de guía para la elaboración del marco regulatorio-, y, por otra parte, con la relevancia que tiene la regulación del transporte en la política de limitación de emisiones, eficiencia energética y lucha contra el cambio climático.

3. Artículo 116

Este artículo define los servicios de transporte de interés público, encomendando al Consejo de Ministros la declaración de obligaciones de servicio público en servicios de transporte de interés público de competencia estatal, y al Ministro -Ministerio dice el apartado 3- el establecimiento de las condiciones de prestación del servicio.

La Comisión Nacional de la Competencia, en su informe, echa en falta una mayor precisión en la justificación del interés general de un servicio y un mayor detalle en la regulación de otros aspectos.

A este respecto, conviene tener en cuenta que, si bien de ordinario la definición de un servicio como de interés general y de una obligación como de servicio público puede traer importantes beneficios, en particular para los usuarios que pueden acceder al servicio o a una prestación en condiciones accesibles que no serían posibles de otra forma, cuando se utiliza la declaración más allá del ámbito que le es propio, puede ponerse en peligro la libre competencia, cuyo respeto es afirmado en el Anteproyecto (artículo 114) como principio al que ha de atender la regulación.

Por ello, comparte el Consejo de Estado el criterio manifestado por la Comisión Nacional de la Competencia, y estima que la proyectada nueva Ley debiera recoger una definición de los criterios que permiten calificar un servicio como de interés general y determinar cuáles son las obligaciones de servicio público que se pueden imponer.

A este respecto, debe subrayarse la relevancia que tiene la concreción de estos criterios y su plasmación en la Ley, dado que la delimitación de los transportes de interés general afecta, de forma muy importante, a la libre prestación de servicios, como puso de manifiesto el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en la Sentencia de 20 de febrero de 2001.

Por otra parte, en este artículo, las referencias al Ministerio de Fomento debieran hacerse a su titular, el Ministro, que es el que ha de tener la potestad de propuesta de la declaración de obligaciones de servicio público y de establecer las condiciones de prestación de dicho servicio.

4. Rúbrica de la Sección 2ª del Capítulo III del Título III

Alude la rúbrica a la "planificación y gestión eficiente de las infraestructuras y de los servicios de transporte". Sin embargo, los artículos 118 y 119, que son los que integran esta Sección, hacen referencia, en realidad, a las infraestructuras de transporte y no a los servicios, por lo que debiera suprimirse en la rúbrica la alusión a estos últimos.

5. Artículo 118

Se refiere la rúbrica de este precepto a los objetivos y prioridades de la planificación "estatal" de las infraestructuras de transporte. En consonancia con ello, en el apartado 1 y en el apartado 2, debe puntualizarse que lo que se definen son, respectivamente, objetivos y prioridades de la planificación "estatal" de las infraestructuras.

6. Artículo 119

En este artículo, no resulta correcto hablar de colaboración interadministrativa al referirse a la que se tiene que producir entre los operadores del transporte y las Administraciones Públicas.

7. Artículo 120

El artículo 120 define los principios en materia de movilidad sostenible. Con el fin de dar mayor claridad a la norma, podría recogerse una definición sintética de lo que se entiende por tal, de conformidad con el Derecho comunitario (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 22 de junio de 2006) y con el propio documento aprobado por el Consejo de Ministros en 30 de abril de 2009 (denominado "Estrategia Española de Movilidad Sostenible"), que define ésta como aquella que garantiza que los "sistemas de transporte respondan a las necesidades económicas, sociales y medioambientales, reduciendo al mínimo sus repercusiones negativas".

8. Artículo 121

Al comienzo de este precepto, debiera recogerse un inciso semejante al siguiente: "Son objetivos de la política de movilidad sostenible los siguientes:", de conformidad con la técnica seguida en otros preceptos del Anteproyecto. Seguidamente, cada uno de los objetivos debieran ordenarse anteponiendo las letras minúsculas en orden alfabético.

9. Artículo 122

Este artículo define los planes de movilidad sostenible, que podrán tener ámbito territorial autonómico, supramunicipal o municipal. El apartado 6 establece que estos planes tendrán una vigencia de tres años desde la fecha de su aprobación y que antes de dicha fecha deberá ser aprobada su actualización.

Dado que la competencia para elaborar estos planes corresponde a las Comunidades Autónomas y, en su caso, a los entes locales, podría considerarse sustituir la referencia al plazo de tres años por otra más genérica, que disponga su actualización periódica.

Por otra parte, se menciona en este artículo y en el siguiente la Estrategia Española de Movilidad Sostenible; cabría puntualizar que se trata del documento aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009.

10. Artículos 126 y 127

Se incluyen en estos artículos algunas normas para la compra de determinados tipos de vehículos por parte de determinadas entidades. Con ello, viene a incorporar al Derecho español la Directiva 2009/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes. Ello explica la referencia contenida en el apartado 1 del artículo 127 a la fecha de 4 de diciembre de 2010, fecha en la que vence el plazo de transposición dado al Estado en su artículo 10.

11. Disposición adicional séptima

Se regula en ella el método de cálculo de los costes de utilización durante la vida útil del vehículo, a los efectos previstos en el artículo 127 de la proyectada nueva Ley.

Aparte de una revisión general de la disposición, estima el Consejo de Estado que no resulta ni necesario ni adecuado recoger como anexo a la disposición adicional los tres cuadros que se incluyen, para lo cual debieran realizarse los correspondientes ajustes de redacción.

Al margen de ello, cabe destacar el alto contenido técnico de esta disposición. Por ello, su inclusión en una norma de rango legal pudiera dar a dicha regulación una rigidez no deseada ni deseable. En consecuencia, se considera que sería oportuno sustituir la regulación ahora proyectada por una remisión a una norma reglamentaria, sin perjuicio de establecer, si así se estima oportuno, los principios del método de cálculo de los costes referidos.

12. Disposición final trigésima

Esta disposición tiene por objeto modificar la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres EDL 1987/12128 .

En particular, las modificaciones que se introducen en el artículo 72 se ajustan al Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo.

Por otra parte, la modificación de los artículos 73 y 74 de la referida Ley tiene por objeto precisar los criterios que se han de tomar en consideración en el otorgamiento de concesiones de transporte de viajeros. No obstante, tal y como ha apuntado la Comisión Nacional

de la Competencia, se echa en falta en estos preceptos una mayor concreción de los criterios que han de tenerse en cuenta y de la ponderación de estos.

D) Rehabilitación y vivienda (artículos 129 a 135)

1. Consideración general

En este Capítulo se contemplan diversas medidas relativas a la acción en materia de vivienda. Se parte para ello de la circunstancia de que, en principio, la competencia en materia de vivienda ha sido asumida por las Comunidades Autónomas, por lo que la intervención del Estado se hace al amparo de otros títulos competenciales (como es el caso del contemplado en el artículo 149.1.13ª, relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica).

El contenido del Capítulo puede distribuirse en los siguientes grupos: por un lado, el artículo 129 establece los fines comunes de las políticas públicas en materia de vivienda; en segundo término, el artículo 131 prevé la creación de un sistema informativo general e integrado al servicio de las políticas en materia de medio urbano sostenible; otro grupo de artículos (130, 132 y 133) contemplan determinadas reglas en relación con las actuaciones de rehabilitación y renovación urbana y con la realización de las obras de mejora en el medio urbano, con especial referencia a las consecuencias patrimoniales de dichas obras, que se regulan en el artículo 133; y finalmente, un cuarto grupo de medidas se refieren a modificaciones en materia tributaria.

Estima el Consejo de Estado que la ordenación prevista cabe dentro de las competencias que corresponden al Estado en la materia, pues, aparte de los títulos competenciales recogidos en el artículo 149.1, reglas 13ª y 23ª (legislación básica en materia de medio ambiente), que se invocan en la disposición final trigésima octava, cabría referirse a la competencia del Estado reconocida en el artículo 149.1.1ª (condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales), en particular en lo que hace a la ordenación de las consecuencias económicas de las obras de mejora del medio urbano, establecidas en el artículo 133.

En todo caso, dada la continuidad entre la ordenación contenida en el artículo 130 (relativo a la rehabilitación y renovación para la sostenibilidad del medio urbano) y el artículo 132 (referido a las "actuaciones de renovación y rehabilitación urbanas), y habida cuenta, además, del carácter general que tiene el sistema de información previsto en el artículo 131, resultaría aconsejable que se cambie el orden de los artículos 130 y 131.

2. Artículo 132, número 4

Establece este artículo que los programas, planes y demás instrumentos ordenadores de la rehabilitación de construcciones y edificios, además de contenerse en planes de ordenación urbanística, pueden aprobarse en forma independiente por los procedimientos de aprobación de las normas reglamentarias.

Suscita al Consejo de Estado dudas la competencia del Estado para dictar esta disposición, así como la utilidad de recoger esta regla en la proyectada nueva Ley. En efecto, dado que la competencia en materia de vivienda corresponde en principio a las Comunidades Autónomas (con las precisiones ya realizadas), y que es esta regulación -la autonómica- la que determina el régimen de planeamiento, no parece adecuado que la norma estatal venga a disponer la forma en que deberán aprobarse los instrumentos de rehabilitación de construcciones y edificios. Se propone, por ello, reconsiderar la conveniencia de mantener este artículo.

3. Artículo 133

Este artículo tiene por objeto la determinación del régimen de las obras e instalaciones necesarias para la mejora de la calidad y sostenibilidad que pueden ordenar realizar otras Administraciones, estableciendo, en particular, las consecuencias de índole patrimonial que conllevan (declaración de utilidad pública, efectos obligatorios para la comunidad de propietarios, derechos a ocupar los elementos comunes, los privativos y el dominio público, en su caso).

Ciertamente, la regulación que se incluye no es completa, dado que en esta materia tiene un papel muy importante la competencia de las Comunidades Autónomas. No obstante, estima el Consejo de Estado que la redacción dada a este precepto debiera ser objeto de alguna mejora, en particular, en lo que se refiere a los siguientes aspectos:

- En el apartado 1, la referencia a "motivos turísticos y culturales" resulta excesivamente vaga, habida cuenta, además, que seguidamente este apartado define, con relativa precisión, las circunstancias que deben concurrir para que se pueda ordenar la realización de obras de mejora urbana. Por ello, quizá fuese suficiente hacer una remisión a la legislación aplicable en relación con las obras de mejora por motivos turísticos y culturales.

- En el apartado 2, párrafo segundo, su inciso final ("excepto en el caso de que las subvenciones o ayudas públicas a las que esa unidad familiar pueda tener acceso impidan que el coste repercutido de las obras que le afecten, privativas o en los elementos comunes, supere el 33 por ciento de sus ingresos") debe precisar el período que se toma para el cálculo del referido volumen de ingresos -parece que debe ser anual-.

- Finalmente, convendría dar nueva redacción al apartado 5 con el fin de darle mayor claridad. Así, en particular, resultaría conveniente diferenciar los casos en los que la realización de las obras requiere la ocupación de pisos o locales privados, de aquellos otros en los que se ocupan superficies de espacios libres o de dominio público, pues la actual consideración conjunta de ambos casos introduce excesiva complejidad en la regulación.

4. Artículo 134

Este artículo recoge una modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades EDL 2006/298871, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. En particular, modifica las deducciones por adquisición de vivienda, estableciendo que, a partir del 1 de enero de 2011, sólo

será aplicable la deducción por inversión en vivienda habitual para los contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 24.170,20 euros y recogiendo, no obstante, una disposición transitoria en relación con los supuestos en los que se haya adquirido la vivienda habitual con anterioridad a 1 de enero de 2011.

En todo caso, en la ordenación sistemática de los diversos apartados de este artículo, convendría mantener el orden relativo a los preceptos de la Ley que se modifica.

Décima. Para culminar el orden de análisis que se enunció en la tercera consideración del presente dictamen, quedan por examinar las previsiones que la disposición adicional primera del Anteproyecto dedica a la responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario.

En su reciente dictamen en relación con el anteproyecto de la ahora Ley 17/2009, de 23 de noviembre EDL 2009/251214 , sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (dictamen del expediente número 99/2009, de 18 de marzo de 2009 EDD 2009/178255) y siguiendo la pauta marcada en su Informe sobre Modificaciones de la Constitución Española, aprobado el 16 de febrero de 2006, y en su Informe sobre la inserción del Derecho comunitario en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, el Consejo de Estado ha subrayado la necesidad de "afrontar con nitidez y decisión el establecimiento de un régimen interno de asignación de responsabilidades por la falta de transposición o por la mala transposición de las normas comunitarias y de abordar la regulación de la responsabilidad de las Comunidades Autónomas por incumplimiento de su obligación de transposición del Derecho comunitario desde una perspectiva amplia y general, superando así el planteamiento sectorial que ha dominado hasta ahora esta cuestión". Desde esta perspectiva, se consideraba "acertada la inclusión en el anteproyecto de una disposición [la disposición final cuarta] como la que se analiza, especialmente necesaria en este caso concreto, dadas la ya apuntada complejidad del proceso de transposición de la Directiva de Servicios y la necesaria implicación que en él habrán de tener las distintas Administraciones Públicas, con el consiguiente incremento del riesgo de que los incumplimientos puedan provenir de diferentes instancias territoriales".

Las anteriores reflexiones son trasladables al examen de la disposición adicional primera ("Responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho comunitario") del Anteproyecto, que continúa la línea marcada por la disposición final cuarta de la Ley 17/2009 EDL 2009/251214 y otras disposiciones precedentes (así, el artículo 7, número 1, de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones EDL 2003/120317 , el artículo 121 bis del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio EDL 2001/24107 , o el artículo 10, número 5, del texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre EDL 2007/222601).

Hay que destacar, sin embargo, que el Anteproyecto persigue un objetivo más ambicioso, al tratar de generalizar lo que hasta ahora han sido esencialmente previsiones vinculadas a leyes o materias concretas y perfilar una regulación más completa y específica. Así, desde el punto de vista subjetivo, la mención genérica a las "Administraciones Públicas" se concreta en dos ámbitos distintos, el de las "Administraciones Públicas territoriales" y el de los "entes, organismos y entidades del resto del sector público"; en lo que atañe a la dimensión objetiva, el mecanismo ya no se limita a la infracción de una determinada ley, sino que se refiere al incumplimiento del "derecho de la Unión Europea"; desde la perspectiva del procedimiento, se contempla la articulación de unas reglas de procedimiento ad hoc (frente a la omisión de las cuestiones procedimentales o a la remisión genérica a otros procedimientos en vigor que realiza alguno de los preceptos vigentes); en fin, en el plano temporal, se incluyen, dentro del ámbito de aplicación de la disposición proyectada, las deudas pendientes en el momento de la entrada en vigor de la futura Ley de Economía Sostenible.

Este Consejo de Estado valora positivamente esta iniciativa pues, para garantizar un mejor cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, es preciso contar, entre otros instrumentos, con un mecanismo de alcance general para repercutir las responsabilidades declaradas por su incumplimiento y, en general, de las consecuencias financieras de tales incumplimientos, lo cual resulta especialmente necesario en los Estados de estructura territorial descentralizada. De hecho, países como Alemania, Italia y Bélgica cuentan ya con instrumentos similares. Las propias Comunidades Autónomas así parecen entenderlo, pues no han cuestionado la regulación proyectada, sin perjuicio de formular algunas observaciones concretas (País Vasco y Región de Murcia).

De otra parte, la conveniencia de articular este mecanismo responde también al endurecimiento del procedimiento de condena a los Estados miembros, hasta ahora regulado en el artículo 228 del Tratado de la Comunidad Europea, el cual ha sido reemplazado, tras el Tratado de Lisboa, por el artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

No obstante esa valoración positiva, la regulación proyectada suscita algunas dudas en cuanto a los términos de su formulación y en cuanto a su operatividad.

A) Ámbito subjetivo

Para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la disposición adicional primera del Anteproyecto, se distingue, como se ha apuntado anteriormente, entre "Administraciones Públicas territoriales" (apartado dos) y "entes, organismos y entidades del resto del sector público" (apartado seis); y parece atribuirse a esa distinción la virtualidad de que a cada grupo resulta aplicable un régimen jurídico distinto. Sin embargo, los amplios términos en que se configura la disposición comentada y el diferimiento de su concreción al desarrollo reglamentario impiden anudar esa consecuencia a la apuntada distinción.

En efecto, el apartado seis establece que "para el caso de que sean entes, organismos y entidades del resto del sector público los que incurran en el supuesto de responsabilidad previsto en el apartado uno de esta disposición, se estará a lo dispuesto en esta disposición y a lo previsto reglamentariamente para la determinación de su imputación y sistema de detracción, que se acordará también por el Consejo de Ministros". Nada nuevo añade a los apartados precedentes (dos a cuatro), que también contemplan por remisión al reglamento el procedimiento a seguir y el acuerdo de la deducción por el Consejo de Ministros. Antes bien, se percibe cierta confusión en la medida en que, por ejemplo, el apartado cuatro se refiere a "la audiencia de la Administración o entidad afectada".

No se aprecia, pues, dentro del elevado grado de indefinición que caracteriza a la disposición proyectada, qué añade esa distinción. Por tanto, resultaría más acertado enunciar en un primer apartado a qué Administraciones Públicas se aplicaría esta disposición; o incluso bastaría con mantener una referencia genérica a las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que, cualquiera que sea la solución acogida, en un último apartado se pudiera habilitar al desarrollo reglamentario para, dentro del procedimiento general, introducir las especialidades oportunas según la Administración Pública implicada.

En esta misma línea, quizá fuera conveniente introducir una mención expresa al caso específico de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra y a los regímenes de concierto y convenio vigentes, con arreglo a los cuales se habrían de regir las compensaciones y ajustes que, en su caso, resultaran procedentes.

B) Ámbito objetivo

El supuesto de hecho cuya concurrencia puede desencadenar el mecanismo de compensación se define (apartado uno) a través de dos elementos: por un lado, el incumplimiento de lo dispuesto en el Derecho de la Unión Europea; y, por otro lado, la sanción al Reino de España por las instituciones europeas.

En este punto, cabría pensar en perfilar con mayor detalle los distintos supuestos de incumplimiento que pueden llevar aparejadas consecuencias financieras, pues tienen cabida no sólo los casos de falta de transposición o de transposición defectuosa de directivas comunitarias, sino también, por ejemplo, la falta de ejecución o la incorrecta ejecución de obligaciones comunitarias de carácter material o el reintegro de fondos comunitarios incorrectamente aplicados.

Por lo demás, debe adecuarse el título de la disposición a lo establecido en su apartado uno, pues en el primer caso se habla de "responsabilidad por incumplimiento de Derecho comunitario" y en el segundo se alude al incumplimiento del "derecho de la Unión Europea".

C) Reglas de imputación

Según el apartado uno de la disposición adicional proyectada, las Administraciones Públicas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades derivadas del incumplimiento.

Resulta imprescindible un mayor grado de concreción en la proyectada Ley. Cuando menos, esta debiera enunciar los criterios que habría que considerar para determinar en qué medida son imputables las responsabilidades (origen de la infracción, proporcionalidad, etc.); aunque también cabe pensar en modelos más cerrados o definidos como el alemán, en el que para la cobertura de los reintegros financieros exigidos por la Unión Europea que afecten a más de un Land, la Federación asume un 15% del coste financiero y los Länder el 85% restante (del que un 35% se reparte entre todos los Länder y el resto sólo entre los responsables).

Dentro de la complejidad de la cuestión, que está abierta, consiguientemente, a diversas soluciones, es claro que la imputación de responsabilidades ha de verificarse con arreglo a criterios objetivos y tasados legalmente máxime si, como se verá a continuación, se introduce una habilitación prácticamente en blanco al desarrollo reglamentario para regular el procedimiento que concluya con la declaración de responsabilidad.

D) Procedimiento

Las consideraciones acerca de las previsiones de carácter procedimental han de partir de notar que la disposición adicional proyectada dibuja dos procedimientos en cierto modo independientes, aunque sucesivos: el procedimiento a seguir para delimitar las responsabilidades (apartado uno), en el que se garantizará la audiencia de la Administración afectada (apartado cuatro); y el procedimiento para realizar la compensación de la deuda con las cantidades que deban transferirse a la Administración responsable (apartado dos), debiendo acordarse las deducciones procedentes por el Consejo de Ministros (apartado tres). En relación con uno y otro procedimiento, se establece, además, una remisión en los términos más amplios posibles a la norma reglamentaria.

Ello plantea ciertas dudas sobre aspectos relevantes que el Anteproyecto deja sin resolver pues, por ejemplo, nada se dice acerca de cómo finaliza el procedimiento de declaración de responsabilidad; y, sin embargo, el procedimiento para la compensación se inicia "una vez que haya adquirido firmeza la declaración de responsabilidad" (primer inciso del apartado dos). Cabría, pues, concluir que son dos los actos que pueden ser objeto de controversia (la declaración misma de responsabilidad y el acuerdo del Consejo de Ministros que determina la compensación); pero nada se dice acerca del primero.

Por tanto, deben concretarse en sede legal los trámites esenciales de dichos procedimientos. En especial, por lo que se refiere al procedimiento para la declaración de responsabilidad, además de garantizar la audiencia de la Administración Pública afectada (único trámite que se menciona expresamente en la disposición), debería precisarse qué resolución pone fin a dicho procedimiento y cuándo puede entenderse que la misma ha ganado firmeza. Por otra parte, también debiera señalarse expresamente que dicha resolución ha de recoger los criterios de imputación tenidos en cuenta a la hora de declarar la responsabilidad. En fin, también podría contemplarse el supuesto concreto de implicación de varias Administraciones Públicas.

En cuanto al procedimiento para acordar la compensación, parece razonable exigir igualmente la audiencia a la Administración Pública afectada, para lo que bastaría con suprimir el inciso "en el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite" del apartado cuatro.

En este punto, hay que tener en cuenta que esta dualidad de procedimientos se sitúa en la línea del modelo recogido en disposiciones ya vigentes -artículo 74 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria EDL 2003/149899 ("Extinción de deudas de las entidades de derecho público mediante deducciones sobre transferencias"); disposición adicional vigésima sexta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ("Procedimiento para la deducción de deudas de determinados Entes públicos"); o disposición adicional primera de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social EDL 2002/54614 ("Compensación y deducción de determinadas deudas de las Comunidades Autónomas")-, que parte de

la existencia de unas deudas "vencidas, líquidas y exigibles". En este caso, parece que habría de ser el acuerdo firme de declaración de responsabilidad el que determinara el nacimiento de una deuda de tales características.

Sin embargo, cabría valorar la posibilidad de configurar un único procedimiento en el que, en una sola resolución -acuerdo del Consejo de Ministros-, se declarase la responsabilidad de la Administración Pública incumplidora y se acordase la deducción correspondiente, con independencia de que sea en una fase ulterior en la que se haga efectiva la deducción misma. De utilizarse esta segunda posibilidad, sería imprescindible garantizar plenamente que las Administraciones eventualmente incumplidoras pudiesen participar en ese único procedimiento, teniendo una efectiva oportunidad procedimental para hacer valer sus puntos de vista sobre la cuestión debatida. Adicionalmente, esta posibilidad debería resolver adecuadamente el modo y momento a partir del cual podría contarse con la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible que compensar.

E) Proyección temporal

El apartado cinco de la disposición adicional proyectada establece que "en el caso de que a la entrada en vigor de esta ley existan deudas pendientes de aquéllas a las que se refiere el apartado uno de esta disposición, se tramitarán de acuerdo con los apartados anteriores, pudiendo el Consejo de Ministros acordar un plan de cancelación de dichas deudas".

La cuestión fundamental que plantea este apartado consiste en determinar qué ha de entenderse por "deudas pendientes [a la entrada en vigor de la ley] de aquéllas a las que se refiere el apartado uno de esta disposición". Porque, con anterioridad a la entrada en vigor de la futura Ley de Economía Sostenible, las únicas deudas pendientes que podrían existir serían las que hubieran sido fijadas como tales en virtud de los preceptos hoy vigentes que prevén la asunción de responsabilidades, por parte de la Administración incumplidora, en la parte que le sea imputable (disposición final cuarta de la Ley 17/2009 EDL 2009/251214 ; artículo 7, número 1, de la Ley General de Subvenciones EDL 2003/120317 ; artículo 121 bis del texto refundido de la Ley de Aguas; artículo 10, número 5, del texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria).

Si éste fuera el sentido de la previsión comentada, se trataría simplemente de que el procedimiento a aplicar para la compensación de las deudas ya reconocidas sería el previsto en la propia disposición adicional primera.

En esta primera eventualidad, debería delimitarse mejor el supuesto de hecho que se contempla (deudas pendientes determinadas al amparo de las disposiciones ya vigentes) y habría que aclarar la relación que existiría entre esos preceptos preexistentes que también contienen previsiones procedimentales y la remisión que la disposición adicional comentada tiene al procedimiento en ella previsto. Entre tales disposiciones preexistentes están, por ejemplo, la disposición final cuarta de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que se remite específicamente al procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social EDL 1998/46308 ; o el artículo 7 de la Ley General de Subvenciones, que diseña un procedimiento específico. Estas previsiones mantienen, en principio, su vigencia, al no ser derogadas expresamente en el Anteproyecto; y, sin embargo, pueden devenir inoperantes por el juego del apartado que se está ahora examinando.

Pero también cabría entender -lo que supondría atribuir una mayor significación a ese apartado- que esa referencia a "deudas pendientes" trata de hacer que el mecanismo previsto en la disposición adicional primera de la proyectada nueva Ley sea operativo respecto de cualquier supuesto de condena firme al Reino de España que determine unas consecuencias financieras cuya responsabilidad haya de distribuirse entre varias Administraciones Públicas, sin vincular tal operatividad al hecho de que la condena se haya producido antes o después de la entrada en vigor de la futura Ley. En esta interpretación, el dato fundamental sería que la responsabilidad de las distintas Administraciones Públicas no nace del juego de la disposición proyectada, sino de la decisión comunitaria que ha ganado firmeza -sin perjuicio de que en el ámbito interno sea necesario contar con un acto formal que concrete y declare esa responsabilidad-.

Si éste fuera el sentido del apartado examinado, resultaría imprescindible modificar su redacción para delimitar con precisión el cuadro de supuestos a los que se pretende extender la aplicación de la disposición adicional primera y fijar, en términos claros y precisos, los requisitos que han de concurrir para que proceda dicha extensión y, en su caso, los límites a que estaría sujeta.

F) Valoración final

El Consejo de Estado comparte la preocupación que el Anteproyecto evidencia en su disposición adicional primera y valora positivamente el esfuerzo realizado para avanzar en la línea de articular los mecanismos necesarios -en este caso, de repercusión de responsabilidades- para garantizar un mejor cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. No obstante, no cabe ignorar las dificultades y lagunas que presenta la regulación contenida en esa disposición adicional, que aconsejan, para el correcto funcionamiento de este instrumento, una reformulación de algunos de sus contenidos, al tiempo que un mayor grado de detalle en algunos aspectos esenciales de tal regulación, tal y como se ha indicado en las consideraciones anteriores.

En este sentido y sin desconocer la conveniencia que supondría contar con una disposición como la proyectada para hacer frente a las primeras condenas que eventualmente pudieran imponerse al Reino de España al amparo del nuevo artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cabría sopesar la posibilidad de que fuera en una ley ad hoc donde se regulara con mayor detalle el mecanismo de compensación previsto, partiendo de una perspectiva general que superara las actuales regulaciones parciales y sectoriales.

Desde esta misma perspectiva, el Consejo de Estado aprovecha esta ocasión -aunque obviamente el presente dictamen no es el lugar adecuado para abordar una labor tan compleja- para subrayar la necesidad de un tratamiento conjunto, en sede legal, de todas las cuestiones que se plantean en torno al incumplimiento del Derecho de la Unión Europea y que se proyectan no sólo en la indicada fase final -como reacción frente al incumplimiento y a efectos de la distribución de responsabilidades entre las distintas Administraciones Públicas incumplidoras-, sino también en un momento previo -como mecanismos para evitar o prevenir los incumplimientos-. En este sentido, hay que destacar que el Consejo de Ministros, en su reunión del día 23 de diciembre de 2009, a propuesta de la Ministra de la Presidencia, adoptó el acuerdo de solicitar al Consejo de Estado la elaboración de "un informe sobre garantías del cumplimiento del

derecho comunitario y procedimientos para determinar y repercutir la responsabilidad de Comunidades Autónomas y otros entes en casos de incumplimiento".

Undécima. El Título IV del Anteproyecto (artículos 136 a 138) se ocupa de los instrumentos para la aplicación y evaluación de la proyectada Ley y recoge dos órdenes de previsiones a comentar por separado: el Fondo para la Economía Sostenible y diversos informes sobre la aplicación de la nueva Ley.

Por lo que se refiere al mencionado Fondo, el apartado número 1 del artículo 136 del Anteproyecto recuerda que fue creado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2009 y destaca que, durante su vigencia, será el instrumento financiero de apoyo a los particulares en el desarrollo de los principios y objetivos de la proyectada nueva Ley.

El recordatorio de la creación de tal Fondo no debe ser objeto de una norma de rango legal, puesto que carece de contenido para ello. Por otra parte, la segunda parte del artículo 136, número 1, del Anteproyecto, parece tener mayor entidad, al vincular ese Fondo con el desarrollo de los principios y objetivos de la nueva Ley. Sin embargo, su actual formulación se cuida de precisar que tal finalidad se llevará a cabo durante la vigencia del Fondo en cuestión, lo que supone una remisión a los términos del acuerdo del Consejo de Ministros que lo creó y a las ulteriores decisiones que se adopten sobre su pervivencia, sin que nada haya en el precepto que ahora se comenta que indique una decisión legal acerca de la existencia o mantenimiento del aludido Fondo. Siendo ello así, también esa segunda parte del mencionado precepto carece de contenido suficiente para ser incorporada a la proyectada nueva legislación.

Tal parecer ha de extenderse al apartado número 2 del comentado artículo 136, puesto que tampoco la previsión de que la Ministra de Economía y Hacienda deba presentar un informe trimestral a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos sobre la evolución de las líneas de crédito vinculadas a las finalidades de la nueva Ley y, especialmente, sobre el aludido Fondo es propia de un texto del rango y alcance del que ahora se dictamina.

En lo que hace a los informes sobre la aplicación de la nueva Ley, el artículo 137 del Anteproyecto recoge los informes que la Administración General del Estado y las Administraciones de las Comunidades Autónomas deberán presentar anualmente a los órganos de cooperación entre ellas y a la Comisión Nacional de la Administración Local sobre la evolución de las previsiones de la nueva Ley y, muy especialmente, sobre el desarrollo de los instrumentos de cooperación entre ellas. Por su parte, el artículo 138 introduce un informe que el Gobierno, a propuesta de la Ministra de Economía y Hacienda, aprobará anualmente, en el que se recogerá la aplicación de la proyectada nueva Ley durante el año anterior y las recomendaciones de actuación para el siguiente, y que será remitido al Congreso de los Diputados, así como a los interlocutores sociales para que pueda ser valorado en el marco del diálogo social.

Por lo que se refiere a los informes previstos en el aludido artículo 137, estima este Consejo que, tratándose de informes que se rinden a órganos de cooperación, deberían más claramente centrarse en las actuaciones que éstos han llevado a cabo. Por lo tanto, no se trataría de informar sobre la aplicación de las previsiones de la proyectada Ley en el ámbito de actuación de esos órganos, sino, más estrictamente, de informar a tales órganos de cooperación del criterio que la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas tienen sobre las actuaciones que esos órganos han llevado a cabo.

Y, por lo que se refiere al informe anual contemplado en el artículo 138 del Anteproyecto, ha de volverse sobre algunas de las reflexiones que se efectuaron al examinar las previsiones que el Anteproyecto dedica a los principios de la buena regulación administrativa y a las técnicas que incluye para prepararla y evaluarla, que se concretan en unos informes de periodicidad y alcance similares a los que ahora se comentan.

Reiterando lo que allí se indicó, ha de insistirse en que un informe de periodicidad anual que ha de abarcar tanto la aplicación de un texto legal tan amplio y diversificado como el que se proyecta durante el año previo como las recomendaciones y plan de actuación para el siguiente es una técnica de muy difícil cumplimentación y que corre el muy serio peligro de convertirse en un instrumento estereotipado y de escasa utilidad.

La importancia de un informe que ha de remitirse al Congreso de los Diputados y a los interlocutores sociales en el marco de los procesos de diálogo social no guarda relación con una periodicidad tan corta como la anual.

Por otra parte, se echa en falta la posibilidad de elaborar informes sobre aspectos o campos concretos de aplicación de la nueva legislación o de programación futura de actuaciones en tales sectores, lo que permitiría diversificar adecuadamente los esfuerzos administrativos a desplegar. El silencio que el Anteproyecto guarda al respecto contrasta con los términos de la memoria del análisis de impacto normativo, que, al describir las diversas actuaciones integradas o relacionadas con la Estrategia para una Economía Sostenible, incluye numerosas alusiones a planes y programas de actuación de índole sectorial o vinculados con objetivos concretos.

En consecuencia, este Consejo entiende que el artículo 138 del Anteproyecto debiera revisarse en una doble dirección:

- De un lado, dar una periodicidad mayor a los informes generales sobre la aplicación y desarrollo de la nueva legislación y las recomendaciones para la futura actuación al respecto.
- De otro, contemplar la posibilidad de informes sectoriales o parciales sobre los aspectos más relevantes de la nueva legislación, sin sujetarlos a una periodicidad preestablecida.

Duodécima. Aunque la entidad de las consideraciones anteriormente expuestas sea distinta -sólo en siete casos tienen carácter esencial- estima el Consejo de Estado que su ponderación conjunta pone de relieve la conveniencia de una significativa revisión del Anteproyecto consultado, de suerte que, manteniendo los objetivos a que responde la iniciativa legislativa del Gobierno, sea aquel sometido, antes de su remisión como proyecto de Ley a las Cortes Generales, a la posible corrección de aquellas partes del mismo sobre las que este dictamen ha señalado defectos de diversa naturaleza susceptibles de más precisas formulaciones tanto desde el punto de vista de las técnicas jurídicas utilizadas como en lo que se refiere a aspectos sustantivos de las innovaciones legislativas que se pretenden introducir en nuestro ordenamiento jurídico.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones esenciales formuladas en las consideraciones quinta B), número 2, C), número 5 y D), número 1, sexta A), número 1, y B), número 2, y séptima B), número 2, y C), número 2, del cuerpo del presente dictamen y valoradas las restantes, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros, para su ulterior remisión a las Cortes Generales, el anteproyecto de Ley y el anteproyecto de Ley Orgánica objeto del expediente ahora dictaminado."