

Reflexiones

num. 10 -I/10

revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas
Andrés Rebollo Fuente / Juan Martínez Calvo

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

Jean-Cristophe García-Baquero Lavezzi

Estudio jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Leonor Rams Ramos

Reseña de Jurisprudencia:

Urbanismo: licencia en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una delimitación de Suelo Urbano Consolidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

Mónica Ortiz Sánchez

SUMARIO NUM. 10. I/2010

Consejo de redacción

José Luis Nores Escobar (Director)
 Jesús Jiménez López
 Jesús Cabanillas Magro
 Carmen Oliver Morales
 Antonio Faya Barrios
 Carmen Carretero Espinosa de los Monteros
 Eugenio Domínguez Vilches

© Junta de Andalucía. Consejería de Obras Públicas y Vivienda. Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A.

Reflexiones

Revista de Obras Públicas, Transportes y Ordenación Territorial
<http://www.giasa.com/reflexiones>
<http://www.ferrocarrilesdeandalucia.com/reflexiones>
 C/ Charles Darwin, s/n
 Isla de la Cartuja, 41092 Sevilla
 Tfno. 955 007 594 – Fax: 955 007 573
 e-mail: gproduccion@giasa.com

Consejera de Obras Públicas y Vivienda:

Rosa Aguilar Rivero

Coordinación edición:

Secretaría General Técnica.
 Servicio de Publicaciones
 Maquetación: Luis Hernández
 Impresión: Ache365 Asesores Gráficos, S.L.
 ISSN: 1888-7090
 Depósito Legal: J-580-2008

Artículos

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas <i>Andrés Rebollo Fuente / Juan Martínez Calvo</i>	5
El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes <i>Jean-Christophe García-Baquero Lavezzi</i>	43
Estudio jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet <i>Leonor Rams Ramos</i>	67
Reseña de Jurisprudencia: Urbanismo: licencia en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una delimitación de Suelo Urbano Consolidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010 <i>Mónica Ortiz Sánchez</i>	139

El contenido de los artículos es exclusiva responsabilidad de los autores y no representa la opinión de la Revista Reflexiones

Reflexiones:

Revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial. –N.10 (I/2010)–.
 Sevilla: Consejería de Obras Públicas y Vivienda, 2008-09-25
 v.; 24 cm

Trimestral

Disponible formato impreso ed. Elec. On line con libre acceso a texto completo de toda la colección y descargable en pdf
 D.L. O-2008

1. Ordenación del Territorio y Urbanismo– Andalucía-España-Publicaciones periódicas.
2. Obras Públicas-Infraestructuras-España-Publicaciones periódicas.
3. Construcción-España-Publicaciones periódicas.
4. Recursos electrónicos on line-Publicaciones periódicas.
 - I. Andalucía. Consejería de Obras Públicas y Vivienda.
 - II. Gestión de Infraestructuras de Andalucía, S.A. (GIASA)

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

Andrés Rebollo Fuente

Socio responsable de Infraestructuras & APP. Deloitte

Juan Martínez Calvo

Socio. Deloitte Abogados

SUMARIO: 1. Clarificaciones terminológicas: APPs, CPP, y modos de contratación en general. 2. Contexto y objeto de estas notas. 3. Las precauciones: no es deuda pero compromete. 4. Diagnóstico resumido de las medidas en marcha. 5. El problema de la liquidez. 5.1. ¿Es la liquidez el problema? 5.2. ¿Qué se podría hacer? Otros enfoques alternativos 6. El problema del cierre financiero y la solvencia de oferta en el caso español. 6.1. O diálogo competitivo o cambio de enfoque. 6.2. Más allá del fondo: el papel del ICO como “lender” 6.3. Sistematización o estandarización de la participación del BEI. 6.4. Mercado de capitales y riesgo de construcción. 6.5. Riesgo (y ventura) de refinanciación. 7. Abundando en los pagos por disponibilidad. Control y monitoreo. 8. Medidas de fomento fiscal: la carga fiscal cruzada de las APP y el coste hundido de las CCAA y entes locales. 9. Los dictámenes SEC-95.. 10. Déficit y liquidez: “sale and lease back” de infraestructuras o equipamientos públicos. 11. Comentarios a los proyectos de la Ley de Captación de Financiación y de la Ley de Sostenibilidad Económica. 11.1. Introducción. 11.2. Ámbito de aplicación de los contratos CPP y modificaciones a la LCSP en relación a esta figura. 11.2.1. Aplicabilidad del Contrato CPP. 11.2.2. Pagos por disponibilidad, concesiones y contratos CPP. 11.2.3. ¿Cuál es entonces el sentido del contrato CPP como figura propia? 11.3. Diálogo Competitivo. 11.3.1. ¿Cuándo apelar al DC?. 11.4. Análisis de valor por dinero. 11.5. La figura del aval. 11.6. Protecciones de los acreedores en concesiones y Ley de Captación. 11.7 Protección de los acreedores en otras figuras contractuales (CPP). 11.8. Protección de los acreedores en Sociedad Mixta. 11.9. Otros mecanismos de apoyo financiero. 11.10. Fomento fiscal. 11.11. Capitalización mínima en concesiones. 11.12. Posible revisión del artículo 247 de la LCSP y de otras previsiones en relación a terminación de concesiones.

1. Clarificaciones terminológicas: APPs, CPP, y modos de contratación en general

Como hemos comentado otras veces, las Asociaciones Público Privadas (APP) son un concepto que alude a una forma de contratación de infraestructuras, mediante contrato que incluye el diseño, la construcción, la financiación (total o mayoritaria), la operación y el mantenimiento de la infraestructura o equipamiento público, a veces incluyendo la explotación de un servicio público asociado a dicha infraestructura o equipamiento, con una serie de características: transferencia sustancial o

mayoritaria de riesgos, largo plazo, e ingresos total o mayoritariamente de carácter presupuestario. Con algunas excepciones este concepto digamos financiero, coincide con el empleado en contabilidad pública para la mayoría de estas estructuras, dependiendo quizás de la preponderancia del ingreso de carácter público de la sociedad que actúa como socio privado, y siempre que se cumplan los principios previstos en SEC 95 de preponderancia de la inversión nueva y/o privada, la unicidad, y la transferencia de riesgos.

El contrato de Colaboración Público Privada (CPP) es una figura contractual concreta y nueva (desde y con la LCSP), que sin perjuicio de habilitar ciertos contratos o proyectos distintos en sus contenidos a las concesiones de obra pública, en lo que a las APP respecta (tal y como las acabamos de definir), no responde sino básicamente a lo mismo que ésta, si bien lo que caracteriza por desgracia a este contrato son una serie de diferencias, digamos prescritas, que pretenden otorgarle como veremos más adelante una categoría muy distinta. Fundamentalmente estas diferencias se centran en el los procedimientos previos y los de contratación en sí mismos.

En términos conceptuales la “Colaboración Público Privada” se está imponiendo semánticamente a la APP, cuando paradójicamente sigue respondiendo este concepto a una vía concreta de contratación de APPs claramente minoritaria, pues la inmensa mayoría de las APP se siguen desarrollando mediante contratos de concesión de obra pública, y no pocos mediante derecho de superficie o contratos de gestión de servicio público con sociedad de economía mixta.

Parte de la doctrina sostiene que los contratos de APP (o de DBFOM según el contenido obligacional y su acrónimo inglés) que basen las contraprestaciones a abonar por el socio público (o poder adjudicador) en disponibilidad (desafectos del nivel de uso), solo pueden ser desarrollados mediante la figura de CPP desde que esta existe. La realidad práctica es que los pagos por disponibilidad (PPD) se siguen aplicando a concesiones de infraestructura hospitalaria, y se están aplicando en concesiones de infraestructura carretera¹.

2. Contexto y objeto de estas notas

En Julio de 2009 desde el Grupo de Infraestructuras de Deloitte publicamos un informe sobre medidas y recomendaciones en el uso y mejor aprovechamiento de las

¹ No vemos la diferencia que existe, desde el punto de vista de categorizar lo que es explotación, entre realizar pagos por demanda (peaje en la sombra en carreteras) o por disponibilidad. Si uno considera que se debe reservar la figura de la concesión a concesiones que incluyan explotación en una interpretación estricta (comercial) del término, que apele a interfase con un usuario, se produce esta tan poco o tanto, según se mire, en ambos esquemas de pago. Porque en ninguno de ellos se cobra al usuario y en los dos tipos de contrato se tienen exactamente las mismas obligaciones. Solo aparece la obligación de conteo de vehículos, que no creemos que sea el factor diferencial que permita considerar explotación a un esquema. Es más, la explotación debería por fin aceptarse como concepto aplicable a cualquier negocio que incluya riesgo y ventura, o más aun, a cualquier negocio que incluya una verdadera prestación de servicio, con independencia de cómo se retribuya la misma. ¿O es que acaso el cliente en una carretera de PPD es la Administración pero en peaje en la sombra es el usuario?

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

APPs en la promoción y gestión de infraestructuras públicas, con cierto foco en las de transporte².

El informe se enmarcaba en la previsible tendencia creciente a apelar a esta figura, en contexto de crisis económica (en su dimensión presupuestaria pero también aludiendo a la dimensión económica), la necesidad de revisar las prácticas en España en este sentido, y en concreto, de acometer con prudencia, medidas de apoyo financiero para “ayudar” al mercado transitoriamente a poder enfrentar estos requerimientos de las Administraciones públicas.

Durante este tiempo, si bien a menor ritmo que otros países, se han dado pasos en este sentido, sin duda positivos. Pero también percibimos que se están ignorando algunas cuestiones, que se corre el riesgo de perder la ocasión de aprovechar las dos iniciativas legales que influyen en el marco de las APPs (la Ley de Captación de Financiación por los concesionarios y la Ley Economía Sostenible), y que en relación a medidas apuntadas que pueden ser sumamente relevantes no hay indicios de profundización y desarrollo. Estamos detrás en algunas cuestiones de algunos países de nuestro entorno en cuanto a la aplicación y regulación de las APPs, y ahora podríamos rezagarnos en la implantación de medidas de fomento o “medidas de intervención”, aunque en este último punto, a la fecha de elaboración de estas notas, en esta última cuestión se están apuntando pasos relevantes, en especial de la mano del Instituto de Crédito Oficial.

Pues bien, el objeto de estas notas es reflexionar sobre lo acaecido estos últimos meses, desde la emisión por parte de nuestro Grupo de aquél informe, abundar en algunas ideas que entonces se apuntaron, proponer alguna idea adicional, y para terminar, proponer un breve diagnóstico de comentarios de las iniciativas legales en marcha en relación con esta problemática, la de revisar nuestro “modelo de APPs” e implantar algunas medidas de fomento financiero en relación a estos esquemas.

Una última precisión en cuanto a ámbito de aplicación de lo que aquí abordamos: pretendemos que estas reflexiones sirvan para las APP en su conjunto, es decir, para aquellas relativas a todo sector de obra pública y con todo tipo de promotor público o “poder adjudicador”, tanto Estado, como comunidades autónomas como los diversos entes locales, si bien no podremos por limitación de tiempo abordar las características bastante particulares de estos últimos (ciertas leyes y reglamentos concretos, específicas consideraciones en cuanto a endeudamiento, e inmenso impacto de la crisis en su dimensión inmobiliaria).

3. Las precauciones: no es deuda pero compromete

Intuimos que parte del problema de este relativo retraso (a nivel de Administración Central) en la aprobación de medidas de fomento financiero y los cambios legales

² Dicho informe se puede consultar en www.deloitte.es

necesarios estriba en la lógica preocupación de las autoridades de Hacienda en relación a las implicaciones que pueden tener estas figuras, pues sean o no según el caso categorizables como deuda pública en función de criterios SEC-95, no dejan de comprometer recursos futuros presupuestarios. La cuestión es la búsqueda, una vez más, del equilibrio. Equilibrio en este caso entre promover contratación pública sin impacto inmediato, pero controlar que a largo plazo no lastremos en exceso la recuperación de la sostenibilidad presupuestaria.

Ahora bien, una cosa creemos que es planificar y establecer niveles máximos de disponibilidad presupuestaria para evitar la aplicación indiscriminada de estas figuras (tasado o no por ley), y otra es determinar las condiciones por las que se van a considerar o no estas estructuras jurídico-financieras como endeudamiento.

Pensemos como es que países como Francia ya han regulado e implantado esquemas de co-financiación, co-inversión pública, y avales, o están a punto de hacerlo, por hablar de países de entorno UEM. Pensemos o miremos también a Andalucía, y como ha anunciado un completo y ambicioso plan de APPs de distintos sectores, con una gran coordinación entre los departamentos y consejerías promotoras y Hacienda.

La relativa ralentización puede lastrar seriamente la confianza en estos planes de los inversores. Por que como ya apuntábamos en el anteriormente mencionado informe, aunque más selectivo, capital sigue habiendo, pero se está produciendo en cierta medida una idea del mismo hacia el exterior, en lo que se puede considerar un mercado plenamente global de infraestructuras. Hay países que no solo están consiguiendo promover infraestructuras en APP de volúmenes sumamente relevantes (Portugal, Australia, Francia, etc.) con capitales nacionales, sino que además están contando con el beneplácito y participación de capitales y contratistas de otros países, significativamente España. Y con ellos (con esos españoles), van nuestros bancos, que también deben discriminar en pos de la calidad de crédito en su negocio de intermediación.

Es evidente que ya no basta con planificar económicamente las infraestructuras (PEIT), sino planificar (o casi, programar) los desarrollos de la mismas en esquemas de APP. Y no solo por una cuestión de prudencia presupuestaria mirando al futuro, sino también por una cuestión de marketing. Sí, las Administraciones en España compiten entre sí en búsqueda del inversor (y con las extranjeras además), y deben “fidelizarlo” (a lo cual ayudará el establecimiento de estándares claros de mercado).

Siempre hemos defendido que las APP no deberían ser vistas solo como un mal necesario para desatascar necesidades de inversión pública, sino respetarlas también como una vía con sentido propio en cuanto a lo que pueden aportar como modo de gestión. Gestión que liga el compromiso y enfoque de la construcción con el de mantenimiento de la infraestructura en largo plazo (gestión del ciclo de vida de la infraestructura), siendo la argamasa entre ambas fases la financiación (de capital y de deuda a riesgo proyecto), el pegamento que debe ligar al inversor/gestor al buen funciona-

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

miento o comportamiento del activo público. La carestía de esta fórmula alternativa es relativa, pues los mayores costes financieros y primas de riesgo no son sino (o deberían ser) el precio a pagar por transferir riesgos, por una mayor certidumbre presupuestaria. En este sentido, choca pensar que se prescribe la necesidad de calcular de manera aproximada y razonada, el ahorro en eficiencia o el posible sobre coste de una promoción de infraestructura mediante contrato CPP, pero no cuando se apela a una concesión.

En línea con esta idea, más allá de que no compute, se debe vigilar por preservar esas eficiencias, y en su caso prever un límite de disponibilidad presupuestaria. Pero se debe ser muy cauto a la hora de proponer un tipo de licitación: siendo obvio lo interesante de restringir en lo posible el precio a pagar, al restringirlo en exceso, suponiendo que no dejemos desierto el concurso respectivo, sin duda estaremos perdiendo proponentes potenciales, pues no todo es escasez de capital y crédito, también lo es de tiempo, recursos humanos, y presupuesto para enfrentar un análisis serio de oferta.

4. Diagnóstico resumido de las medidas en marcha

Como ya hemos comentado, en junio de 2009 se publicó por parte de nuestro Grupo de Infraestructuras el informe de recomendación de medidas antes comentado. En dicho informe se proponían una serie de recomendaciones, algunas encaminadas a promover una mayor eficiencia de estas herramientas desde la perspectiva pública, y otras dirigidas a su fomento eficiente, en relación a la crisis de concurrencia.

Desde esas fechas se han dado pasos muy positivos, o al menos se están insinuando. No vamos a decir que pensemos que algunas de las medidas y decisiones que se están adoptando sean “gracias” a ese informe, pues en realidad la lógica se impone siempre que exista una reflexión adecuada, como sabemos que ha existido y sigue existiendo (con algún pero en lo que entendemos es una falta de unidad de decisión que parece no estar existiendo en los países de nuestro entorno), y en realidad tan solo se pretendía describir lo que consideramos como mejores prácticas, en muchos casos contrastadas ya en otros países de nuestro entorno. En todo caso ojala tanto aquellas recomendaciones como este diagnóstico y actualización que tenemos el placer de emitir por primera vez a través de las páginas de la revista Reflexiones, hayan aportado o puedan aportar un granito de arena.

A continuación se presenta un resumen de los principales pasos dados y situación actual en relación a algunas de las principales cuestiones que apuntamos en su día.

- Necesidad de apelar a la planificación y comunicación de planes y programas.
 - Antes de la fecha de redacción de estas notas estaba anunciado el Plan Extraordinario de Infraestructuras con Financiación Privada (PEIFP) por

parte del Ministerio de Fomento, que apuntaba originalmente a 15,000 millones de euros de inversión privada en infraestructuras de transporte. En estas mismas fechas, al cierre de estas notas, se acaba de anunciar finalmente un plan. El esfuerzo en análisis de las distintas propuestas de los departamentos / direcciones implicadas, con un interesante papel de los profesionales de la SEITT y bajo la autoridad de la Secretaría General de Infraestructuras en coordinar dicho esfuerzo, es evidente. Las condiciones de apoyo financiero anunciadas no son sin embargo tan claras, al menos a fecha de hoy (ver apartado 4).

- Entendemos que desde el punto de vista presupuestario se está acometiendo un serio análisis de limitación de impacto o reserva de presupuestos a largo plazo, para control de la evolución de los presupuestos y su capacidad de sostener en su momento la senda que se debe recuperar según compromisos con la UEM de déficit de 3%.
- Notablemente sabemos que en algunas administraciones regionales se está implantando o se ha desarrollado ya un proceso de racionalización o acotamiento presupuestario a futuro, de sus respectivos planes o inversiones previstas bajo estos esquemas, de manera integrada y programada, siendo el caso más notable en nuestro conocimiento el de la Junta de Andalucía.
- Aplicación de mecanismos de pagos basados en disponibilidad en sustitución de aquellos basados en demanda.
 - La Diputación de Aragón, adelantándose a este movimiento en pos de las mejores prácticas internacionales, ha lanzado ya su programa de 8 concesiones de reforma y mantenimiento integral de carreteras de la red regional.
 - El Ministerio de Fomento ha anunciado que el nuevo modelo de APP bajo concesión de obra pública para los proyectos de reforma y mantenimiento integral de las carreteras de primera generación pendientes de licitar estará basado en pagos por disponibilidad.
 - Andalucía está en pleno desarrollo de un completo programa de concesiones de obra pública con pago por disponibilidad, totalizando en principio siete concesiones de obra nueva.
 - No obstante, observamos cierta confusión en el enfoque que se intuye se desea implementar en diversas regiones, a lo que nos referimos en el apartado 7 de estas notas.
- Apertura de las APP, por parte del Estado, a otros sectores o ámbitos en especial el Ferroviario.
 - En principio se espera que además de varios proyectos de carreteras (esencialmente de mejora y conservación) se incluya en el PEIFP proyectos de la red de alta velocidad, cercanías, ferrocarril convencional y accesos a puertos. La figura concreta que se anuncia será de aplicación es la de concesión de obra pública apelando a pagos por disponibilidad, si bien en el caso de ADIF y la red de alta velocidad, en base a la naturaleza de este ente como poder adjudicador, no está clara aún la figura contractual a emplear.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

- En nuestra opinión los esquemas contractuales deberán ser distintos, a medida de las particularidades de los distintos ámbitos, y el principio de separación entre infraestructura y explotación no debería aplicarse en todos los casos, cuando se trate de infraestructuras de un solo uso, donde no se admita por viabilidad apertura a mercado de la operación. En tales casos puede ser más conveniente una gestión integrada verticalmente, con inclusión del ingreso comercial en el negocio de la sociedad gestora y financiadora de la infraestructura.
- De hecho, aunque parece anunciado o previsto que la figura a emplear sea la de concesión de obra pública, esta puede no ser la figura más adecuada según de qué ámbito de infraestructuras (ferroviarias) se trate, o cuando menos la de sociedad de economía mixta puede ser una opción muy interesante, por ejemplo en ciertas actuaciones del ámbito de administración de FEVE.
- Fomento del acceso al mercado de capitales e implantación de la figura del aval como posible mecanismo de fomento financiero.
 - El avance en este campo consiste en la aprobación de la aplicación del aval a concesiones, CPPs y sociedades de economía mixta mediante la Ley de Captación. La gran cuestión sin embargo es que tal provisión requiere de un mínimo desarrollo y concreción que cabría esperar estuviese en la LSE pero no según los contenidos del proyecto de ley no parece que vaya esta ley a ocuparse de esto. Más adelante hablaremos de este extremo.
 - Con carácter general, esta Ley, aun en proyecto pero ya en trámites de aprobación, propone diferentes medidas (o modificaciones en relación a previsiones restrictivas en leyes previas), en pos de mayor protección del acreedor, sobre las cuales daremos comentarios en un apartado final de análisis de este proyecto de ley ([apartado 11](#)).
 - En general, podemos decir que, sin un enfoque a medida a regir en pliegos, que facilite cuando no incentive el acceso al mercado de capitales, directamente o en esquema de refinanciación, no serán estos una alternativa (o complemento) verdadera a la financiación bancaria que tanto se necesita (ver [apartado 5.4.](#)).
- Fondo público de capital riesgo.
 - Como se comentase en el mencionado informe de Deloitte, se trata de incrementar el atractivo comercial de los proyectos, mejorando el ratio de obra/capital invertido por el contratista.
 - Nos congratulamos de que se haya anunciado la implantación de un mecanismo de este tipo, sin duda una de las medidas más relevantes y valientes de las que se han venido anunciando estos meses, con un gran papel jugado por parte del ICO en su implementación, aun (en el momento de escribir estas notas) en fase de desarrollo.
- Apoyo en riesgo y proceso de cierre financiero.
 - Muy poco parece que se está avanzando en este frente, si bien se ha anunciado la creación de un fondo por parte del ICO para acompañar a los prestamistas

- en un cierto porcentaje, limitado, como forma de facilitar la participación de estos en los paquetes de deuda.
- Sin embargo, creemos que esta medida no resuelve el bloqueo de acceso a apoyos financieros por parte de los promotores en fase de oferta, salvo que se parta de la base de concursos restringidos o procesos de diálogo competitivo, donde se aproxima más el número de licitantes al de bancos potencialmente dispuestos a financiar (ver apartado 5.5.).
 - Mayor fomento o uso del diálogo competitivo como alternativa de proceso de contratación
 - Parece ya sabido que el Ministerio de Fomento se inclina por seguir apelando exclusivamente a concurso abierto. Seguimos pensando que para proyectos de un tamaño no excesivamente relevante (menores quizás a 200 millones de euros o incluso 300), es de lo más apropiada la figura tradicional. Pero, cuando nos enfrentamos a proyectos catalogables como de tamaño extraordinario (“mega-proyectos”), por encima de los 1,000 millones (e incluso de los 500), pensamos que el diálogo competitivo otorga más ventajas que inconvenientes, según apuntamos en su día en el mencionado Informe de medidas.
 - Si bien entendemos que parte de la “aversión” a esta figura está justificada habida cuenta de su regulación, algo sobre lo que abundaremos en el apartado 5.1. y en relación a las leyes en proyecto en el apartado 11.
 - Mecanismos o fórmulas de valoración económica.
 - Ya explicamos en su momento como la ponderación de las variables técnicas de selección no son siempre lo que parecen. En realidad, el peso efectivo de la oferta económica puede ser mucho mayor de lo que aparenta el simple porcentaje sobre el total de puntos, según cuál sea la fórmula matemática de reparto de puntos, al extremo de que en muchos casos nos enfrentamos (nos hemos estado enfrentando, pensamos) a una subasta encubierta, quizás sin saberlo.
 - La nueva fórmula de asignación que está siendo empleada por el Ministerio de Fomento, es un avance en este sentido.
 - Revisión de las prácticas de asignación de riesgos.
 - Al margen del movimiento hacia la disponibilidad como mecanismo de pagos predominante, con respecto a la generalidad de pliegos que se han podido observar en España en estos últimos meses, y lo que se intuye en relación a los modelos a aplicar por el Ministerio de Fomento, parece que se prefiere seguir con un tratamiento de riesgos en contrato tradicional, definido por la indefinición en relación al concepto general de imprevisibilidad.
 - Muy en concreto, hemos escuchado mensajes contradictorios en relación a la aceptación de las expropiaciones como evento de riesgo impropio del concesionario. En todo caso, pensamos que sería al menos razonable una postura intermedia, en la que se tasen en contratos las desviaciones máximas a asumir por parte del privado, quizás mediante un sistema de bandas, que mantenga al concesionario (o socio privado, en general) incentivado a la más eficaz gestión del

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

- proceso, pero que absorba en su caso de manera marginalmente decreciente el posible impacto no previsto, y que desde luego este tenga un tope objetivo.
- Pero echamos en falta la adaptación de ciertas cuestiones a enfoques más consistentes con la práctica internacional, que abunda en la idea de objetivar lo extraordinario e imprevisible en el contrato, permitiendo ponerle un precio al riesgo por parte del gestor privado y sus financiadores: impacto de progreso de la ciencia (cambios técnicos “mandatorios”), desviación extraordinaria de los costes de seguros, servicios afectados (al menos en entorno urbano), hallazgos arqueológicos.

En los próximos apartados abundaremos o desarrollaremos nuestra visión sobre algunas de estas cuestiones que ya fueron abordadas en pasado año en el informe mencionado, y apuntaremos algunas preocupaciones nuevas.

5. El problema de la liquidez. ¿Es la liquidez el problema?

En última instancia el problema que enfrentamos es de concurrencia. Concurrencia lastrada y que por ende encarece de por sí los proyectos, en ausencia de oferta significativa³.

Aunque es obvio que la concurrencia está lastrada por el descenso de capacidad de inversión y potencialmente de ejecución (solventía para simplemente acometer una obra significativa, digamos por encima de los 100 millones de euros), al punto de que podemos decir directamente que el número de potenciales oferentes, de por sí, ha descendido drásticamente (con algunas empresas en concurso, pero otras en renegociación / reestructuración de sus deudas), las empresas ahora no tienen el mismo acceso o tan fácil acceso como antes a la financiación externa, que ya sabemos representa la mayoría del recurso privado para acometer la inversión / financiación de la nueva infraestructura.

Pero entrando en este punto, accesibilidad a financiación externa en forma de deuda, empezemos por la mayor o menor disponibilidad de la misma:

- En primer término, el número de bancos disponibles ha desprendido de manera dramática: lo más evidente, la casi completa “desaparición” de banca extranjera, en términos generales más castigada quizás que la española. Hemos llegado a ver, en los viejos y “buenos tiempos” 10 ofertas bancarias para un mismo oferente, en apoyo a su oferta, cada una por el total de la financiación. O sea, todos potenciales *arreggers* (MLA) de la financiación. No volveremos a verlo.

³ Aunque no nos resistimos a apuntar que el exceso de oferta de inversión en pasado reciente, junto con fórmulas de valoración y licitación incentivadoras de gran agresividad de oferta han demostrado que el éxito de estas fórmulas no debe basarse esencialmente en el número de concurrentes y en la variable precio, lo cual nos lleva a reflexionar sobre ciertas ventajas de los procesos de diálogo competitivo, o incluso y simplemente de los procesos restringidos. Digámoslo más claro: no vemos eficiencia en un proceso que pueda tener más de 6 oferentes, y menos aún en uno que tenga 12 o incluso 20 oferentes.

- Desde la perspectiva más española, las cajas de ahorro como oferente alternativo de financiación, han desaparecido, en sentido amplio, quedando las dos “grandes”⁴.
- En general, todas las entidades (españolas, que ya son casi las únicas, con alguna excepción muy puntual) que hoy tenemos en apoyo a los planes son más cautas por las razones expuestas más abajo.
- El resultado: difícilmente podemos ver, si hablamos de proyectos de tamaño significativo (digamos por encima de 100 millones de deuda), más de dos potenciales financiadores (a lo sumo tres, y con dudas), conformados como agrupación de bancos o “club deal”. Es decir, ya no se asume riesgo alguno de colocación.

Pero, asumiendo que hay restricción de oferentes de financiación, ¿hay capacidad financiera en el sistema? Creemos que sí, y podemos decir que sin duda siempre que contemos con acceso al mercado de capitales en el mix de fondos para el desarrollo de los distintos planes y programas de APP que se están implementando en España.

Abundando en las causas de esta situación: no hay que confundir la falta de liquidez con el problema del riesgo. Las pautas en este sentido (análisis de riesgo por las entidades bancarias, su tratamiento y sus consecuencias) han cambiado, y esto es un hecho. No creemos que sea tanto una falta de recursos como una restricción por análisis de riesgo, del mismo modo que los propios inversores, como hemos apuntado, “huyen” hacia la calidad, así lo hacen los bancos.

En cualquier caso, análisis de riesgo en este caso es análisis de la calidad del proyecto, pero también de la calidad del promotor privado: confiabilidad en su solvencia tanto por disponibilidad efectiva de los capitales que deben aportar como del contratista que comprometerá llave en mano la construcción y puesta en servicio de la obra (muchas si no casi todas, según la tradición más española, el mismo que invierte y opera o gestiona la infraestructura⁵). Es claro que el número de promotores aceptables para los bancos, según el tipo y tamaño de proyecto, ha descendido. Pero además, en muchos casos es además un problema de concentración de riesgo, donde se puede dar la paradoja de que una empresa de solvencia intachable pueda tener mayores problemas que una de tamaño medio según quien sea la empresa y su nivel de deuda con cada banco.

⁴ No estamos diciendo con esto que el resto de cajas de ahorro no tengan capacidad o incluso disposición para entrar en una financiación de un proyecto de APP, sino que creemos que para proyectos significativos en tamaño, no parecen una opción posible como MLA, como entidad que quiera asumir el riesgo de colocación de toda la deuda.

⁵ No poco habría que decir sobre la total ausencia en España del perfil anglosajón del “oferente” o futuro concesionario, y la práctica de separación entre contratista y propietario/accionista/inversor del proyecto. No existe poco campo de desarrollo a mejor en este sentido, si se consiguiese que efectivamente existiese un rol claro al inversor financiero experto o con dedicación a este tipo de proyectos, pues ahí están un nutrido número de “fondos de inversión en infraestructuras” que inyectan capitales de origen variado (desde fondos de pensiones americanos y canadienses hasta australianos por citar los más significativos) capitales que fluyen a los países de nuestro entorno pero que solo “pisan” nuestro territorio mediante compra de concesiones ya en funcionamiento, como forma de reciclar capital por parte de nuestros inversores tradicionales. Pero el problema es la carestía o el precio de este recurso de capital: entre 12% y 14%. Aunque, ¿se puede decir que es caro o esta sobre valorado lo que es un precio de verdadero mercado inversor?; o de otro modo, ¿de verdad cuando en España vemos TIRes de capital de un 8 o un 9%, es ese realmente el precio o retorno del capital de nuestro inversor-contratista?

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

En resumen: creemos que hay capitales suficientes (en especial si se cuenta con la participación del BEI y/o del ICO como prestamistas). Pero hay menos oferentes posibles, hay menos bancos disponibles y en condiciones más restrictivas y con riesgo de condiciones de cierre (*market flex*, *market clearance*), y por ende mayor dificultad de conseguir, primero apoyos bancarios para la oferta (más oferentes que bancos), y segundo una cierta garantía en cuanto al cierre de la financiación.

5.1. ¿Qué se podría hacer?

Primero, comentaremos el **enfoque del Ministerio de Fomento** para minimizar o mitigar este problema de acceso a financiación: **rebajar el volumen a sindicarlo/colocar por la banca privada, con participación de BEI y del ICO.**

Está previsto (anunciado) que el BEI aporte el 50% de los fondos necesarios para acometer las inversiones del plan de financiación privada del Ministerio de Fomento, y que el ICO aporte otro 20%, “dejando” en manos del sector privado (bancos e inversores-contratistas) un 30%.

Ello soluciona el problema de liquidez (en la medida en que este sea el problema), pero no sabemos si soluciona el problema del riesgo: el BEI, como cualquier banco, no será indiferente al perfil de riesgos del proyecto en cuestión (el riesgo del propio promotor, en especial la solvencia del contratista, y el riesgo inherente a la oferta financiera (plan Económico Financiero -o PEF- de oferta)⁶.

¿O estamos hablando de que el BEI va a “fondear” el préstamo hasta ese 50% del total del importe, pero asumiendo el riesgo de crédito un banco comercial, mediante la emisión a favor de aquél de una facilidad de garantía de crédito?

- Supongamos que es así: entonces estamos prácticamente donde estábamos: problema de riesgo y de acceso al mercado financiero.
- Supongamos que el BEI asumirá el riesgo del préstamo que concede al proyecto. Entonces:
 - El problema de acceso al mercado financiero, persistiría para una parte de la deuda, aunque esto puede ser simple y llanamente abordado mediante la asunción por parte del inversor del 30% de los fondos remanentes, lo cual, sin representar un apalancamiento óptimo (lo que redundará en mayor encarecimiento de los costes financieros), puede ser un nivel de capital asumible (en especial si en parte es aliviado por inversión de un fondo público o semipúblico de capital riesgo).

⁶ Por otra parte, podría ser necesaria la participación (así parece previsto) de la banca privada como participe minoritario del préstamo, con lo cual, persistiría el problema antes apuntado de acceso al mercado financiero, y en todo caso persistirá el riesgo de cierre financiero.

- Pero aún así el problema de acceso al mercado surge con distinta cara: ¿todos los promotores/ofertantes van a tener acceso al BEI? ¿Qué pasa si un promotor no lo obtiene, el apoyo del BEI? ¿Cómo podrá entonces, tras ser rechazado, acudir a la banca privada?

En todo caso, suponiendo que se consigue estandarizar las condiciones de aceptabilidad por parte del BEI, (que entendemos difícilmente podrá entrar a analizar el riesgo de todos los oferentes, de sus ofertas financieras), se manifiesta con todo su vigor el segundo problema (riesgo de cierre financiero). Si se desea que las deudas sean efectivamente a riesgo proyecto, sigue siendo necesario que este asunto (riesgo de cierre financiero) se aborde de manera clara.

5.2. Otros enfoques alternativos

Nos referimos en especial a los casos de ausencia de presencia significativa de BEI (p.e. en programas autonómicos que no logren dicho apoyo o que sus proyectos no resulten elegibles).

- Rebajar también el volumen a financiar por la banca privada, apelando a cofinanciación: a veces puede ser mejor renunciar a una parte del “beneficio” de no cómputo en gasto de inversión, y asumir directamente por la parte pública una parte de la financiación. Véase el enfoque de Francia y Portugal en relación a los “megaproyectos” de Alta Velocidad de estos países⁷.
- Acudir, en grandes proyectos, a fórmulas restringidas o de diálogo competitivo (acompañadas quizás por ciertas previsiones de prescripción de subcontratación⁸).
- Apelar (con la necesaria intervención / participación de la Administración) al mercado de capitales como alternativa de financiación directa (en fase de construcción): des-intermediación. Porque creemos que, en términos de mercado financiero en su conjunto (español, y global), sí hay recursos. Es aquí donde pensamos que la figura del aval puede jugar un papel esencial, siempre que se acierte con la fórmula que permita aprobación por parte de los poderes fiscalizadores del tratamiento de los proyectos en contabilidad pública. Apuntamos algunas ideas en este sentido más adelante ([apartado 5.4.](#)).

⁷ Un matiz de contabilidad pública: somos conscientes de que puede chocar con la idea de APP el que una parte de la financiación sea de carácter público, y entendemos que hay serias cautelas por parte de las autoridades encargadas de fiscalizar cómputo de deuda y déficit de las estructuras APP cuando estas incluyen pagos durante o de construcción. Sin embargo, del mismo modo que se admite (¿o a lo peor dentro de poco no?) la configuración contable no computable de infraestructuras parcialmente construidas o de proyectos de mejora, siempre que predomine el valor de la inversión nueva privada, ¿por que no podemos aceptar claramente que en un esquema nuevo pueda coexistir financiación pública minoritaria y parcial (con el consiguiente cómputo en gasto de inversión parcial)?

⁸ No se debe olvidar que hay crisis de concurrencia en estos esquemas que requieren inversión en capital y negociación de deudas. Queremos decir que cuanto más se obligue a subcontratación de obra, más atractivo restaremos al esquema, a no ser que se implemente algún esquema por el que la empresa subcontratada aporte capitales en la misma proporción o proporción cercana que el porcentaje del obra que le “extrae” al concesionario.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

- En los casos en que no se pueda apelar directamente, se debería al menos incentivar o apoyar la salida de las deudas, su refinanciación, a mercado de capitales con posterioridad a la construcción, para reciclar los recursos invertidos en forma de préstamos por la banca.

Lo anterior puede permitir rebajar (o eliminar) la brecha entre fondos disponibles y necesidades de financiación, pero no solucionará el problema de la brecha entre número de bancos (o de grupos de bancos) y número de oferentes (en los casos en que se siga empleando el concurso abierto), y la incertidumbre para ambas partes (pública y privada) en relación al cierre financiero (forme parte el BEI o no – creemos- de la financiación).

En relación a este extremo, creemos que se debe “intervenir” en la accesibilidad al mercado bancario de los distintos oferentes, y/o compartir riesgo de cierre de financiación, desarrollando algunas ideas a continuación.

6. El problema del cierre financiero y la solvencia de oferta en el caso español

6.1. O diálogo competitivo o cambio de enfoque

Hemos explicado ya que en principio todo apunta a que existen potencialmente para un proyecto dado, especialmente si es de importe medio (menor a 200 millones de euros), más oferentes que potenciales ofertas financieras. Aun cuando todo oferente contase con el apoyo de un banco en fase de oferta, y aun contando con que pueda asistir BEI y/o ICO asumiendo parte de la deuda, en muchos casos el riesgo de colocación/cierre financiero que percibe el banco (y que traslada al oferente) es muy elevado.

En la mayoría de los países de nuestro entorno, se apela a procesos de lista corta y diálogo competitivo, o cuando menos a dos fases en el proceso, sin requerimiento hasta la fase final de existencia de ofertas firmes. La restricción del proceso a un número limitado de empresas, permite (aunque sea obvio) que los distintos grupos oferentes tengan mucha más posibilidades, si no todas, de armar sus ofertas financieras y negociar debidamente con los bancos antes de la oferta final.

De apelar, como parece que así será, al menos en los próximos proyectos, mayoritariamente o masivamente a licitación por concurso abierto, cabría en primer término plantear una fórmula restringida, con casi los mismos beneficios apuntados en términos de solvencia de oferta (en cuanto a certidumbre de cierre financiero en condiciones adecuadas).

Se argumenta en contra de los procesos restringidos que se está renunciando a concurrencia. No estamos de acuerdo con ello: el restringir el concurso a una lista corta

pre-seleccionada de oferentes genera mayor confianza de tales oferentes en el potencial éxito y los fideliza en relación a presentación de una oferta de alta calidad y mejor trabajada. Más aún si se trata de un proceso de diálogo competitivo, pues en el tendrán ocasión los proponentes de sugerir ajustes al modelo contractual que podrán o no ser aceptados por el adjudicador, pero que de probarse que son positivos para ambas partes previsiblemente se implantarán, con lo que el oferente estará aún más fidelizado con el proceso y se mitigará muy sustancialmente el riesgo de no oferta. Es más valioso 4 oferentes seguros que 10 oferentes potenciales que se pueden quedar en ninguno. Además se debe reflexionar sobre el número de ofertas que se están recibiendo en casi todos los procesos de concesión de obra por concurso abierto, que no pasan nunca de tres o cuatro.

Cabría argüir entonces que se restringe la competencia, y que quedan fuera del proceso empresas menos capacitadas que las seleccionadas pero quizás suficientemente capacitadas. A esta reflexión podríamos apuntar lo siguiente: (i) que se reserven estos procesos dialogados para proyectos de tamaño muy relevante; (ii) que se arbitren mecanismos para obligar a la subcontratación de una parte del contrato, lo cual no está exento de complejidades o posibles efectos perversos precisamente en relación al interés de los grupos más capacitados (pues estarán perdiendo potencialmente obra, según como se articule el mecanismo de subcontratación). En este extremo en nuestro Grupo de Infraestructuras estamos trabajando en algunas ideas que esperamos sugerir y ver implantadas en algunos pliegos de proyectos futuros y más o menos próximos.

Pero poniendo por caso que se plantea un concurso convencional, es claro que nos enfrentamos a un problema serio: la confiabilidad en relación a la capacidad de cierre financiero del adjudicatario, o el propio riesgo percibido por el oferente en este sentido (que le puede llevar a desistir o a ser menor eficiente en su precio cargando un colchón que le proteja de una eventual restricción del nivel de deuda que pueda finalmente obtener, tras el proceso de *due diligence*, o de sus condiciones de precio finales).

La solución tradicional ha sido la ponderación / valoración de la fortaleza de sus apoyos financieros en fase de oferta. Es decir, el oferente debe acudir al concurso con un banco de apoyo y este dar muestras de elevado compromiso (sin tener que requerir oferta firme lo cual sabemos todos que es en la práctica inviable).

No hay nada malo en ese enfoque, salvo que se reconozca que de facto estamos entonces restringiendo la competencia igualmente, según el número de bancos que estén dispuestos a acudir, y según la capacidad de negociación o simplemente de fidelización de dichos apoyos, que serán por definición en exclusiva, por parte del oferente respectivo. Y aún así todo, podremos enfrentarnos en todo caso a una situación en la que el adjudicatario no consigue cerrar la financiación en términos mínimamente similares a los previstos en oferta, o sustancialmente peores, pues es obvio lo cambiante de la situación del mercado, y la existencia de cláusulas en las ofertas en términos de flexibilidad del margen final a incluso previsión de situaciones en las que el banco queda liberado de su obligación de aseguramiento (siempre en el

entendido de que el volumen de deuda a aportar por el banco financiador / asegurador sea sustancial, a pesar de los posibles apoyos de ICO o la posible existencia del BEI – que no es seguro que participe según entendimos en los proyectos de nueva generación).

¿Hay otra vía? Entendemos que sí. Dicha posible vía pasaría por:

- Permitir ofertas sin carta de oferta financiera sino con carta de apoyo de menor exigencia, y previendo la no exclusividad del banco en este respecto.
- Pero prescribir unas condiciones mínimas de solvencia de oferta, que se configuren como umbral de “temeridad financiera”, de manera que la presentación de condiciones financieras por debajo de dicho umbral de pie a la solicitud por parte del adjudicador de garantías adicionales. De esta manera se otorga la posibilidad a más oferentes de poder negociar la financiación con diversos bancos en caso de adjudicación.
- Dichas garantías adicionales podrán consistir precisamente en la presentación de una carta oferta bancaria debidamente trabajada, al punto de que al menos tenga una aprobación previa de comité de riesgos y/o el requerimiento de la presentación de una garantía en relación a la disponibilidad de los fondos de capital comprometidos.
- En todo caso se debería eliminar el riesgo (y la ventura) en relación con el “tipo de interés base”. La gran mayoría de los países de nuestro entorno establecen un mecanismo de neutralización en relación con la variabilidad de los tipos base (el coste del dinero al banco, o la base de ese coste, el Euribor), en relación a su variación desde el momento de oferta hasta el momento de cierre financiero. Esto no tiene nada que ver con la solvencia de la empresa (siempre que se deje fuera el “margen del *swap*”), y desde luego está totalmente fuera del control, de los participantes (uno no puede asegurar el riesgo de un activo que aún no tiene), y, en la mayoría de las ocasiones no produce sino un beneficio no solicitado, no previsto y no transmitido en el precio del contrato (por pura prudencia se establece un “colchón” por parte del oferente en este sentido).
- En todo caso se debería prever la posibilidad de renuncia o terminación por ambas partes antes de la implantación del Plan Económico Financiero (PEF) de mediar cambio sustancial de las condiciones de cierre por causa no imputable al adjudicatario⁹.

Todo esto como alternativa de “apoyo suave”, si no se quiere:

a) Apelar al Diálogo Competitivo, o apelar a la figura del procedimiento negociado¹⁰.

⁹ Salvo que se esté en disposición de ir más lejos, y compartir el riesgo de cierre financiero (y la ventura), lo cual se nos antoja complicado desde el punto de vista de SEC-95.

¹⁰ Algunas administraciones están apelando a la figura tradicional (y en desuso para grandes contratos) de procedimiento negociado, donde, evitando la realización del VIM y la justificación de “no tengo otra manera de hacerlo” propias del diálogo competitivo y la figura del CPP, pueden igualmente terminar de perfilar las condiciones del contrato con los interesados, y, tras una pre-selección, permitir mayor acceso a las entidades financieras del oferente, pues se trataría entonces de una lista restringida con mayor disponibilidad de entidades financieras interesadas.

- b) Entrar en acometer o implantar algunos de los enfoques y medidas que se comentarán más adelante, básicamente de apoyo a acceso a mercado de capitales, y compartición de riesgo de refinanciación.

6.2. Más allá del fondo: el papel del ICO como “lender”

Se ha previsto que el ICO participe en un porcentaje de la deudas a suscribir por los concesionarios o socios o colaboradores privados, aliviando el riesgo de colocación y por tanto suavizando algo el riesgo de cierre financiero.

Existe otro enfoque, que sin duda es más agresivo desde el punto de vista público y que requiere más recursos humanos/técnicos por parte de la banca oficial, y que prevemos poco probable de ser implantado, pero que tiene diversos precedentes, el más conocido el de México a través de BANOBRAS.

Dicho enfoque pasa por que el banco oficial sea una ventanilla alternativa de apoyo financiero de oferta, a unas condiciones habitualmente conservadoras, asumiendo el banco oficial el riesgo de colocación, que se ve minorado por la previsión de unos términos razonablemente conservadores.

Cabría incluso una posición intermedia: el ICO podría limitar el riesgo de colocación a hasta un 50% de la deuda total, quedando expuesto al resto de riesgo el oferente, y previendo en la financiación del ICO cláusulas de estándar de mercado de tipo *market flex*. El riesgo y ventura de las condiciones finales permanecería en sede del adjudicatario o podría ser compartido, pues según se establezcan las condiciones estándar de la oferta original, tendrán quizás más recorrido a la baja que al alza. Se podría incluso prever la facultad del ICO de ceder el rol de *arranger* de la deuda a favor de un tercer banco, para hacer más atractiva la participación de la banca privada en el proceso de cierre final, y desprenderse el ICO de una parte sustancial de la comisión de aseguramiento y cierre, al tiempo que de las gestiones inherentes a esta actividad.

6.3. Sistematización o estandarización de la participación del BEI

Es sabido después del anuncio del plan de Fomento, que existe o se está trabajando en un convenio con el BEI para instrumentar su compromiso de participación en la financiación del programa de APPs del Estado, lo cual se podría replicar en algunas regiones con programas de APP de sustancial importancia cuantitativa y cualitativa (previo trabajo en la debida planificación y programación de las distintas actuaciones que compongan el programa¹¹, especialmente en el ámbito de

¹¹ El BEI debe realizar un análisis previo de aceptabilidad de cada proyecto según distintos parámetros o exigencias que pasan por existencia de estudio de impacto ambiental y análisis propio de coste-beneficio. En aquellas regiones que sean elegibles y sectores que sean elegibles, creemos que solo será posible una participación del BEI que añada valor, en la medida en que esta se planifique adecuadamente, se negocie y convenie con antelación, para lo cual la región en cuestión sería conveniente que trabajase en un programa bien estructurado y planificado de actuaciones de APP.

transporte, por ser este el de mayor aceptación o interés expresado por parte del BEI).

Como hemos adelantado antes, si el BEI participa solo como “fondeador” el problema de la restricción al crédito y el cierre financiero queda intacto. Pero asumamos que BEI actuará como prestamista a riesgo proyecto.

En primer término consideremos que lo hace en compañía (co-lending) con entidades de mercado (además en su caso del ICO). Entendemos que hay precedentes en los que el BEI participa en conjunto con banca privada en condiciones de *paripassu*, compartiendo el paquete de garantías. Pero entendemos o tenemos más certeza de que en muchas ocasiones el BEI se ha reservado acceso preferente a ciertas garantías entre otras la garantía real de terminación anticipada conocida como “RPA” (Responsabilidad Patrimonial de la Administración), lo cual nos parece que dadas las circunstancias del mercado será de difícil aceptación por parte de la banca privada.

Sea como fuere, debería existir la mayor certidumbre posible en relación a las condiciones de participación del BEI en los paquetes de deuda con antelación a cada licitación (o a todas), pues de no ser así, el verdadero valor que aporta el banco europeo quedará seriamente mermado. Pues este valor no es otro que la relativa seguridad de colocación de una parte sumamente relevante de la deuda. Las negociaciones en relación a los *intercreditors agreement* en relación a la compartición de las garantías en especial, debería tratarse de que estén resueltas con carácter general antes de los proyectos, así como las condiciones precisas de precio del BEI o la forma de determinarlas en su caso en el proceso de cierre.

La cuestión es bien distinta si el BEI está sólo (o con el ICO) como financiador. Pues toda la problemática que hemos venido apuntando en relación a la dificultad de acceso de las empresas a ofertas vinculantes o a ofertas simplemente, y/o incertidumbre del cierre financiero, permanece, o, en relación a este último (cierre financiero) se acucia, pues o es compartido o difícilmente podrá el BEI apoyar con análisis específico de cada oferta a cada oferente que lo solicite.

6.4. Mercado de capitales y riesgo de construcción

Ya hemos comentado que hay recursos muy significativos y completamente “desusados” en el mercado de capitales. Son muy pocas las ocasiones en las que se han levantado fondos en forma de emisiones de empréstitos para concesiones. Y solo en una ocasión en fase de construcción.

Si el mercado bancario da muestras de restricciones (que no tanto de falta de recursos), y en base a la cantidad tan significativa de proyectos y de necesidad de financiación que veremos en las próximas fechas, puede ser el momento de la “desintermediación”.

Más allá del valor mayor o menor que tengan algunas medidas apuntadas y en discusión del proyecto de Ley de Captación, con voluntad de facilitar la financiación vía mercado de capitales, la gran cuestión no se está abordando: en lo esencial el problema del acceso al mercado de capitales es una cuestión de riesgos.

La accesibilidad al mercado de capitales de los proyectos parte de la base de que el riesgo de crédito debe estar razonablemente acotado. Y parece además harto probable que no sea asumible el riesgo de construcción en ningún caso. Para lo primero, será necesario la participación de las agencias de rating. Para lo segundo, se podría apelar a una garantía bancaria durante construcción. Debe notarse que durante este período es difícil que la RPA no cubra el total de la deuda, pues aún no se está en período de amortización del activo, que es cuando se produce la descubertura de la deuda, al ser el perfil de sus amortizaciones menos acelerado que el de las amortizaciones contables que vienen a drenar el valor neto de la inversión, siendo este último el que sirve de referencia para el cálculo de la RPA. Esto es plenamente evidenciable en el propio PEF, y el valor de los daños y perjuicios debería ser de un importe mayor al total del capital para que la deuda estuviese en riesgo (o sea, equivaler a más de un 20 o 25% de lo invertido). La entidad financiera (asumiendo siempre que persiste la ausencia efectiva de compañías aseguradoras de tipo “monoline”), podría garantizar a favor de los bonistas dicho riesgo.

En tales casos, el ICO podría sustituir su participación en préstamo por una participación proporcional en dicha garantía.

En estos casos, cobra una relevancia supina la regulación clara de la figura de la RPA y su liquidación, de manera que al menos un porcentaje relevante de la deuda quedase a salvo del riesgo de determinación de los daños y perjuicios (siempre hablando de escenarios de terminación por incumplimiento, pues en los otros la RPA debería cubrir explícitamente las deudas). Se podría aceptar por ejemplo la existencia de una liquidación provisional de la RPA, sobre la base de una estimación previa de los daños y perjuicios, de manera que se liquidase en primera instancia una cierta cuantía a favor de los bancos¹². Dicha cuantía debería estar limitada a un porcentaje del Valor Patrimonial de la Inversión (VPI, p.e. un 80%) y a un porcentaje máximo de deuda (p.e. un 90%), la menor de ambas cantidades. La cuestión es que, por un lado, no exista una garantía explícita de la deuda y por otro que la cantidad en riesgo de la RPA (el importe de daños y perjuicios) sea valorable en relación a la desprotección del banco, a fin de que este defina su estrategia de precio de riesgos o de exigencia de ciertas garantías adicionales al contratista/concesionario. Posteriormente se abonaría el importe restante del VPI menos los daños y perjuicios, descontando previamente la garantía de buena ejecución determinada según pliegos (p.e. 5%). Para que la Administración estuviese en riesgo de asumir un quebranto en relación

¹² En principio a lo que somos contrarios es a que se liquide provisionalmente el 100% del VPI a favor del banco, sin asegurarnos antes de que el riesgo de “descubertura” para la Administración en relación a poder rescatar el coste de los daños y perjuicios esté mínimamente controlado o acotado.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

a los daños y perjuicios (no poder recuperarlos/repercudirlos a la concesionaria), estos deberían suponer, en este ejemplo o propuesta concreta, un 25% del total de las inversiones ejecutadas hasta la fecha¹³.

De manera alternativa, y de “factibilidad financiera más inmediata” se podría apelar a la figura del aval público de las deudas, limitado quizás a un 80% del volumen de la deuda y/o el total de fondos disponibles (p.e. un 50% máximo de avalamiento en relación a la totalidad de los fondos)¹⁴, avalando el restante 20% la banca privada salvo en caso de que se pueda colocar la deuda¹⁵, aunque sea a mayor coste total, sólo con esa garantía parcial del Estado (previsiblemente a través del ICO). Aunque no deja de resultar extraño que el Estado se avale a sí mismo (todo esto no es aplicable y vemos nulo problema en el avalamiento en casos de concesiones puras con cargos al usuario)¹⁶. Pero quizás sea así todo conveniente, a fin de que el mercado de capitales, en los primeros proyectos al menos, tenga mucho más fácil su entrada a fin de acostumbrarse a estos procesos y a este tipo tan especial de activo financiero.

En su caso, los avales del Estado, deberán conllevar el pago de una comisión en términos de mercado, que aproximará el valor de los márgenes que se estén aplicando por la banca en proyectos similares, o ser incluso prudentemente superior. En algunos países como hemos visto antes, se está contemplando que los ingresos provenientes de dichos avales se destinen a un fondo específico para enfrentar las contingencias frente al mercado financiero, pudiendo ser este un papel para el propio ICO (la instrumentación y la gestión de estos avales). De esta manera, además, el aval podría ser colocable en el mercado en un momento posterior, al mismo precio o un precio inferior, en cuyo caso se debería considerar el supuesto como de “refinanciación”, reteniendo la Administración una parte del beneficio derivado de la nueva situación.

En todo caso, el aval público podría levantarse después de construcción, o en caso además de que se evidencien determinados niveles de ratios de cobertura (RCSD), devengando un margen más elevado (en principio por debajo del coste resultante del anterior margen más la prima o comisión del aval), según los RCSD que se verifiquen y según el rating que pre-asigne la agencia o agencias para cada caso. Nuevamente, el “beneficio” de la nueva situación con respecto a la TIR prevista en

¹³ Una cuestión adicional a considerar: ¿cabría prever que en el caso de que quedase una cantidad pendiente de cobertura de los daños y perjuicios, el accionista o los accionistas de la sociedad concesionaria, socio privado o colaborador privado, en caso de no asumirlo, perdiesen su clasificación, al menos durante un tiempo?

¹⁴ Una postura más agresiva desde el punto de vista de contabilidad pública sería avalar el 100% de las deudas a mercado de capitales, limitando su importe a menos del 50% del total de fondos, si bien entonces surge la necesidad de financiar una parte de la deuda por la banca privada, con menos calidad crediticia ante evento de resolución por incumplimiento, pues la ejecución del aval se deduciría de la liquidación de la RPA. Sin querer ahondar aquí en el concepto de los “step in rights” de los acreedores, este mayor riesgo sería mitigable con una regulación adecuada del derecho de los bancos a proponer medidas de remedio antes de resolución del contrato, incluyendo la propuesta de un nuevo operador, si bien esto puede chocar con nuestro marco normativo en relación a concesiones, pero no tanto quizás en relación a la figura del CPP.

¹⁵ En tal caso, el banco o bancos compartirían paripassu la garantía real de la RPA.

¹⁶ En realidad, desde el punto de vista de contabilidad pública, no debería considerarse este enfoque de manera diferente a la coexistencia de financiación pública, siempre considerando que

el modelo de oferta debería ser compartido con la Administración mediante una rebaja en el PPD.

Volviendo a la RPA y su determinación y liquidación, en ausencia de aval, además de prever la liquidación anticipada de parte de la misma a favor de los acreedores por importe parcial de la deuda viva, se hace necesario objetivar al máximo la determinación de los daños y perjuicios: sería un avance describir en que se basarán tales daños y perjuicios, dejando fuera cualquier consideración de daños económicos de difícil cuantificación, y centrando el cálculo en inversiones que resulten necesarias para remediar la causa de incumplimiento, en principio la inversión en obras que devuelvan la infraestructura a cumplimiento de los estándares previstos en contrato, más todo coste de re-licitación en su caso.

Pero... hablamos de medidas provisionales, de “intervención” en el mercado, que deberían ser pues transitorias, centrarse exclusivamente en lo estrictamente necesario, y exponer el mínimo posible a las Administraciones Públicas. En ese sentido, al margen de trabajar en la flexibilidad antes descrita, de poder levantar el aval después de construcción, ¿por qué no pensar en que el propio otorgamiento del aval sea contingente y diferido¹⁷.

6.5. Riesgo (y ventura) de refinanciación

La realidad imperante es que las financiaciones son en forma de deuda “miniperm”. Paquetes de deuda con un plazo no mayor a 7 años, con vocación de ser necesariamente refinanciados.

El miniperm puede ser “soft” o “hard”. En el primer caso, lo que existe es un incentivo para el socio privado de refinanciar, pues de lo contrario los márgenes (los costes financieros) se elevan, pero el banco permanece en su posición de acreedor. En el segundo caso, se debe refinanciar sí o sí, y en tal caso el riesgo de refinanciación es difícilmente soportable para el inversor privado. Si bien, a poco que haya sido prudente en su enfoque de oferta (PEF), la ganancia posible (rentabilidad adicional a la prevista en oferta) es sustancial.

Pues bien, como hemos comentado antes, hay países que enfocan su “apoyo financiero excepcional” en este hecho, el de la existencia de una refinanciación posterior, facilitando que tanto acreedor bancario como accionista vean acotados su riesgo (y el segundo su ventura) en relación al momento de refinanciación.

La idea podría ser la siguiente, siempre asociada a un enfoque de miniperm soft: llegado el momento de la refinanciación, si esta no se produce, por ausencia de

¹⁷ Naturalmente, se debería prever que el oferente pudiese renunciar a este mecanismo, reteniendo en tal caso todo el riesgo de refinanciación pero también todo el beneficio de la misma, y ello poder conllevar, quizás, una cierta ventaja marginal en puntuación.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

capacidad bien del proyecto, bien del mercado, el adjudicador pasa a proporcionar un aval a favor del banco, previo devengo de una comisión en el entorno o prudentemente superior a los márgenes que se están aplicando o se prevea se aplican en el momento de otorgamiento del contrato de concesión, CPP o la figura de que se trate. El promotor/socio privado podrá en todo momento instar a la refinanciación del proyecto, de común acuerdo o previa autorización de la Administración/poder adjudicador, previéndose para tal caso que, en el probable escenario de insuficiencia de los volúmenes captados, accionistas y poder adjudicador comparten el quebranto, el cual se manifiesta en la necesidad de aportar más capital y/o pérdida de rentabilidad y/o necesidad de incrementar los pagos por parte de la Administración.

Del mismo modo, si la refinanciación proporciona un beneficio no contemplado en el modelo de oferta, y en la medida en que no esté contemplado, la Administración compartirá un porcentaje de dicha ganancia, bien por medio de cobro de una parte de la deuda adicional captada (por encima de la deuda viva con el acreedor original), o mediante una ajuste a la baja en los PPD, a razón como máximo de un 50%¹⁸.

Para poder apelar a este mecanismo, el oferente debería mostrar en PEF de oferta unas condiciones de solvencia financiera determinadas, consideradas como suficientemente prudentes, en relación al “préstamo subyacente”, es decir, las condiciones requeridas por el banco financiador en ausencia de refinanciación.

En caso de pérdida o quebranto, se podría proceder como sigue:

- No hay aportación por parte de la Administración en tanto en cuanto el capital adicional a aportar por parte del inversor sea tal que el capital después de la refinanciación este por debajo de un (por ejemplo) 40% del total de fondos vivos en ese momento, y además su TIR no se afecte hasta quedar por niveles sustancialmente por debajo del mercado (p.e. 6%).
- Además tanto la TIR como el capital adicional a aportar deberían en todo caso deteriorarse de manera significativa en relación a lo previsto en el modelo de oferta, en ausencia de apoyo. Por ejemplo, ser necesario capital adicional por encima de un 50% del capital original y verse reducida la TIR esperada con relación a la prevista en oferta en más de un 50%.
- El poder adjudicador compartirá como máximo un 50% del quebranto de TIR y de necesidad adicional de capital, por medio bien de una aportación participativa, bien de un incremento que permita elevar la captación de deuda y nueva, o una combinación de ambos.

¹⁸ Otra cosa sería a nuestro entender que ya estuviese prevista la venta de la operación, con el pago diferido contractual previamente tasado, en lo que sería una re-financiación de la construcción, siempre que desde un principio estuviese contemplada esta operativa, por ejemplo mediante la venta en un segundo momento de la propia sociedad pública creada al efecto. Más allá de la previsible negativa de los encargados de fiscalizar el cómputo de la operación, actualmente no es factible simplemente desde un punto de vista comercial, pues ningún inversor está en disposición hoy de financiar obra ejecutada por otros.

- Se podría además “topar” la aportación o el re-equilibrio (aumento de PPD para acomodar más deuda) a un (p.e.) 20% del total de fondos originalmente previstos en oferta.

La Administración podría instar a la refinanciación en todo caso en aplicación de tales condiciones a su solo criterio.

En caso de que los accionistas no procediesen a invertir el capital adicional resultante se instaría a la terminación anticipada por incumplimiento, con las consecuencias previstas para dicha causa de terminación, si bien el banco tendría derecho a percibir una liquidación del (p.e.) 80% de la deuda viva u otro porcentaje que se definiese en pliego, pero siempre por debajo de 100% del importe de la deuda viva en ese momento.

Para que el mecanismo de apoyo en riesgo de refinanciación sean aplicable, el socio privado deberá estar en niveles de cumplimiento satisfactorio del contrato, entendiéndose por esta una situación en la que ni esté incurrido en incumplimiento grave ni se prevea que lo vaya a estar de manera próxima, a solo juicio, razonado, de la Administración.

7. Abundando en los pagos por disponibilidad. Control y monitoreo

Se ha venido planteando desde la Administración central y algunas comunidades autónomas la conveniencia de un mecanismo de pago mixto, que combine disponibilidad y demanda. En primer término, debemos aclarar que no consideramos apropiado, o siquiera como variante de mecanismos de pago, la existencia de deducciones “ex post” por faltas de calidad, a los ingresos por demanda. La esencia de un mecanismo de pagos es que se devenga, se gana, se calcula en función del valor del servicio efectivamente recibido según los estándares y criterios previstos para determinar su precio. Las deducciones por disponibilidad en realidad no son “deducciones”, sino más propiamente “ajustes” en el pago máximo devengable. Y desde luego no son penalizaciones, en nuestra opinión, en sentido estricto. La penalización es un ejercicio de “remedio” del poder adjudicador/contratante a posteriori, y aquí de lo que se trata es que la pérdida de ingreso sea automática. No se deduce, sino que simplemente no se paga.

Dicho eso, se ha debatido mucho sobre la conveniencia de basar una parte del mecanismo en demanda, y no totalmente en disponibilidad. En general podemos decir que si se acepta que la disponibilidad es el mecanismo más apropiado cuando no exista un objetivo de la administración de maximizar uso (como parece que es el caso en carreteras sin peaje), no vemos motivos para mezclar los dos tipos de pago, pues además resulta confuso, “divide” la transferencia de riesgos y puede dar lugar a perversiones: falta de disponibilidad que se vea compensada con tráficos más elevados de lo previsto. Además, desvirtúa el precio del servicio de disponibilidad.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

Resulta que con los mismos parámetros de disponibilidad (mismos requerimientos y niveles de indicadores) el servicio, el mismo servicio de disponibilidad, ¿vale menos que si decidimos abonar todo en función de dicho criterio¹⁹.

Sin embargo, ello no es óbice para que exista un componente por uso. Pero no como mecanismo de pago (no como contraprestación unitaria por todo concepto prestacional – inversión inicial más renovación más mantenimiento) sino como mero factor de ajuste al coste efectivo de mantenimiento asociado a la demanda. Por que, si lo que se busca con los PPD es “alinear” la retribución y por ende objetivos del socio privado a los objetivos de la Administración contratante, puede suceder que con demandas o niveles de uso excesivos, dicho objetivo quede desajustado, y el uso pase a jugar un papel en el marco económico del socio privado distorsionador, opuesto precisamente al que ejerce en un esquema de pagos por demanda: a más demanda, más costes de operación y mantenimiento, que no se ven compensados por contraprestación alguna, y que generarán la necesidad de ahorrar en los mismos poniendo en riesgo la esencia última del mecanismo, que es la gestión de inversión en mantenimiento preventivo.

Por otra parte, del mismo modo que una demanda mayor de lo previsto acarreará pérdidas, una demanda menor de lo previsto en el plan financiero acarreará beneficios no previstos, y será normalmente más probable lo segundo que lo primero, pues la traslación de este riesgo innecesario y no controlable llevará al oferente a incrementar ligeramente el PPD que de otro modo hubiese sido menor.

La práctica mayoritaria a nivel internacional establece un componente menor de pago por uso con objeto de neutralizar la influencia de la demanda en los costes, pero se trata de un componente de peso marginal, el que realmente refleje de manera aproximada el coste marginal unitario de la demanda, muchas veces singularizado solo en el tráfico pesado. Este pago se puede tasar en pliego o dejar a oferta. En los casos (p.e. México) en que se ha dejado al oferente proponer el mix de pagos, rara vez a sobrepasado el peso de este pago un 3% del total de pagos previstos en modelo financiero de oferta.

La otra cuestión que queremos matizar aquí, en relación a los pagos por disponibilidad, es la confusión en torno a la práctica internacional de su control y monitorización. La realidad es que en la inmensa mayoría de los casos el control se basa de manera mayoritaria en mecanismos de auto-monitorización, reservándose la parte pública una labor de segunda revisión, centrada en la auditoría del buen funcionamiento del sistema de calidad y de reportes implantado por el concesionario. Nada impide a la Administración incrementar su rol de inspector y controlador en última instancia, y de hecho así se suele prever en circunstancias de recurrencia de fallos de disponibilidad (a costa del concesionario), pero en principio se trata de evitar las

¹⁹ Según la legislación hipotecaria entendemos que una concesión de servicio público con obra es hipotecable de manera que la regulación de la ley de captación no está claro si aplica a estas concesiones. Parece que se ignora la relevancia que tienen estas concesiones de servicio público en grandes actuaciones de infraestructuras.

redundancias: ¿Acaso sucede que si queremos mantener una posición tradicional de fiscalización de estas obligaciones, no queremos que el concesionario deje de realizar una actividad de autocontrol²⁰. ¿Tendría sentido no exigir en primera instancia al prestador de un servicio las mayores medidas de gestión de calidad, en un servicio que precisamente se mide por calidad. Entonces, ¿por que queríamos duplicar el coste de las labores de monitorización (pues los costes del concesionario los estamos pagando en todo caso en el propio PPD)²¹. El concesionario es el que estará (o deberá estar) más cerca de la información de incidencias, y por ende en quien debe descansar el sistema de información de reportes, pues es lo más efectivo en términos de coste, y con las medidas adecuadas (sobre las cuales nos gustaría abundar pero no tenemos tiempo ni espacio aquí), que desincentiven faltas de información, no estará en peligro el buen control público del contrato.

8. Medidas de fomento fiscal: la carga fiscal cruzada de las APP y el coste hundido de las CCAA y entes locales

Las APP se financian contra un ingreso presupuestario, que proviene del poder adjudicador respectivo. En los casos en que este poder adjudicador no tiene la potestad recaudatoria de los impuestos que genere la actividad del socio privado, notablemente Impuesto de Sociedades e IVA, se genera un “coste hundido” para la Administración respectiva. Parte de los ingresos fiscales generados en una comunidad autónoma son rescatados de acuerdo con lo previsto en el sistema de financiación autonómica que se estructura en la Ley de Financiación Autonómica, pero una parte sustancial no.

Parece claro que si una Administración regional o local no promueve una determinada infraestructura, no se genera actividad económica de construcción (y se pierde el ingreso fiscal correspondiente a esa actividad), pero además tampoco se generaría un nuevo negocio ni se crearía una nueva sociedad (la sociedad concesionaria para ejecutar contrato en cuestión). Es decir, la Administración regional o local, está financiando con su propio gasto corriente (mediante los pagos por servicio), los impuestos del proyecto en su conjunto, siendo los más notables de carácter estatal (salvo la excepción del País Vasco y Navarra), de los que solo recupera una parte.

Si se desea promover desarrollo de infraestructuras, y se desea desde el Estado que las CCAA participen de este esfuerzo, quizás se debería plantear la exención de impuesto de sociedades, lo que permitiría minorar así el pago contractual que realiza dicha administración adjudicadora, renunciando el Estado a un ingreso que está en realidad gravando el presupuesto de la propia CCAA (o ente local), y que en otro caso, de no promoverse el proyecto, no hubiese tampoco existido.

²⁰ Florida Department of Transportation. Véase los proyectos Miami Port Tunnel o I-595, en los que tuvimos ocasión de asesorar al departamento, siendo el adjudicatario del segundo de ellos una empresa española, ACS.

²¹ Podríamos traducirlo como “Requerimiento de Cualificaciones, RdC)

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

Debe notarse además, que aún así se estará generando ingreso fiscal en relación al contrato de construcción y la actividad de la sociedad a encargarse de la misma, con lo que aun renunciando a las cargas impositivas de la actividad de la sociedad concesionaria, a la Administración central le interesa facilitar, desde el punto de vista estrictamente fiscal, que se promueva esta nueva infraestructura.

9. Los dictámenes SEC-95

No queremos dejar pasar estas líneas sin una petición que es común y suscrita por todas las CCAA: que estén a plena disposición de todos los interesados los informes y dictámenes de análisis SEC-95 de estas operaciones. Ello daría muchas claves que podrían ayudar a enfocar mejor los esquemas de APP y daría lugar a menos especulaciones en relación a como se está interpretando los distintos criterios del Manual (que entendemos está en revisión y que esperamos que sea para mayor claridad). A fin de cuentas no son pocos los informes que circulan en el “en el “mercado” muchos de propios interesados (las Administraciones Públicas) tienen interés (valga la redundancia) en compartirlos para poder ampliar su entendimiento de lo que les “puede pasar”.

10. Déficit y liquidez: “sale and lease back” de infraestructuras o equipamientos públicos

La necesidad de liberar gasto e inversión directa es acuciante. Más allá de apelar a APPs para proyectos nuevos, se está tratando en muchas ocasiones de “rescatar liquidez y gasto” de infraestructuras o equipamientos ya construidos o en fase de construcción (prevista originalmente como construcción convencional). Hagamos unas consideraciones:

- a) No es lo mismo liquidez que gasto. Queremos decir que, un objetivo puede ser reclasificar el gasto de un año en curso o de años venideros, asociado a un contrato ya adjudicado. Y otro muy distinto es “vender” la parte ya construida (o el total) tratando de que ese esquema sea configurado como una APP. Si recibimos un pago financiero cuyo objeto o uso ya no está asociado a la construcción del activo (porque está construido), sobre la base de unos pagos a futuro que construimos expresamente²² para dicho objetivo (captar recursos para “otra cosa”), estamos usando espuriamente la figura del APP y estamos escondiendo una financiación pública convencional.
- b) No puede ser APP (ni desde el punto de vista conceptual ni desde el punto de vista de Eurostat) ningún esquema que no contemple inversión en obra nueva

²² Se deberían prever en pliego unas condiciones mínimas de solvencia financiera de oferta: es decir, RCSD, plazo de la deuda, apalancamiento máximo etc., así como un precio para el aval que no deberá ser menor al precio de mercado para estos riesgos, que se manifiesta en el margen.

- sustancial por parte de nuestro socio privado. Esta debe ser mayoritaria (más del 50%, si bien podemos ver mayores restricciones a este respecto en un futuro desde las autoridades estadísticas e interventoras de la consideración contable de estos esquemas). Esto, siempre que estemos hablando de un APP en sentido estricto, es decir, de un esquema que se sustenta de manera sustancial en pagos públicos, y no el que sea considerado como “concesional”.
- c) “a + b” nos lleva a que cuando queremos “mutar” el esquema de financiación-gestión de una obra en curso, a uno de APP, solo podamos hacerlo: (i) cuando la obra pendiente de ejecución es más del 50%; (ii) y creemos que tendría que ser sin “vender” la parte ejecutada.
- d) ¿Cuándo se puede “vender”²³ creemos que se puede decir que cuando el esquema contractual, el contexto jurídico de la propiedad y las relaciones no es propio de una APP, lo cual podría ser en dos situaciones:
- a) Cuando existe un negocio en sentido estricto, con orientación poco discutible a mercado (regla del 50%), que sea catalogable como “concesión de explotación” desde el punto de vista contable.
- b) Cuando estamos o quedamos fuera del ámbito del dominio público, y hablamos de una transacción puramente patrimonial, entre sector público y sector privado, en régimen de derecho privado referida a bienes patrimoniales de la Administración Pública.

Abundemos brevemente en este último punto o posibilidad. ¿es posible el “sale and lease back” de un equipamiento, vamos a precisar, un edificio público? La respuesta es— creemos — que sí. Pero con las siguientes precisiones:

- El bien o activo inmobiliario pasa a ser un activo de mercado. Es decir, mantengamos el uso del activo, mediante un contrato de arrendamiento, pero la propiedad del mismo es íntegramente privada. Ello no quiere decir que no lo pueda “recomprar”, pero deberá ser en condiciones de mercado (opción a comprar según el precio que en ese momento rija en mercado). No podemos, entendemos, “asegurarnos” la compra del inmueble a un precio determinado o al menos debería existir un riesgo sustancial de valor residual, que se podría materializar por una opción cruzada de compra-venta. Pero lo más conveniente para garantizar la no consolidación de la cifra recibida por la venta es que la transacción sea un *lease back* en verdaderas condiciones de mercado.
- El alquiler debe ser fijado en concordancia con el mercado: o bien ser variable de licitación o bien estar configurado de manera acorde o en unos niveles claramente defendibles como de mercado de alquileres del sector o tipo de equipamiento de que se trate (hablamos de oficinas, normalmente).

²³ Hay ya precedentes en pliego que comprometen la liquidación del VPI de manera previa al cálculo de los daños y perjuicios. Ello presupone que la Administración asume como ya hemos comentado más arriba un riesgo de insuficiencia de recursos en relación al valor de los daños y perjuicios. Cabría mejor fijar como liquidación provisional a favor de los bancos una liquidación de un cierto porcentaje, pero no el total, de la VPI de manera previa a la liquidación definitiva (p.e. un 80 ó un 90%) dependiendo siempre del nivel de apalancamiento y del importe o valor real de la garantía de explotación.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

11. Comentarios a los proyectos de la Ley de Captación de Financiación y de la Ley de Sostenibilidad Económica

11.1. Introducción

De manera intencionada, emitimos estos comentarios de manera integrada en un único apartado, pues en cierta medida hay cuestiones que la LSE (su proyecto) aborda, como en tantos otros casos, en forma de enmienda de otras leyes, cuando la propia Ley de Captación misma está en proyecto, y si bien es deseable que sea aprobada lo antes posible, no es menos deseable que se puedan tratar ya en las enmiendas a la misma cuestiones que la atañen y que en principio ya están siendo objeto de discusión por parte de los políticos en el contexto de la LSE.

Lo primero que nos llama la atención de la Ley de captación es como desde el anteproyecto hasta el proyecto de Ley se modificó algo tan sustancial como el ámbito de actuación de la futura Ley.

¿Por qué las figuras de CPP o de sociedad de economía mixta (o incluso otras...) no deberían tener acceso a las mismas mejoras del marco de financiación²⁵?

Al menos podemos observar que la aplicabilidad de la figura del aval se mantiene en el proyecto de Ley para estas figuras alternativas a las de concesión de obra pública.

En términos generales reconoceremos los avances principales:

- Aplicabilidad de avales.
- Esfuerzo de clarificación y mejora en los derechos de acreedores de tenedores de títulos que puede ayudar a acceso al mercado de capitales.
- Ciertos derechos de *step in* incluyendo a acreedores pignoratícios en relación a los CPP.
- Previsión de un nivel objetivo de protección de la deuda en CPP (ver comentarios más adelante al respecto).

A continuación comentaremos estas medidas y previsiones, así como otras cuestiones que entendemos debiesen ser objeto de regulación o de modificación con respecto a previsiones previas, y siempre más allá de nuestra consideración de que la Ley de Captación de Financiación debiese, al menos en una serie de materias, aplicar directamente no solo a concesiones de obra pública sino también al resto de figuras que son potenciales instrumentos de las APP en sentido amplio.

11.2. Ámbito de aplicación de los contratos CPP y modificaciones a la LCSP en relación a esta figura

11.2.1. Aplicabilidad del Contrato CPP

Se están modificando y/o clarificando a través de la LSE ciertas cuestiones regulatorias del contrato CPP y del proceso de diálogo competitivo (DC). Sin duda es una gran ocasión para enmendar lo que entendemos son en cierta medida errores no intencionados, o si lo fueron en su momento, de reconocer la necesidad de cambio, para el mejor aprovechamiento de estas dos figuras.

El contrato CPP no debería ser apelable única y exclusivamente en caso de “incapacidad objetiva de la Administración” para desarrollar por otros métodos el proyecto. Es adecuado pensar y regular que en casos de alta complejidad técnica es óptimo un proceso de diálogo competitivo, pero no solo en tales casos. Aunque parte de los partícipes de este mercado o sector (las APPs) pensamos que “parece claro” que basta con justificar la necesidad de apelar al CPP por complejidad económico-financiera, en concreto de determinación de la estructura de riesgos y de otras condiciones financieras y de negocio del contrato, no está claro, o cuando menos son muchas administraciones las que consideran que solo es apelable por motivos de complejidad técnica, lo cual deja muy poco espacio para el uso de estas técnicas, que no debiesen ser catalogadas como tan excepcionales cuando son la práctica habitual en todos los países de ámbito anglosajón (y cuando la tendencia regulatoria desde la UE es la de homogeneizar prácticas).

Apelar al CPP debería ser posible, siempre que se justificase en la evaluación previa, de manera debidamente razonada, la “mayor conveniencia” de esta figura, cuando no la necesidad, si se quiere, por imposibilidad técnica de definir el proyecto de manera previa o por otros motivos. Pero desde la perspectiva financiera, debería bastar con la conveniencia debidamente justificada, y la realización del Valor por Dinero, debiese servir para bien mostrar que es posible / previsible obtener ahorros a largo plazo, o bien que de existir des-economías o potencial sobre coste a largo plazo, este no es sustancial y se ve justificado por las ventajas cualitativas de apelar a esta figura. Es más, como explicamos más adelante, al hablar del “Valor por Dinero” o “Valor por Precio”, deberíamos prever que ese procedimiento previo se realizase en todo caso para cualquier forma de Asociación Público Privada, para cualquier alternativa de financiación-gestión con financiación privada (en el sentido de contabilidad pública), enfrentada con un método convencional. Porque en definitiva estamos nuevamente heredando un procedimiento anglosajón, que por tanto se aplica en un ámbito que no distingue ni regula los contratos por su forma jurídica, sino por sus contenidos (Diseñar, Construir, Financiar, Operar y Mantener – DBFOM).

El apartado 2 de la disposición adicional decimoctava del proyecto de la LSE, ebería mejor proponer una modificación del Artículo 11 apartado 2 de la LCSP como

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

lo que sigue: “Solo podrán celebrarse contratos de colaboración (...) cuando previamente se haya puesto de manifiesto (...) **que esta figura es la más idónea** para la satisfacción de las finalidades públicas”.

A su vez, el Artículo 118, debería prever simplemente la necesidad de “que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados, **o no resulta posible definir de manera previa los parámetros y requerimientos técnicos o exigencias funcionales y los efectos de incumplimiento o mecanismos de ajustes de precio por el servicio prestado de una manera ajustada al riesgo, que garantice la máxima concurrencia o un equilibrio adecuado entre el interés privado y el público, o que resulta conveniente para definir los mecanismos jurídicos y/o financieros para llevar a cabo el contrato de la manera más eficiente y con mayores garantías de obtención de valor por dinero y siempre que la participación de los licitadores a la determinación del objeto del contrato y sus características pueda aportar un valor relevante para la mejor definición y cumplimiento de las necesidades públicas**”.

11.2.2. Pagos por disponibilidad, concesiones y contratos CPP

Se debería aprovechar la LSE para permitir de manera clara la compatibilidad entre concesión de obra pública y pagos por disponibilidad. Si no, para ser coherentes (cosa que no pretendemos, pero simplemente queremos evidenciar la falta de consistencia), deberíamos entonces dejar fuera del ámbito de concesión de obra pública los esquemas de peaje en la sombra. A fin de cuentas, es todo un esquema de pagos presupuestarios por un servicio, y además el mismo servicio, con independencia de en que se base el mecanismo de pagos.

De lo contrario nos encontramos con el siguiente absurdo:

- Como Administración ya he decidido que no quiero aplicar peaje al usuario o que no puedo (porque estoy contratando una infraestructura que no conlleva interfase con usuario –p.e. un hospital, sin inclusión de servicios clínicos en el contrato; un hospital; o una línea ferroviaria sin inclusión de la explotación pues esta la reservo a otro actor o actores).
- Es claro que debo ser yo quien pague al concesionario (o socio colaborador).
- Si quiero pagarle por calidad/disponibilidad, por no ser de mi interés maximizar el uso de la infraestructura (p.e. una carretera libre de peaje, en la mayoría de las ocasiones), tengo que apelar (al menos así opinan bastantes actores del mercado) a un CPP.
- ¿Es acaso más compleja por ello la infraestructura²⁶ ¿es distinto el servicio que estoy requiriendo, de cumplimiento de unos estándares de calidad y seguridad, de respuestas a incidentes etc²⁷ la respuesta es No.

- ¿Por qué tengo entonces, solo por la selección del mecanismo de pagos, que acudir a un proceso de diálogo competitivo? Esto enlaza con nuestro siguiente punto.

Adelantándonos al mismo pensamos que:

- Los pagos por disponibilidad deberían de manera clara ser aplicables a cualquier figura de APP (concesión, mixta, CPP, etc)
- El Diálogo Competitivo se debería justificar por sí mismo
- El valor por dinero y la justificación motivada de apelar a la APP debería hacerse en cualquier caso

11.2.3. ¿Cuál es entonces el sentido del contrato CPP como figura propia?

Nos parece que quizás sea una cuestión de tratamiento más pormenorizado y a medida de los riesgos. Si lo que se pretende es reservar para esa figura tratamientos más excepcionales que maticen o se alejen del riesgo y ventura, tasando debidamente los supuestos de riesgos retenidos, compartidos y transferidos, vemos el sentido. Pero entonces, hagamos mucho más fácil y menos excepcional el apelar al CPP y desde luego no requiramos un DC como proceso de licitación. Digamos claramente que el CPP es apelable entre otras razones “cuando existan razones o evidencias de existencia de riesgos que requieren un tratamiento especial” que justifique quizás una mayor garantía por parte de los bancos en relación a la recuperación de las deudas en caso de terminación anticipada. El contrato de concesión de obra pública es un contrato cerrado en su régimen jurídico, cual aporta seguridad jurídica, pero la evolución del mercado financiero, las nuevas necesidades de infraestructuras, etc. ponen de manifiesto la importancia de contar con sistemas de contratación más flexibles para determinados proyectos. No pongamos requerimientos distintos para su utilización o el CCPP no tendrá sentido.

11.3. Diálogo Competitivo

Sin pretender que se use a tal efecto la LSE, aprovechamos para sugerir que se reglamente cuanto antes el proceso de diálogo competitivo. La falta de concreción en cuanto a cómo gestionar este proceso y las incidencias que esta indefinición tiene en relación a la percepción del sector privado, en concreto la transparencia, están lastrando también el uso de esta figura.

Con carácter general, y en las circunstancias actuales es más claro, el Diálogo Competitivo no tiene por qué ser sinónimo de menor concurrencia, pues las empresas que entren en lista corta, es mucho más probable que presenten finalmente oferta, al tener un marco más cerrado y claro de competencia, y estar más fidelizadas con los términos del pliego, pues tienen ocasión de influir sobre sus aspectos.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

Sería recomendable que se desarrollase la figura de los estipendios, de manera que toda empresa que presentase finalmente oferta en cumplimiento de las condiciones mínimas requeridas, tuviese derecho a recuperar una parte (habitualmente minoritaria) de los gastos de oferta (irrogable si se quiere al adjudicatario), que es la práctica habitual en la mayoría de los países. Si bien parece que eso siempre puede ser regulable en pliego.

Con relación a la reglamentación del DC, sin tener aquí tiempo para extendernos, diremos que existen dos aproximaciones claras: la más puramente británica, que incluye tres fases, con dos ofertas secuenciales después de la pre-selección de lista corta (*short list*), o una más abierta y en principio más corta, que es la que se emplea por ejemplo en Florida por el FDOT²: en estos procesos, a la convocatoria de lista corta (RFQ, *Request for Qualifications*³) ya se entrega un dossier que incluye lo que en los casos españoles de DC que estamos viendo, toda la información del documento descriptivo, las características básicas del contrato. Y tras la selección, se entrega un primer borrador de pliego de cláusulas de selección y de contrato (ITP – *Invitation to Proposers*, RFP – *Request for Proposals*, y CA- *Concession Agreement*), que son objeto de comentarios y sugerencias de modificación de manera ordenada, y acompañados de sesiones “uno a uno” (*one on one*). Durante ese proceso, la Administración va afinando con el concurso de los interesados, los Pliegos Técnicos y Administrativos (el contrato, y los requerimientos de oferta) a fin de llegar a un punto más equilibrado de aceptabilidad e interés entre las dos partes. En relación a lo técnico, los requerimientos se van afinando (abriendo en ocasiones) para habilitar ciertas soluciones técnicas a propuesta de algún candidato. Lo relevante es que se tiene la ocasión de que ciertas cuestiones, las técnicas, sean propuestas confidenciales (a salvo de lo que se entregue como documentación escrita).

En este modelo, no se realiza un BAFO (*Best and Final Offer*) pues no hay una oferta previa, sino una única oferta sobre la base de la documentación final o pliegos definitivos.

Nada impediría que las reuniones fuesen públicas y simultáneas para todos los oferentes, ni nada impediría que en la fase de diálogo se trabajase en pos de la definición de un proyecto constructivo único sobre el que al final todos los oferentes den precio (en tal caso debe haber a nuestro entender una oferta previa sobre la que seleccionar a dos candidatos o a lo sumo tres, sobre los que se establece la BAFO), pero como decimos ese es otro enfoque más conocido.

11.3.1. ¿Cuándo apelar al DC?

Pues entendemos que debería poder apelarse al DC, para cualquier modalidad de contrato (a fin de cuentas “todas son APP”), y sin necesidad de existencia de grandes complejidades técnicas o económicas. Bastaría con que el proyecto en sí fuese sustancial en importes, para justificar este proceso, a fin de que con tal mag-

nitud de proyecto, resultase conveniente “afinar” las condiciones de los pliegos y “fidelizar” a un mínimo número de oferentes. La propia Administración debería saber que el proceso va a ser más costoso y que de por sí es más arriesgado tener o no tener oferentes, como para decidir que le merece la pena apelar a este enfoque sin más justificaciones que de otro modo, de ser necesario, se acabarían dando.

En este sentido, del mismo modo que ya se ha comentado lo excesivo del “reconocimiento de incapacidad” de la Administración para definir los términos del contrato, de manera coherente con ello, se debería modificar el artículo 164 de la LCSP (supuestos de aplicación del diálogo competitivo), de manera que se definiese como “(...) *particularmente complejo todo contrato en el que el órgano de contratación considere como más conveniente el empleo de este procedimiento de selección a fin de poder definir, con arreglo a las letras a), b) o d) del apartado 3 del artículo 101, los medios técnicos para satisfacer sus necesidades y objetivos de manera más eficiente, o para la mejor determinación y más eficiente de las condiciones jurídicas y financieras que van a regular dicho contrato*”.

De no regular y flexibilizar el acceso a esta figura, se podría llegar a incentivar al uso de procedimiento negociado, lo cual no es malo de por sí, pero generaría dispersión en la formas de licitación. Y recordemos que una de las mejores y más necesarias cuestiones para el éxito de programas de APP es que exista una cierta estandarización, por generación de confianza y economía de escala a la hora de analizar por parte del privado estas oportunidades.

11.4. Análisis de valor por dinero

La necesidad de realizar un análisis de análisis de “Valor por Dinero”, como ya hemos explicado, no debiese ser para con la opción de “CPP”, sino para las opciones de “APP”, es decir, alternativas de contratación con financiación privada, en base a un mecanismo de pagos de carácter presupuestario (sea en base a volumen/demanda o sea en base a calidad). Pues de lo que se trata es de estimar el grado de sobre coste o de ahorro previsible a largo plazo, entre una contratación convencional y una con financiación privada. El mayor coste financiero lo es tanto si apelamos a una concesión como si lo hacemos a un CPP (o a una empresa mixta), siempre que el ingreso este basado en una parte relevante en presupuestos. Y la posible eficiencia en la gestión de los costes y los posibles ahorros implícitos en la gestión por un APP, es decir, de DBFOM, o si se quiere de financiación, construcción y gestión privadas o con control privado.

En relación a este punto, se debería emitir sin carácter vinculante y por Hacienda unas directrices recomendadas de elaboración de dicho análisis, de la misma manera que existen en tantos países, empezando por el Reino Unido y pasando por México, como precedente más cercano en términos de tradición legal.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

11.5. La figura del aval

Abundando en dos cuestiones ya comentadas en partes previas de estas notas, se hace necesario de regular su aplicación a los distintos proyectos: condiciones para su solicitud y posterior otorgamiento (¿se exigirá rating?), si bien se podría dejar a pliegos estas regulaciones (sin perjuicio de lo positivo de reglamentarlas).

Realizaremos solo algunas consideraciones susceptibles de incluirse en la LSE, como avance de una posible regulación previa:

- Prever que su precio debe ser en condiciones de mercado.
- Prever en pliego que en APPs todo oferente tendrá acceso al mismo con unas condiciones mínimas de solvencia de oferta (PEF) y otras previsiones de riesgo de construcción (p.e. necesidad de contrato llave en mano respaldado por ciertas garantías) que se deberán verificar con posterioridad a la adjudicación para poder implementar el aval.
- Prever su cesión a un tercero por parte de la Administración.
- Prever su levantamiento y las consecuencias del mismo.
- Creación de un fondo con los recursos levantados por comisiones del aval.
- Previsión del proceso de liquidación del aval y su interfase con la liquidación de la RPA.
- Muy especialmente, prever que el otorgamiento del aval sea contingente, según unas condiciones de solvencia verificadas en proyecto en marcha (en fase de explotación) y relacionadas con el riesgo de refinanciación, como se ha explicado en apartados previos (ver [apartado 6.5.](#)).
- O prever que sea aplicable solo en construcción y levantado después según condiciones objetivas de solvencia de PEF en explotación (ver [apartado 6.5.](#)).

11.6. Protecciones de los acreedores en concesiones y Ley de Captación

En este punto iremos aportando nuestros comentarios de manera más o menos acorde secuencialmente a las regulaciones previstas en el Proyecto de Ley de Captación. Pero lo primero que queremos apuntar es la conveniencia de hacer extensibles estas protecciones a las otras figuras de APP (CPP y Sociedad Mixta), de manera explícita en la propia Ley de Captación.

- **Requisito de agencia de rating** (Artículo 7, Emisión de obligaciones y otros valores). ¿Qué se debe entender por valoración positiva de la agencia de rating? Suponemos que se trata de definición de “grado de inversión”. Quizás se debería aclarar. Aunque en este caso la ambigüedad puede no perjudicar a nadie.
- **Resolución por causa imputable al concesionario y protección del acreedor por valores negociables en relación a las sumas de compensación.**

- Cabría aclarar quizás en las previsiones del artículo 247 de la LCSP en relación a suma liquidatoria de la RPA, que se puede considerar dentro de la suma adeudada por la Administración los intereses durante construcción. Parece interpretable que así es (“importe de las inversiones realizadas *por razón de* la expropiación...., ejecución de las obras”), y así lo están reflejando la mayoría de pliegos de concesión, pero una concordancia del texto legal con lo previsto habitualmente en los pliegos parece aconsejable.
 - Se debería prever o admitir a regular según pliego, la posibilidad de que en este supuesto los acreedores (de momento digamos solo los tenedores de valores negociables) pudiesen tener garantizado un importe (con un máximo) del valor patrimonial, es decir, la liquidación de la RPA previa a compensación de crédito por daños y perjuicios². O alternativamente, que se regulase como previsión de duración transitoria, en la LSE (p.e. para las concesiones contratadas en los próximos tres años).
- **Otras causas de resolución no imputables (artículo 8 apartado 4).** Del mismo modo que es práctica completamente estandarizada en el resto de mercados-país con los que nos debemos tratar de homogeneizar algo más en estos aspectos, en estos casos, no debe caber otra cosa que el derecho de percepción del total de la deuda viva sin mayores ambigüedades. Estamos en supuestos de inexistencia de deducción de daños y perjuicios, pero ello no es óbice para que, según se interprete y calcule la suma de compensación según artículo 247 de la LCSP, no alcanzase dicho importe el total de deuda viva.
- **Derechos del acreedor hipotecario (Artículo 10) y ejecución de la hipoteca (Artículo 11).**
- Nos preguntamos por qué no se puede aplicar estas previsiones a un acreedor pignoraticio, cuando menos como medida de vigencia temporal o valor transitorio durante estos años de crisis.
 - Alternativamente, se podría proponer como medida transitoria de fomento financiero en LSE, que las hipotecas de concesión tuviesen un gravamen más reducido o incluso exento.
 - El artículo 10.2. menciona la posibilidad de que el acreedor hipotecario pueda solicitar subrogarse antes de que se resuelva el contrato, a través de “una entidad participada”. Por su parte, ya después de subasta, se permite al acreedor, si esta se ha quedado desierta, “proponer un nuevo concesionario”. Se podría posibilitar lo segundo desde el principio, al menos como medida transitoria, quizás dentro del propio proceso de secuestro de la concesión.
- **Derechos de titulares de cargas inscritas o anotadas (artículo 12).**
- En términos generales debería hacerse un esfuerzo por permitir que en todos los casos, de manera previa a resolución, se permitiese la propuesta por parte de los acreedores mayoritarios de un tercero a hacerse cargo de la concesión al menos por un tiempo máximo hasta verificar si las causas de terminación por incumplimiento son debidamente remediadas.

El nuevo marco práctico y legal para el desarrollo de infraestructuras mediante Asociaciones Público Privadas y medidas de intervención financiera. Diagnóstico de la situación actual y recomendaciones revisadas

- Se podría, como ya se ha comentado para otras propuestas de mejora del marco de protección de los acreedores, prever que estas mejoras tengan carácter excepcional y transitorio con fecha de validez límite en la LSE.

11.7. Protección de los acreedores en otras figuras contractuales (CPP).

- Si el contrato de CPP es un contrato al que se le está dando un carácter especial, y si pudiésemos acordar que entre otras razones, las que tengan por causa regular supuestos especiales de riesgo con un tratamiento especial, debiesen ser argumento para apelar a esta figura, quizás se debería establecer el derecho de los acreedores a proponer un socio colaborador sustituto, y no solo a subrogarse ellos, en caso de situación de terminación anticipada por incumplimiento, o apelar a la cesión del contrato previa autorización de la Administración.
- La cantidad de 80% del “coste real” de las inversiones que se puede poner a disposición de los acreedores de manera previa a la liquidación de daños y perjuicios, ¿se refiere a monto real de inversión, es decir, inversiones iniciales por todo concepto? ¿o pretende ser un *alter ego* de la cifra de Valor Patrimonial de Inversiones en concesión, y por ende ajustable según amortizaciones? si esto fuese así, se estaría añadiendo poco con esta medida, o cuando menos, dado el carácter excepcional que se le pretende dar al contrato CPP, cabría ser más preciso y algo más ambicioso y permitir regular en pliego “*derecho a percibir por parte de los acreedores en caso de terminación anticipada por causa de incumplimiento del socio colaborador una liquidación previa no sujeta a deducciones por daños y perjuicios una cantidad como máximo igual al 90% del valor neto de las inversiones más todo coste de ruptura de los instrumentos de financiación*”.

11.8. Protección de los acreedores en Sociedad Mixta

- Se debería prever de manera clara, la posibilidad en estos casos de que en caso de concurrencia de causas de terminación anticipada imputables al socio inversor privado, el contrato no sea resuelto sino que se pueda optar por la excusión de dicho socio, manteniendo el contrato en vigor a expensas de una nueva licitación para selección de un nuevo accionista/socio, sin perjuicio de que sería óptimo (al igual que lo sería en el caso de concesiones, y de la manera contemplada en el caso de los contratos CPP) que el acreedor pudiese proponer a dicho agente.

11.9. Otros mecanismos de apoyo financiero

- Desde el punto de vista del riesgo y apoyo financiero, se debería dar paso en la LSE (o en la propia de Captación) a figuras de compartición o asunción de riesgo (y ventura) de refinanciación, definiendo las características a respetar para poder apelar a este apoyo, que en muchos casos puede aportar tanto o casi tanto como un aval lim-

- pio y directo, pero sin la misma exposición al riesgo y dotando al apoyo de un carácter mucho más limitado. Ya ha sido explicada esta idea al hilo de la figura del aval, si bien se podría simplemente apelar a una garantía en carta directa a los prestamistas o incluir la regulación de este mecanismo de compartición de riesgo de refinanciación en el pliego (como ha sido expuesto en el apartado 6.5. más arriba).
- El instrumento en ciernes del fondo público privado de capital riesgo debería contemplarse explícitamente en la LSE. Desarrollamos unos breves apuntes inmediatamente a continuación.

11.10. Fomento fiscal

Se podría introducir en la LSE medidas de fomento fiscal de las APPs, cuando menos en relación a las que promuevan las comunidades autónomas (las que no tengan capacidad recaudatoria del IS), declarando exentos estos proyectos transitoriamente (p.e. durante los tres próximos años), pues como hemos explicado, existe un “beneficio” fiscal para el Estado en su conjunto que proviene del esfuerzo presupuestario de una administración regional, cuando de no existir el contrato APP, no se produciría beneficio de construcción (no existiría por tanto ingreso fiscal en relación a la obra), ni el resto de retornos económicos (protección de puestos de trabajo, sostenibilidad de industria de la construcción).

11.11. Capitalización mínima en concesiones

Se establece un **nivel mínimo de capitalización** en concesiones. Esta precaución tiene pleno sentido, aunque debiese ser más flexible el umbral mínimo. Pero en todo caso, se debería aclarar:

- Sobre que gira el coeficiente: ¿gira sobre el valor de la inversión inicial, no? El concepto de “inversión total” es ambiguo y debe ser precisado.
- Y, ¿qué sucede durante la vida del contrato? Entendemos que ese requerimiento se refiere a la “*inversión mínima que debe realizar por medio de capital el concesionario, durante el período de construcción inicial*”. Hacemos las siguientes consideraciones:
 - La necesaria capitalización mínima para establecer un suelo de solvencia es conveniente, pero ignora que durante la vida de la concesión (i) la deuda va descendiendo y por tanto la capitalización relativa aumenta (si permanece constante en términos absolutos); (ii) el propio valor patrimonial del activo cuya gestión estamos contratando va descendiendo.
 - La necesidad de inyección de capital privada es más relevante en fase de construcción que después. Pues al término de la misma la Administración cuenta con la mejor garantía de todas, que es la posibilidad de rescatar anticipadamente la infraestructura.
 - Por ello, como mínimo, se debería aclarar que ese ratio mínimo girase no sobre el valor inicial de la inversión sino sobre su valor neto contable, lo cual viene a

reconocer en parte que el endeudamiento va disminuyendo, pero al tiempo no flexibilizamos el capital en función del nivel de deuda viva sino en función del valor patrimonial del activo. Si el activo vale un 50% menos que al principio no tiene lógica económica que requiramos un compromiso de capital que duplique en términos relativos el compromiso inicial.

11.12. Posible revisión del artículo 247 de la LCSP y de otras previsiones en relación a terminación de concesiones

En relación a la resolución anticipada de concesiones y su regulación, parece necesario reconsiderar algunas cuestiones, a la luz de la situación actual del mercado, y a la luz de las modificaciones que se están introduciendo en el marco de los derechos de acreedores y en concreto las previsiones especiales en relación a suma garantizada en el caso de contrato CPP:

- Debería estar claro, cuando menos a efectos de derechos de los acreedores hipotecarios (ver comentarios más arriba), pero más deseablemente en general, que los pliegos puedan determinar que en casos de terminación por fuerza mayor (cuando está impida la continuación del contrato), y otras razones imputables a la Administración (incumplimiento de esta, rescate (letras f, g, h e i del Artículo 245 de la LCSD), el derecho de tales acreedores a la recuperación íntegra de las deudas vivas. O de otro modo, comprometer no sólo el importe de las inversiones (según su grado de amortización), sino todo coste relacionado con la rescisión anticipada de la concesión (costes de ruptura de los instrumentos financieros, costes de desmovilización etc.) con obligación de mejor esfuerzo mitigación de los mismos por parte del concesionario y previendo la deducción del valor de caja y posibles indemnizaciones acreditadas en relación a los seguros. O cuando menos “tener en cuenta” tales costes a la hora de determinar la cuantía de liquidación por terminación anticipada.
- La alusión a los resultados del último quinquenio como factor a considerar en el cálculo de daños y perjuicios es en nuestra opinión una reliquia. Es además perverso pues en los primeros años los resultados suelen ser negativos, y porque además, no se debería tener en cuenta en nivel real de desempeño para calcular la indemnización, sino el nivel esperado en oferta, pues estamos en supuestos en los que de manera unilateral o por motivo imputable a la Administración, el concesionario no puede continuar explotando. Cuestión distinta es el caso de fuerza mayor donde es clara la conveniencia de definir, de manera previa, la compensación por daños y perjuicios de manera previa y objetiva, en cifras que nunca debiesen estar referidas a la rentabilidad esperada originalmente, pues estamos en supuestos donde la causa es ajena a ambas partes y ambas partes deberían asumir compartir un cierto perjuicio, en el caso del concesionario, en forma de coste de oportunidad. Pero en tales casos, cuando menos, tener garantizado que se recupera el total del capital pendiente de amortización (al igual que la totalidad de las deudas y costes incurridos por motivo de la terminación anticipada).

- Como ya hemos comentado, debería ser factible prever en pliego, la posibilidad, en concesión, en los casos de terminación por incumplimiento de concesionario, de realizar una liquidación provisional del VPI antes de liquidar daños y perjuicios, como porcentaje del mismo que mantenga disponible un cierto porcentaje de dicho valor (que se pueda esperar que junto con la garantía de explotación sea recurso suficiente para sufragar los daños y perjuicios sufridos por la Administración), fijando quizás un segundo límite como porcentaje máximo de deuda viva a recuperar en ese pago o liquidación provisional. Quizás esta medida, como otras tantas sugeridas en este documento, fuese posible contemplarla en la LSE pero no con carácter de permanencia, sino con una vigencia limitada a los contratos que se realicen los próximos dos o tres años.

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

Jean-Christophe García-Baquero Lavezzi

Delegación de la Junta de Andalucía - Bruselas

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Comunicación sobre un futuro sostenible para los transportes. 2.1 Un escenario. 2.2. Las tendencias y los desafíos. 2.2.1. Envejecimiento. 2.2.2. Migración y movilidad interna. 2.2.3. Desafíos ambientales. 2.2.4. Escasez creciente de combustibles fósiles. 2.2.5. Urbanización. 2.2.6. Tendencias mundiales que afectan a la política europea de transportes. 2.3 Objetivos políticos hacia un transporte sostenible. 2.3.1. Transportes seguros y cómodos. 2.3.2. Una red bien mantenida y plenamente integrada. 2.3.3. Unos transportes más sostenibles ambientalmente. 2.3.4. Mantenimiento de la UE en la vanguardia de los servicios y tecnologías del transporte. 2.3.5. Protección y fomento del capital humano. 2.3.6. Precios inteligentes como señales. 2.3.7. Planificación con vistas al transporte: mejora de la accesibilidad. 2.4. Políticas en pro de un transporte sostenible. 2.4.1. Infraestructura: mantenimiento, desarrollo e integración de las redes modales. 2.4.2. Financiación: encontrar recursos para un transporte sostenible. 2.4.3. Tecnología: cómo acelerar la transición a una sociedad de baja emisión de carbono y liderar la innovación mundial. 2.4.4. Marco jurídico: fomento de la liberalización del mercado y estímulo de la Competencia. 2.4.5. Comportamiento: educar, informar y hacer participar. 2.4.6. Gobernanza: medidas eficaces y coordinadas. 6. Las opiniones del Consejo de los ministros de transportes sobre la Comunicación. 7. La segunda conferencia de Alto Nivel. 8. La revisión de las Redes Transeuropeas de Transporte. 9. Conclusiones.

1. Introducción

El presente año 2010 marca el final del período cubierto por las acciones programadas en el Libro Blanco de Transportes, “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad” COM(2001) 370 final¹, que fue la primera gran apuesta por labrar una política de transportes europea con una fuerte dimensión estratégica. Aunque algunas de sus reivindicaciones fueron suavizadas por su revisión intermedia de 2006, destacando el concepto de co-modalidad menos “hostil” contra el transporte por carretera, y se han planteado dudas en diversos foros sobre su adecuada implementación a lo largo de estos años, por ejemplo, en el transporte ferroviario, el Libro Blanco marcó un hito mediante un programa de acciones ambiciosas en una política que hasta aquél entonces no gozaba a nivel europeo del reconocimiento que se merecía, por su capital importancia, entre otras, para consolidar el mercado interior. En efecto, el Libro Blanco fue variando entre la sostenibilidad y la

¹ http://ec.europa.eu/transport/strategies/doc/2001_white_paper/lb_com_2001_0370_es.pdf

competitividad, dependiendo del momento. En 2001 se defendió la sostenibilidad como eje sin menoscabar el crecimiento económico a través del cambio modal. Sin embargo, en 2006 el eje fue la competitividad sin perjudicar la sostenibilidad. Sin embargo, como veremos más adelante, el nuevo lema para el futuro Libro Blanco del transporte es la “descarbonización” de todos sus modos, concepto sobre el cual descansan los tres ejes de la futura política de transportes: integración de sus modos (comodalidad), tecnología y accesibilidad.

El objetivo de estas páginas no es hacer un repaso de las bondades o fallos del Libro Blanco “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad” cuya vigencia en tiempo toca a su fin. Era menester mencionar muy brevemente el enorme significado que supuso precisamente para introducir el contenido de este artículo, que es dar unas pinceladas del actual debate sobre la elaboración del próximo Libro Blanco de Transportes que marcará el programa legislativo en este ámbito hasta 2020.

El debate se inició de manera pública el pasado año con una consulta pública (abierta del 31 de enero al 27 de marzo 2009) sobre el futuro del transporte y una primera conferencia de alto nivel el 9 de marzo de 2009 sobre dicho tema con la perspectiva de los próximos 40 años. Ambas iniciativas fueron organizadas por la Comisión Europea. Con anterioridad a dicha consulta, la Comisión inició una ronda de reuniones con las partes interesadas. La consulta fue un éxito de respuesta por parte de las agrupaciones profesionales interesadas. La conferencia, se centró en la innovación y el desarrollo tecnológico, la globalización y la sostenibilidad como elementos clave. Ambas iniciativas se organizaron con vistas a elaborar un borrador de Comunicación sobre el futuro del transporte que presentaría la Comisión durante el mismo año 2009. Dicha Comunicación sería a su vez la base del futuro Libro Blanco.

El 9 de marzo de 2009, la Comisión publicó un estudio llamado TRANSvisions², en el que se establecían diversos escenarios exploratorios (2030 y 2050) para el transporte, proponiendo algunos objetivos para la política europea de transportes y algunas conclusiones técnicas de cómo llevar a cabo dichos objetivos. Los objetivos que según el estudio debería perseguir la política europea de transportes eran en primer lugar asegurar que los sistemas de transportes cumplan con las necesidades económicas, sociales y ambientales minimizando el impacto indeseado en la economía, sociedad y medio ambiente. Además, en segundo lugar, dichos sistemas de transportes deberían ser capaces de poder afrontar los desafíos que presente el futuro incierto.

El estudio proponía como objetivos más específicos la sostenibilidad desde sus tres puntos de vista; en primer lugar desde un punto de vista económico, contribuir al crecimiento económico y a la creación de empleo y también reducir la congestión;

² http://ec.europa.eu/transport/strategies/studies/doc/future_of_transport/2009_02_transvisions_report.pdf

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

en segundo lugar, reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y otros contaminantes, reducir el ruido debido al transporte y proteger zonas ambientales sensibles de “ataques” del transporte; en tercer lugar, lograr sostenibilidad social a través de la reducción de accidentes, proporcionando accesibilidad, mejorando la cohesión social (reduciendo la exclusión social y territorial), desarrollando una dinámica participativa en la planificación del transporte, mejorar los derechos de los pasajeros y preservar buenos estándares de calidad de empleo en dicho sector. A continuación, el estudio contenía una serie de recomendaciones para la elaboración de las políticas de transportes: creación de paquetes de medidas, incluir todos los objetivos (ambientales, económicos y de competitividad), atender las tres dimensiones de la sostenibilidad, no sólo la ambiental poniendo más énfasis en la sostenibilidad social, que no ha tenido el lugar que le corresponde. Además, defendía la importancia de prestar especial atención a los niveles de gobernanza apropiados para ejecutar las medidas. Este estudio sentó las bases del debate en la conferencia del pasado 9 de marzo en la que salieron a la luz las líneas generales que los representantes de la Comisión manejaban por aquél entonces:

- El sistema de transportes europeo como garante de la libertad de los ciudadanos europeos y como uno de los máximos componentes del mercado único.
- Apertura a los mercados y conexiones con los vecinos de la UE.³
- Las prioridades para el transporte para el futuro serían la competitividad el cambio climático y los ciudadanos.
- Los principales desafíos para el transporte: el cambio climático, el envejecimiento de la población, inmigración y los efectos a corto plazo de la crisis económica. El rendimiento ambiental del transporte debía mejorar.

Representantes de cada sector de transportes reivindicaron una cuota de protagonismo para su medio. Las conclusiones fueron fragmentarias. Faltaba un documento oficial que sentara las bases reales de una discusión.

2. La Comunicación sobre un futuro sostenible para los transportes.

La Comisión publicó tres meses más tarde, el 17 de junio de 2009, la Comunicación “Un futuro sostenible para los transportes: hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso”, COM (2009) 279⁴, que resumía los debates relativos a una reflexión sobre el futuro de la política europea de transportes más allá de 2010, para estimular así un mayor intercambio de ideas entre los principales agentes implicados para la elaboración del próximo Libro Blanco 2010-2020. El plazo de remisión de opiniones finalizó el pasado 30 de septiembre de 2009. En las siguientes páginas se ofrece un resumen de su tenor.

³ Se demostraría mas tarde con la Comunicación de la conectividad de la UE con África.

⁴ http://ec.europa.eu/transport/publications/doc/2009_future_of_transport_es.pdf

2.1 Un escenario

En primer lugar, la Comunicación hace un repaso de la situación de la política europea de transportes. Los transportes constituyen un componente esencial de la economía europea, representando alrededor del 7 % del PIB y más del 5 % del empleo total de la UE. La política europea de transportes (en adelante, PET) ha cumplido en gran parte con los objetivos establecidos en el Libro Blanco y en la Estrategia de Desarrollo Sostenible al contribuir al desarrollo de la economía europea y su competitividad, facilitando la integración del mercado interior, reforzando la seguridad y derechos de los pasajeros y mejorando las condiciones de trabajo. Así, la PET ha contribuido a la cohesión social y económica y ha promovido la competitividad de la industria europea, contribuyendo así de manera apreciable a la agenda de Lisboa a favor del crecimiento y el empleo. Según la Comunicación, la apertura del mercado se ha traducido en general en una mayor eficiencia y costes más bajos. La política de Redes Transeuropeas de transporte (RTE-T) ha mejorado la coordinación de los proyectos de infraestructura. Existen mejoras registradas en la reducción de la contaminación atmosférica y de los accidentes en todos los medios. Existe una reglamentación más completa al respecto, los Estados se han comprometido a reducir de manera significativa los accidentes de carretera y se han creado agencias europeas e seguridad aérea, marítima y ferroviaria. Se han reforzado los derechos de los pasajeros aumentando por tanto la calidad de los servicios. La dimensión social de la política de transportes también se ha consolidado con legislación más desarrollada relativa a los trabajadores del sector.

Sin embargo, el texto afirma que **el medio ambiente sigue siendo “el principal ámbito en que son necesarias nuevas mejoras”**. Según la DG TREN, con datos hasta 2009⁵, el transporte registró, en comparación con 1990, la tasa de aumento más alta de emisiones de gases de efecto invernadero. La disociación del crecimiento del transporte del crecimiento del PIB, uno de los objetivos del Libro Blanco de 2001 y de la EDS (Estrategia de Desarrollo Sostenible), se ha producido en lo que respecta a los pasajeros: la demanda de transporte aumentó por término medio en un 1,7 % anual entre 1995 y 2007, frente a un aumento medio del PIB del 2,5 %. Sin embargo, en la última década no se ha podido lograr la disociación en el ámbito del transporte de mercancías debido a un crecimiento medio de la demanda de dicho transporte de un 2,7% anual en la UE, a un incremento del comercio mundial y a la integración de la UE ampliada. La eficiencia energética del transporte está aumentando pero no se ha dedicado enteramente a reducir el consumo global de combustible y no ha bastado para compensar los mayores volúmenes de transporte. En suma, los transportes no han reducido de forma apreciable su intensidad de GEI (gases de efecto invernadero) y aún dependen en un 97 % de los combustibles fósiles.

⁵ EU Energy and Transport in Figures. Statistical Pocketbook 2009: http://ec.europa.eu/energy/publications/statistics/doc/2009_energy_transport_figures.pdf#pagemode=bookmarks

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

2.2. Las tendencias y los desafíos

La Comunicación describe las tendencias del transporte y los desafíos relacionados, añadiendo la dificultad de prever cuál de ellas influirá en mayor medida en el futuro del mismo.

2.2.1. Envejecimiento

El documento, basándose en textos de Eurostat, prevé que, para 2060, la edad media de la población europea sea 7 años más alta que hoy y las personas de 65 años o más representen el 30 % de la población, frente a un 17 % actual. Una sociedad con tal pirámide demográfica necesitará dedicar más recursos públicos al pago de pensiones, a la atención sanitaria y a la asistencia. Por su efecto en las finanzas públicas, el envejecimiento poblacional repercutirá en el suministro y mantenimiento de la infraestructura de transporte y fijará un límite a la financiación disponible para el transporte público. El texto sugiere que esta realidad puede suponer un transporte más costoso para la sociedad.

2.2.2. Migración y movilidad interna

Según Eurostat, en 50 años, la migración neta a la UE podía sumar 56 millones de personas a la población de la UE. La migración podría desempeñar un papel importante en la mitigación de las repercusiones del envejecimiento sobre el mercado laboral. La inmigración intensificará los movimientos de personas y mercancías con países de origen. La Comunicación predice el aumento de la movilidad de trabajadores en la Unión aumentara con la supresión gradual de las barreras administrativas y jurídicas y el desarrollo del mercado interior.

2.2.3. Desafíos ambientales

La Comunicación aboga por la reducción del “impacto negativo” del transporte en el medio ambiente, siendo un factor fundamental en la reducción en un 20% de los GEI en la UE respecto a 1990, tal y como se establece en el “paquete sobre la energía y el clima”. Además, son numerosos los ciudadanos expuestos a la contaminación y ruido procedente del transporte. El transporte sufrirá también los efectos del cambio climático y necesitará medidas de adaptación. Las infraestructuras sufrirán más daños. Las condiciones meteorológicas extremas influirán en la seguridad de todos los modos de transporte.

2.2.4. Escasez creciente de combustibles fósiles

El escenario previsto para los combustibles fósiles (entre ellos el petróleo) es el de su progresivo encarecimiento con el aumento de su demanda y el agotamiento de sus fuentes baratas de extracción. Además, las estrategias tendentes a una economía de baja emisión en carbono y un aprovisionamiento energético más seguro harán que los mix energéticos dependan cada vez más de energías renovables, más baratas por el avance tecnológico y la producción en serie. La consecuencia inmediata será la menor necesidad de transportar combustibles fósiles, los cuales representan actualmente alrededor de la mitad del volumen del transporte marítimo internacional.

2.2.5. Urbanización

Según Naciones Unidas⁶, la urbanización es un proceso que continuará con una proporción de población europea residente en zonas urbanas que pasará del 72 % en 2007 a un 84 % en 2050. La Comunicación no puede ser más clara: “La expansión de las ciudades constituye el principal desafío para el transporte urbano, ya que supone una mayor necesidad de modos individuales de transporte, lo que genera congestión y problemas ambientales. El transporte urbano suma el 40 % de las emisiones de CO₂ y el 70 % de las emisiones de otros contaminantes procedentes del transporte por carretera⁷.”

La congestión, frecuente en las aglomeraciones y en sus vías de acceso, genera unos altos costes por los retrasos y el mayor consumo de combustible. Como la mayor parte del transporte de mercancías y de pasajeros empieza o termina en las zonas urbanas, la congestión urbana también afecta negativamente a los viajes interurbanos. Mientras que en unas ciudades más densas convienen más unos modos de transporte colectivos, la falta de superficies y de aceptación pública seguirán constituyendo una gran dificultad para la construcción de nuevas infraestructuras para los medios de transporte públicos o alternativos.”

2.2.6. Tendencias mundiales que afectan a la política europea de transportes

La Comunicación señala como tendencias un mayor desarrollo del mercado único y la profundización de la integración de la UE con las regiones vecinas (Europa oriental, norte de África) y en la economía mundial. A pesar de las crisis, la globalización y la necesidad de estar preparado para integrar sus efectos, se proseguirá con el crecimiento económico de países como China o India. Esta situación hará que el transporte fuera de Europa se intensifique incluso más que el intraeuropeo. Además, según la ONU⁸, se prevé que la población mundial supere los 9 000 millones para

⁶ World Urbanization Prospects: the 2007 Revision.

⁷ Libro Verde “Hacia una nueva cultura de la movilidad urbana” COM (2007) 551.

⁸ World Urbanization Prospects: the 2008 Revision.

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

2050 frente a los 6 800 millones de 2009. Este aumento tendrá un enorme impacto en los recursos mundiales, siendo por lo tanto fundamental la creación de un sistema de transporte más sostenible y que consuma menos recursos.

La comunicación establece la realidad de manera clara: “Más personas y mayor riqueza suponen más movilidad y más transporte”, añadiendo que existen estudios⁹ que presagian que los automóviles en el mundo llegarán a la cifra de 3 000 millones en 2050, frente a los 700 actuales. Como la Comunicación afirma, esta realidad conlleva “vehículos con emisiones menores o nulas” y “una noción diferente de movilidad”.

2.3 *Objetivos políticos hacia un transporte sostenible*

La comunicación establece unas prioridades para su estudio como posibles objetivos de la futura política europea de transportes.

2.3.1. *Transportes seguros y cómodos*

La Comunicación afirma que los transportes tienen que tener en cuenta a la persona en su diseño: **la accesibilidad en sentido amplio**, para todos, como eje para la elaboración de la política de transportes y su infraestructura. Los transportes como mecanismo de desarrollo de muchas de nuestras libertades conocerán una mayor demanda en una sociedad “multicultural y heterogénea”. Una sociedad que envejece necesitará mayor acceso a bienes y servicios por medio de unos transportes más seguros y cómodos que tendrían que luchar contra la cada vez más creciente congestión de las ciudades. Por ello, la Comunicación aboga como primer objetivo “una mejora de la calidad general de los transportes, incluida la seguridad personal, la reducción de los accidentes y los riesgos para la salud, la protección de los derechos de los pasajeros y la accesibilidad de las regiones periféricas”.

2.3.2. *Una red bien mantenida y plenamente integrada*

Toda la red de la industria del transporte (desde la infraestructura hasta el servicio) debe funcionar correctamente para que ésta sea eficaz. El documento afirma que **una mejor explotación de la capacidad de toda la red y de cada modo de transporte de manera óptima** podría contribuir en gran medida a la reducción de la congestión, de las emisiones, de la contaminación y de los accidentes. Para ello, sería necesario integrar mejor las redes de cada modo para convertirlos en una “única entidad”; dentro de cada modo sería necesario integrarlos más entre los países. Como

⁹ M,Chamon, P.Mauro y Y. Okawa (2008), “The implications of mass car ownership in the emerging market giants”, Economic Policy, volumen 23, número 54, pp 243-296

ejemplos, la Comunicación propone la integración del transporte ferroviario de alta velocidad con el aéreo y el desarrollo de puertos y terminales intermodales.

Además, es necesario el mantenimiento de la infraestructura y coordinar las obras de mejora que reducirán los accidentes, los costes de funcionamiento, la congestión, la contaminación y el ruido.

2.3.3. Unos transportes más sostenibles ambientalmente

Para lograr dicho objetivo es necesario medidas de reducción de consumo de fuentes no renovables, de emisiones contaminantes y del ruido, a través de instrumentos existentes y futuros que tengan en cuenta a todos los participantes en el mercado y que afecte no solo a los medios de transportes (emisiones, ruidos), sino a las infraestructuras (su implicación en la biodiversidad etc...).

2.3.4. Mantenimiento de la UE en la vanguardia de los servicios y tecnologías del transporte

La clave para lograr los objetivos mencionados está en la **innovación**. Las nuevas tecnologías aplicadas proporcionarán servicios nuevos, aumentarán la comodidad de los pasajeros, mejorarán la seguridad y reducirán el impacto ambiental: “Unas «infraestructuras ligeras», como los sistemas de transporte inteligentes para el tráfico por carretera (STI) y los sistemas de gestión del tráfico ferroviario (ERMTS) y aéreo (cielo único europeo, SESAR), con el apoyo de Galileo, pueden mejorar el uso de la red y la seguridad; las tecnologías innovadoras de los vehículos pueden rebajar las emisiones, reducir la dependencia del petróleo y mejorar la comodidad”¹⁰.

Además, el desarrollo tecnológico para un transporte sostenible es fundamental para mantener y desarrollar la competitividad del sector y por ende de la economía europea. Mantener el liderazgo europeo en muchas facetas del transporte (logística, servicios etc...) a través de la innovación es sinónimo de mantenimiento de muchos puestos de trabajo en el sector.

La creación de **soluciones tecnológicas** en pro del transporte sostenible es también importante para fomentar el crecimiento y salvaguardar puestos de trabajo.

2.3.5. Protección y fomento del capital humano

La competitividad de la economía de la UE y la fortaleza de las empresas de transportes dependen de su capacidad de adaptarse tanto a la innovación como a las nue-

¹⁰ Comunicación “Un futuro sostenible para los transportes: hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso”, COM (2009) 279, página 10.

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

vas necesidades del mercado. No obstante, los trabajadores del transporte en algunos sectores podrían perder su empleo a consecuencia de un ajuste a un contexto económico y energético distinto. Es importante actuar para que esos cambios generen a su vez nuevos empleos. Además, es necesario hacer partícipe a los trabajadores en dichos procesos de cambios para que los mismos puedan participar y reaccionar ante ellos a través de instrumentos como la información y la consulta a los trabajadores, el diálogo social, el reconocimiento temprano de las penurias de trabajadores cualificados. Además, es necesario garantizar el mantenimiento o mejora de las condiciones de trabajo.

2.3.6. Precios inteligentes como señales

Actualmente, el precio del transporte no refleja los costes que causan los usuarios (internos y externos). Unos precios adecuados con la situación real, con el uso de combustibles contaminantes o con la congestión que se genera, darían una información más fiel de la realidad a los usuarios, pudiendo ser más libres para elegir su opción de desplazamiento. La Comunicación en este sentido es muy clara: “no existe ningún incentivo económico para el uso de vehículos más silenciosos, modos de transporte más seguros o medios más respetuosos con el medio ambiente. Los transportistas y los ciudadanos no siempre están en condiciones de determinar, entre varias alternativas de transporte, la mejor para la economía y el medio ambiente, pero con una valoración correcta de los factores externos en todos los modos y medios de transporte tomarían la decisión adecuada al optar simplemente por la solución más barata”.

Es necesario precisar que la Comisión Europea presentó el 8 de julio de 2008 un paquete de nuevas iniciativas de “transporte ecológico” que tiene como fin orientar el transporte hacia cauces más sostenibles. Entre las medidas encontradas en este paquete cabe señalar cuatro especialmente. La primera establecía una estrategia sobre la internacionalización de los costes externos¹¹, dirigida a que los precios del transporte reflejen mejor su coste real para la sociedad. Así se integraría en el precio final del transporte todos los costes externos, incluidos los derivados del cambio climático, la contaminación local, el ruido o la congestión. El fin es obtener una mayor eficiencia del transporte y un uso responsable del mismo, teniendo en cuenta sus efectos explicitados en su precio. La segunda propuesta era una revisión de la Directiva sobre aplicación de gravámenes a los camiones por la utilización de determinadas infraestructuras¹² (Directiva Euroviñeta) para el establecimiento de unos peajes de carretera más eficaces y ecológicos para los camiones, a través de un mismo método común para calcular los peajes, de modo que sean transparentes, proporcionados y compatibles con el mercado interior. Los peajes variarían según la contaminación, el ruido y la congestión. Las rentas obtenidas se utilizarían para financiar la construcción de infraestructuras de transporte público y para la investigación y desarrollo de tecnologías de transporte más sostenibles.

¹¹ Estrategia para la aplicación de la internalización de los costes externos, COM (2008) 435:<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0435:FIN:ES:PDF>

¹² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 1999/62/CE relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructuras, COM (2008) 436): <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0436:FIN:ES:PDF>

Se puede encontrar un artículo mío sobre dicha propuesta en el número 8 de la revista Reflexiones.

nidas se utilizarían para financiar proyectos para mitigar los efectos negativos del transporte. En tercer lugar se presentó una comunicación a través de la cual se pretende reducir a la mitad el ruido ferroviario¹³, proponiendo medidas para que en el 2014 unos 16 millones de personas se beneficien de una reducción considerable de ruidos de ferrocarril en la UE. Por último se añadieron al paquete de “transporte ecológico” un inventario de disposiciones comunitarias vigentes sobre el transporte ecológico¹⁴ y una comunicación sobre otras iniciativas que la Comisión adoptaría antes del fin de 2009¹⁵.

2.3.7. Planificación con vistas al transporte: mejora de la accesibilidad

Para conseguir una mayor eficacia, el proceso de concentración y centralización de actividades tanto de servicios públicos como de empresas ha influido en las pautas de movilidad, que muchas veces es cautiva de la localización de las actividades, y, por tanto, en la congestión. La Comunicación afirma que es necesario tener en cuenta la movilidad de los ciudadanos, clientes y empleados, a la hora de planificar la ubicación de actividades o la ordenación del territorio. Además, dicha planificación debería integrar los modos de transporte. Por otra parte, la Comunicación señala que el uso de las TIC (teletrabajo, administración electrónica, etc...) reducirían la demanda de movilidad.

2.4. Políticas en pro de un transporte sostenible

En este punto, se sugiere cómo se podrían aprovechar los instrumentos disponibles para alcanzar los objetivos mencionados.

2.4.1. Infraestructura: mantenimiento, desarrollo e integración de las redes modales

La infraestructura debe ayudar a la integración y la interoperabilidad de la red de transporte, conectando los distintos modos. Para ello son necesarias plataformas intermodales y de transbordo en las zonas urbanas para pasajeros y mercancías. Unas infraestructuras planificadas correctamente evitarán congestión y pérdida de tiempo.

Sin embargo, como el texto afirma, la modernización de la infraestructura existente (también mediante sistemas de transporte inteligentes) es en muchos casos el procedimiento más barato de mejorar el rendimiento global del sistema de transporte. La Comunicación propone la posibilidad de “reservar ciertas infraestructuras al

¹³ Medidas de reducción del ruido ferroviario aplicables a la flota existente”, COM (2008) 432; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0432:FIN:ES:PDF>

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008SC2206:EN:NOT>

¹⁵ Comunicación “Hacia un transporte más ecológico (2008) 433; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0433:FIN:ES:PDF>

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

transporte de pasajeros o de mercancías, en forma de corredores para el transporte de mercancías o la fijación de normas de prioridad «inteligentes» siempre que sea justificado.

El potencial del transporte marítimo y “las sinergias entre el mar y el ferrocarril y/o las vías navegables” son plasmadas como alternativas al transporte terrestre y su constante necesidad de nuevas infraestructuras. Además, los sistemas de información son importantes herramientas para mejorar la gestión integrada de los transportes y también su utilización.

2.4.2. Financiación: encontrar recursos para un transporte sostenible

La Comunicación predice que, en el actual contexto de crisis, no será fácil encontrar la elevada financiación necesaria para lograr una “transición hacia una economía de baja emisión”. Sin embargo, vuelve a advertir que a pesar de los ingresos que el transporte aporta a las arcas públicas (impuestos energéticos suponen el 1,9 % del PIB, los impuestos sobre vehículos el 0,6%, sin contar con los peajes) los elevados precios que pagan los usuarios no reflejan los costes reales del impacto de sus actos de movilidad en la sociedad (ver punto 2.3.6). En este sentido, la Comunicación insiste en que los costes de infraestructura del transporte por carretera suponen el 1,5 % del PIB alcanzando los costes externos que genera dicho medio hasta un 2,6% del mismo. Estos costes externos los paga toda la sociedad y hace que los precios del transporte no sean reales en el sentido de reflejo de los costes que genera, no incentivando la elección de un medio de transporte que genere menos costes externos a la sociedad si los primeros estuvieran incluidos en el precio general que el usuario paga. Como refleja el tenor de la Comunicación: “El principio del Tratado de que el que contamina, paga no se cumple en todos los casos”.

La Comunicación vaticina que las tasas de internalización habrán de complementar los impuestos energéticos por una cuestión de necesidad ante la disminución paulatina del uso de los combustibles fósiles debido a un mayor uso de vehículos que utilizan energías alternativas.

2.4.3. Tecnología: cómo acelerar la transición a una sociedad de baja emisión de carbono y liderar la innovación mundial

La gran apuesta para lograr un transporte sostenible son la ciencia, mediante la creación de un cambio tecnológico, y la industria del transporte mediante la introducción del mismo en la actividad productiva.

En cuanto a dichas tecnologías, será, sin embargo, fundamental el papel de las administraciones y niveles políticos para “crear las condiciones marco necesarias para su introducción comercial en el mercado sin dar ventajas indebidas a ningun-

na tecnología en concreto, lo que exige sobre todo fijar unas normas abiertas, garantizar la interoperabilidad, aumentar el gasto de I+D en las tecnologías que no estén todavía listas para su puesta en el mercado, definir una normativa jurídica clara (por ejemplo, en asuntos de responsabilidad y vida privada) y promover los ejemplos de mejores prácticas¹⁶. La Comunicación afirma que estos objetivos se llevarán a cabo mediante la creación de normas sobre nuevas infraestructuras y equipos interoperativos y seguros, que impidan la fijación de barreras al mercado o la creación de tecnologías, y también mediante la introducción de vehículos y dispositivos necesarios. Además, son fundamentales las inversiones públicas en I+D aplicadas a la movilidad sostenible por ejemplo, la Iniciativa Europea por unos Coches Ecológicos¹⁷, no sólo en proyectos de demostración de sistemas o vehículos viables tecnológica y económicamente sino en la creación de la infraestructura necesaria para dichos nuevos vehículos, como por ejemplo vehículos eléctricos o de hidrógeno.

2.4.4. Marco jurídico: fomento de la liberalización del mercado y estímulo de la Competencia

La Comunicación defiende la continuación del proceso de liberalización del mercado de los transportes, sobre todo en el ferroviario, que ha fomentado el empleo y la competencia. Además, la Comisión defiende una simplificación administrativa para las compañías de transporte y un respeto estricto de las normas de competencia. La normativa sobre transportes debe permitir una competencia equitativa y cumplir con criterios ambientales (armonizados y ambiciosos) y de seguridad, con una protección eficaz de los trabajadores y de los derechos de los usuarios, en especial de los que tengan movilidad limitada. Una herramienta a desarrollar son los acuerdos publico-privados entre la administración y operadores que no impidan el acceso a la infraestructura por parte de terceros.

2.4.5. Comportamiento: educar, informar y hacer participar

La Comisión otorga mucha importancia a informar a la sociedad y a los trabajadores del transporte sobre la movilidad sostenible, para así lograr una mejor aceptación de los cambios que requiere. Es necesario informar mejor a la ciudadanía sobre la justificación de las decisiones tomadas en este contexto y hacer que la sociedad participe en la planificación del transporte mediante consultas públicas que integren a los destinatarios finales de dicha política.

¹⁶ Comunicación “Un futuro sostenible para los transportes: hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso”, COM (2009) 279, página 17.

¹⁷ http://ec.europa.eu/research/industrial_technologies/lists/green-cars_en.html

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

2.4.6. Gobernanza: medidas eficaces y coordinadas

Como la Comunicación afirma en su tenor, el transporte europeo “sólo puede prosperar si los responsables políticos son capaces de proporcionar a los operadores del mercado una planificación correcta, una financiación adecuada y una normativa apropiada”. Para ello, la política europea de transportes deberá ser aplicada de manera correcta por todos los niveles de decisión. La Comunicación afirma que existen dos ámbitos en los que hay que actuar e manera coordinada:

- La interoperabilidad de los equipos y tecnologías para evitar sistemas nacionales distintos que compartimenten el transporte.
- El transporte urbano, donde la competencia de la UE es limitada debido al principio de subsidiariedad. El transporte urbano es un reto, es una dimensión fundamental en el diseño y efectos del transporte. La cooperación entre autoridades urbanas puede ser muy útil para ayudar a éstas a conseguir que sus sistemas de transportes sean más sostenibles. La UE no sólo fomenta esta cooperación e intercambios de buenas prácticas, sino que apoya proyectos de demostración y ofrece a las ciudades un marco para que las ciudades tomen medidas.

2.4.7. Dimensión exterior: Europa debe hablar con una sola voz

La Comunicación subraya el carácter internacional de la política europea de transportes que ya no puede hacerse sin contar en su diseño con una dimensión internacional, en particular con los países vecinos de la UE, con los que es necesario estar más integrado para defender los intereses económicos y ambientales de la UE. Por ello, defiende una mayor importancia de la cooperación internacional en materia de transportes que interconecte la UE con los ejes de transporte de los países vecinos de la UE y de África, para fomentar el desarrollo sostenible de dichos países terceros. Además, la UE, señala el texto, es un “importante organismo de normalización” cuyas normas armonizadoras son adoptadas por terceros estados y es un actor fundamental en el transporte aéreo y marítimo mundial. Para mantener dicha posición, el documento afirma que “Europa necesita hablar con una sola voz en las reuniones mundiales de Gobiernos, representantes del sector y autoridades de reglamentación”.

La Comisión animó a todas las partes interesadas a contribuir al ejercicio de consulta puesto en marcha por la presente Comunicación hasta el 30 de septiembre de 2009.

3. La descarbonización del transporte

El pasado 3 de septiembre el presidente Barroso, en las orientaciones políticas para la próxima Comisión¹⁸, afirmó lo siguiente: “La próxima Comisión debe mantener

¹⁸ http://ec.europa.eu/commission_barroso/president/pdf/press_20090903_ES.pdf

el impulso hacia una economía de bajas emisiones y, en particular, hacia la **descarbonización de nuestro suministro de electricidad y del sector del transporte (todo el transporte**, incluidos el transporte marítimo y la aviación, así como al desarrollo de coches limpios y eléctricos). La “descarbonización” del suministro de electricidad y del transporte aportará también beneficios adicionales en términos de seguridad del suministro energético”. Es la única mención al transporte. La palabra “descarbonización” se convirtió para la Comisión en la piedra angular del nuevo discurso donde había que insertar el futuro de la política del transporte (ver infra punto 2.8).

4. El dictamen del Comité de las Regiones relativo a la Comunicación sobre un futuro sostenible para los transportes

Dicho documento fue aprobado durante el pleno del Comité de las Regiones de los pasados 3 y 4 de diciembre de 2009¹⁹. (ponente: Väino Hallikmägi). El documento, aparte de exponer una serie de recomendaciones, analiza cada modo de transporte defendiendo, como es obvio, la dimensión regional en el proceso de elaboración de la política europea de transportes. Como recomendaciones políticas destacan la petición de que la comunicación se complemente con un análisis comparativo de las repercusiones socioeconómicas y medioambientales de las decisiones políticas y medidas propuestas y que se de mayor importancia a los entes regionales y locales a la hora de elaborar la política europea de transportes. Además de reclamar mayor atención al transporte urbano, solicita que el futuro Libro Blanco de Transporte “envíe una fuerte señal política con miras a la próxima revisión del presupuesto de la UE, para que futuras dotaciones financieras comunitarias destinadas a los transportes se correspondan con las ambiciones manifestadas por la UE y viceversa”²⁰. En las siguientes páginas reclama acabar con la fragmentación del mercado ferroviario y la promoción del transporte marítimo como clave para las regiones.

Se defiende claramente la postura de la Comisión en relación a la internalización de los costes externos (contaminación, accidentes, empleo de tiempo) en los costes del transporte, aplicando el principio de “el usuario paga”, como requisito previo para una utilización equilibrada y sostenible de los distintos modos de transporte. El Dictamen afirma que los ingresos obtenidos de esta manera deberían “invertirse en modos de transporte más respetuosos con el medio ambiente”²¹. Este punto es defendido de nuevo en el punto 39 cuando afirma que es la única herramienta eficaz para contrarrestar “hábitos de transporte no sostenibles”. Sin embargo, la solución, afirma, no es limitar la demanda de transporte o aumentar la capacidad de las redes por sí solo, sino invertir en infraestructuras respetuosas con el medio ambien-

¹⁹ <http://coropinions.cor.europa.eu/coropiniondocument.aspx?language=es&docnr=146&year=2009>

²⁰ Dictamen del Comité de las Regiones “un futuro sostenible para los transportes: hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso”, punto 12.

²¹ Idem punto 22

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

ten que desbloqueen puntos congestionados y reforzar la competitividad de los sistemas de transportes que sean sostenibles (punto 40).

Además, defiende una mayor importancia del transporte urbano y un mayor uso del transporte público. En particular, el documento sostiene la necesidad de “orientar la política de transporte de la UE de manera que se promueva el desarrollo de sistemas locales de transporte en común para los centros de las ciudades, las periferias y las zonas rurales circundantes, y en particular en la conexión de los sistemas de transporte por ferrocarril –redes ferroviarias, ferrocarriles regionales, líneas de tranvía– a un nuevo tipo de red ferroviaria regional”²². El Dictamen sostiene la prioridad de las redes de transportes urbanas, interurbanas y regionales como parte importante de las redes de transportes. Por ello, el principal mensaje del mismo es defender la necesidad de que los rentes regionales y locales sean consultadas sobre “todas las iniciativas que puedan tener una influencia sobre el futuro de las redes de transporte europeas”.

5. La opinión del Comité Económico y Social Europeo relativa a la Comunicación sobre un futuro sostenible para los transportes

El pasado 16 de diciembre de 2009 el CESE aprobó un dictamen muy interesante sobre la Comunicación (ponente: Lutz Ribbe). En resumidas cuentas, el CESE apoya los objetivos pero duda de los medios mencionados para lograrlos debido a su falta de precisión, abogando por un futuro Libro Blanco con “vías de intervención claras, así como objetivos concretos y cuantificables”²³. Además, observa que la Comunicación muestra que la Comisión no tiene una estrategia clara sobre el transporte y en particular sobre la reducción de los desplazamientos individuales “motorizados”. En definitiva, el CESE defiende que la política europea de transportes debería plantearse en un plano más estratégico, no limitándose a satisfacer las necesidades de los flujos de transporte de manera sostenible. Por ello, considera que si bien la Comunicación aporta objetivos ya conocidos, “sigue sin aportar una auténtica visión”²⁴. Por ello, califica de limitada la visión del transporte en términos del PIB o del empleo que generan. Hay otras consideraciones. En este sentido existen dos puntos (el 4.3 y el 4.5) del dictamen que son reveladores del terreno al que el CESE quiere llevar la discusión sobre el transporte en Europa:

- a) “4.3. Pese a ser extremadamente esencial, el transporte no es un fin en sí mismo. **No cabe dar automáticamente todo transporte por “bueno” para la sociedad por la mera razón de que facilita la circulación de personas**

²² Idem, página 27

²³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión “Un futuro sostenible para los transportes: hacia un sistema integrado, tecnológico y de fácil uso” COM (2009) 279 final y sobre el tema “La política europea de transportes después de 2010” (Dictamen exploratorio). Punto 1.5.

<http://escopinions.esc.europa.eu/escopiniondocument.aspx?language=es&docnr=1950&year=2009>.

²⁴ Idem, punto 3.6

y **bienes**. El transporte no sólo tiene efectos positivos, lo que destaca la propia Comisión en su documento. Por consiguiente, **incumbe a los políticos la misión esencial de establecer un marco claro para las referidas “libertades”**, delimitándolas incluso respecto de otras libertades en la medida en que amenacen o, incluso, obstaculicen éstas. Véase, por ejemplo, cuando se trata de la **salud de las personas, del medio ambiente, del clima o, incluso, de las necesidades de las generaciones futuras”**.

- b) “4.5 En el pasado, la política del transporte resultaba un poco simplista. Hasta ahora ha tratado de **orquestrar la satisfacción de la demanda de transporte**, suscitando a menudo más demanda y necesidad de transporte, entre otras cosas, **otorgando una injustificada prioridad al transporte individual motorizado** mediante subvenciones, favoreciendo una división del trabajo basada exclusivamente en la disponibilidad de petróleo barato y distribuyendo, en consecuencia, los lugares de producción y las zonas residenciales. Confiaba en que, para resolver los problemas así planteados, bastaría con emplear las infraestructuras y técnicas disponibles. También olvidó debatir —siendo también necesario un cambio al respecto— sobre la manera de desarrollar el tráfico y el supuesto significado de ciertos fenómenos en materia de transporte. Dicho esto, el CESE es muy consciente de que la responsabilidad no sólo incumbe a la Comisión Europea, ya que, en virtud del principio de subsidiariedad, muchas decisiones las toman los entes nacionales, regionales o locales”.

Por ello, aboga por un análisis previo desde un punto de vista del impacto en el transporte de las decisiones políticas o de planificación, sean del tipo que sean: económica, competencia etc... en un afán de demostrar cómo estas últimas inciden en la movilidad del resto de la sociedad. El CESE da a entender que con un análisis de este tipo se tomarían en cuenta posibles medidas de reducción de desplazamientos. El CESE subraya que se han tomado medidas de concentración de actividades administrativas y empresariales en pos de una mayor efectividad que han propiciado **“movilidad forzosa”** sin tener en cuenta el coste de dichos desplazamientos desde un punto de vista ambiental o sanitario. Como el punto 4.11 refleja, “tal debate no versa únicamente sobre la movilidad como tal (es decir, el número de desplazamientos), sino también sobre su longitud, sus características y **los costos que implican en función de la manera en que se efectúan”**.

El CESE reclama que la Comunicación es poco precisa sobre cómo influir en las decisiones “privadas, políticas y empresariales” que motivan las actuales pautas de transportes y desplazamientos; en particular, reclama mayor concreción sobre una herramienta que sería muy eficaz para cambiar pautas de movilidad como la **internalización de los costes externos en los precios del transporte** (que reflejaran un impacto real en la sociedad del medio elegido) o la reducción de los fondos públicos dedicados al transporte. Por ello, el CESE reclama que el transporte se integre en mayor medida en la Estrategia de Desarrollo Sostenible solicitando que Consejo y Comisión debatan sobre “el origen del tráfico y la movilidad forzosa”, sin

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

frenar, por ello, la libertad de movimiento. Como ejemplo de la petición de una política de transportes que tenga en cuenta en sus bases principios hasta ahora no contemplados de manera efectiva es la respuesta que el CESE da al impulso del vehículo eléctrico. Partiendo de la base que será un vehículo vital para el futuro si se alimenta de energías renovables, el CESE subraya que las nuevas tecnologías de propulsión no van a solucionar por sí sola todos los problemas del transporte como la congestión o el diseño de las ciudades en función de los vehículos (contaminación acústica etc...).

6. Las opiniones del Consejo de los ministros de transportes sobre la Comunicación

El Consejo en sus múltiples reuniones apoyó dicha Comunicación alentando a los interesados a una participación activa en la consulta. Aparte del apoyo institucional, sus comentarios no han supuesto ningún aporte sustancial en el debate. El pasado 21 de septiembre tuvo lugar una reunión informal de ministros de transportes de los Estados miembros durante la cual se discutió sobre el futuro de la política de transportes. Durante la cena, el Comisario de transportes Antonio Tajani subrayó las prioridades de la futura Política de Transportes que habría de ser sostenible y capaz de responder a retos futuros como la inmigración, envejecimiento de la población, urbanización, crecimiento de la población o agotamiento del petróleo. La primera prioridad será la integración de modos que implica el desarrollo más armonioso de cada uno de los modos y mejores conexiones entre ellos. La segunda prioridad será la tecnología, que hará el transporte más limpio, más seguro y más fiable. La tercera prioridad será colocar el pasajero en el centro de la política y que el sistema de transportes responda a sus necesidades.

El Consejo de Transportes del pasado 9 de octubre mantuvo un debate público sobre la mencionada Comunicación. El Consejo invitó a sus organismos preparatorios a redactar unas conclusiones basadas en los resultados del debate para adoptarlas en el siguiente Consejo de transportes en diciembre. Los ministros manifestaron su acuerdo con los principios contenidos en la Comunicación, subrayando la importancia de los desafíos como el impacto de la crisis, el cambio climático, una descripción de las prioridades más clara o una mayor consideración de las diferencias regionales. Manifestaron sus opiniones sobre los campos principales de acción como la mejor integración de los modos de transportes, una estrategia de innovación más clara, la financiación de la infraestructura o la internalización de los costes externos. El 18 de diciembre, los ministros de transportes de la UE se reunieron de nuevo pero no fueron capaces de aprobar unas conclusiones (por unanimidad) de apoyo institucional a la Comunicación Sin embargo, la presidencia sueca elaboró unas conclusiones bajo su responsabilidad. Entre otros mensajes se reconoce en dichas conclusiones la necesidad de un transporte eficiente y sostenible por motivos económicos, sociales y ambientales y sobre todo para la competitividad y prosperidad. Además, se resalta que sea uno de los elementos clave para lograr los objetivos de cambio cli-

mático, una mayor competitividad de la economía europea y la recuperación de la crisis. Se alienta a la promoción por parte de la Comisión de un sistema de transportes multimodal integrado mediante la revisión de la política de la Red Transeuropea de Transportes (RTE-T). Los Estados muestran su apoyo a la internalización de los costes externos en todos los modos de transportes, que sea equitativo y que tenga en cuenta las especificidades de los Estados miembros y cada modo de transporte. Finalmente, “reconoce la necesidad de promover cambios en los comportamientos individuales, por ejemplo, mediante campañas de comunicación o de concienciación, a fin de hacer frente a los desafíos medioambientales y mejorar la seguridad en todos los modos de transporte.

Para finalizar, con este punto la actual presidencia española en su programa de trabajo sostiene que “deberán impulsarse los principios de sostenibilidad, innovación y seguridad como ejes de la política de transporte y se trabajará para adecuar a los mismos tanto el nuevo Libro Blanco del Transporte 2010-2020, como la nueva metodología que la Comisión propondrá para la revisión de las orientaciones de las Redes Transeuropeas de Transportes”²⁵.

7. La segunda conferencia de Alto Nivel

Los resultados de la consulta a la Comunicación se presentaron en una conferencia de alto nivel el pasado 20 de noviembre siendo el seguimiento de la primera conferencia de alto nivel que tuvo lugar en marzo (ver supra). El Comisario Tajan volvió a afirmar que los tres ejes de la futura política de transportes serían la integración de modos, el desarrollo de tecnologías y la protección de pasajeros y trabajadores. El objetivo final es la “**descarbonización**” del transporte, una mayor eficacia y que sea más accesible para el pasajero. Existen una serie de desafíos, la revisión de las redes transeuropeas, el desarrollo tecnológico, la introducción de corredores verdes de transporte de mercancías, la integración de la perspectiva ambiental y de los combustibles alternativos. Todas estas cuestiones integradas producirán la “descarbonización” de un sistema de transporte inteligente.

El Director General de la DG TREN de la Comisión Europea, Mathias Ruete, volvió a afirmar que el futuro de los transportes descansará sobre tres ejes: infraestructuras, tecnología y personas. Sobre cada una, resumió las opiniones emitidas en las dos consultas públicas abiertas hasta hacía poco sobre las redes transeuropeas y sobre el futuro de la política de transportes respectivamente. En cuanto a las infraestructuras, la mayoría de las opiniones al Libro Verde sobre las redes transeuropeas afirmaban que era necesario mantener una red amplia e identificar un core network, cuestión confirmada por Parlamento y Consejo. Pero las opiniones también coincidían en un mayor equilibrio centro-periferia. En el documento sobre el futuro de la política de transportes, las opiniones mayoritarias solicitaban un mayor aprovecha-

²⁵ http://www.eu2010.es/export/sites/presidencia/comun/descargas/programa_ES.PDF

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

miento de las redes y un cambio modal para bajar las emisiones. Es necesario actuar en todos los modos de transporte. Sin embargo, existen divergencias en las respuestas sobre el destino de los beneficios de la internalización de los costes externos. Cada sector (carretera, ferroviario etc...) solicitaba que se invirtiera en él. En cuanto a la tecnología, las consultas mostraban un gran respaldo a la misma pero se cuestiona sobre qué alternativa porque cada cierto tiempo parece que surge una nueva panacea. Otra cuestión que implica la tecnología es la armonización de la misma en toda Europa para que sea competitiva y aplicable.

En cuanto a las personas, voces reclamaron un refuerzo de los derechos de los pasajeros para atraer más público hacia el transporte. En cuanto a los trabajadores del sector, es necesario estudiar su situación con la apertura de los mercados que comporta incertidumbres a los trabajadores. Es necesaria una reforma competitiva sin menoscabo de los derechos sociales de los trabajadores. En cuanto al transporte urbano, habría que ver la manera de implicar a las ciudades en la reducción de emisiones sin un marco obligatorio ya que rige el principio de subsidiariedad.

Entre las conclusiones, tras los talleres temáticos, de los ponentes de los mismos destacaron sin duda dos: la necesidad de mayor diálogo para la redacción de un documento de tal calibre como un Libro Blanco y el consenso generalizado en los objetivos de la Comunicación de junio (que refleja los objetivos de la política del transporte futura) aunque no en las soluciones para lograrlos, cuestión demostrada en los talleres temáticos.

8. La revisión de las Redes Transeuropeas de Transporte

Un proceso paralelo al del futuro de la política de transportes que es preciso mencionar, aunque sea de manera sucinta, es la revisión de las Redes Transeuropeas de Transporte, como una parte fundamental del mismo, con la publicación el pasado 5 de febrero de 2009 del Libro Verde “Hacia una red transeuropea de transporte mejor integrada al servicio de una política común de transportes”, COM (2009) 44²⁶.

La Comisión consideró necesario rediseñar las prioridades de esta política, para que responda de forma más efectiva a los objetivos de lucha contra el cambio climático, sirva de apoyo a la competitividad internacional de Europa (conectándola mejor con el resto del mundo) y se integre plenamente en el desarrollo económico y social que prevé la Estrategia de Lisboa. Además, una redefinición debería facilitar su financiación por instrumentos comunitarios. La Comisión invitó a los Estados miembros y a los interesados a expresar sus puntos de vista al respecto. El Libro Verde prevé tres posibles opciones para el desarrollo ulterior de las redes transeuropeas:

²⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0044:FIN:ES:PDF>

- Mantener el actual nivel dual con una red global y proyectos prioritarios no conectados.
- Reducir las redes transeuropeas a un nivel simple (proyectos prioritarios, posiblemente conectados en una red prioritaria).
- Dos niveles con una red global (como en la actualidad) y un “core network” o red principal, que comprenda una red prioritaria geográficamente definida, y un pilar conceptual que ayude a integrar los diversos aspectos de la política y la infraestructura de transportes. En particular, el pilar geográfico estaría basado en una “red prioritaria” que conectaría si fuera necesario los ejes transnacionales mayores, los nodos importantes como puntos de conexión intermodal (puertos aeropuertos etc) y acciones en el campo de los sistemas de transportes inteligentes. El “pilar conceptual” aportaría la base para la identificación de proyectos, corredores y redes basados en las necesidades de los servicios, con una clara orientación empresarial. Este pilar se definiría a través de objetivos, criterios etc.... Las ventajas de core network es que **facilita la concentración de los instrumentos financieros** y de coordinación comunitarios, mejora la efectividad y la credibilidad de la política europea, estableciendo bases claras para las **negociaciones de las perspectivas financieras**. Las desventajas es que incluye factores basados en objetivos y criterios que pueden provocar incertidumbre.

Hasta ahora, dichas redes eran “añadidos” de redes nacionales. La Comisión no quiere abandonar lo que ha hecho hasta ahora, que será la base, pero quiere una nueva aproximación que tenga en cuenta tecnologías, innovación, flexibilidad etc. Uno de los grandes objetivos es la optimización de un sistema de redes a nivel europeo, **integrando redes nacionales con criterios europeos**. Es necesario dar una visión europea de la política de transportes. Otro objetivo es obtener mayor coherencia entre la planificación y la ejecución y una acción más coordinada a nivel comunitario, nacional y regional. Es necesario revisar los instrumentos financieros (que no contienen mucha cantidad) y los fondos estatales (que son los importantes). Es necesario, según la Comisión, coordinar los fondos (fondos de redes transeuropeas, FEDER etc...) y concentrarlo en las mayores prioridades.

El plazo de consulta finalizó el 30 de abril de 2009²⁷. El Parlamento en una resolución sobre dicho Libro Verde aprobada el pasado 22 de abril de 2009²⁸, se decantó por la tercera opción (doble nivel), apoyando el concepto de core network. De igual modo, el CESE en su dictamen aprobado el pasado 30 de septiembre de 2009²⁹ abogó por la estructura en dos niveles, con la concentración de los fondos RTE-T a la red básica (core network), siendo financiada la red global con “fondos regionales y de cohesión”.

²⁷ Para tener una visión del resultado de las consultas: http://ec.europa.eu/transport/infrastructure/tent_policy_review/doc/2009_09_22_summary_report.pdf

²⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0258+0+DOC+XML+V0//ES>

²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:318:0101:01:ES:HTML>

El debate sobre el próximo Libro Blanco de Transportes

De igual manera, el Comité de las Regiones en su dictamen aprobado el 7 de octubre de 2009³⁰ apoyó la tercera opción si bien lamentó el hecho de que no aparecieran en el texto nociones de cohesión territorial, ya que uno de los fines de las RTE-T es contribuir a un mejor equilibrio entre regiones. Recordó que la noción de red global era muy importante para las regiones periféricas. Además, abogó por una participación de las ciudades y regiones en la definición de las Redes Transeuropeas para “garantizar la coherencia con los planes locales y regionales” relativos a infraestructuras.

El Consejo de Transportes de junio aprobó unas conclusiones donde acogía favorablemente el Libro Verde. Además, reafirmó la necesidad de invertir en las infraestructuras del transporte para asegurar el desarrollo de la RTE-T en todas las formas de transporte como base del mercado interno y la competitividad, la cohesión económica, social y territorial de la Unión y su conexión con los países vecinos, centrándose en el “valor añadido europeo”, teniendo a su vez en cuenta los objetivos medioambientales, cuando se defina el futuro de la política de RTE-T. El Consejo le recordó a la Comisión que debía asegurar una continuidad con el marco existente, **principalmente en la conclusión de los proyectos prioritarios**³¹, a la vez que una apertura a nuevos enfoques para responder a las oportunidades y desafíos políticos, económicos, medioambientales y tecnológicos. Asimismo, acordó que todos los proyectos RTE-T actuales prioritarios deberían ser parte integral de una red coherente y prioritaria que uniera la infraestructura ya completada o bajo construcción y los proyectos de interés común, y que fuera multimodal prestando atención a los nodos (puertos, aeropuertos) y conexiones intermodales.

Durante los pasados días 21 y 22 de octubre tuvo lugar en Nápoles una conferencia ministerial dedicada a las Redes Transeuropeas. La conferencia repasó el estado de ejecución de los proyectos prioritarios y supuso un primer intercambio de puntos de vista sobre las prioridades hasta 2020. Además, se discutió la mejora de las conexiones con regiones vecinas y se anunciaron las primeras inversiones para los proyectos de redes aprobados. Además, aprobaron las siguientes conclusiones en relación a las Redes Transeuropeas:

- Promover la cooperación entre socios para soluciones conjuntas.
- Consenso para decidir los intereses comunes y para asegurar una aproximación coherente y definir las prioridades.
- Identificar una red integrada en la UE y entre ésta y sus socios, con un sistema de transportes eficaz, seguro y sostenible.
- Desarrollar una red fundamental (core network) en la UE que permita un uso óptimo de los diferentes modos de transportes y el sistema logístico, que sea viable económicamente y sostenible.
- Eliminación de los cuellos de botella.

³⁰ http://coropinions.cor.europa.eu/CORopinionDocument.aspx?identifier=cdr\coter-iv\dossiers\coter-iv-025\cdr103-2009_fin_ac.doc&language=ES

³¹ No hay que olvidar el proyecto ferroviario prioritario n° 16 Sines-Algeciras- Madrid-Paris.

- Promoción de las nuevas tecnologías.
- Promoción de autopistas del mar seguras, eficaces que incluyan los países vecinos y que contribuyan a un transporte más verde.
- Desarrollar herramientas financieras innovadoras y flexibles que se adapten a la naturaleza de cada modo de transporte, como PPP o bonos sobre proyectos.
- Reforzar la coordinación de la contribución financiera al core network.
- Profundizar la interconexión entre el Mediterráneo, los Balcanes, Mar Negro y África.
- Mejorar la conexión con África, prestando atención al Mediterráneo, la construcción de infraestructura de alta calidad y el intercambio de conocimiento.

El concepto de core network ha ido ganando peso, aunque falta por precisar una definición clara. La Comisión presentará en mayo una metodología para la selección de proyectos, que darán contenido al pilar conceptual y al geográfico. En reuniones formales o informales, representantes de la Comisión han dado a entender que el pilar geográfico sigue estando vigente tal y como se conceptualizó en el Libro Verde. El pilar conceptual, sin embargo, se asocia cada vez más a que el proyecto ayude al desarrollo de conceptos procedentes de la política de transportes, como los corredores verdes, sin implicación en infraestructuras. Dicha metodología sería la base de la propuesta para 2011 de las nuevas Orientaciones Comunitarias para las redes transeuropeas. Hasta este momento, el planteamiento de la Comisión es que se pueden percibir fondos a través del pilar geográfico o a través del pilar conceptual, siendo como dos ventanillas para el core network. La Comisión ve complicado no considerar los proyectos prioritarios actuales como parte del futuro core network, pero puede pasar si no tienen un valor añadido (dimensión multimodal, volúmenes de tráfico etc...). Da la impresión que los deseos de la Comisión de conseguir un core network más preciso y con un número de proyectos más reducido, constituidos según criterios más objetivos y no políticos (a través de los dos pilares), para así focalizar los recursos TEN en ellos, se han topado de bruces con los Estados miembros que han defendido sus proyectos prioritarios existentes como parte del pilar geográfico. La única salida para contentar a ambas partes parece haber sido proporcionar dos vías de financiación alternativas (pilar geográfico o conceptual) cuando parecía que los proyectos requerían cumplir con los criterios de ambos para obtener fondos. Sin embargo, nada está seguro hasta mayo.

Por otra parte, si bien desde un punto de vista periférico se echa en falta en el Libro Verde menciones claras a la cohesión económica y social a la hora de marcar criterios de selección del core network, fuentes de la Comisión han afirmado en distintos foros que dichas nociones estarían en el corazón de dicho concepto novedoso, porque son uno de los “leitmotiv” de las redes transeuropeas³².

³² El artículo 170 del Tratado de la Unión establece lo siguiente: “A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía”. El artículo 174 versa sobre la cohesión económica, social y territorial. a

9. Conclusiones

En estas páginas se muestra el planteamiento de la Comisión y las respuestas institucionales que ha provocado a fecha de hoy en relación al futuro de la política de transportes, sus objetivos y sus herramientas. Que el lector se quede con la que sea más acorde con su credo. Estamos en el principio de un debate que no se puede desligar del futuro de las redes transeuropeas y del próximo debate presupuestario que empezará este año en relación a las perspectivas financieras de la UE para 2013-2020. La Comunicación de junio ha sido importante en cuanto que ha establecido las bases para una discusión que quizás no ha tenido en cuenta la necesidad de tiempo que requiere. El comisario saliente, Antonio Tajani, se propuso sentar las bases del diálogo pero será otro Comisario, el recién nombrado Siim Kallas quien dejará su impronta en el Libro Blanco. Durante este año 2010, el futuro de la política de transportes, una visión integral y ambiciosa que aúne protección ambiental, progreso económico y accesibilidad siendo factible con acciones concretas debe recibir un nuevo impulso con el nuevo Comisario de Transportes. En su audiencia parlamentaria previa a su aprobación por el Pleno como nuevo Comisario, Kallas defendió la libertad de movimiento en Europa y el transporte como contribución fundamental a dicha libertad. Bajo el lema de la “descarbonización” del transporte, defendió un transporte que combinara estándares ambientales y sociales con la competitividad de las empresas. Una mayor integración económica y un mayor crecimiento económico requieren mayor competitividad y supone un mayor crecimiento del transporte. Kallas defiende mayores aperturas de los mercados para lograr la expansión de la economía y los transportes. Al mismo tiempo, dichos transportes deberán ser sostenibles y seguros y accesibles, mediante una coherente aproximación económica, social y ambiental a todos los modos de transporte. Se ha creado un grupo de alto nivel sobre la “descarbonización” del transporte para el Libro Blanco que tendrá una serie de consultas con los Estados miembros. Ya existen medidas para lograrla (Directiva de energías renovables etc) pero se quieren abordar cuestiones relativas a los niveles de transporte (gestión de la demanda), la intensidad de la energía (eficiencia) y la intensidad de las emisiones (reduciendo los combustibles fósiles). Se pretende lograr la integración de la economía (que requiere más transporte), la “descarbonización” del transporte y la reducción del mismo, a través de una nueva política de transporte que se base en tecnología limpia y eficaz, en la integración de los modos y en las personas.

En definitiva, se trata de lograr un transporte para el ciudadano, la naturaleza y las empresas. En un contexto de crisis, donde es difícil hacer predicciones sobre tendencias en los transportes, y desde un punto de vista político, el contenido del Libro Blanco deberá aunar numerosos objetivos de, hasta ahora, difícil ensamblaje. Fácil tarea de plasmarlos en un documento programático. Difícil tarea de hacerlos realidad sin un compromiso de toda la sociedad a todos los niveles (local, regional, nacional, europea y global), con una clara apuesta publico-privada y que conllevaría un cambio en la noción colectiva de la movilidad individual que existe en la actualidad.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Leonor Rams Ramos

Doctora en Derecho

Profesora Contratado-Doctor de Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y APLICABILIDAD DEL DERECHO DE ACCESO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 105 B) DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA 1. Introducción al análisis de la naturaleza jurídica del derecho de acceso. 2. Las posturas doctrinales en torno a naturaleza jurídica del derecho de acceso y sus consecuencias respecto de la eficacia del mismo. 3. El derecho de acceso como principio de actuación de las Administraciones Públicas. 4. Toma de posición en torno a la naturaleza jurídica y la eficacia del derecho de acceso. III. APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE ACCESO AL SUPUESTO DE PUBLICACIÓN DE DOCUMENTOS A TRAVÉS DE INTERNET 1. Su aplicabilidad como supuesto concreto del artículo 105 b) de la Constitución. 2. Su aplicabilidad como supuesto de cesión de datos previsto por la Ley Orgánica de Protección de Datos. Dictamen jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO POR EL ARTÍCULO 37 LRJAP Y SU APLICACIÓN AL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA PUBLICACIÓN DE PROYECTOS DE CARRETERAS Y FERROCARRILES A TEXTO COMPLETO EN INTERNET 1. Los sujetos del derecho de acceso. A. Sujetos activos. B. Sujetos pasivos. 2. El objeto del derecho de acceso. A. El acceso a los documentos. a) La definición de documento. b) Los documentos que requieren una legitimación subjetiva especial para poder ser accesibles. a') La definición de documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas. b') La definición de documentos de carácter nominativo. B. La necesidad de que los documentos se encuentren incorporados a un expediente. C. La necesaria terminación del procedimiento. D. La incorporación a los archivos administrativos. 3. La concurrencia de los requisitos impuestos por el artículo 37 LRJAP para el acceso a los documentos administrativos en el caso de los proyectos de carreteras y ferrocarriles, a efectos de su publicación en Internet. V. LOS LÍMITES AL ACCESO 1. El desarrollo legislativo por la LRJAP de los límites y exclusiones al derecho de acceso, previstos por el artículo 105 b) de la Constitución. 2. Los límites al derecho establecidos en el artículo 37.4 LRJAP A. Las limitaciones previstas por normas con rango de Ley. B. Las limitaciones previstas por protección de intereses de terceros y por razones de interés público. 3. Las exclusiones de acceso previstas por el apartado 5 del artículo 37 LRJAP A. Expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la seguridad del Estado. B. Expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente Estudio tiene como objeto el análisis jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet, con el objetivo de analizar si determinadas entidades –en concreto, el estudio se refiere a Gestión de Infraestructuras de Andalucía S.A. (GIASA), sociedad adscrita a la Consejería de Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Andalucía– pueden dar publicidad, a través de su publicación en Internet, a los expedientes relativos a los proyectos de infraestructuras ferroviarias y de transporte por carreteras que gestionan.

Para ello, en este Estudio se parte de una concepción general del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, como realización efectiva del principio de transparencia. Por ello, se ha analizado la naturaleza jurídica de este derecho y la eficacia de su regulación constitucional, a través el artículo 105 b) de la Constitución Española (en adelante, CE) a fin de determinar la aplicabilidad de dicho precepto –y de su desarrollo legislativo efectuado por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP)–, tanto por lo que se refiere al acceso a través de solicitud a la información contenida en proyectos de infraestructuras como los aquí analizados, como, en particular, a la publicación de los mismos de manera que resulte accesible al público a través de una conexión a Internet.

Una vez determinada la aplicabilidad de la citada normativa, se procederá a analizar, de manera pormenorizada, los requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal que deben reunir los documentos que componen los proyectos, para poder ser publicados, en su caso, a través de Internet.

En particular, serán objeto de análisis los requisitos establecidos en los tres primeros apartados del artículo 37 LRJAP, estudiando las limitaciones que estos establecen, tanto de carácter subjetivo como objetivo. En concreto, se tendrán en cuenta las derivadas de acreditar una concreta legitimación activa para acceder a determinados objetivos –apartados 2 y 3 del citado artículo–, así como los requisitos que el apartado primero establece para que la información pueda hacerse accesible al público, bien a través de su solicitud o, como en este caso, por su publicación en Internet –esto es, que se trate de documentos, relativos a procedimientos terminados, que consten en archivos administrativos–.

Posteriormente, serán objeto de análisis las limitaciones que las normas relativas a acceso establecen y que determinan, en su caso, la imposibilidad de publicación de determinados documentos, por razón de su contenido. El análisis de los requisitos y las limitaciones que establece la Ley se irá haciendo al hilo de la consideración de su aplicabilidad al caso concreto que nos ocupa y las posibles limitaciones a la publicación que de ello se derivan.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Así, se considerarán las limitaciones derivadas de la protección de la intimidad, de la seguridad y defensa del Estado y de la investigación de los delitos, previstas por el artículo 105 b) CE, así como las determinadas por su legislación de desarrollo.

De esta manera, se analizará la posible aplicabilidad a la publicación de los proyectos aquí considerados, de las limitaciones previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 37 LRJAP y la remisión que los mismos hacen a la legislación específica en materia de protección de datos, propiedad intelectual e industrial, secretos oficiales y seguridad pública, etc.

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA NATURALEZA JURÍDICA Y APLICABILIDAD DEL DERECHO DE ACCESO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 105 B) DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. Introducción al análisis de la naturaleza jurídica del derecho de acceso

Introduciendo una novedad sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico, los constituyentes de 1978 decidieron incluir un artículo en la Constitución que consagrara el derecho de los ciudadanos a consultar la información que consta en documentos administrativos, conservados éstos, de forma ordinaria, en los archivos y registros administrativos.

La regulación de este precepto explicita, sin duda alguna, los principios de transparencia y publicidad como principios básicos de funcionamiento de las Administraciones Públicas, y así lo han entendido tanto la doctrina como los Tribunales de Justicia con el tiempo. Sin embargo su formulación –junto con otros principios básicos que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas: la participación, la audiencia a los ciudadanos, la necesidad de procedimiento administrativo–, se hizo a través de un precepto que no explicita tales principios, sino que se enuncia de una forma un tanto ambigua al disponer, en el artículo 105 CE, que:

“La Ley regulará:

- a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
- c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.”

Esta redacción del precepto, como mandato al legislador para que regule los concretos derechos aquí enunciados –que son a su vez la traducción de una serie de principios de funcionamiento de las Administraciones Públicas, como tendremos ocasión de ver–, llevó a que surgieran dudas respecto a la posible aplicabilidad directa del precepto o a la conveniencia de considerarlo un derecho de configuración legal necesitado de desarrollo legislativo para poder desplegar su eficacia.

La cuestión, aunque podría considerarse una mera discusión académica –máxime desde que se produjo el tardío pero efectivo desarrollo del precepto a través de la LRJAP, en 1992– ha tenido sin embargo importantes consecuencias, pues según se considere la naturaleza jurídica del derecho enunciado, las consecuencias de su aplicabilidad o no han sido radicalmente distintas y pueden serlo al hilo no sólo del efectivo ejercicio del derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos a través de solicitud, sino también para el caso que nos ocupa, cuando el acceso se pretende hacer de manera generalizada, a través de la publicación de los documentos administrativos, mediante Internet.

2. Las posturas doctrinales en torno a naturaleza jurídica del derecho de acceso y sus consecuencias respecto de la eficacia del mismo

La doctrina que se ha ocupado del derecho de acceso ha sostenido, frente a la enunciación del derecho por el artículo 105 b) de la Constitución, variadas opiniones respecto de su naturaleza jurídica, a través de argumentaciones jurídicas, muy mediatizadas por la primera y trascendental Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ponente D. Fernando Roldán Martínez), en la que se dictaminaba, entre otras cuestiones, sobre este importante tema de la posible aplicabilidad directa del derecho de acceso o la necesidad de su previo desarrollo legislativo para otorgarle eficacia jurídica directa.

Fue, por tanto, muy tempranamente después de la aprobación de la Constitución y de la aparición en el ordenamiento jurídico español del derecho de acceso, cuando se planteó ante los Tribunales la aplicabilidad de este artículo 105 b) CE a falta de su concreción legislativa. Y si bien en un primer momento la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Vizcaya consideró que dicho artículo era aplicable al caso –y así lo declaró en Sentencia de 30 de enero de 1979–, el Tribunal Supremo no tardó en revocar dicha Sentencia, precisamente por considerar que el artículo 105 b) CE no podía ser aplicado sin ser previamente objeto de desarrollo legislativo.

Esta Sentencia dio lugar a importantes discusiones doctrinales y fue además, como se ha señalado, la causa fundamental del posicionamiento de la doctrina sobre la aplicabilidad mediata o inmediata del derecho de acceso regulado por el artículo

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

105 b) CE. Siguiendo a SAINZ MORENO¹, podemos sintetizar los argumentos expuestos por la Sentencia de la siguiente manera:

- a) El artículo 105 b) CE declara un principio básico: el principio de publicidad.
- b) La expresión «la ley regulará» indica la necesidad de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten, para que pueda ser aplicado.
- c) Hasta la producción de ese desarrollo legislativo, sigue vigente la anterior Ley de Procedimiento Administrativo, puesto que otra solución conduciría a un «peligroso subjetivismo interpretativo» contrario a la función judicial, puesto que el principio constitucional no deja a los Tribunales facultad de desarrollo que corresponde a la Ley.

SAINZ MORENO fue sumamente crítico con la sentencia comentada –y, después de él, muchos han sido los autores que se han sumado a estas críticas–, no sólo por no tener en cuenta, como hemos señalado, un dato objetivo que le hubiera librado de tener que interpretar dicho precepto –la preconstitucionalidad de los hechos planteados– sino por su manera de afrontar una cuestión que era fundamental en los primeros años de vida de la Constitución de 1978: su eficacia jurídica, esto es, el alcance normativo inmediato de sus preceptos².

Tras esta Sentencia, de devastadoras consecuencias para el derecho de acceso en nuestro ordenamiento jurídico, las posiciones doctrinales se polarizaron y han estado mediatizadas hasta la actualidad por la cuestión de la eficacia jurídica inmediata o mediata del derecho de acceso previsto por el artículo 105 b) CE.

Así, hay autores que consideran que estamos ante un derecho subjetivo de configuración legal, con la consecuencia de la demora de su eficacia hasta su efectivo desarrollo legal. Fue ÁLVAREZ RICO³ el primero en realizar un análisis del artículo 105 b) CE tras la aprobación de la Constitución y el primero en inaugurar la línea doctrinal de considerar el derecho de acceso como un derecho subjetivo de configura-

¹ SAINZ MORENO, “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979)”, en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980, págs. 118 y siguientes.

² Además de considerar que el Tribunal interpretaba erróneamente la expresión “la ley regulará”, para SAINZ MORENO, como para gran parte de la doctrina, la Sentencia equivoca en esta interpretación la naturaleza jurídica del propio derecho de acceso. Para el autor –que sostiene que el derecho de acceso es una concreción del derecho a la libertad de expresión regulado por el artículo 20 CE y, por lo tanto, de aplicación inmediata–, los términos en los que viene establecido por el artículo 105 b) CE no formulan una mera declaración –como aduce el Tribunal– necesitada de un previo desarrollo legislativo, sino que configuran un contenido normativo perfectamente definido tanto positivamente como en sus límites de aplicación, por lo que no es condición necesaria para el ejercicio del derecho que el legislador lo regule, ya que éste sólo desarrolla y reglamenta el derecho, no “lo hace posible”. SAINZ MORENO, *op. cit.*, pág. 122.

Es, en definitiva, una crítica demoledora a una Sentencia que suscitó una viva polémica a lo largo de los años sucesivos, puesto que no hay que olvidar que el desarrollo legislativo de este precepto no tuvo lugar hasta 1992, salvo por lo que se refiere a determinados ámbitos sectoriales, como son el ámbito local (LBRL) o el de patrimonio histórico (LPHE).

³ ÁLVAREZ RICO, M., “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, en la *Revista de documentación administrativa*, núm. 183, 1979, págs. 101 y siguientes.

ción legal; aunque, en aquel momento, esta afirmación tenía una gravísima consecuencia jurídica: la ineficacia del derecho, puesto que no existía desarrollo legislativo alguno del mismo —y que no llegaría hasta 1992, con la LRJAP—, que le otorgara la eficacia deseada.

EMBID IRUJO⁴ también se sitúa en la línea doctrinal de considerar al derecho de acceso como un derecho subjetivo de configuración legal. La postura sostenida por EMBID, sin embargo, no resulta tan radical como la sostenida por ÁLVAREZ RICO, para quien —al igual que para el Tribunal Supremo— la consecuencia directa de la consideración del derecho de acceso como un derecho de configuración legal era el impedimento absoluto a su aplicación práctica. EMBID entiende que el derecho de acceso puede tener una conexión específica con determinados derechos fundamentales, esencialmente el de participación política previsto en el artículo 23 CE y el de libertad de expresión del artículo 20 CE, conexión que, en la práctica, supondría la posible articulación del derecho de acceso como manifestación concreta del ejercicio de estos derechos fundamentales pero sin que ello significara, como han argumentado otros autores —como SAINZ MORENO—, que participe de ese carácter fundamental que permite a aplicación material directa de estos derechos. El derecho de acceso en este sentido sería pues aducible ante la Administración y ante la jurisdicción como requisito necesario para la plena satisfacción en el ejercicio de estos derechos fundamentales, pero no se trata de un elemento esencial de los mismos o de un derecho que participe de esa naturaleza fundamental. “Su situación constitucional —dice EMBID— (el artículo 105 no se encuentra, obviamente, entre los artículos 14 a 29 más la referencia a la objeción de conciencia del artículo 30), no permite esa predicación fundamental y, por ello, no puede hablarse de necesaria regulación por ley orgánica (artículo 81) ni, tampoco, de la previsión de un proceso ordinario especial de protección de un recurso de amparo (artículo 53.2)”⁵.

También POMED SÁNCHEZ⁶ parece situarse dentro de esta línea doctrinal que, sin negar la evidente conexión existente entre el ejercicio del derecho de acceso y la realización material de algunos derechos fundamentales —notablemente, en lo que se refiere al derecho a la libertad de expresión e información contenido en el artículo 20. 1 a) y d) CE—, considera que el derecho de acceso es un derecho que entronca con el derecho especificado por el artículo 20 CE, pero sin que esto conlleve su participación de la naturaleza jurídica fundamental que caracteriza a este derecho en la Constitución.

POMED sostiene, también, que nos hallamos ante un derecho subjetivo regulado por la Constitución que, en virtud de las características técnicas con las que debe contar la Administración para garantizar su efectivo ejercicio, queda diferido hasta su con-

⁴ EMBID IRUJO, A. “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo I*, Civitas, 1993.

⁵ EMBID, “El derecho de acceso...”, *op. cit.* Págs. 732 y 733.

⁶ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, INAP, 1989.

figuración por la ley que debe regularlo. Esto es, este autor sostiene que nos encontramos ante un derecho subjetivo de configuración legal y que la expresión “la ley regulará” con la que se inicia el artículo 105 CE supone una “reserva material de ley en relación con el surgimiento efectivo del derecho subjetivo al mundo jurídico, y ello vendrá justificado por la necesidad técnica de regular una serie de extremos que, indudablemente, no deben ser recogidos en la Constitución. [...] Se está imponiendo una reserva de procedimiento, que implica la necesidad de una previa habilitación legal para la actuación de la Administración, habilitación no inserta en el precepto constitucional”⁷.

Pero, frente a la interpretación del artículo 105 b) CE mantenida por el Tribunal Supremo en su polémica Sentencia de 16 de octubre de 1979, surgieron también rápidas contestaciones a la misma por parte de otro sector de la doctrina administrativista, que entendía que la falta de actuación por parte del legislativo, cumpliendo el mandato que la Constitución establecía, de regular a través de una Ley, entre otros, el derecho de acceso a archivos y registros, no podía tener como consecuencia la inexistencia material de dicho derecho en el ordenamiento jurídico. Muy al contrario, estos autores entendieron que esta previsión constitucional –concreta, además, en cuanto a lo que se refiere a sujetos activos y pasivos, así como al objeto del derecho y las excepciones que permiten limitarlo– era más que suficiente para otorgarle la relevancia jurídica que un derecho previsto constitucionalmente debe tener.

A fin de otorgarle la eficacia normativa deseada, esta doctrina sostuvo, frente a la tesis del carácter de derecho subjetivo de configuración legal del derecho de acceso, una interpretación del precepto que hubiera permitido una aplicación inmediata del mismo: su subsunción o relación directa con los derechos fundamentales que sí son objeto de aplicación inmediata sin necesidad de desarrollo legislativo. La consideración del derecho de acceso como elemento integrante y necesario de determinados derechos fundamentales y, por consiguiente, contagiado de alguna manera de dicha naturaleza fundamental, determinaba para ellos que el precepto contenido en el artículo 105 b) CE fuera de inmediata aplicación.

Ésta fue la postura adoptada por SAINZ MORENO al poco tiempo de la promulgación de la Constitución. Frente a la muy discutida Sentencia del Tribunal Supremo, SAINZ MORENO reivindicó dicha aplicabilidad inmediata, para lo cual presentó varios argumentos. Como argumento central, el autor aduce que “el artículo 105 b) de la Constitución no se limita a formular una «declaración de principios básicos» del tipo de la contenida en el Capítulo II del Título I (artículos 39 a 52), cuyo valor es el que le confiere el artículo 53.3, sino que tiene un contenido normativo bien definido tanto positivamente («acceso a de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos») como negativamente («salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas»),

⁷ POMED SÁNCHEZ, *op. cit.* Pág. 141.

contenido que consiste, en definitiva, en una concreción del derecho a la libertad de expresión regulado por el artículo 20 y, por tanto, amparado en lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 53 de la Constitución”⁸.

De todo ello deduce el autor que el artículo 105 b) CE, al hacer una concreción del derecho de libertad de expresión contenido en el artículo 20 CE, es un precepto de inmediata aplicación sin previo desarrollo legislativo. Esto es, si bien SAINZ MORENO no afirma directamente que el derecho de acceso participa de la naturaleza de los derechos fundamentales por su relación con el derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 20 CE, sí puede deducirse de su argumentación que es ésta su opinión y que, precisamente, la aplicabilidad inmediata que reivindica de este precepto deriva de esa peculiar naturaleza jurídica.

La misma técnica jurídica para calificar el derecho de acceso fue la seguida por MUÑOZ MACHADO⁹, también como crítica a la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, aunque este autor vinculó esencialmente el derecho de acceso a otro derecho fundamental, el de participación política, previsto por el artículo 23 CE. De esta manera, aducía que el derecho a obtener información es una exigencia tanto del derecho de participación como del derecho de expresión, pues ambos precisan de una información previa, por lo que, conectados los preceptos de los artículos 20, 23, 53 y 105 b) CE, el derecho de acceso a los documentos administrativos “es directamente aplicable, vincula a los poderes públicos y su ejercicio está garantizado mediante procedimientos especiales de amparo ordinario y constitucional”.

FERNÁNDEZ RAMOS¹⁰ ha sido quien más radicalmente parece haber defendido esta postura y, de esta manera, sostiene como tesis que el derecho de acceso es una manifestación concreta del derecho a recibir información. Para ello, este autor parte de considerar que la libertad de información recogida por el artículo 20.1.d) CE no se limita a reconocer la posibilidad de los medios de comunicación de recabar información y la del público de recibir “noticias”, sino que comprende una multiplicidad de figuras, siendo claramente un derecho de libertad. Esto es, frente a las tesis que sostienen un derecho de estructura prestacional en el que el derecho enunciado presupone sólo una actividad pasiva del público a recibir las noticias, para FERNÁNDEZ RAMOS este derecho incluye una facultad de los ciudadanos a informarse (un dere-

⁸ SAINZ MORENO, *op. cit.*, pág. 122.

⁹ MUÑOZ MACHADO, S. “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos” en el *Seminario sobre “Relaciones Administración-Ciudadano: Información, Documentación y Libertades Públicas”*, organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva, 1980, en cita de SAEZ LORENZO, M.C., *El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos administrativos*, Cuadernos de Documentación, Madrid, 1982, págs. 38 y 39.

¹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, 1997.

¹¹ “Este precepto –dice el autor sobre el artículo 105 b) CE– significa declarar, de un modo directo, la publicidad de la información contenida en los archivos y registros administrativos, de tal modo que la información plasmada en los documentos en ellos depositados debe ser considerada como información pública y puede ser objeto inmediato de la libertad de informarse, contenida en el derecho a recibir información del artículo 20.1 d) CE, salvo aquella información que afecte a los bienes constitucionalmente protegidos. Asimismo, el artículo 105 b) CE establece no tanto una reserva de ley como un mandato positivo al legislador –con unos límites predeterminados– para que regule el ejercicio de este derecho, pues el constituyente parte de la efectiva inexistencia de dicha regulación”.

cho de libertad) dentro del derecho a recibir información del artículo 20.1. d) CE¹¹. También MESTRE DELGADO¹² mantiene una postura que no se encuentra muy alejada de las anteriores, aunque con ciertas matizaciones, puesto que este autor, además de considerar al derecho de acceso como instrumental de algunos derechos fundamentales o en íntima conexión con éstos, entiende que estamos ante la enunciación del principio de transparencia de la actuación de la Administración y ante “una garantía que incorpora, no ya la atribución de un derecho reaccional, frente al comportamiento administrativo, sino el principio participativo [...], y que constituye, por otra parte, un reflejo importante del principio de transparencia administrativa”.

3. El derecho de acceso como principio de actuación de las Administraciones Públicas

Existe un mayor consenso entre la doctrina respecto de esta cuestión, esto es, en considerar que la Constitución, a través de su anunciado, establece una serie de principios de actuación de las Administraciones Públicas que son, como tales principios, vinculantes para las mismas. Ahora bien, las posiciones doctrinales también varían en lo que se refiere al principio que se enuncia: principio de transparencia, principio de publicidad de la actuación administrativa o principio participativo.

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ declaraba muy tempranamente tras la aprobación del texto constitucional que “el artículo 105 b) introduce en nuestro ordenamiento un principio de publicidad y transparencia en la acción administrativa directamente lanzado contra las restricciones impuestas en el pasado por la Ley de Secretos Oficiales”¹³. Y, en el mismo sentido se pronuncia EMBID IRUJO, para quien el artículo 105 b) CE consagra un derecho de los ciudadanos que se constituye como “una de las prerrogativas que tienen [los ciudadanos] frente a la Administración pública [...]”. Un «derecho» de los ciudadanos que debe, lógicamente, llevar consigo una obligación para la Administración pública. [...] El acceso a los archivos y registros es, por tanto, un principio objetivo, básico para entender la imagen constitucional de la Administración como poder inmerso en el mandato general de transparencia, pero, al mismo tiempo, la referencia a los ciudadanos funda un derecho subjetivo”¹⁴.

Por otro lado, también la doctrina ha visto en este artículo una enunciación esencial del principio de participación. Para ÁLVAREZ RICO, en este sentido, está claro que la regulación del derecho de acceso es de singular valor para comprobar el alcance de la participación ciudadana, siendo “motor de la modernización de la Administra-

¹² MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos (análisis del artículo 105 b) de la Constitución*, Cívitas, 1988.

¹³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, “La organización territorial del Estado y la Administración Pública en la nueva Constitución” en *Lecturas sobre la Constitución Española (I)*. UNED, 1978, pág. 369.

¹⁴ EMBID IRUJO, A. “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa” en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo I*, Cívitas, 1993.

ción Pública y acicate para su eficacia y transparencia, como sistema para acercar la Administración al ciudadano, dando paso a una nueva cultura administrativa” y también destaca su importancia como “medio o soporte de otros derechos como el de participación, el de comunicar o recibir información libremente o el de igualdad ante la Ley”¹⁵.

En todo caso, si bien la doctrina destaca, casi unánimemente, la importancia de los principios de transparencia y de participación presentes en el artículo 105 b) CE, no debemos olvidar la necesidad, señalada por SAINZ MORENO, de buscar y alcanzar un equilibrio entre las exigencias de transparencia que este artículo determina y las reticencias a la misma por parte de la Administración —así como, no hay que olvidarlo, aquellos casos en los que el secreto o la reserva son necesarios y obligatorios, además de garantía de determinados derechos fundamentales—. Así, el autor señala que “el secreto administrativo, o lo que es igual, el secreto del poder, es incompatible con la libertad y hace imposible una real participación ciudadana en los asuntos públicos (artículos 9.2 y 23.1 CE). Y, sin embargo, al mismo tiempo que se pide transparencia, se exige a la Administración que se guarde riguroso secreto de todo aquello que conoce y cuya difusión externa, o comunicación interna, pueda causar algún perjuicio personal, profesional o económico a los ciudadanos. [...] Así pues, de un lado, la Administración debe ser transparente y facilitar la información que se le pide [artículos 105.b), 109 y 23 CE], pero, de otro, la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias e, incluso, necesita de un cierto secreto para poder actuar eficazmente”¹⁶.

4. Toma de posición en torno a la naturaleza jurídica y la eficacia del derecho de acceso

Del breve análisis llevado a cabo sobre las posturas doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del derecho de acceso, podemos deducir que el artículo 105 CE es, principalmente, un precepto enunciativo del principio de transparencia y del principio participativo —se entienda este último de forma separada e independiente o como parte esencial del de transparencia—, que se positivizan a través una serie de mecanismos —entre ellos el acceso a los archivos y registros administrativos— que la Constitución establece en forma de obligaciones para la Administración y, en contrapartida, como garantía de los ciudadanos que la ejercitan a través del derecho subjetivo que la ley de desarrollo debe configurar.

De esta configuración jurídica del artículo 105, y de su apartado b) en particular, se derivan, por tanto, varias consecuencias ya señaladas:

¹⁵ ÁLVAREZ RICO, M. y ÁLVAREZ RICO, I., “El derecho de acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág.474.

¹⁶ SAINZ MORENO, F. “Secreto e información en el Derecho Público” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, tomo III*, Cívitas, 1991.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

- a) La primera es que el derecho de acceso a los archivos y registros se configura como una realización del principio de transparencia y del principio de participación, como elementos legitimadores de la Administración, a través de la puesta a disposición de los ciudadanos de mecanismos que les permitan conocer y controlar cómo la Administración sirve a los intereses generales.
- b) La segunda es que estamos ante un artículo de la Constitución que establece un mandato a la Administración, que le obliga a un comportamiento determinado para con los ciudadanos, estableciendo una obligación jurídica que supone una garantía jurídica para los mismos.
- c) La tercera es que nos encontramos ante un derecho subjetivo –que surge como consecuencia o contrapartida de esa obligación que se establece para la Administración– que puede calificarse de derecho de configuración legal, puesto que, como tal, debe ser articulado y desarrollado por el legislador, a través de la Ley, conforme a las determinaciones, muy precisas, que el constituyente ha establecido.

De estas consecuencias podemos deducir que, si bien el artículo 105 b) CE establece un derecho subjetivo que podría calificarse de derecho de configuración legal y, por tanto, con eficacia diferida hasta que tenga desarrollo legislativo propio, el precepto jurídico sí es de aplicación directa e inmediata porque establece unos principios de actuación de las Administraciones Públicas que, como tales, no necesitan de desarrollo para ser inmediatamente aplicables.

La postura sostenida por parte de la doctrina, de justificar la aplicabilidad inmediata del derecho de acceso por considerar que éste participa del carácter fundamental del derecho a la información consagrado por el artículo 20.1 d) CE, me parece que se debe interpretar más como fruto de la búsqueda de un recurso jurídico que permitiera la aplicación de una norma de enorme trascendencia en los primeros años de la democracia –ante la negativa del Tribunal Supremo a interpretar el vigente Derecho administrativo del momento a la luz del principio de transparencia–, que como una búsqueda del fundamento jurídico real del derecho de acceso.

El principio de transparencia y el derecho de acceso tienen indudables elementos de contacto y, en ocasiones, este último será no sólo la realización del principio de transparencia¹⁷, sino que podrá ser una facultad necesaria del derecho a la información previsto por el artículo 20. 1 d) CE, o del derecho a la participación política del artículo 23 CE e, incluso, su consideración como derecho instrumental de los anteriores podrá conducir a que su desconocimiento lleve aparejada la violación de los derechos fundamentales que se intentan ejercer, pero ello no significa que participe del carácter esencial de estos derechos¹⁸.

¹⁷ Al igual que el principio de transparencia no se agota, por supuesto, en la realización del derecho de acceso.

¹⁸ Prueba de lo cual es el tratamiento que de ambos derechos ha hecho el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de

Probablemente, si el caso que dio lugar a la citada Sentencia se hubiera producido unos años más tarde, o simplemente, se hubiera decidido no aplicar el Texto constitucional a hechos preconstitucionales –hay que recordar que la Sentencia se dicta tan sólo diez meses después de la aprobación de la Constitución–, los Tribunales no hubieran tenido dudas respecto de su aplicación directa o inmediata, pero se ha de comprender que la enunciación del derecho de acceso, como instrumento de realización del principio de transparencia, suponía un enorme cambio en cuanto a la concepción de la Administración.

De hecho, no habría que esperar mucho tiempo para que el propio Tribunal Constitucional afirmara la aplicabilidad directa de los principios contenidos en el artículo 105 CE. En su Sentencia 18/1981, de 8 de junio, el Tribunal Constitucional afirmaba en un caso de amparo solicitado, respecto del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo previsto por el apartado c) del artículo 105, que “debe señalarse que la reserva de Ley que efectúa en este punto el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación directa”.

Esta doctrina ha sido reiterada posteriormente tanto por el propio Tribunal Constitucional, como por el Tribunal Supremo. Este último afirma dicha aplicabilidad directa tanto respecto del apartado a) del artículo 105 (SSTS de 8 de mayo de 1987, 23 de marzo de 1988 o 12 de enero de 1990), como del apartado b) que nos ocupa (STS de 14 de noviembre de 2000).

Respecto de la aplicabilidad directa del apartado b) del artículo 105 CE, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2000, afirmó que “aun cuando este precepto [el artículo 105 b) CE] pudiera pensarse que condiciona la aplicación de este derecho a su desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional, considerando su valor sustantivo, ha estimado, en aplicación del principio de la fuerza normativa directa de la Constitución, que dicho precepto es aplicable directamente sin necesidad de esperar a su desarrollo legislativo, que se ha llevado a cabo, básicamente en el artículo 37 de la Ley 20/1992 [...]. En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, declara que «la reserva de Ley que efectúa en este punto [el caso contemplado se refiere al apartado c) del artículo] el artículo 105 de la Norma Fundamental no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una

Estrasburgo (Sentencias *Leander c. Suecia*, de 26 de marzo de 1987 y *Gaskin c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989, entre otras), que ha considerado que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar *informaciones o ideas*, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa”, no es la vía adecuada para la protección del derecho de acceso, lo que ha dado lugar a que el Consejo de Europa haya elaborado un instrumento jurídico vinculante para los países miembros en el que se regula el derecho de acceso a los documentos administrativos, que se encuentra en la actualidad pendiente de ratificación.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata». Resulta, pues, evidente, que, en aplicación directa de la norma constitucional, este derecho exige, con el fin de respetar su núcleo esencial integrado por el haz de facultades que lo hacen reconocible y la efectividad de los intereses del administrado a que responde, que se haga en un grado razonable asequible a los particulares, superando las limitaciones derivadas de su posición de inferioridad material frente a los poderes públicos, el adquirir conocimiento de los datos y documentos que puedan legítimamente interesarles, sin otras limitaciones que las que el propio precepto constitucional contempla [...] y las derivadas de las normas generales de procedimiento y de los principios de proporcionalidad, racionalidad y buena fe a que debe sujetarse el ejercicio de todo derecho”.

No hay, por tanto, dudas en la actualidad respecto de la aplicabilidad directa del precepto constitucional, pese a necesitar de la colaboración de la Ley para concretar los distintos extremos del ejercicio del derecho de acceso por parte de los titulares del mismo.

III. APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA DE ACCESO AL SUPUESTO DE PUBLICACIÓN DE DOCUMENTOS A TRAVÉS DE INTERNET

1. Su aplicabilidad como supuesto concreto del artículo 105 b) de la Constitución

La realización del principio de transparencia, presente –como ya hemos tenido ocasión de señalar– en el artículo 105 de la Constitución Española, es explicitado por la LRJAP, en su artículo 4, apartado 5, que determina que “en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones Públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación” y en este ámbito se entronca, entre otras cuestiones, el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. La afirmación –ya explicitada, por tanto, por la LRJAP– del principio de transparencia determina además su independencia respecto de los mecanismos concretos de acceso previstos por las normas y que pueden ejercer los ciudadanos a través de esta solicitud.

De esta manera, el principio de transparencia, en general, además de suponer la existencia de un derecho subjetivo de los ciudadanos a acceder a la documentación administrativa e informarse de la actividad de las Administraciones Públicas, engloba sin duda la posibilidad por parte de las mismas de actuar de oficio, unilateralmente, poniendo a disposición de los ciudadanos información y documentación de carácter administrativo, a través de su publicación por los más variados medios, incluido evidentemente a través de Internet.

No obstante, la publicación de la información y documentación administrativa, como realización del principio de transparencia que obliga a las Administraciones

Públicas, no está regulada como tal y si, en principio, es una manifestación clara del citado principio, no puede llevarse a cabo de manera ilimitada, sino que podrá realizarse siempre que se respeten las restricciones establecidas en relación con el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, tanto por el artículo 105 b) CE como por el artículo 37 LRJAP.

En este sentido, hay que entender que la regulación de la LRJAP es una ley de mínimos, por cuanto es posible garantizar el acceso a los ciudadanos a la documentación administrativa a través de la publicación y, por tanto, más allá de lo establecido por la Ley como régimen de ejercicio del derecho de acceso, siempre que se respeten, como ya sea ha reiterado, las limitaciones y prohibiciones que establecen la LRJAP y las normas a las que ésta se remite y que incluyan previsiones limitadoras de la publicidad o de la comunicación de datos a terceros.

Debe recordarse, en primer lugar, que el artículo 105 b) CE establece como límites del derecho de acceso “la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas” y que el artículo 37 LRJAP, en su regulación establece las condiciones subjetivas, objetivas y formales de ejercicio del derecho, así como las limitaciones existentes a su ejercicio, establecidas por la misma norma (apartado 5), o a través de la remisión a otras normas jurídicas que a su vez introducen restricciones (apartado 6).

Será necesario, en segundo lugar, tener en cuenta, para la publicación de información y documentación administrativa, el respeto al interés general cuando éste desaconseje la puesta a disposición del público de la información, la protección de los intereses de terceros más dignos de protección y los límites establecidas por otras normas jurídicas, conforme determina el apartado 4 del artículo 37 LRJAP, en virtud del cual, las normas con rango de ley pueden limitar el ejercicio del derecho de acceso y, en definitiva, la posibilidad de los ciudadanos de conocer la información a la que dichas normas se refieren, debiendo impedirse, *a fortiori*, su comunicación al público en general a través de Internet, en estos casos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el derecho subjetivo de los ciudadanos a acceder a los documentos administrativos y, por tanto, la posibilidad de conocer la información administrativa, regulado por la LRJAP, viene referido, primordialmente, a los registros administrativos y a los documentos que formen parte de expedientes relativos a procedimientos terminados a fecha de la solicitud del acceso, lo que debe interpretarse en el sentido de que, en principio, para que dichos documentos pertenecientes a expedientes administrativos, como los relativos a proyectos de carreteras y ferrocarriles, puedan ser publicados en Internet y, por tanto, susceptibles de ser consultados por los ciudadanos, debe tratarse de procedimientos concluidos.

Respetando por tanto las citadas limitaciones, no hay duda de que el derecho de acceso, como efectiva realización del principio de transparencia presente en la Constitución y en la LRJAP, engloba la posibilidad de que las Administraciones

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Públicas publiquen de manera proactiva la información administrativa a través de Internet, como en el caso que nos ocupa, poniendo a disposición del público la documentación administrativa referente los proyectos de infraestructuras de ferrocarril y carreteras, en todo lo que no se vean afectadas por las ya referidas limitaciones derivadas de la legislación señalada.

2. Su aplicabilidad como supuesto de cesión de datos previsto por la Ley Orgánica de Protección de Datos

La publicación de información a través de Internet, cuando contenga documentos con datos de carácter personal, ha sido considerada por la Agencia de Protección de Datos como una “cesión de datos”, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que la define como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”.

La finalidad de la protección establecida por esta Ley es sustancialmente distinta de las limitaciones que establece el artículo 105 b) CE y el artículo 37 LRJAP en desarrollo del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, puesto que no responde a la intimidad de las personas, la seguridad nacional o la investigación de los delitos —junto a la protección de otra serie de bienes jurídicos amparados por el artículo 37 LRJAP, como tendremos ocasión de ver—, sino que se refiere específicamente a la protección de los datos de carácter personal que, como concreta el artículo 3.a) LOPD son “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, teniendo en cuenta el ámbito de aplicación de la Ley, que se concreta en su artículo 2.1: “La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

En este sentido, no hay duda de que los proyectos de ferrocarriles y de carreteras contienen numerosos datos de carácter personal y su publicación, a través de Internet, es un supuesto concreto de cesión de datos, según ha sido interpretada la Ley por la Agencia de Protección de Datos¹⁹.

Pero hay que tener en cuenta que, aunque la LOPD protege los datos de carácter personal exigiendo la existencia de consentimiento por el afectado para su tratamiento, hay supuestos establecidos por la Ley Orgánica en los que la cesión de los mismos es legítima, incluso sin mediar consentimiento. Así, la propia Agencia de Protección de Datos ha declarado que la publicación de datos puede ser una cesión legítima conforme a lo dispuesto al artículo 11.1 que determina que “los datos de

¹⁹ *Id.* al respecto, el Informe de la Agencia de Protección de Datos de 20 de diciembre de 2004, así como el más reciente Informe 0660 de 2008.

carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, puesto que no será necesario el consentimiento de los afectados cuando la comunicación se encuentre amparada por una norma con rango de Ley [artículo 11.2.a)] o cuando se refiera a datos incorporados en fuentes accesibles al público [artículo 11.2.b)].

A tal efecto, debe considerarse que son fuentes accesibles al público, según el artículo 3.j) LOPD “aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación”.

En cualquier caso, la Agencia de Protección de datos limita la posibilidad de tratamiento de dichos datos para las finalidades para las que se recogió la información, estando prohibido por el artículo 4.2 LOPD su tratamiento para finalidades incompatibles, incluso cuando se trate de datos públicos o accesibles.

En el caso que nos ocupa, de publicación de proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet, en los que nos aparecen numerosos documentos en los que figuran datos de carácter personal, no hay duda de que nos encontramos ante un supuesto de cesión de datos de los previstos por la Ley, al poner dicha información, en la constan datos de carácter personal, a disposición del público. Por ello, serán plenamente aplicables las disposiciones de la LOPD, aunque debe tenerse en cuenta que su aplicación debe ser compatible, en todo caso, con la finalidad de transparencia que se encuentra en la base de esta medida.

Por ello, en primer lugar, debe considerarse que se trata de una cesión de datos compatible con aquella que justificó su recogida, conforme a lo establecido por el artículo 4.2 LOPD, pues la publicación de los proyectos en Internet tiene como finalidad esencial el dotar de transparencia a la actuación administrativa, principio constitucional y de las Administraciones Públicas (artículo 105 b) CE y 4 LRJAP) que no es incompatible con la actividad de realización de infraestructuras públicas –que es la finalidad de los proyectos–, sino que, al contrario, le dota de la publicidad que es propia de un sistema democrático.

Ahora bien, la publicación deberá hacerse teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, deberá mediar el consentimiento de las personas físicas afectadas, no siendo éste necesario bien cuando se trate de datos de fuentes accesibles al público o cuando así lo autorice una Ley.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

A todos estos supuestos iremos haciendo referencia al hilo del estudio de los requisitos necesarios para que la documentación de los proyectos pueda ser accesible y, sobre todo, al referirnos a las limitaciones al acceso que establece el artículo 37.4 LRJAP y las Leyes a las que éste se remite, que serán las que determinen, de un lado, que documentos no pueden ser accesibles, pero, de otro, determinará cuándo las leyes establecen el carácter público de los documentos, de manera que los mismos puedan ser publicados sin necesidad de mediar consentimiento por parte de los posibles afectados.

IV. LA REGULACIÓN DEL ACCESO POR EL ARTÍCULO 37 LRJAP Y SU APLICACIÓN AL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LA PUBLICACIÓN DE PROYECTOS DE CARRETERAS Y FERROCARRILES A TEXTO COMPLETO EN INTERNET

Como ya se ha señalado, el tardío desarrollo legislativo del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos previsto por el artículo 105 b) CE se produjo finalmente en 1992, con la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (LRJAP), que en su artículo 35 reconoce el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como uno de los derechos “de los ciudadanos” y cuyo artículo 37. ha llevado a cabo el específico desarrollo legal del derecho.

Efectivamente, el apartado primero del artículo 37 LRJAP establece que “los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

Se pasa así de la previsión hecha por el artículo 105 b) CE de acceso de los ciudadanos a los archivos administrativos, a un acceso a los documentos obrantes en dichos archivos²⁰, pero sometidos a una serie de requisitos que constriñen espectacularmente el ejercicio de dicho derecho²¹. A esto se deben unir las especificaciones de legitimación que respecto de determinados documentos realizan los apartados dos y tres del mismo artículo 37, cuestiones ambas que han sido objeto de duras críticas.

A continuación analizaremos, de forma pormenorizada, cada uno de los elementos que configuran el desarrollo del acceso a los archivos y registros administrativos,

²⁰ Como señala MESTRE: “el derecho de acceso a archivos y registros administrativos (que se identifica con su contenido, los documentos en ellos incorporados) se convierte en el derecho de acceso a registros y documentos, siempre que obren en un archivo. La modificación no es, en mi opinión, baladí”. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 140.

²¹ Lo que ha llevado a la doctrina a afirmar que una interpretación literal de precepto podría llevar al vaciamiento del derecho. FERNÁNDEZ RAMOS afirma al respecto que “lo cierto es que una interpretación literal del precepto significaría dejar en manos de la «buena voluntad» de la propia Administración el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del derecho de acceso”. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 428.

teniendo en cuenta que el acceso a los registros, aunque no se haya tan constreñido por requisitos de carácter objetivo, sí que participa de las limitaciones respecto de legitimación subjetiva que se establecen en los apartados 2 y 3 del artículo para el acceso tanto a los registros como a los archivos administrativos. Todos estos requisitos se nos presentan, no sólo cuando el acceso se intenta por los ciudadanos, sino también para la puesta a disposición del público de esta información a través de Internet, de manera que cuando la norma limita el acceso, al someterlo a una especial legitimación subjetiva, se está restringiendo el posible acceso libre a la información y, por tanto, su legítima y lícita puesta a disposición del público a través de Internet, como en el caso que se nos ocupa.

1. Los sujetos del derecho de acceso

A. Sujetos activos

Aunque específicamente los artículos 105 b) CE y 35 y 37 LRJAP señalan como titular del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, la primera duda que se nos plantea al considerar quienes pueden ejercer dicho derecho es saber, en concreto, cual es el concepto de ciudadano que se maneja en la LRJAP, pues al regular el derecho de acceso en su artículo 35, junto con otros derechos, parece que está utilizando una acepción equivalente a la del “administrado”²² y no una estricta interpretación constitucionalista.

Esta claro que, como mínimo, el concepto de ciudadano que debemos manejar es aquél determinado por el Tribunal Constitucional que engloba tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Así lo avala, además de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia relativa al derecho de acceso, en la que en ningún caso se ha discutido la legitimación de las personas jurídicas como requirentes o solicitantes del derecho de acceso²³.

Asimismo y a raíz de la ratificación del Tratado de Maastricht, creo que debemos entender que los ciudadanos europeos también deben tener reconocido el derecho de acceso, al menos en cuánto residentes, en virtud de lo establecido por el artículo 17 TCE.

²² Se trata éste de un concepto que ha sido rechazado en general por la doctrina, por entender que el mismo es preconstitucional y peyorativo, por referirse a las personas que tratan con la Administración de manera meramente pasiva, aunque parte de la doctrina lo sigue utilizando (entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R: FERNÁNDEZ, *vid. Curso de Derecho Administrativo*, Aranzadi), conforme, por otro lado, con el texto constitucional ex artículo 149.1.18.ª CE.

²³ Aunque luego se les haya podido denegar el acceso por falta de legitimación, pero debida a otras cuestiones. *Vid.*, entre otras, las Sentencias del TSJ de Murcia 642/2001, de 2 de noviembre y 196/2004, de 30 de marzo, del TSJ de Valencia 839/1995, de 7 de noviembre y 1067/2004, de 23 de diciembre, del TSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2002, del TSJ del País Vasco 233/2003, de 28 de marzo, del TSJ de Cataluña 196/2005, de 4 de marzo o del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000. Cabe destacar, a este respecto, el reconocimiento de legitimidad como sujeto solicitante del derecho de acceso, de una Comunidad de propietarios (STSJ de Castilla y León 280/2003, de 10 de octubre).

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Lo que, a mi parecer, no queda tan claro es que puedan ser sujeto activo del derecho de acceso los extranjeros no residentes²⁴. Ello, porque es difícilmente compatible que se establezca como sujeto del derecho de acceso a “los ciudadanos” y se dé después acceso universal, puesto que, en ese supuesto, el legislador, tanto constitucionalmente, como en la LJRAP, lo hubiera regulado de otra manera, haciendo alusión a “todos”²⁵ o a “toda persona física o jurídica”²⁶. Y es que, frente a otros ordenamientos jurídicos, en los que se reconoce el derecho de acceso a todas las personas independientemente de su nacionalidad, capacidad de obrar o vinculación con los poderes públicos, el derecho de acceso en España se concibe de los ciudadanos/administrados, respecto de la documentación contenida en registros o en expedientes conservados en archivos de la Administración²⁷.

Sorprende, por tanto, que los titulares del derecho de acceso regulado por el artículo 37 LRJAP sean los ciudadanos, sin ninguna otra concreción. Creo que la mención que dicho artículo hace a los mismos, debe entenderse únicamente como una opción política cuya finalidad era la huir de la utilización del término “administrado”, por el carácter peyorativo que el mismo pudiera tener. Sin embargo, dicho término, además de ser mucho más preciso en relación con la finalidad con la que se reconocen los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones Públicas, ha quedado constitucionalizado por el artículo 149.1.18 CE²⁸.

No obstante, estamos ante la regulación de un derecho que supone la realización material del ya positivizado principio de transparencia (artículo 4 LRJAP) y que, como tal, sólo se puede restringir para la protección de otros derechos constitucionales o de terceros. Por ello, creo que esta regulación debe interpretarse como una regulación de mínimos en cuanto a que nada impide una actuación proactiva de las

²⁴ Máxime cuando, como hemos tenido ocasión de señalar, de la regulación completa del artículo 37 LRJAP se trasluce el carácter sumamente restrictivo de esta regulación. La doctrina lo ha resaltado en varias ocasiones –SANTAMARÍA PASTOR y PARADA, entre otros muchos– y en el propio debate parlamentario se señaló de manera muy gráfica por parte del Diputado del Grupo Izquierda Unida, el Sr. Baltasar Albesa: “se ha hecho un artículo tremendamente limitativo. Tras cada enunciado de derecho existe un conjunto o una retahíla de condicionantes para su ejercicio. [...] entendemos que no puede limitarse el artículo 105 b) de la Constitución que, en todo caso, evidentemente marca una serie de aspectos fundamentales. Creemos incluso que en este caso se podría rozar la inconstitucionalidad por limitación de este artículo”. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones, núm. 483, 16 de junio de 1992, pág. 14246.

²⁵ Como se hace en otros artículos de la Constitución o, relacionado con el derecho de acceso, en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

²⁶ Como se establece en el Reglamento 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

²⁷ No se trata de un derecho a la información o de un derecho a saber (*right to know*) frente a la información del gobierno o de los poderes públicos en general, sino el derecho de los ciudadanos a conocer la actuación de la Administración. Como reflejo de los principios democrático, de participación y de transparencia –como han repetido numerosas veces la jurisprudencia y la doctrina– se trasluce en el ejercicio de un derecho a conocer la actuación de la Administración, de servicio público, de sus relaciones con los ciudadanos, de su gestión del presupuesto del Estado. Derecho que, por supuesto, trasciende el carácter subjetivo de defensa de los derechos e intereses legítimos y que supone también una esfera de control y participación, pero no en los términos que se entiende al hablar de la “libertad de información” o de “derecho de la información”.

²⁸ Es más, sólo si se interpreta la referencia a los ciudadanos por el artículo 37 LRJAP en el sentido anteriormente indicado –no olvidemos, además, que en el ámbito local, como veremos, los sujetos del derecho de acceso son los vecinos, que no tienen por qué ser ciudadanos–, son comprensibles los estrictos requisitos de legitimación activa exigidos por los apartados 2 y 3 del artículo 37 LRJAP.

²⁹ Pero sí están reguladas, como sabemos –aunque insuficientemente, según la generalidad de la doctrina–, en la Disposición

Administraciones Públicas poniendo a disposición del público en general documentación administrativa, siempre que se refiera, en general, a información a la que la Ley no vincula una legitimación subjetiva concreta –como ocurre en los casos de los apartados 2 y 3 del artículo 37 de la LRJAP que, en todo caso, habrá que poner en conexión con la regulación de la LOPD, cuya aplicación garantiza el propio apartado 4 del mismo artículo– y, por tanto, siempre que la documentación que se pretende publicar no se vea afectada por las limitaciones al acceso de la propia LRJAP o de otras normas que, como veremos, pueden establecer excepciones o limitaciones de suma relevancia.

B. Los sujetos pasivos

La mayoría de la doctrina es coincidente al afirmar que el sujeto pasivo del derecho de acceso viene determinado por el artículo 35 h) LRJAP, cuando establece el derecho de los ciudadanos “al acceso a los registros y archivos de las Administraciones Públicas”, por lo que la cuestión fundamental, a la hora de concretar el sujeto pasivo del derecho de acceso, es qué se debe entender en este caso por “Administraciones Públicas”.

La doctrina considera que se trata de una referencia de carácter general, en la que se han de comprender todas las Administraciones públicas en sentido amplio, esto es, acudiendo como criterio general para su determinación al artículo 2 LRJAP, que establece que “1. Se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) la Administración General del Estado; b) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) las Entidades que integran la Administración Local. 2. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

La cuestión está clara cuando se trata de Administraciones territoriales o de Administraciones institucionales o instrumentales en el ejercicio de potestades administrativas, pero plantea el problema de si se deben considerar incluidas, como sujetos pasivos del derecho de acceso, la Administración institucional en el resto de los casos, las Corporaciones de Derecho público, así como las Fundaciones y, sobre todo, para el caso que nos ocupa, las empresas públicas.

EMBID IRUJO considera que las Corporaciones de Derecho Público sí deben ser consideradas como sujeto pasivo del derecho de acceso: aunque éstas no se mencionen directamente por el artículo 2 LRJAP²⁹, han de ser sujeto pasivo del derecho de acce-

²⁹ Pero sí están reguladas, como sabemos –aunque insuficientemente, según la generalidad de la doctrina–, en la Disposición Transitoria Primera de la Ley que establece que “las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económico y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

so “al menos, en el ámbito jurídico-público que a ellas compete y que, igualmente, tutelan”³⁰, mientras que se muestra más reticente por lo que respecta a las empresas públicas, considerando que no tiene sentido el ejercicio del derecho frente a éstas. Respecto de las mismas, POMED, por su parte, antes de que se produjera el desarrollo legislativo de la LRJAP, ya se había planteado la cuestión de la inclusión de las empresas públicas como sujeto pasivo del derecho de acceso, llegando a la conclusión de que los documentos de las mismas deben ser accesibles en ciertos casos –en alusión a los intereses culturales e históricos de la LPHE– efectuando una aplicación del derecho que tenga en cuenta los distintos intereses en juego, “lo cual impone la existencia de ciertas esferas de reserva y de secreto, que son, por otra parte, comunes al tráfico mercantil, a las actividades empresariales del sector privado”³¹.

Por mi parte considero que, si bien es evidente que el artículo 35 h) LRJAP está estableciendo el sujeto pasivo del derecho de acceso, es necesario acudir a la regulación de dicho derecho –ex. artículo 105 b) CE y 37 LRJAP– para determinar realmente quiénes están obligados a facilitar el ejercicio del derecho de acceso por los ciudadanos. Estos sujetos pasivos vienen determinados, en ambos artículos, en razón del objeto del derecho de acceso. Es por ello necesario –como, como ya hemos tenido oportunidad de ver, para otras muchas cuestiones relacionadas con el derecho que nos ocupa–, acudir a la determinación del objeto del derecho de acceso, los “archivos y registros administrativos”, para concluir quien está obligado a proporcionar el acceso a los documentos que obran en dichos archivos y registros.

Los sujetos pasivos de dicho derecho serán, por tanto, los titulares o gestores de dichos archivos y registros administrativos –esto es, de la documentación administrativa–, se encuentren o no éstos en manos de Administraciones públicas territoriales, institucionales o corporativas. Obviamente, el adjetivo “administrativo” determina que, en principio, serán Administraciones públicas los sujetos pasivos, pero hay que tener en cuenta, al analizar y determinar qué se ha de entender por “archivo administrativo” y por “registro administrativo”, que las normas no siempre se limitan a utilizar criterios puramente subjetivos, sino que también utilizan criterios funcionales para determinar lo que ha de entenderse, a efectos de la documentación, por Administración³², criterio que es el que parecen recoger la mayoría de normas autonómicas sobre archivos –incluida la de Andalucía–, en línea muy extensiva, al igual que la LPHE.

Los Tribunales han tenido ocasión de referirse a estas cuestiones en varias ocasiones, y parecen reconocer el carácter de sujeto pasivo del derecho –y, por tanto, obligado

³⁰ EMBID IRUJO, *El ciudadano y la Administración*, *op. cit.* pág. 102.

³¹ POMED SÁNCHEZ, *El derecho de acceso...*, *op. cit.* pág. 198.

³² Lógicamente, si sostenemos que el derecho de acceso es, además de un derecho subjetivo de los ciudadanos, un principio objetivo de actuación administrativa y que una de las finalidades esenciales del mismo, además de servir a la defensa y garantía de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, es permitir el control de la actividad administrativa, no tendría sentido que quedara fuera de dicho acceso y, por tanto, de control por los ciudadanos, actividades administrativas entendidas de manera funcional, cuanto más desde la verificación de la huida del Derecho administrativo y de las personificaciones jurídico-públicas del mismo.

a facilitar la información-, a una Administración Corporativa: la Sentencia TS de 25 de octubre de 2002 considera que el Colegio de Abogados de La Rioja está sometido a la aplicación del artículo 37 LRJAP.

También los Tribunales han reconocido el carácter de sujeto pasivo del derecho a quienes llevan a cabo funciones públicas. La STSJ Cataluña 196/2005, de 4 de marzo, somete a una Junta de Compensación al artículo 37 LRJAP, por entender que ésta es de naturaleza administrativa y que lleva a cabo actividades de carácter administrativo, que “guarda, por tanto, relación con el principio de transparencia que rige toda la actuación administrativa, y a la misma le es de aplicación lo dispuesto en el artículo 37.8 de la LRJAP”³³.

De esta forma, esto nos llevaría a incluir como sujetos pasivos del derecho de acceso no sólo a las personas jurídico-públicas, sino también a las privadas que gestionan o manejan documentación administrativa, como en el caso de “los gestores de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios” (artículo 49.1 LPHE), cuyos documentos forman parte del Patrimonio Documental español y se integran en los archivos, al estar “al servicio de la gestión administrativa” (artículo 59.1 LPHE).

En cuanto a las empresas públicas, es lógico que, desde el momento en que actúan en el tráfico jurídico-privado y junto a otras empresas, sea respetada la confidencialidad de sus actuaciones, puesto que, de otra manera, se situarían en franca inferioridad respecto de otras empresas de carácter privado que podrían beneficiarse de la información accesible, pero esto no creo que quiera decir que se deba excluir el derecho de acceso a la documentación de las mismas, máxime en aquellos casos en que su capital sea enteramente público o tengan como función esencial la realización de funciones puramente administrativas.

En primer lugar, porque la propia Ley se preocupa de limitar los casos en los que la puesta a disposición del público de la información pudiera ser perjudicial, excluyendo el derecho de acceso respecto de los expedientes “relativos a las materias protegidas por el secreto comercial e industrial” [artículo 37.5 e) LRJAP], así como determinando que el ejercicio del derecho de acceso “podrá se denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley” (artículo 37.4 LRJAP), de manera que, cuando sea necesario salvaguardar el interés público, representado por la empresa pública a

³³ STSJ Cataluña 196/2005, de 4 de marzo. Dice el FJ. 3.º de dicha Sentencia que “las Juntas de Compensación [que] son Entidades Urbanísticas colaboradoras constituidas por los propietarios afectados por el polígono o unidad de actuación con la finalidad de ejecutar los Planes de ordenación urbana. Esa finalidad determina que el artículo 178 del Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Legislación vigente en materia de urbanismo, les atribuya naturaleza administrativa, personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Como se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1994, ello no quiere decir que toda su actuación esté sometida al Derecho Administrativo, como tampoco lo está toda la actividad de las Administraciones Públicas, y, en consecuencia, es factible que parte de aquella actuación pueda resultar ajena a ese ordenamiento, pero también lo es que cuando dichas Entidades realizan funciones públicas no resulta posible desconocer su naturaleza administrativa”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

cuya información se quiere acceder o los intereses de la misma empresa –como tercero con intereses más dignos de protección– se podrá denegar el acceso.

Por otro lado, en segundo lugar, porque dichos documentos sólo podrán ser accesibles en la medida en que tengan carácter administrativo y se encuentren incorporados a un registro o archivo administrativo, lo cual tendrá lugar, normalmente, cuando dichos documentos han perdido su vigencia jurídico-administrativa o su virtualidad inmediata.

Los Tribunales se han mostrado menos inclinados a aceptar el sometimiento al artículo 37 LRJAP cuando se trata de empresas participadas de capital público, lo cuál es lógico si la participación pública en las mismas es minoritaria y la empresa, sometida por tanto al Derecho mercantil, no lleva a cabo funciones de carácter administrativo o de servicio público. Así lo entiende la STSJ de Andalucía de 22 de enero de 2003 en la que se afirma que “si el Ayuntamiento no es más que un accionista no mayoritario de la sociedad Estadio Olímpico de Sevilla, si ésta es una sociedad mercantil regida por sus Estatutos y por las normas mercantiles, si está inscrita en un Registro público, cual es el Registro Mercantil, no es desde luego el Ayuntamiento quien deba informar acerca, por ejemplo, de los actuales Estatutos, integrantes del Consejo de Administración [...], deportes que se practicaron y entidades que tienen derecho a usar el estadio”³⁴.

No obstante, estas limitaciones no aparecen, como se ha señalado, cuando se trata de empresas cuyo capital es enteramente público, o cuando su función esencial es ser un instrumento, como se especifica en la LPHE, para gestión de servicios o funciones de carácter público.

2. El objeto del derecho de acceso

A. El acceso a los documentos

a) La definición de documento

Aunque la LRJAP no define qué se entiende por documento, el mismo artículo 37 da unas ciertas pistas de la amplitud del concepto que se pretende utilizar, al referirse a los mismos “cualquiera que sea la forma de expresión gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren”, en un claro intento de superación

³⁴ En el mismo sentido, aunque de manera muy poco clara y mezclando –a mi juicio– conceptos, la STSJ de Andalucía de 5 de septiembre de 2002: “al ser la Sociedad Apuesta andaluza, S.A., una sociedad privada con participación en capital público y tratarse de una sociedad mercantil en la que junto con la aportación de capital del ente municipal existen otras de carácter privado, y en la que responde la Administración solamente de su participación. La asociación se encuentra inscrita en el Registro Mercantil, por lo que de conformidad con el artículo 37.6 e) el Registro Mercantil se rige por sus disposiciones específicas, sin que pueda conceptuarse como registro de la Administración Pública a efectos del artículo 35 h) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que procede la desestimación del recurso”.

del tradicional concepto de documento como “escrito” –incluyendo, de esta manera, dentro de la definición de documento, no sólo los mensajes plasmados en papel, sino en cualquier otro soporte electrónico, así como la admisión de fotografías, planos o grabaciones audiovisuales–. La definición de documento parece proceder directamente de la que encontramos en el artículo 49.1 LPHE que, aunque los define a efectos de esa Ley, es, entendemos, plenamente aplicable por las indudables interconexiones que, a efectos del acceso, existen entre ambas normas³⁵.

La amplitud con que se definen los documentos no plantea ningún problema, puesto que habrá que entender que no sólo se refiere a cualquier expresión –mensaje– que se encuentre recogida en un formato ya conocido o existente, sino que también se aplicará a cualesquiera formatos que sean usados en el futuro por las Administraciones públicas, cuestión que es fácil que se produzca dada la revolución tecnológica que estamos viviendo desde hace varias décadas.

En este sentido se debe tener presente, en primer lugar, que el artículo 45.5 LRJAP, bajo el rótulo de “incorporación de medios técnicos” establece que “los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes”, de manera que se reconoce, por la misma LRJAP –en este artículo 45 como en el 37.1–, la posibilidad de que los documentos a los que se pretende acceder puedan tener un formato electrónico o informático³⁶ y que se hallen, por tanto, incorporados a un expediente también electrónico cuya conservación se deberá hacer, lógicamente, en un archivo administrativo también informatizado que permita la conservación y consulta de esos documentos.

Por ello, es también necesario tener presente, en segundo lugar, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que regula en este sentido el documento electrónico con referencia precisa al artículo 46 LRJAP, estableciendo la posibilidad de que la Administración emita documentos administrativos por medios electrónicos, siempre que incorporen una o varias firmas digitales y una referencia temporal (artículo 29), así como el reconocimiento a los ciudadanos del “derecho a relacionarse con las administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos del artículo 35 de la Ley 30/1992 –de entre los cuáles está, evidentemente, el derecho de acceso a archivos y

³⁵ Recordemos que dicho artículo establece, en términos muy similares a los del 37.1 LRJAP que “se entiende documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones”.

³⁶ La Ley habla también de “telemático”, pero es evidente que para que pueda tratarse de un documento telemático, esto es, telecomunicado, será necesario que previamente se encuentre en un formato digital (informático o electrónico) que permita este traspase de información.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

registros administrativos, electrónicos o no-, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos” (artículo 6.1), todo lo cual se hará, evidentemente, a través de documentos electrónicos, pues de otra manera difícilmente se podrán transmitir a la Administración por “medios electrónicos”³⁷.

Respecto al formato electrónico concreto que deban tener los documentos electrónicos, para su puesta a disposición de los ciudadanos que ejerciten el derecho de acceso, nada se dice en esta Ley, aunque su artículo 4 enuncia que: “La utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a los siguientes principios: [...] k) Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas”. Asimismo, el apartado i) el principio de neutralidad tecnológica y de adaptabilidad al progreso de las técnicas y sistemas de comunicaciones electrónicas, por el que se garantiza “la independencia en la elección de las alternativas tecnológicas por los ciudadanos y por las Administraciones Públicas, así como la libertad de desarrollar e implantar los avances tecnológicos en un ámbito de libre mercado. A estos efectos las Administraciones Públicas utilizarán estándares abiertos así como, en su caso y de forma complementaria, estándares que sean de uso generalizado por los ciudadanos”.

De esta manera, en principio, los documentos deben ser accesibles a través de su consulta o lectura en formatos que sean de acceso normal para los ciudadanos o que sean legibles o interpretables a través de distintos sistemas operativos, aunque nada se concreta al respecto en la Ley, de manera que se garantice igualmente el “principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos en los términos establecidos por la normativa vigente en esta materia, a través de sistemas que permitan obtenerlos de manera segura y comprensible, garantizando especialmente la accesibilidad universal y el diseño para todos de los soportes, canales y entornos con objeto de que todas las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones, incorporando las características necesarias para garantizar la accesibilidad de aquellos colectivos que lo requieran” [artículo 4 c) de la Ley 11/2007].

Además de la diversidad de formatos, físicos y digitales, que pueden tener los documentos en cuanto que objeto del derecho de acceso, la amplitud con que se definen los documentos en el artículo 37.1 LRJAP determina que resulte, en principio, irre-

³⁷ No obstante, hay que recordar que la Disposición Adicional Tercera de esta Ley establece que las Administraciones Públicas disponen hasta el 31 de diciembre de 2009, como plazo máximo para la adaptación gradual de todos sus procedimientos y actuaciones de manera para que puedan ser efectivamente ejercidos en ese plazo los derechos previstos por el artículo 6 de la Ley. Recientemente ha sido aprobado el Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, por el que se concretan algunos elementos de la Ley.

levante quién sea el autor de los documentos —ya se trate de un órgano administrativo, de los interesados en los procedimientos o de terceros—, siempre que se cumpla con el resto de requisitos que la Ley establece —esto es, que consten en un expediente que obre en los archivos administrativos y que se refiera a un procedimiento terminado a fecha de la solicitud—. De la misma manera, los Tribunales han considerado también que carece de importancia la forma externa que adopten dichos documentos, en cuanto que puede tratarse de documentos que reflejen actos administrativos o no, admitiéndose como documentos administrativos que pueden ser consultados los meros formularios o documentos normalizados (STSJ de Castilla-León, 1088/1999, de 10 de diciembre).

Obviamente, de la dicción literal del artículo 37.1 LRJAP se deduce que no sólo pueden ser objeto del derecho de acceso los documentos que reflejen concretas actuaciones administrativas, o que contengan actos administrativos, sino cualquier documento que forme parte de un expediente o se encuentre en un registro administrativo, siendo irrelevante su formato, como ya se ha dicho, o su contenido —fotografías, mapas, grabaciones, listados, etc.— siempre, claro, que no estén sujetos a limitación por la aplicación de la LRJAP o de cualquier otra Ley que limite el acceso a la información allí contenida.

Si el tipo de documento no debe plantear problemas para poder considerarlo como objeto del derecho de acceso, lo que sí causa alguno son los requisitos que los Tribunales han considerado que deben reunir dichos documentos para ser accesibles. En primer lugar, la referencia legal a los “documentos” determina que la información a la que se pretende acceder debe de encontrarse ya plasmada en uno, previamente a la solicitud de acceso³⁸. Así lo han entendido los Tribunales que no deducen de la obligación de la Administración de facilitar el acceso —contrapartida del derecho de los ciudadanos a acceder a los documentos— una obligación adicional de elaborar un documento concreto ni —parece— una especial diligencia a este respecto (STS de 2 de junio de 2000 ó STSJ de la Comunidad Valenciana 1067/2004, de 23 de diciembre).

Por otro lado, algunas Sentencias parecen excluir, además, la posibilidad de que se permita un acceso parcial a la información solicitada, a través de la confección de nuevos documentos o de la tacha de los elementos que caen dentro del ámbito de aplicación de uno de los límites o de las excepciones, como ocurre en el Derecho comunitario³⁹ o, en nuestro propio ordenamiento, en el ámbito del derecho de acceso a la información medioambiental⁴⁰. No obstante, existe una notable excepción a

³⁸ Recordemos que se trata de uno de los factores determinantes de que no nos encontremos ante un “derecho a la información”, sino ante un derecho de acceso de configuración legal y alcance mucho más limitado.

³⁹ Artículo 4.6 del Reglamento CE 1049/2001, de 30 de mayo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

⁴⁰ El artículo 14 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente establece que “la información ambiental solicitada que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otro sujeto en su nombre se pondrá parcialmente a disposición del solicitante cuando sea posible separar del texto de la información solicitada la información a que se refiere el artículo 13, apartados 1.d), 1.e) y 2”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

esta regla que descarta por lo general el acceso parcial a los documentos, pues este tipo de acceso está explícitamente previsto por el artículo 35.2 de la Ley 10/2001, de 13 de julio, de Archivos y Documentos de Cataluña.

Nada dice al respecto el artículo 37 LRJAP, de lo que la jurisprudencia deduce que no hay obligación, por parte de la Administración, de proporcionar un acceso parcial a los documentos, cuando éstos pudieran ser accesibles si se elimina de su contenido —o simplemente se tacha, haciendo imposible su visionado— las partes que puedan verse limitadas por alguna de las excepciones o límites que excluyen el acceso. No obstante, de nuevo esta regulación ha de entenderse como una norma de mínimos en cuanto que, si bien no hay obligación por la Administración de procurar el acceso parcial a los documentos, tampoco hay ninguna norma que impida que se dé traslado de los mismos siempre que se haga con carácter parcial, eliminado aquello que pudiera afectar a algún bien jurídico protegido o esté limitado por alguna norma.

De la misma manera, entiendo que cuando el acceso se produce por la publicación de los documentos administrativos, igualmente puede llevarse a cabo la publicación parcial de algunos de los mismos, cuando estén afectados por alguna limitación, siempre que se garantice fehacientemente que la parte de los mismos que no puede ser accedida queda completamente eliminada o tachada del mismo, de manera que no haya posibilidad alguna de que dicha información restringida pueda ser visible por el público, ni siquiera a través de la utilización de técnicas informáticas.

b) Los documentos que requieren una legitimación subjetiva especial para poder ser accesibles

Los apartados segundo y tercero del artículo 37 LRJAP exigen una legitimación especial para los sujetos activos —los ciudadanos— que pretenden acceder a “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas”, así como a los denominados por la Ley “documentos de carácter nominativo”. Sin entrar a analizar en profundidad la legitimación exigida —pues en nuestro caso, el acceso se prevé general por los ciudadanos a través de la publicación de los documentos en Internet—, es necesario que ahora procedamos a determinar cuáles son esos documentos a los que se refieren los apartados segundo y tercero del artículo 37 LRJAP, respectivamente, puesto que de la definición que se dé de dichos tipos de documentos va a depender que el derecho de acceso —y la publicación de documentos en Internet— pueda ser ejercido con una relativa normalidad por los ciudadanos o, por el contrario, como han afirmado algunos autores, que por la vía de la definición de estos documentos se acabe vaciando de contenido del derecho.

En consecuencia, es fundamental la determinación concreta de estos documentos para el caso que nos ocupa, puesto que, en principio, al exigirse una legitimación activa específica para acceder a los mismos, éstos no podrán ponerse directamente a

disposición del público a través de su publicación en Internet sin más, sino que, en todo caso, habrá que proceder a su “anonimización”, de manera que no se vea afectada la intimidad de las personas reflejada en dichos documentos, ni, por otro lado, se produzca una vulneración del derecho a la protección de datos conforme a lo dispuesto por el artículo 37.3 LRJAP, por lo que se refiere a los documentos con “datos nominativos” y conforme, sobre todo, a la regulación de dicho derecho que se lleva a cabo por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

a’) La definición de “documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas”

El artículo 37.2 LJRAP se refiere, como ya sabemos, a “los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas” cuyo acceso “estará reservado a éstas”. Es decir, nos encontramos ante una verdadera limitación del derecho de acceso –de conformidad, obviamente, con el artículo 105 b) CE– que impide el referido a cualesquiera solicitantes, salvo que se trate de los propios afectados, esto es, aquellas personas a las que se refieran los datos que afectan a su intimidad. No obstante, aunque esto no plantee mayores dudas y la cuestión de qué se deba entender por intimidad y los límites de la misma haya sido ampliamente tratada por la doctrina, así como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las dificultades surgen de nuevo por la formulación que el legislador ha hecho del apartado. No es, *a priori*, fácil separar unos documentos de otros, esto es, resolver cuándo los datos presentes en los documentos se refieren a la intimidad de las personas y cuándo no⁴¹. Máxime cuando la regulación que se está haciendo del acceso en este caso, limitado al titular de los datos, demuestra una indudable y muy necesaria conexión con las normas de protección de datos, que sin embargo, no se ha producido nunca en el ámbito legislativo.

La doctrina ha sido implacable en este punto, al criticar con muchísima razón la inexplicable desconexión existente entre este precepto y la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) en 1992, siendo esta última y la LRJAP objeto de tramitación parlamentaria de manera coetánea; más incomprensible aún es que, después de las críticas llevadas a cabo al efecto, la tramitación parlamentaria de la actual LOPD tampoco tuviera en cuenta sus posibles interconexiones con el artículo 37 LJRAP, teniendo en cuenta que ésta fue objeto de una importante reforma –por Ley 4/1999, de 13 de enero– el mismo año en el que la LOPD sustituyó a la

⁴¹ Si bien en algunos casos esto es fácilmente determinable –por ejemplo, por lo que se refiere a los datos médicos–, en otros casos se han planteado ciertas dudas respecto de si se debe considerar que afectan o no a la intimidad: como son los datos fiscales o las declaraciones relativas a la objeción de conciencia antes de la desaparición del servicio militar obligatorio. *Vid.* al respecto, POMED SÁNCHEZ “La intimidad de las personas como límite al acceso a la documentación” en *La protección jurídica del ciudadano, Estudios homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Cívitas, 1993, págs. 753 y ss. o SANTAMARÍA PASTOR, “Sobre el derecho a la intimidad, secreto y otras cuestiones innombrables” en la *REDC*, núm. 15, 1985, págs. 159 y ss.

LORTAD. No hay que olvidar que se trata de una sustitución de gran envergadura, puesto que la LORTAD se refería, únicamente, a la protección de los datos objeto de tratamiento informático en desarrollo del artículo 18.4 CE –esto es, la llamada “libertad informática” o “habeas data” (STC 292/2000, de 30 de noviembre)–, mientras que la LOPD ha ampliado su ámbito de aplicación que se refiere ahora no sólo a la protección de los que afecten a la intimidad, sino de cualesquiera datos de carácter personal, obrantes en ficheros, independientemente de que éstos sean objeto de tratamiento informatizado o no. Dice el artículo 2.1 de la LOPD que “la presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado”.

En todo caso, la relación entre el artículo 37.2 LRJAP y la LOPD cobra cada día más importancia desde la generalización de los registros telemáticos y de los medios electrónicos, cuestión que además se vuelve a obviar en las normas más recientes, como la citada Ley 11/2007 de acceso electrónico que, si bien establece como el primero de los principios generales a los que se debe de ajustar la utilización de las tecnologías de la información “el respecto al derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo, así como los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar” [artículo 4. a)], después se olvida de hacer una conexión efectiva del mismo con el ejercicio de los derechos de los ciudadanos –de entre los que destaca, por supuesto, el derecho de acceso– y con las relaciones con éstos por medios electrónicos.

Hay que recordar al respecto que el Tribunal Constitucional ha establecido conceptos distintos por lo que se refiere a la protección de datos y al derecho a la intimidad, teniendo en cuenta que no cualquier intromisión en la intimidad significa una violación del derecho a la intimidad, sino que debe tratarse de una “intromisión ilegítima” y, por otro lado, que el derecho a la protección de datos tiene un carácter más amplio. Así en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, afirma que “el derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley [...]. La función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del

conocimiento ajeno, por esta razón y así lo ha dicho este Tribunal, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información” (F.J. 5.º).

En este sentido se puede entender, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina, que los datos relativos a las personas afectan a la intimidad cuando de ellos puede deducirse un perfil o imagen de la persona que no tiene por qué ser relevante a efectos de terceros. Ésta parece ser la postura adoptada por el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2002, aduce precisamente esta jurisprudencia constitucional para desestimar un recurso contencioso-administrativo, formulado contra Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial por el que se le denegaba a una Asociación Judicial su solicitud de información relativa a una lista actualizada de miembros de las restantes Asociaciones Judiciales, entendiéndose que la difusión de los datos interesados podría vulnerar el derecho constitucional a la intimidad, aunque desde el entendimiento de que los datos solicitados están protegidos por el derecho fundamental a la protección de datos personales, consagrado por el artículo 18.4.º de la Constitución y que “impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información, habiéndose de tener en cuenta que, como dice esta misma sentencia constitucional [la ya citada STC 292/2000] «el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles a cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo»” (F.J. 2.º).

En definitiva, cuando se habla de datos referentes a la intimidad de las personas, se está ante un concepto de perfiles muy difusos que, en función de la interpretación que al mismo se quiera dar, pudiera ser muy extensiva, vaciando prácticamente de contenido el derecho de acceso en cuanto cualquier documento administrativo contenga algún dato personal de terceros –esto es, de personas distintas a las solicitantes.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

tes de acceso—, como temía parte de la doctrina o, de interpretarse de forma estricta, pudiera llevar a una posible vulneración de un “derecho fundamental a la protección de datos personales” que, como hemos visto, tiene una interpretación cada vez más expansiva, sobre todo si la se aplica la LOPD en sus términos más literales⁴². De nuevo aquí tenemos un reflejo de la gran laguna que provoca el desconocimiento mutuo de las regulaciones previstas sobre protección de datos y derecho de acceso⁴³.

En todo caso y, a efectos de la garantía del principio de transparencia y su conciliación con el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar previsto por el artículo 18.1 CE, deberá hacerse una interpretación estricta del precepto, en cuanto a que será de aplicación —restringiendo por tanto el acceso a dichos documentos a la persona afectada—, solamente cuando su intimidad pueda verse efectivamente afectada, ya que el apartado 4 del artículo 37 LRJAP, como veremos, permitirá amparar, aunque de modo distinto, la protección de los datos de carácter personal, según lo previsto en la LOPD.

b) La definición de los “documentos de carácter nominativo”

Dar una definición concreta a lo que sean los “documentos de carácter nominativo” es harto complicada, pues éstos no se definen en ningún lugar y, en principio, no se puede entender que lo sean todos los documentos que hacen referencia a algún nombre o sujeto concreto, porque se estaría excluyendo la práctica totalidad de la documentación administrativa. La cuestión resulta aún más complicada por las especificaciones que acompañan en el apartado 3 del artículo 37, que establece que

⁴² Ni siquiera la Agencia de Protección de Datos parece tener una postura clara al respecto, como recuerda GUICHOT: “en su Memoria de 1995, la APD constata, en referencia a la cesión a particulares de datos del padrón, que la excepción [relativa a] la exigencia de consentimiento por previsión legal, a que hacía referencia el artículo 11.2 a) LORTAD, en conexión con el artículo 37.3 LRJAP «determina que el acceso a datos personales, podrá llevarse a cabo además de por el titular, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo, salvo las excepciones del apartado 37.4 de la misma ley», en esa misma Memoria, señala que las Administraciones públicas consultan frecuentemente a la APD sobre las relaciones entre derecho a la protección de datos y derecho de acceso, señalando que «la respuesta debe valorarse caso por caso, poniendo en conexión la finalidad de los datos con el carácter de interesado del solicitante, junto con la pertinencia y el carácter adecuado de los datos para el ejercicio de los derechos del interesado». En la Memoria de 1996 afirma que el acceso por particulares a datos del padrón se rige por la LRJAP. En la Memoria de 2001, puede leerse: «Se informa también que, la posibilidad del derecho de acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas, consagrado por el artículo 105 b) CE y regulado por los artículos 35 y 37 LRJAP, tal y como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, no puede entenderse prevalente sobre la garantía del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, quedando el acceso limitado en los supuestos en que los archivos y registros contuvieran datos de carácter personal a las previsiones reguladoras de la protección de datos. Así se desprende también de la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre». GUICHOT, *op. cit.* págs. 343 y 344.

⁴³ Desconocimiento que no sólo se da a nivel nacional, como ya hemos indicado, entre la LRJAP y la LOPD, sino que también ocurre en el ámbito comunitario entre el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión y las normas de protección de datos: la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, que regula los tratamientos de datos efectuados en los Estados miembros; y por el Reglamento (CE) núm. 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, que regula los tratamientos efectuados por dichos sujetos en los ámbitos regidos por el TCE.

Vid. al respecto GUICHOT, E., “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, en *RAP*, núm. 173, mayo-agosto 2007, págs. 407 y ss.; así como su tratamiento más particularizado en el ámbito de la legislación española en *Datos personales y Administración Pública*, Cívitas, 2005.

“el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

La doctrina ha sido muy crítica respecto de este apartado que no se acaba de entender, sin embargo, otros autores sí que parecen reconocer la utilidad del precepto, como una mayor apertura frente a la limitación por razón del derecho a la intimidad impuesta por el artículo 37.2 LRJAP. Es el caso de MESTRE DELGADO, para quien “la previsión establecida parece correcta en lo que se refiere a la necesidad de proteger la intimidad de los ciudadanos. La conformación del precepto, aludiendo a aquellos documentos «que contengan datos referentes a la intimidad de las personas» frente a aquellos «de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas», parece un criterio de utilidad a la hora de conformar el derecho. Para los primeros, la Ley reserva la titularidad del derecho a los sujetos afectados; en cambio, en el segundo supuesto trata de ampliarse la legitimación para solicitar el acceso, además de a los afectados, a aquellos «terceros que acrediten un interés legítimo y directo», salvo en los que tengan carácter sancionador o disciplinario”. También FERNÁNDEZ RAMOS lo entiende así, como un intento de “suavizar” la estricta regla del apartado segundo del artículo 37 LRJAP, aunque es mucho más crítico respecto de la misma: “en todo caso –dice el autor–, y en un esfuerzo de comprensión positiva y haciendo abstracción de los problemas interpretativos, puede convenirse que el objeto de este precepto parece consistir en flexibilizar la regla de la reserva absoluta a las personas afectadas del acceso de los documentos que contienen datos relativos a su intimidad”.

La falta de definición de lo que sean los documentos de carácter nominativo dificulta extremadamente su análisis y aplicación al caso que nos ocupa. La doctrina, no obstante, ha intentado en ocasiones aportar una definición o, al menos, una descripción de lo que debemos considerar como documentos de carácter nominativo. Frente a quienes consideran que dentro de los mismos hay que entender que se encuentran todos aquéllos que tienen referencias a sujetos determinados –de ahí que, la consecuencia sea que entiendan que el derecho de acceso queda minimizado hasta extremos que deberían llevar a la declaración de su inconstitucionalidad–, la mayoría de la doctrina entiende que esta expresión debe ser objeto de una interpretación ciertamente matizada, que no puede englobar cada documento nominativo como tal.

GUICHOT, después de recordar la doctrina francesa sobre los documentos nominativos como aquéllos que conllevan una apreciación o un juicio sobre la persona, intenta matizar la diferencia entre documentos nominativos y documentos que contienen datos de carácter personal y considera que se ha de hacer una interpretación estricta de los documentos nominativos, entendiendo que no puede consi-

derarse que cualquier información que contiene el nombre de una persona sea un dato personal⁴⁴.

La mayoría de la doctrina, sin embargo, parece haber optado por obviar esta definición, se intenta *per relationem*, por oposición a lo que se consideran datos que afectan a la intimidad de las personas, deduciéndose en definitiva que, si existen datos personales, pero éstos no se pueden considerar como relativos a la intimidad de dichas personas, entonces nos encontraremos ante el supuesto de hecho de aplicación del apartado 3 del artículo 37 LRJAP⁴⁵.

Ésta parece ser, también, la posición de la jurisprudencia que se ha ocupado de la aplicación de este precepto, que ha sido muy parca al respecto y, si bien hay unas pocas sentencias en las que se ha aplicado el apartado 3 de este artículo 37 LRJAP, en la mayoría de los casos los Tribunales se limitan a constatar la existencia o inexistencia de interés legítimo y directo, dando por sentado el carácter nominativo de los documentos.

Es, por ello, destacable, en este sentido, una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Málaga (Andalucía) 19/2001, de 24 de enero, que es quizás la que mayor concreción haya dado respecto de lo que se debe entender por documentos de carácter nominativo. En dicha Sentencia, el Juzgado de lo Contencioso afirma que “debe tenerse en cuenta que el canon hermenéutico fundamental en esta materia es el favorecimiento del principio de transparencia y la interpretación restrictiva de las exclusiones, además del principio de publicidad, esenciales todos en un Estado democrático que rechaza la concepción oscurantista y patrimonialista de los archivos administrativos. Siguiendo estos criterios y ante la confusa redacción del artículo 37.3, no podemos entender que los documentos solicitados puedan calificarse de nominativos por el simple hecho de que contengan referencias precisas a determinadas personas [...], pues raro será el documento administrativo que no resulte nominativo siguiendo esa restrictiva interpretación contraria a los principios expuestos. Es claro que los documentos en cuestión no tienen un destinatario específico y determinado, lo que debe resultar suficiente para excluir de ese carácter que supone una limitación del derecho del artículo 37.1” (FJ.3.º).

Excepción hecha de esta —a mi juicio, laudable—, Sentencia, la mayoría de la jurisprudencia al respecto se limita a determinar la existencia de documentos nominativos y, por tanto, la aplicación del apartado 3 del artículo 37 LRJAP *a contrario*, concluyendo su carácter de nominativos tras la comprobación de que los documentos solicitados no contienen datos que puedan afectar la intimidad de las personas (STSJ de Cataluña 346/1996, de 14 de mayo o STSJ de Madrid 443/2001, de 17 de abril).

⁴⁴ GUICHOT, “Acceso a la información...”, *op. cit.* págs. 439 y 440.

⁴⁵ Es el caso, entre otros, de MESTRE DELGADO o de POMED SÁNCHEZ.

La forma en que los datos se recogen en los documentos, aun siendo éstos de público conocimiento, es esencial a la hora de determinar si se trata o no de documentos nominativos y, por tanto, no susceptibles de ser consultados directamente. El TSJ de Madrid, en su Sentencia de 6 de mayo de 2000, declara que las cantidades percibidas por el concepto de complemento de productividad de funcionarios son documentos de carácter nominativo, para cuya solicitud es por tanto necesaria la acreditación de un interés legítimo y directo, afirmación que se hace pese a haber declarado, anteriormente, en la misma Sentencia el carácter público de estas retribuciones: “se establece, por tanto, en este precepto, la obligación de publicar periódicamente en todos los Centros Directivos del Departamento al que se refiera las cantidades que se perciban como complemento de productividad por cada funcionario, como medio a través del cual cualquier funcionario o cualquier interesado conozca y tenga acceso a tal información. Y la manera en la que el precepto mencionado articula el acceso a tal información es a través de la exposición pública de las cantidades percibidas por tal concepto por los funcionarios del Departamento u Organismo. Ahora bien, lo que el actor solicita es obtener tal información, no solo a través del medio mencionado, que no niega haber obtenido, sino a través de la entrega personal de la certificación del percibo por cada funcionario del grupo que a él le interese, de las cantidades relativas al complemento de productividad y durante el período solicitado. [...] La consagración que de este derecho [de acceso] hace la Constitución, no puede entenderse se traduzca en un derecho a obtener cualquier tipo de información o de acceder a ella o a las fuentes de información, y tampoco es un derecho a obtener la información solicitada, siempre que no esté afectada por la salvedad constitucionalmente establecida, por escrito, y, por ende, que imponga a la Administración el deber de facilitarla de tal modo, sobre todo cuando ello exija una ingente labor solo abordable paralizando otras labores administrativas” (F.J.2.º).

Llaman la atención los argumentos utilizados por el Tribunal para calificar como nominativos los documentos que contienen datos que la Administración tiene la obligación de hacer públicos entre determinados funcionarios; a pesar de ello, la consecuencia que parece extraerse de esta Sentencia es que la limitación del acceso por razón del carácter nominativo de los documentos no tiene tanto que ver con que se trate de informaciones de carácter reservado o íntimo, cuanto con la identificación de dichos datos —en principio, públicos— con determinadas personas concretas, de manera que parece reflejarse la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, cuando define los datos personales como aquellos no tanto que afectan a la intimidad, como que permiten la identificabilidad de una persona a través de la obtención de un perfil de la misma⁴⁶.

También han tenido trato de documentos nominativos, a efectos de la exigencia de legitimación, un expediente de apremio, por el que se llevaba a cabo el embargo y adjudicación a un Ayuntamiento de una finca (Sentencia del TSJ de Madrid 491/2004, de 4 de junio); así como los documentos referentes a las obligaciones

⁴⁶ Vid. la referencia, en el apartado anterior, al F.J.2.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

urbanísticas que afectan a una entidad y que son exigibles a los promotores de la misma, como son los antecedentes urbanísticos y de proyecto y las obras exigidas a los promotores (Sentencia del TSJ de Murcia 92/2003, de 26 de febrero), o los relativos a los contratos de arrendamiento de unas fincas municipales, junto con las fotocopias de los avales y garantías personales o hipotecarias de los arrendatarios (Sentencia del TSJ de Extremadura 115/2007, de 30 de abril).

Llama la atención, también, la aplicación de este apartado 3 del artículo 37 LJRAP por la Sentencia del TSJ de Murcia 909/2002, de 31 de octubre, a los documentos pertenecientes a expedientes relativos a licencias de apertura y otros extremos de determinados locales de ocio, identificados, sitos en Los Alcázares. La justificación de la exigencia de un interés legítimo y directo en este caso, según el TSJ de Murcia, se encuentra en el hecho de que se trata de “documentación minuciosa”, de “información extensa”. Esta Sentencia lleva al replanteamiento de sí, realmente, estamos ante un apartado en el que se aplica el criterio de la intimidad, de manera suavizada, puesto en el caso concreto, en ninguna parte parecen figurar datos nominativos relativos a personas: son más bien datos objetivos que difícilmente entran en el ámbito de la identificación de las personas y mucho menos en su intimidad.

Como hemos podido ver, el apartado 37.3 LJRAP, no sólo se limita a exigir la acreditación de un interés legítimo y directo como legitimación para el acceso a los documentos de carácter nominativo, sino que especifica el supuesto de hecho concreto en el que dichos documentos se tienen que encontrar para permitir el acceso a los mismos⁴⁷.

Además de enunciar una limitación del derecho de acceso a los procedimientos sancionadores o disciplinarios, este apartado establece que los documentos nominativos accesibles son los que figuran en los procedimientos de aplicación del derecho y que pueden hacerse valer para el ejercicio de los derechos.

La jurisprudencia ha obviado, hasta el momento, estos dos requisitos relativos a los documentos nominativos aunque, creo yo, por razones distintas. En cuanto a que los documentos solicitados puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos, en general, no ha sido considerado individualmente por la sencilla razón de que es un elemento tenido en cuenta a la hora de acreditar la existencia de un interés legítimo y directo. Así la jurisprudencia ha establecido que debe existir un interés concreto para cada procedimiento (STJSJ Canarias 106/2003, de 3 de febrero); que además no basta con la existencia del mismo, sino que debe ser acreditado específicamente en la solicitud de acceso (STSJ Castilla y León 8/2003, 17 de enero) y que se excluyen como intereses aducibles en estos casos la defensa de la legalidad (STSJ

⁴⁷ Recordemos que dicho apartado establece que “el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”.

⁴⁸ ALVAREZ RICO, M. e I. “Derecho de acceso...”, *op. cit.* pág. 486.

Extremadura 115/2007, de 30 de abril), o el puro conocimiento de los datos (STSJ Murcia 909/2002, de 31 de octubre). Por ello, es lógico que con la acreditación de un interés legítimo y directo aplicado a un procedimiento concreto se considere cumplido el requisito de que los documentos puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos, porque normalmente ese será, precisamente, el interés que se acredite: su utilidad para la defensa de derechos o intereses concretos –legítimos y directos–.

Por último, el requisito establecido por el precepto exigiendo que los documentos “figuren en los procedimientos de aplicación del derecho”, ha sido unánimemente ignorado por la jurisprudencia. La doctrina ha hecho escasas referencias al mismo y, en todo caso, para criticarlo como una obviedad innecesaria del precepto. En esta línea, Manuel e Isabel ÁLVAREZ RICO se preguntan qué procedimientos administrativos no aplican el derecho⁴⁸ y, asimismo, SANTAMARÍA PASTOR muestra su perplejidad ante el inciso “puesto que en todos los procedimientos administrativos se lleva a cabo, en mayor o menor grado, la aplicación de normas jurídicas”⁴⁹. Efectivamente, este inciso no tiene mucho sentido, se interprete como se interprete, pues, como dicen los citados autores, es difícil pensar en un procedimiento administrativo no sometido a Derecho sin olvidarse del principio de legalidad y, si lo que el precepto pretende es enunciar de nuevo que los documentos, para ser accesibles, deben formar parte de un procedimiento administrativo, sería una reiteración inútil de lo establecido por el apartado primero del mismo artículo 37 LJRAP⁵⁰. Parece más, por tanto, un elemento retórico de un precepto ya de por sí intrincado e incomprensible, que un verdadero requisito para permitir el acceso.

B. La necesidad de que los documentos se encuentren incorporados a un expediente

El segundo de los requisitos que la Ley establece para el acceso a los documentos, según el artículo 37.1 LJRAP es que éstos obren en un expediente. Se trata ésta de una exigencia que plantea también algunos problemas, puesto que la única definición de expediente de la que disponemos es la proporcionada por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que lo define como “el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fun-

⁴⁸ ÁLVAREZ RICO, M. e I. “Derecho de acceso...”, *op. cit.* pág. 486.

⁴⁹ SANTAMARÍA PASTOR, *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.* pág. 144.

⁵⁰ Cabría aún pensar en otra interpretación, más rebuscada si cabe, que consistiría en considerar que el legislador no ha querido referirse al Derecho, en general, pues lo hubiera puesto con mayúsculas, como es habitual, y que a lo que se quiere aludir es a procedimientos de aplicación de derechos subjetivos –aunque se debería haber referido a los mismos en plural y no en singular como lo hace– de manera que sólo se exigiría la acreditación de ese interés legítimo y directo, cuando los datos de carácter nominativo constaran en procedimientos de aplicación de derechos subjetivos y no en otra clase de procedimientos, como los de elaboración de disposiciones de carácter general o cualesquiera actuaciones generales de la Administración en el ámbito de sus competencias, para los cuáles no sería necesario acreditar dicho interés, pero no parece que la intención del legislador fuera ampliar la esfera de documentos accesibles, sino más bien limitarla cuando tienen ese “carácter nominativo”.

damento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, decretos, acuerdos, notificaciones y demás diligencias deban integrarlos, y sus hojas útiles serán rubricadas y foliadas por los funcionarios encargados de su tramitación”.

El expediente aparece así relacionado intrínsecamente con la tramitación de los procedimientos, siendo además, como ya hemos tenido ocasión de ver, la unidad de organización fundamental de los archivos administrativos, aunque no la única. La doctrina⁵¹ ha señalado los problemas que se derivan de la indefinición en la normativa administrativa del concepto de expediente administrativo y de la ambigüedad con la que la LRJAP y la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), especialmente, utilizan el término, en ocasiones, de manera indistinta a la de procedimiento⁵². Como señala RIVERO ORTEGA “continúa siendo hoy válida la definición formulada por Aurelio GUAITA durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo: «... el expediente no es otra cosa que la materialización de aquél, el procedimiento hecho papel»⁵³. Efectivamente, la propia LJRAP utiliza ambos términos de manera indistinta, dando a entender la práctica identificación que entre ambos existe, siendo el expediente la plasmación del procedimiento⁵⁴.

En todo caso, pese a la indefinición del expediente por parte de la LJRAP y su indeterminación respecto del procedimiento, puede considerarse como válida la definición que del mismo se da en el ROF, en cuanto que conjunto ordenado de documentos administrativos que se refieren a un asunto o procedimiento determinado.

Pues bien, si en un principio entendemos que integran un expediente todos los documentos relativos a cada concreto procedimiento administrativo, eso determina que no todos los documentos administrativos se incorporan a un expediente: quedarán fuera de los mismos aquellos documentos que, estando en posesión de la Administración –bien porque ella misma es la autora, o porque los ha recibido– no

⁵¹ *Vid.*, en especial, RIVERO ORTEGA, *El expediente administrativo*, Aranzadi, 2007.

⁵² SANTAMARÍA PASTOR considera esta exigencia de que el documento forme parte de un expediente como ambigua “si se tiene en cuenta que ni la Ley ni ninguna otra norma definen qué sea un expediente ni, desde luego, determinen qué tipos de documentos deben dar lugar a tal expediente; cabe pensar, no obstante, que el término «expediente» haya sido utilizado por el legislador, por razones estilísticas como equivalente al de «procedimiento»”. En *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Carperi, 1993, pág. 143.

RIVERO ORTEGA, por su parte, recuerda que “el empleo del término expediente en el Derecho vigente se presenta, pues, todavía hoy confuso, al no haberse superado la doble significación originaria, que arranca en el siglo XVI, de procedimiento y resultado documental. Algunas normas enfatizan el carácter documental, y otras lo equiparan al procedimiento, lo que no es del todo incorrecto, pues el expediente es un reflejo de la tramitación administrativa. Pero quizás a estas alturas debería concretarse y circunscribirse mejor su significado, a efectos de precisar también el régimen jurídico de su esencia documental”. En *El expediente...* *op. cit.* págs. 91 y 92.

⁵³ *Ibidem* pág. 89.

⁵⁴ Valgan, entre otros ejemplos, el artículo 35 LRJAP que en su apartado a) establece el derecho “a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos” y en su apartado c), de nuevo, establece el derecho “a obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento”.

se incorporan a ningún expediente porque no forman parte de ningún procedimiento administrativo concreto y, sin embargo, esta documentación administrativa, en ocasiones esencial, debe quedar integrada en los archivos administrativos⁵⁵.

La documentación de apoyo administrativo, los informes internos y externos, encuestas, etc., no siempre forman parte de procedimientos, ni se integran obligatoriamente en un expediente concreto, por lo que podrían quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma y, por tanto, excluidos de acceso, cuando se trata, sin embargo, de documentos que pueden revestir un indudable interés para los ciudadanos. La restricción de la norma es, pues, innegable, cuando estos documentos, que deben archivar-se junto con los expedientes relativos a procedimientos administrativos, no quedan incorporados a expedientes concretos. En este sentido, la norma no está tan sólo restringiendo la forma de acceso a los documentos, sino que podría ser incluso inconstitucional, por encontrarse en franca contradicción con el artículo 105 b) CE que, no olvidemos, establece el derecho de acceso a los archivos administrativos y no a los expedientes, de manera que se estará denegando el acceso a documentos que se encuentran en los archivos y, por tanto, en el ámbito de aplicación del derecho constitucional, sin apoyo en ninguna de las limitaciones o exclusiones establecidas en la norma.

Además, incluso por lo que se refiere a los documentos que sí forman parte de un procedimiento concreto, el efectivo ejercicio del derecho va a depender entonces de la diligencia de la Administración a la hora de cumplir su deber de incorporar los documentos a los expedientes que correspondan para su preceptivo archivo.

La STJS Navarra, 166/2003, de 14 de febrero, así lo refleja, pues entiende que, si bien es indudable la obligación que pesa sobre la Administración de tutela de los documentos administrativos, que deben incorporarse a los preceptivos archivos administrativos, el hecho de que *de facto* no lo estén lleva a que la denegación del acceso se considere conforme a derecho.

C. La necesaria terminación del procedimiento

El siguiente requisito –también muy criticado por la doctrina– que establece el artículo 37.1 LRJAP al regular el régimen jurídico de acceso, se refiere a la necesaria terminación de los procedimientos para que los documentos que figuren en ellos sean accesibles.

Este requisito de que los documentos sobre los que se pretende ejercer el derecho de acceso formen parte de un procedimiento terminado en la fecha de la solicitud de

⁵⁵ FERNÁNDEZ RAMOS señala como el propio ordenamiento contempla esta posibilidad: “la misma LRJAP –artículo 71.1–, al igual que su predecesora, establece que si los defectos de la solicitud no son subsanados en plazo, se tendrá por desistido al solicitante de su petición, «archivándose sin más trámite». Más claramente, la Ley General Tributaria establece que «podrán archivarse sin más trámite aquellas denuncias que fuesen manifiestamente infundadas» –artículo 103.2–, precepto éste perfectamente generalizable”. En *El derecho de acceso... op. cit.* pág. 430.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

acceso parece contraponerse al derecho establecido por el artículo 35 a) LRJAP de consulta de los documentos que forman parte de un procedimiento, que únicamente pueden ejercer las personas que tengan la condición de interesados del mismo, derecho que aparecía ya regulado por la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

Frente a este derecho reconocido únicamente para los interesados, el derecho de acceso se nos aparece regulado, con su vocación generalista⁵⁶, como un derecho que, en principio, pueden ejercer todos los ciudadanos –con las limitaciones de legitimación ya señaladas– aunque sólo una vez concluida la tramitación de dicho procedimiento, de manera similar a cómo la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (LPHE) –anterior a la LRJAP– había regulado la consulta del Patrimonio Documental, estableciendo en su artículo 57.1 a) que la misma podrá hacerse, respecto de dichos documentos, con carácter general, “concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público”.

La formulación de este precepto respecto del acceso a los documentos de procedimientos terminados y archivados ha sido muy criticada por la doctrina, por considerar que cercena el contenido del derecho, esto es, la información recogida en los archivos que comúnmente se denominan “vivos” por contener documentos que forman parte de procedimientos en trámite o que siguen teniendo una utilidad directa para la Administración.⁵⁷

Para otros autores, sin embargo, se trata de un requisito perfectamente lógico y compatible con la Constitución. La restricción de la consulta de documentos que formen parte de procedimientos en trámite puede estar justificada, como dicen algunos autores, por la aplicación de distintos principios y, en particular, el de eficacia administrativa previsto por el artículo 103.1 CE, aunque es difícil apreciar en qué medi-

⁵⁶ Que, como hemos visto, no lo es tanto, dadas las limitaciones y requisitos establecidos por el artículo 37 LRJAP.

⁵⁷ Afirma PARADA que “es muy poca cosa que el legislador haya reconocido únicamente –y sobre todo es grave que pretenda ver en ello un avance de la posición jurídica del administrado [...]– ese raquítico y limitado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos que la Ley construye a los expedientes archivados o terminados, impidiendo el acceso a los documentos de los procedimientos que de alguna forma están todavía en tramitación, siendo así que en la Constitución la expresión archivos y registros no tiene ese estricto sentido. [...] Se trata ciertamente de una amputación de un derecho constitucionalmente protegido”. PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Régimen jurídico de las Administraciones y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/92)*, Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 163 y 164.

Por su parte, SANTAMARÍA afirma en su comentario a este artículo 37.1 LRJAP que “es bastante evidente que el legislador se ha acogido a una interpretación estricta del término archivo como almacén de expedientes finalizados; sin embargo, en el lenguaje coloquial de la Administración española son también archivos los espacios o muebles donde se depositan los documentos en trámite. [...] No existiendo tampoco título principio ni valor constitucional que justifique la exclusión del derecho de acceso a los documentos contenidos en expedientes en trámite”. Va SANTAMARÍA más allá en su crítica, afirmando la incompatibilidad con la Constitución de esta limitación del derecho de acceso en función de la terminación de los expedientes. SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *Comentario sistemático...*, *op. cit.*, págs. 143 y 144.

Y, en el mismo sentido, Manuel e Isabel ÁLVAREZ RICO consideran que, en este punto, “la regulación española, además de complicada desde el punto de vista formal, a partir de una norma constitucional clara consigue llegar a una situación confusa, restrictiva de un derecho constitucional que proclama la transparencia y la publicidad, situándose de paso en una línea regresiva con relación a la legislación que le sirve de precedente”. ÁLVAREZ RICO, M. e I., “Derecho de acceso...” *op. cit.* págs. 487 y 488.

da puede verse afectada la eficacia administrativa por la consulta de unos documentos de los que fácilmente puede obtenerse una copia o certificado y devolverse al expediente al que pertenezcan —máxime si nos encontramos ante procedimientos administrativos que utilizan medios y documentos electrónicos para su tramitación—; en todo caso, no tiene por qué verse perjudicada la eficacia de la Administración más allá que cuando se trata de documentos pertenecientes a procedimientos terminados, y, en cualquier caso, esta situación ya se prevé en el artículo 37.7 LRJAP, cuya excepción podría aplicarse, ya se trate de documentos pertenecientes a un procedimiento en trámite o finalizado.

Por ello, es necesario que la interpretación de este requisito y la determinación por tanto de cuándo se considera concluido un procedimiento a efectos de su acceso, se haga de manera cuidadosa y lo menos restrictiva posible del derecho de acceso y de los principios que lo inspiran, esto es, la transparencia y la participación. Y ello porque la formulación —ciertamente genérica— de este requisito ha llevado a que se planteen numerosos problemas; entre ellos, que la convivencia en el mismo archivo —de oficina— de expedientes relativos a procedimientos en trámite y procedimientos ya terminados puede llevar a que, para proteger a los primeros, se cercene el derecho de acceso a los segundos de manera injustificada; asimismo, puede que se impida el acceso a determinados documentos, como hemos visto, porque no forman parte de un procedimiento; o determinar si tiene que haber ganado firmeza el acto con el que se finaliza el procedimiento, pues puede entenderse que la terminación del mismo se produce en cuanto haya una resolución inicial, o se puede sostener que debe incluir los recursos que se derivan de la misma y, por último, cuestión también fundamental, qué ocurre con aquellos procedimientos que, tras la resolución, despliegan unos efectos que se prolongan en el tiempo, suscitando dudas respecto de la accesibilidad a los mismos⁵⁸.

Todo ello, además, teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho no puede depender del buen hacer de la Administración, sobre quien pesa la obligación de resolver en todo caso, pero cuya práctica habitual está muy lejos de ser esa.

D. La incorporación a los archivos administrativos

Por último, el requisito establecido por el artículo 37.1 LRJAP, de que los documentos que se deseen consultar obren en los archivos administrativos, sí que responde a las previsiones establecidas por el artículo 105 b) CE, que habla específicamente de acceso a los archivos administrativos, aunque su desarrollo legislativo se haya hecho incorporando numerosas exigencias adicionales. Este requisito, tal cual se establece en la LRJAP, no parece plantear, por tanto, *a priori*, demasiados problemas; sin embargo, éstos han ido surgiendo a raíz de la interconexión existente entre esta

⁵⁸ Sobre todas estas cuestiones, *vid.* RAMS RAMOS, Leonor, *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, Reus, 2008, págs. 418 y ss.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

norma y las reguladoras de los archivos de las Comunidades Autónomas, de una parte y con la legislación sobre patrimonio histórico y la regulación del régimen de acceso a los archivos históricos que ésta hace, de otra⁵⁹.

3. La concurrencia de los requisitos impuestos por el artículo 37 LRJAP para el acceso a los documentos administrativos en el caso de los proyectos de carreteras y ferrocarriles, a efectos de su publicación en Internet

Ya hemos tenido ocasión de señalar cómo el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos se prevé respecto de los ciudadanos, entendidos éstos de manera amplia, en cuanto a que se trata de una categoría que debe de englobar sin duda no sólo a personas físicas, sino también a personas jurídicas y que el reconocimiento no se limita a un concepto constitucional y limitativo de ciudadanía, sino que debe ser interpretado —y así lo ha sido por los Tribunales de Justicia— como un concepto amplio que engloba tanto a ciudadanos como administrados.

Teniendo en cuenta que, en este sentido, la regulación de la LRJAP es una regulación de mínimos, no cabría inconveniente en que “todos” pudieran ser titulares de este derecho⁶⁰, en cuanto a que puede hacerse disponible la información a través de Internet para que cualquier persona tenga acceso a la misma, siempre que se respeten las limitaciones al acceso establecidas por el artículo 105 b) CE y el artículo 37 LRJAP, referidas no sólo a las excepciones al acceso que se estudiarán a continuación (*infra* apartado V), sino sobre todo excluyendo de acceso público aquellos documentos cuyo acceso se limita a los interesados, por razones de intimidad, así como aquellos para cuya consulta sea necesario acreditar, según la LRJAP, un interés legítimo y directo.

Por otro lado, no hay duda de la aplicabilidad de la legislación de acceso prevista por el artículo 37 LRJAP al supuesto que nos ocupa pues, a parte de lo ya argumentado *supra* (apartado III), no hay duda de que en este caso, la sociedad gestora analizada, GIASA, es sujeto pasivo del derecho de acceso en los términos ya estudiados, por cuanto no hay duda de que estamos ante una persona jurídica que se engloba dentro de aquellos que hemos considerado como sujetos pasivos del derecho de acceso —obligados por tanto a facilitar el acceso de los ciudadanos a sus archivos y registros administrativos—. Y no sólo por tratarse de una empresa pública, sino porque sus funciones esenciales son las de ser un instrumento para la gestión de servicios y funciones de carácter público.

⁵⁹ *Vid.*, para esta cuestión y, en particular para los problemas de solapamiento de regímenes jurídicos RAMS RAMOS, Leonor, *op. cit.* págs. 429 y ss.

⁶⁰ Como ocurre por ejemplo en el caso del acceso a la información medioambiental prevista por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

⁶¹ Sobre esta cuestión se volverá, como ya se ha señalado, más adelante, en el apartado V.2. A, al estudiar las limitaciones al derecho

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que la Ley 3/1984, de Archivos de Andalucía, prevé específicamente en su artículo 2 f) que forman parte del patrimonio documental andaluz los documentos de “las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de los servicios públicos en Andalucía, en cuanto a los documentos generados en la gestión de dichos servicios” y que el Anteproyecto, recientemente aprobado por la Junta de Andalucía, sobre la Ley de Archivos de Andalucía, establece más claramente su carácter de “documentos públicos” [artículo 8.2. l) y m) del Anteproyecto].

a) Los tipos de documentos en los proyectos de infraestructuras: su accesibilidad

Como se acaba de señalar, no hay duda de que las entidades gestoras de proyectos de infraestructuras, como la que nos ocupa, como sujeto pasivo del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, puede llevar a cabo la publicación proactiva de los proyectos de infraestructuras de ferrocarriles y de carreteras que ella gestiona siempre en el marco de las limitaciones y requisitos exigidos por la legislación de acceso que se centra en el artículo 37 LRJAP.

La totalidad de la documentación que constituye los proyectos de obras de carreteras y ferrocarriles puede considerarse como posible objeto del derecho de acceso, en cuanto a que los distintos pliegos, documentos, mapas, etc. caben dentro del amplio concepto de documento que nos ofrece el artículo 37.1 LRJAP.

Tampoco plantea problemas al respecto el que se trate de documentos electrónicos en cuanto a que se harán accesibles a través de Internet, según lo dispuesto en el artículo 45 LRJAP y en la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Sí que pueden plantear problemas, sin embargo, determinados documentos que, formando parte de los proyectos, e independientemente de sus características técnicas, pudieran ser considerados como “documentos de carácter nominativo” o que afectan a la intimidad de las personas. De recogerse la estricta interpretación llevada a cabo por algunos de los Tribunales de Justicia (en particular, el TSJ de Madrid) respecto a la determinación de qué documentos puede considerarse que recaen bajo la aplicación de los apartados 2 y 3 y, por tanto, no pueden ser publicados sin más porque su acceso exige la existencia una estricta legitimación, cabría la duda de si son publicables determinados aspectos de los proyectos de obras de carreteras y de ferrocarriles, como son los Anexos relativos a las expropiaciones forzosas, por contener éstos documentos con referencia a las personas de los expropiados que, si bien contienen datos que son de carácter público pues así lo establece la legislación sobre expropiación forzosa, pudieran en todos caso, de seguirse la doctrina expuesta por el TSJ de Madrid a rajatabla, ser considerados como documentos “de carácter nominativo” y, en consecuencia, no ser accesibles al público en general a través de su publicación en Internet.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

No creo, sin embargo, que sea sostenible en el caso que nos ocupa una interpretación tan estricta de un concepto jurídico tan poco definido como es el expuesto por el artículo 37.3 LRJAP, que llevaría incluso a restricciones mayores que las establecidas por la LOPD. En todo caso, sobre la aplicación de las limitaciones por razón de la intimidad y por previsiones de otras legislaciones como son las relativas a la protección de datos volveremos *infra* en el apartado V.

Cabe concluir, ahora, de manera parcial, que no podrán hacerse públicos, en ningún caso, documentos que afecten a la intimidad de las personas, pues se trata ésta de una limitación general, establecida por el artículo 105 b) CE, que se concreta además por el apartado 2 del artículo 37 LRJAP. Por lo que se refiere a la limitación relativa a los documentos de carácter nominativo, habrá que aplicarla con cautela, escogiendo una interpretación estricta de este concepto, como hemos sostenido anteriormente y poniendo en contacto esta limitación con la legislación de protección de datos, en cuanto a que será ésta la que nos determine cuándo determinados datos relativos a las personas podrán ser objeto de publicación y cuándo la puesta a disposición de los mismos a través de Internet podría ser considerada como una cesión ilegítima de datos de carácter personal⁶¹.

b) La incorporación de los documentos relativos a proyectos en expedientes administrativos que constan en archivos administrativos

En el caso que nos ocupa, este requisito de la Ley no es problemático puesto que los proyectos de obras cuya publicación se pretende constituyen sin duda expedientes administrativos, conforme a lo establecido en la legislación de carreteras y de ferrocarriles. Por ello, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 37.1 LRJAP, la documentación de estos expedientes es, en su conjunto, susceptible de acceso y, por lo tanto, de publicación –salvo, claro está, por las limitaciones subjetivas y objetivas que se apliquen–.

Dichos proyectos de obras de ferrocarriles y de carreteras deberán constar, lógicamente, en los pertinentes archivos administrativos, aunque su acceso se haga no a través de la consulta de los mismos, sino directamente a través de Internet.

c) La necesaria terminación de los procedimientos para su publicación

Es necesario por último hacer referencia a este requisito regulado por el artículo 37.1 LRJAP por el que se establece que el derecho de acceso puede ser ejercido en el caso de los documentos relativos a procedimientos terminados a fecha de la solicitud de dicho acceso.

⁶¹ Sobre esta cuestión se volverá, como ya se ha señalado, más adelante, en el apartado V.2. A, al estudiar las limitaciones al derecho de acceso previstas por normas con rango de Ley.

Como hemos visto, se trata de un requisito que puede resultar problemático si no se interpreta de manera estricta y que puede dar lugar a que queden fuera de la posibilidad de acceso determinados documentos relativos a expedientes que, aún refiriéndose a procedimientos terminados, conviven en los archivos de oficina con otros expedientes relativos a procedimientos aún en tramitación –como ocurre, por ejemplo, en el caso de la Ley de Archivos de la Comunidad de Madrid–, o cuyo acceso se impide por las Administraciones Públicas por entender que el procedimiento no ha concluido si éste ha sido objeto de recurso, o cuando se trata de expedientes cuya resolución despliega sus efectos a lo largo del tiempo. No creo, sin embargo, que estas interpretaciones sean sostenibles para el caso que nos ocupa.

En primer lugar, porque nada dice al respecto la Ley de Archivos de Andalucía –ni tampoco el Anteproyecto de la nueva Ley que vendrá a sustituir la vigente de 1984–, que únicamente se limita a reconocer el acceso a los documentos que forman parte del patrimonio documental andaluz –del que ya hemos visto forman parte los documentos de los proyectos aquí considerados–.

Y, en segundo lugar, porque, si no hay ninguna especificación legal al respecto, en virtud de la realización del principio de transparencia, la interpretación de la norma debe ser aquella que resulte menos restrictiva del derecho y por ello, deberá entenderse que la limitación respecto a la terminación del procedimiento se refiere al procedimiento concreto y principal, esto es, al propio proyecto de obras, sin tener en cuenta si éste despliega sus efectos a lo largo del tiempo o no. La única limitación que podría ser aplicable en este caso, es que hubiera algún recurso administrativo pendiente. En caso contrario –incluyendo la existencia de recursos contenciosos–, no habría limitación a su publicación siempre, claro está, y como se viene reiterando, que no existan otras limitaciones que impidan su publicación.

V. LOS LÍMITES AL ACCESO

1. El desarrollo legislativo por la LRJAP de los límites y exclusiones al derecho de acceso, previstos por el artículo 105 b) de la Constitución

Una vez estudiadas las características esenciales del derecho de acceso y su aplicabilidad al supuesto que nos ocupa, vamos a pasar a analizar las limitaciones objetivas que plantea la regulación sobre acceso y que son plenamente aplicables tanto para el acceso a los documentos a través de solicitud, como para el acceso directo vía Internet, pues su objetivo es –o debería responder, en todo caso–, a la protección de otros bienes jurídicos preeminentes.

Ya hemos tenido ocasión de resaltar como el principio de transparencia, que se encuentra en el fundamento del derecho de acceso, no es un principio absoluto, sino que está delimitado por la necesaria aplicación de otros principios, derechos y bienes jurídicos que se deben proteger. La tensión entre el necesario secreto para su pro-

tección y la transparencia, reiteradamente señalada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se explicita en todas las regulaciones jurídicas del derecho de acceso en forma de límites al ejercicio del mismo.

En principio, por imperativo de esos principios de transparencia, democracia y participación, el acceso debe ser la norma general y el secreto la excepción, pues así se deduce además de la enunciación del derecho de acceso por nuestra Constitución, que establece en su artículo 105 que “la ley regulará: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos *salvo* en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. No obstante, el desarrollo legislativo de este derecho –plagado, como hemos visto, de requisitos que reducen considerablemente el ámbito de su ejercicio–, así como la aplicación reiteradamente restrictiva por parte de las Administraciones Públicas y de la jurisprudencia de esta normativa, nos llevan hacia la conclusión contraria, cual es que, en nuestro ordenamiento jurídico, la regla general sigue siendo el secreto, dejando un reducido margen a la publicidad y a la transparencia, realizadas a través del ejercicio del derecho de acceso.

Los límites generales al derecho de acceso se determinan por tanto en la regulación constitucional del mismo, el artículo 105 b) CE, que los concreta en la defensa y seguridad del Estado, la intimidad de las personas y la averiguación de los delitos. Pero a las limitaciones generales establecidas por la Constitución debemos añadir otra serie de limitaciones y exclusiones que el legislador ha introducido al hilo de desarrollar legalmente el derecho de acceso, a través del artículo 37 LRJAP, de manera que se reduce, aún más, el ámbito de ejercicio de este derecho, que en ocasiones acaba siendo exiguo.

La doctrina ha criticado con dureza, por lo general, no sólo la amplitud de las limitaciones que el artículo 37 LRJAP regula, sino también la falta de sistemática de las mismas, repartidas a lo largo del precepto en forma de limitaciones, en algunos casos, en forma de exclusiones, en otros y a través de remisiones a disposiciones específicas, en tercer lugar, que, en algunos supuestos, no regulan el derecho de acceso o, en otros, directamente lo excluyen.

La naturaleza jurídica de las limitaciones y excepciones que se contemplan por la Ley es muy heterogénea, y en algunos casos se refiere a categorías y conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción se debe hacer en cada caso por la Administración competente.

Estos límites –que, como cualquier límite a un derecho constitucional deben ser objeto de interpretación restrictiva–, se desarrollan, como decimos, al igual que el resto de elementos del derecho de acceso, en el artículo 37 LRJAP. No obstante, su regulación es desigual, pues la intimidad aparece, más que como límite general del derecho de acceso, como elemento característico de todo el derecho, por cuanto que se traduce en uno de los requisitos esenciales en la acreditación del interés del soli-

citante del acceso. Esto es, además de ser un límite al derecho que impregna todos sus aspectos, se integra como elemento legitimador para el ejercicio del mismo⁶².

Los otros dos límites –la defensa y seguridad del Estado y la averiguación de los delitos– aparecen regulados específicamente por los apartados 5.a) y 5.c) del artículo 37 LRJAP, en términos prácticamente similares a los establecidos por la Constitución, como se analizará a continuación.

Al hilo de la concreción de estos límites, la LRJAP regula, en los apartados cuarto, quinto y sexto de su artículo 37, dos cuestiones distintas: por un lado se establecen las exclusiones al derecho, esto es, los casos en que no existe derecho, por referirse a materias que específicamente se excluyen de la publicidad; y, por otro, en el apartado sexto se hace referencia a los regímenes especiales de acceso, es decir, a algunos ámbitos sectoriales en los que el ejercicio del derecho se regula por sus propias disposiciones y no por el régimen general establecido por la LRJAP⁶³.

Las exclusiones reguladas por el apartado quinto del artículo 37 LRJAP son de carácter objetivo, en cuanto que dependen, en principio, no del ciudadano que pretende acceder, sino de la materia de la que se trata, bien por razones de interés general, o por referirse a bienes jurídicos –constitucionales, en su mayoría– que deben ser protegidos frente a una publicidad que pudiera lesionarlos. No plantea ninguna duda sobre su admisibilidad, en este sentido, la referencia y el desarrollo legislativo relativo a los límites al derecho de acceso que prevé la Constitución y que se desarrollan por estos apartados: la defensa y seguridad del Estado, la investigación de los delitos o la intimidad de las personas –esta última, como hemos visto, protegida fundamentalmente por los requisitos de acceso, más que por las limitaciones objetivas al derecho–, aunque sí se plantea la doctrina la admisibilidad del resto de exclusiones, dado que éstas no están previstas constitucionalmente.

Por eso, todas las limitaciones deben interpretarse de manera restrictiva y, cuando se trate de limitaciones de carácter relativo, deberá llevarse a cabo una ponderación de intereses que considere los diversos bienes jurídicos en juego: de un lado, los principios de transparencia, publicidad, participación y democracia, junto con los derechos e intereses legítimos de carácter particular que ostenten los solicitantes de acceso y, de otro, los bienes jurídicos e intereses que se pretenden proteger a través de las limitaciones y exclusiones al derecho, de manera que, sólo cuando éstos sean pre-

⁶² Así se desprende, además, de la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del derecho de acceso. Valga por todas la Sentencia 144/1999, de 22 de junio, en la que se afirma que “el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. Es cierto que inicialmente pueden quedar excluidos de ese poder de disposición aquellos datos o informaciones producidos y destinados al tráfico jurídico con terceros o sometidos a fórmulas específicas de publicidad (SSTC 110/1984 y 143/1994), pero no lo es menos que esta circunstancia no obsta para que el individuo esgrima un interés legítimo en sustraerlos del conocimiento de los demás, como del mismo modo lo puede haber para que esos aspectos de la vida individual sean públicos y conocidos, o puedan serlo (EJ. 8.º).”

⁶³ Aunque, como crítica la doctrina, en la mayoría de los casos el régimen jurídico particular de esas materias, como son las materias clasificadas, los expedientes sanitarios o los estadísticos, excluye en su regulación el acceso, como norma general, por lo que de nuevo estaríamos ante exclusiones al derecho de acceso.

ponderantes o más dignos de protección pueda excluirse el acceso a los archivos y registros administrativos que se haya solicitado.

En el presente análisis nos centraremos en las limitaciones de carácter objetivo que puedan afectar a la publicación íntegra en Internet de los proyectos de obras de ferrocarril y de carreteras, a fin de determinar si la aplicación de los mismos puede llevar a que determinados documentos que forman parte de los proyectos deban ser excluidos de acceso y por tanto no accesibles de manera directa por Internet, en aplicación del citado precepto⁶⁴.

2. Los límites al derecho establecidos en el artículo 37.4 LRJAP

El apartado 4 del artículo 37 LRJAP es el primero de los que regulan las limitaciones que pueden llevar a la denegación del derecho de acceso⁶⁵. Establece este apartado que “el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada”.

Se contemplan, pues, en este apartado, tres tipos de limitaciones de distinto carácter: que concurren razones de interés público que prevalezcan sobre el derecho de acceso; que su ejercicio entre en conflicto con intereses de terceros que se consideren más dignos de protección que el interés del solicitante de acceso; o que una Ley así lo disponga. Este apartado ha sido objeto de durísimas críticas por parte de la doctrina, por el carácter tan genérico de las limitaciones que se enuncian, que podrían llevar a vaciar de contenido un derecho de acceso ya muy limitado por los exigentes requisitos de carácter subjetivo, objetivo y formal que la Ley requiere para su ejercicio.

A. Las limitaciones previstas por normas con rango de Ley

De los tres supuestos previstos, el que menos objeciones plantea —y así lo ha destacado la doctrina— es el tercero, esto es, que la denegación de acceso se prevea por una Ley, puesto que la naturaleza de derecho de configuración legal que caracteriza al derecho de acceso permite que éste pueda ser objeto de desarrollo en distintas leyes, dado que el artículo 105 b) CE establece que “la Ley regulará”, sin especificar que deba ser una sola la que lleve a cabo este desarrollo y, por supuesto, por su naturaleza de derecho de configuración legal, dejando amplio margen al legislador para su regulación. De hecho, la propia LRJAP reconoce este supuesto cuando remite, a

⁶⁴ Por tanto, no serán objeto de análisis todos los apartados del artículo 37 LRJAP que establecen limitaciones al acceso, sino solamente aquéllos que puedan afectar al caso que nos ocupa.

⁶⁵ Sin olvidar, claro está, todas aquellas que, por razón de la protección del derecho a la intimidad se introducen como requisitos de legitimación del derecho de acceso en los apartados 2 y 3 del artículo 37 LRJAP.

su régimen legal específico, la regulación del ejercicio del derecho de acceso en los supuestos previstos por el apartado 6 de su artículo 37.

No obstante, la regulación por otras Leyes del derecho de acceso no puede llevar a vaciar de contenido del derecho constitucional regulado por el artículo 105 b) CE, por lo que, para que las denegaciones previstas por dichas normas legales sean admisibles, deberán justificarse bien en alguna de las excepciones previstas por el propio artículo 105 b) CE —esto es, la defensa y seguridad del Estado, la averiguación de los delitos y la protección de la intimidad—, bien en la protección de otros bienes jurídicos, siempre y cuando éstos hayan sido previstos por la Constitución.

En este sentido, son de especial relevancia las limitaciones introducidas por la LOPD para la protección de los datos de carácter personal, al tratarse de un derecho de carácter fundamental.

La existencia de una tensión entre la protección de los datos de carácter personal y la transparencia ya ha quedado señalada al hacer referencia a las limitaciones al acceso que prevén los apartados 2 y 3 del artículo 37 LRJAP al exigir unas legitimaciones especiales para acceder a los documentos que contengan datos que afecten a la intimidad de las personas o cuando se trate de documentos nominativos, esto es, que contienen datos de carácter personal, sin necesidad de que el conocimiento de los mismos afecte a la intimidad.

En este sentido, por imperativo del artículo 37.4 LRJAP que nos ocupa, son de plena aplicación las limitaciones que genera la LOPD. Aunque la regulación de ambas normas se hace ignorándose completamente éstas entre sí, es indudable que la protección de datos se alza como uno de los límites más importantes al acceso a los documentos, no sólo por las limitaciones en cuanto a la legitimación activa requerida en el caso de los documentos señalados, sino también por la aplicación preferente que tiene una norma que regula un derecho fundamental, como es el caso y, sobre todo, por el auspicio a la misma que se deriva de la regulación del citado apartado 4 del artículo 37 LRJAP.

Sin embargo, la aplicación preeminente de esta norma no puede llevarnos al vaciamiento de contenido del derecho de acceso y del principio de transparencia, aunque ésta ha sido la tendencia en los últimos años, por la aplicación estricta del articulado de la LOPD, en cuanto a que prácticamente cualquier publicación de datos de carácter personal en Internet está prácticamente vetada por la Ley en aplicación rigurosa de su artículo 11.

La tendencia a una estricta aplicación de la legislación protectora de datos de carácter personal se debe a un doble fenómeno: de un lado, la protección férrea llevada a cabo por las Agencias de Protección de Datos a través de su actividad inspectora y sancionadora; de otro, la tendencia a la opacidad de las Administraciones Públicas, que encuentran en la aplicación rigurosa de la LOPD una vía magnífica para escu-

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

dar sus negativas a comunicar documentos e información administrativa a los solicitantes de acceso.

Para la publicación de proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet, se han de tener en cuenta, por tanto, además de las limitaciones que la propia LRJAP establece, las que se derivan de la LOPD, por cuanto el artículo 37.4 de aquella se remite a esta última y teniendo en cuenta la rigurosa interpretación que de la misma lleva a cabo, en particular, la Agencia de Protección de Datos.

En este sentido, teniendo en cuenta los distintos datos y muy variados datos de carácter personal que pueden figurar en los extensos proyectos de carreteras y ferrocarriles, se han analizado aquéllos que pudieran tener más relevancia a la hora de su publicación, por la posible infracción de la LOPD que se pudiera derivar de la misma.

En primer lugar, la inclusión de documentos que tengan referencias a correos electrónicos puede generar conflicto a la luz de la legislación de protección de datos si no media consentimiento por parte de los afectados.

En los proyectos de obras estudiados se encuentran adjuntos al expediente determinadas comunicaciones realizadas vía correo electrónico consistentes en la presentación de alegaciones por parte de personas afectadas por el procedimiento, así como por representantes de empresas cuyos servicios se ven afectados por los trazados de las carreteras y ferrocarriles proyectados. En ambos casos, la publicación de las copias íntegras de dichos correos electrónicos sin el consentimiento explícito de las personas afectadas puede ser una violación directa de la LOPD.

La Agencia de Protección de Datos ha concluido en varias de sus Resoluciones que la cesión de un fichero (o expediente) que contenga direcciones de correo electrónico, ha de ser considerada como cesión de datos a los efectos de la LOPD, ya que la dirección de correo electrónico, incluso de carácter profesional, que voluntaria o involuntariamente contenga información acerca de su titular, tiene la consideración de “dato de carácter personal”. La información puede referirse tanto al nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia, aparezcan o no estos datos en la denominación del dominio utilizado.

Para la Agencia de Protección de Datos, además, la publicación a través de una página *web* de datos —a través de actas o expedientes— constituye una cesión o comunicación de datos de carácter personal, definida por el artículo 3 i) LOPD como “toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado” y en relación con las cesiones de datos, establece el artículo 11.1 LOPD que “los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”, si bien no es necesario el consentimiento de los afectados cuando la comunicación se encuentre

amparada por una norma con rango de Ley o cuando se refiere a datos incorporados en fuentes accesibles al público.

En este sentido, el tratamiento de datos para finalidades distintas a la recogida está prohibido además por el artículo 4.2 LOPD aunque se trate de datos públicos o accesibles y su tratamiento supone un límite al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Sentado lo anterior, el carácter de dato personal del correo electrónico, la prohibición de su publicación para otros fines que el que justificó su tratamiento y el carácter de cesión necesitada del consentimiento explícito de los afectados de la publicación, debe tenerse en cuenta que de realizarse sin el consentimiento de los afectados puede tener como consecuencia no sólo una violación de la legislación de protección de datos, sino también una violación de los límites del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en cuanto que la inclusión de estos datos en los citados proyectos de obras, que constituyen un expediente administrativo, determina que el acceso a los mismos pueda ser denegado por aplicación del artículo 37.4 LRJAP.

En segundo lugar, también la inclusión de documentos en los que se contengan alegaciones al proyecto en sí, al procedimiento de expropiación o al de evaluación de impacto ambiental, realizadas por particulares, así como la correspondencia que se pueda sostener con terceras personas –incluso cuando sean representantes de empresas– cuando éstos puedan quedar identificados, ya sea por la inclusión de su correo electrónico, ya sea por la de otros datos personales, debe considerarse también susceptible de infringir la normativa de protección de datos, por las mismas razones que las anteriormente expuestas y, sobre todo, por el ya señalado carácter de cesión de datos que tiene la publicación de estos documentos en Internet. Por ello, sería recomendable bien recabar el consentimiento de los afectados para proceder a la publicación o, en caso contrario, llevar a cabo una anonimización de los documentos que resulten accesibles *on-line*.

Si bien en relación con los correos electrónicos, direcciones postales y datos de alegaciones por los que se pueda identificar a las personas, puede concluirse que de su publicación sin consentimiento previo en Internet pudiera derivarse una vulneración de su derecho a la protección de datos en virtud de la interpretación que del mismo hacen la Agencia de Protección de Datos y los Tribunales de Justicia –debe tenerse en cuenta, al respecto, sobre todo, la interpretación del derecho y de la legislación que lo regula hecha por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 292/2000, a la que ya hemos tenido la oportunidad de referirnos al tratar de la legitimación activa exigida para el acceso a algunos documentos–, mayores problemas plantea la publicación de datos que, en principio, son considerados por otras Leyes como datos de carácter público.

En estos casos, el problema se deriva no de su publicación en sí, sino del tratamiento informático que se deriva, bien de la publicación a través de Internet o de su posi-

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

ble utilización por terceros, con fines distintos a la misma publicación, derivados de su conocimiento a través de la web y, sobre todo, a través de buscadores que permiten identificar a determinadas personas⁶⁶.

En esta línea, deben considerarse los datos relativos a los expedientes de expropiación. En principio, a pesar de poder ser datos personales, su publicación está expresamente prevista por la Ley, así que la mera publicación de los mismos por Internet no exigiría que medie consentimiento, tratándose de una cesión de datos –conforme al art .3. i) LOPD–, autorizada por Ley conforme a lo dispuesto por el artículo 11.2 de la misma LOPD.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la Ley de 16 de diciembre de 1954 establece que “el beneficiario de la expropiación estará obligado a formular una relación concreta e individualizada en la que se describan, en todos los aspectos, material y jurídico, los bienes o derechos que considere de necesaria expropiación. Cuando el proyecto de obras o servicios comprenda la descripción materia detallada a que se refiere el párrafo anterior, la necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación del proyecto, pero el beneficiario estará igualmente obligado a formular la mencionada relación a los solos efectos de la determinación de los interesados”, debiendo someterse a información pública dicha relación y siendo de obligatoria publicación en el BOE y en el boletín de la provincia respectiva cuando la expropiación la realice el Estado (artículo 18 LEF).

Sin embargo, la tendencia de la Agencia de Protección de Datos en los últimos años ha sido considerar que el hecho de que se trate de datos que sean puedan ser conocidos por el público no es legitimación suficiente para que pueda producirse una cesión de los mismos y, como hemos visto, la publicación en Internet se considera como una cesión de datos, en el sentido de lo previsto por el artículo 3.i) LOPD. Así, el artículo 4.2 LOPD establece que el tratamiento de datos para finalidades distintas a la recogida esta prohibida y la Agencia de Protección de Datos entiende que esto ocurre con la publicación de los mismos, independientemente de que se trate de datos públicos o accesibles⁶⁷. Lo que tiene que estar especialmente previsto por la Ley, por tanto, no es la publicidad de dichos datos, sino la posibilidad de cesión de los mismos –ya sea a terceros, ya sea a través de su publicación–, cuestión sobre la que la legislación sobre expropiación forzosa no se pronuncia, por lo que la mera publicación de los datos en Internet puede llevar a que se produzca un tratamiento ilegítimo de los mismos, salvo que medie consentimiento expreso de los afectados.

⁶⁶ En este sentido, y por analogía, pueden considerarse las tendencias que se están generando últimamente en relación con la publicación por Internet del contenido de los Boletines Oficiales. En principio, la publicación de datos de carácter personal en los mismos es plenamente legítima cuando la información que en ellos consta debe hacerse pública, pero empieza a considerarse el problema que se puede derivar del tratamiento de los datos allí publicados mediante su acceso por buscadores, esto es, no a través de la consulta de la publicación concreta, sino buscando determinadas personas o hechos. En este sentido, ya hay algunas legislaciones (la canadiense, en particular) que introducen como mecanismo necesario en la publicación por los Boletines Oficiales de informaciones que contengan datos de carácter personal, la inclusión de inhibidores que impidan la consulta específica de datos a través de buscadores, de manera que la información sólo sea accesible a través de la consulta directa de la publicación.

⁶⁷ *Vizl.*, entre otras, la Resolución R/00514/2005, de 20 de julio de 2005, de la Agencia de Protección de Datos.

Además, si se sigue la interpretación estricta llevada a cabo por algunos Tribunales de Justicia, que hemos tenido oportunidad de analizar supra, en algunos casos los documentos en los que figuran los datos de la expropiación haciendo referencia a los titulares de los inmuebles expropiados, podrían ser considerados como documentos nominativos y necesitados, por tanto, de la acreditación de un interés legítimo y directo para tener acceso a los mismos.

Por ello, sería interesante considerar la posibilidad de anonimizar o eliminar también, en los anexos relativos a los procedimientos de expropiación forzosa, los nombres propios que identifican a los titulares de los bienes objeto de las expropiaciones forzosas, de manera que no fuera posible el tratamiento de los mismos a través de Internet.

Es necesario, en el caso que nos ocupa, tener también en cuenta que las legislaciones específicas en relación con las infraestructuras de carreteras y ferrocarriles no determinan en ningún momento reservas ni excepciones a la publicidad de los proyectos de carreteras o de ferrocarriles. Al contrario, se determina por la legislación sectorial la necesidad de someter dichos proyectos al escrutinio público a través del establecimiento de un trámite de información pública, por el que dicho expediente está a disposición del público durante un período de tiempo no inferior a veinte días, conforme a lo dispuesto por el artículo 86 LRJAP.

En este sentido, la Ley 9/2006, de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía, establece en su artículo 9 la necesidad de que el estudio informativo relativo a un proyecto ferroviario sea objeto de un trámite de información pública durante un período de 30 días hábiles, determinando la posibilidad de alegaciones y observaciones por parte de los ciudadanos en relación con la concepción global del trazado e igualmente, la Ley 8/2001, de 29 de julio, de carreteras de Andalucía establece en su artículo 27 que el estudio informativo relativo a un proyecto de carreteras “es el estudio que podrá ser objeto de un trámite de información pública cuando éste sea preceptivo a los efectos de la presente Ley”, concretando a continuación, en el artículo 33 que “se someterán a información pública y de las Administraciones Públicas territoriales afectadas, por un período de un mes, únicamente las siguientes actuaciones en la red de carreteras de Andalucía: a) Nuevas carreteras. B) Variantes de población incluidas en el planeamiento urbanístico. c) Duplicación de calzada en una longitud continuada de más de 10 Kilómetros”.

A pesar de que la puesta a disposición del público de los estudios informativos de los proyectos de infraestructuras de carreteras y ferrocarriles sea preceptiva por el establecimiento de la normativa correspondiente de un trámite de información pública, debe recordarse que los Tribunales han sido muy cautos en cuanto a concluir que de esa publicidad pueda derivarse la posibilidad indiscriminada de acceso a dicha documentación –una vez concluido el proyecto–. Efectivamente, si bien el trámite de información pública supone la puesta a disposición del público del expediente en curso, sin perjuicio de que se encuentren dentro del mismo documentos que puedan

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

afectar a la intimidad de las personas, documentos nominativos u otros que puedan estar afectados por alguna exclusión prevista por el artículo 37 LRJAP, la jurisprudencia ha entendido que la posibilidad de acceso se limita a ese momento y que las consultas que quieran hacerse de esa documentación, posteriormente, fuera del trámite de información pública, tendrán que cumplir todos los requisitos subjetivos, objetivos y formales que la Ley exige para poder ejercer legítimamente el derecho de acceso y, por tanto, iguales requisitos son necesarios para que dicha información se pueda poner a disposición del público en Internet⁶⁸.

Igualmente, la Agencia de Protección de Datos limita el uso que puede darse a la información que ha sido objeto de consulta a través de la consulta de un expediente, ya sea en el trámite de información pública, ya sea posteriormente a través de su consulta por el procedimiento de acceso previsto por el artículo 37 LRJAP, en cuanto a que será ilegítima la cesión de los datos —a través de su publicación o tratamiento no autorizado— así obtenidos⁶⁹.

Por ello, deberá tenerse en cuenta que en este caso es de plena aplicación la LOPD, en cuando a que la publicación de los datos de carácter personal que figuran en los proyectos de obras de carreteras y ferrocarriles será una cesión de datos de las previstas por el artículo 3 LOPD. Por ello, para que su publicación sea conforme a derecho, tendrá que tratarse bien de datos que la Ley considera que son públicos o cuya cesión se autoriza —como ocurre en el caso de los datos de personas afectadas por un expediente de expropiación forzosa—, bien de datos que figuran en fuentes accesibles al público —como los Boletines Oficiales—. En caso de no encontrarse en ninguno de los supuestos anteriores, deberá contar con el explícito consentimiento de los afectados, para que la comunicación de datos sea legítima conforme al artículo 11 LOPD⁷⁰.

Por último, resulta también esencial hacer referencia a la legislación de protección de la propiedad intelectual por cuanto que el artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, considera que “son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: [...] f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería”.

⁶⁸ *Vid.* entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de mayo de 2000.

⁶⁹ Así, en su Resolución R/00514/2005, de 20 de julio de 2005, la Agencia de Protección de Datos sancionó a una empresa, en aplicación del artículo 44.3.d) LOPD por el tratamiento de datos de carácter personal obtenidos a través de la consulta de mismos, cuando estos se hicieron públicos a través del trámite de información pública de los procesos de planeamiento urbanístico, por considerar que dicho tratamiento requería del consentimiento de los interesados, según establece el artículo 6 LOPD, independientemente de que la consulta fuera legítima por tratarse de datos puestos a disposición del público.

⁷⁰ En cualquier caso, como ya se señaló *supra*, en el apartado III, se considera que la publicación de estos datos cumple con el requisito ineludible del artículo 4 LOPD de que el tratamiento de los datos se haga para finalidades compatibles con aquella para la que fueron recogidos, por cuanto la finalidad principal de la publicación es la realización del principio de transparencia.

En este sentido, debe entenderse que parte de los proyectos de infraestructuras de ferrocarriles y carreteras podrán estar protegidos por la propiedad intelectual que pertenecerá a los autores de los planos y diseños. No obstante, el reconocimiento de la autoría y de los derechos de propiedad intelectual nada obsta para que puedan ser susceptibles de publicación a través de Internet, supuesto específicamente previsto por el artículo 20 LPI que dispone que “1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. [...] 2. Especialmente, son actos de comunicación pública: [...] i) La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. j) El acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley”, si bien dicha comunicación pública podría estar sujeta a derechos de explotación.

B. Las limitaciones previstas por protección de intereses de terceros y por razones de interés público

También pueden surgir problemas a la hora de la aplicación de los otros dos supuestos de limitación del derecho de acceso que contempla este artículo 37.4 LRJAP: las razones de interés público y los intereses de terceros más dignos de protección, fundamentalmente por el carácter genérico e indeterminado de estos conceptos jurídicos y que pudieran darse sin duda alguna en los proyectos que estamos analizando, notablemente, en aquellos documentos y Anexos que hacen referencia a personas físicas o jurídicas.

Entiendo que para que la aplicación de estas excepciones pueda hacerse sin sufrir un reproche de inconstitucionalidad, dado que el artículo 37.4 LRJAP establece una limitación de carácter potestativo⁷¹ y no absoluto, como lo son las previstas por el apartado quinto, además de ser objeto de una estrictísima interpretación, deberán restringirse los casos en los que puedan ser de aplicación estas limitaciones.

En este sentido, la cláusula de la prevalencia del interés público deberá aplicarse por la Administración de manera concreta, individualizando el interés en cuestión que se quiere proteger –que deberá ser, en todo caso, de carácter constitucional–, y llevando a cabo un riguroso juicio de ponderación entre el derecho de acceso –tanto el interés que lo legitima, sea cual fuere, como los principios que lo inspiran y que se encuentran en su fundamentación– y el interés público concreto que se considere prevalente, denegándose el derecho, de manera motivada, como exige el artículo 37.4 LRJAP, sólo en el caso de que el interés público concretado e individualizado prevalezca al mismo.

⁷¹ Dice el artículo 37.4 LRJAP que “el ejercicio del derecho de acceso *podrá ser denegado...*”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

De la misma manera, cuando se trate de “intereses de terceros más dignos de protección”, éstos deberán individualizarse también y, sólo podrá justificarse la denegación –motivada, en todo caso–, si se trata de intereses de carácter constitucional, de un lado, y que resulten prevalentes tras llevarse a cabo un juicio de ponderación individualizado y referido a cada concreto documento solicitado⁷², entre el derecho de acceso y los intereses de terceros más dignos de protección.

Obviamente, se trata ésta de una tarea harto complicada cuando se trata de poner a disposición del público expedientes enteros y tan complejos como los aquí considerados. En todo caso, sería necesaria la individualización de las personas físicas y jurídicas cuyos intereses pudieran verse afectados genéricamente, pues en lo que se refiere a su intimidad y la protección de sus datos personales, así como sus secretos comerciales o industriales, se encuentran específicamente regulados por otras excepciones que se analizan en el presente trabajo. Lo mismo ocurre cuando pensamos en otros intereses públicos, como la seguridad, que se consideran específicamente.

Por esta razón, al estar contemplados los principales intereses concretos que pueden llevar a que un documento no deba ser accesible ya por otras excepciones o normas concretas, serán éstas las que deberán aplicarse y no estas cláusulas genéricas del artículo 37.4 LRJAP que, en principio, no tienen por qué afectar de manera directa la publicación de proyectos en general⁷³.

3. Las exclusiones de acceso previstas por el apartado 5 del artículo 37 LRJAP

A. Expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la seguridad del Estado

Esta exclusión del derecho de acceso que lleva a cabo el apartado b) del artículo 37.5 LRJAP responde literalmente a una de las tres limitaciones establecidas por el artículo 105 b) CE, por lo que nada cabe discutir sobre su constitucionalidad o aplicabilidad. En todo caso, la excepción debe ponerse en relación con la remisión que el apartado sexto del mismo precepto hace a las disposiciones específicas que rijan el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, precisamente porque la clasificación de los documentos, declarándolos secretos o reservados y, por tanto, excluidos de acceso, es una de las técnicas esenciales de protección de la seguridad del Estado, por lo que ambos apartados [5.b) y 6.a)] van a ser objeto de análisis conjunto.

⁷² Podría ser ésta una de las pocas razones que justifiquen el requisito establecido por el artículo 37.7 LRJAP de que la solicitud de acceso deba hacerse de manera individualizada.

⁷³ No obstante, no debe negarse la posibilidad de que en algún caso concreto, bastante improbable, un determinado proyecto afecte en concreto algún interés jurídico preeminente de un tercero que no se haya considerado por otras normas aplicables o por las excepciones aquí consideradas, y que, por esa razón determinados documentos de dicho proyecto dejen de ser susceptibles de publicación a través de Internet.

La norma fundamental que regula estas cuestiones es la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales –modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre– que declara en su artículo 1 el principio de publicidad en la actuación de los poderes públicos, para inmediatamente después regular los casos de exclusión o limitación de acceso a la información a través de la técnica de la clasificación de los documentos. El artículo 2 de la Ley es el que establece las materias susceptibles de ser declaradas clasificadas, indicando expresamente “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”⁷⁴.

La Ley de Secretos Oficiales regula la competencia para declarar la clasificación de un asunto como secreto o reservado, los efectos de dicha calificación y las personas que quedan autorizadas para acceder a materias clasificadas. De esta norma se deduce que la regla general es la exclusión del acceso a las materias clasificadas, salvo el personal facultado expresamente para ello y los miembros de las Cortes según regula la Ley.

En el mismo sentido –puesto que el artículo 1.2 de la Ley de Secretos Oficiales establece que “tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley”–, quedan excluidos de acceso –también por razones de defensa y Seguridad del Estado– los llamados “fondos reservados” que se consignan en los presupuestos del Estado y cuya utilización y control se regula por la Ley 11/1995, de 11 de mayo.

El Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de señalar la clasificación de documentos –y, por tanto, la limitación de la publicidad–, a través de la Ley de Secretos Oficiales, como la vía adecuada para la protección de la Defensa y Seguridad del Estado. Así se declara expresamente en la Sentencia de 4 de abril de 1997, cuando se afirma que “es igualmente cierto que las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado –artículo 97 CE– una competencia primaria, en los términos que fije el legislador –artículo 105 b) CE–, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, [...] por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional, a la Ley de Secretos Oficiales, de 1968, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece, pero sin que lo expuesto quie-

⁷⁴ Se ponen así en contacto el primer límite al derecho de acceso establecido por el artículo 105 b) CE y que el artículo 37.5 LRJAP reitera y la remisión por el apartado sexto de este mismo artículo a las normas específicas sobre materias clasificadas, en cuanto que son éstas las que determinan el alcance y requisitos de esta limitación.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

ra decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación no puedan a su vez ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal” (F.J. 5.º).

El Tribunal Supremo conecta, además, la declaración de documentos como secretos con los actos políticos del Gobierno, en cuanto a que el acto expreso de clasificación queda dentro del ámbito de la dirección política del Gobierno y, por tanto, es insusceptible de control contencioso-administrativo⁷⁵, salvo en los elementos de dichos documentos que entren dentro de los llamados “conceptos jurídicamente asequibles”, en cuyo caso sí son revisables por los tribunales⁷⁶.

También los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas han tenido ocasión de pronunciarse en relación con la aplicación de esta exclusión del derecho de acceso respecto de los expedientes que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, en conexión con la normativa sobre materias clasificadas, cuya aplicación se ha hecho, por lo general, de manera categórica, por cuanto que una vez comprobado el carácter reservado o secreto de la documentación solicitada, se deniega el acceso sin necesidad de otra motivación. Así, las Sentencias del TSJ de Madrid, 682/2005, de 27 de abril y 1180/2005, de 13 de diciembre, desestiman sendos recursos por los que se solicitaba el acceso a documentación de carácter reservado en aplicación de los artículos 37.5.b) y 37.6.a) LRJAP. Todas estas Sentencias han aplicado la exclusión de acceso a los expedientes que contengan información sobre Defensa Nacional o Seguridad del Estado en conexión con la clasificación de documentos, de manera que, en realidad, la denegación de acceso se llevaba a cabo en aplicación de la Ley de Secretos Oficiales, a cuyo régimen jurídico remite el artículo 37.6.a) LRJAP.

⁷⁵ Como recuerda ÁLVAREZ CONDE, “previamente, en Sentencia de 28 de junio de 1994, el Tribunal Supremo había fijado su postura en relación con la existencia de actuaciones imputables al Poder Ejecutivo no controladas por los órganos del Poder Judicial, tras analizar al artículo 97 CE y su relación con el artículo 106.1, argumentando la admisión de una actividad política del gobierno no sujeta a revisión judicial. El artículo 97 enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106.1 CE, de su gestión política, como señala el artículo 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados”. En “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997”. ÁLVAREZ CONDE, *Acceso judicial a la obtención de datos*, dir. REVANGA SÁNCHEZ, Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 65 y ss.

⁷⁶ Afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 1997 que “una inicial postura nos podría llevar a la afirmación de su naturaleza de mero acto administrativo y por eso sujeto al régimen común de control judicial de legalidad y de su sometimiento a los fines que lo justifican, impuesto por el artículo 106 de la Constitución. [...] Este razonamiento [...] resulta insuficiente, desde el punto de vista material, para explicar en el régimen constitucional de 1978 la sustancial excepción al sistema común de publicidad y de acceso de los Jueces y Tribunales a la documentación administrativa que precisen para resolver los litigios y que como deber para ellos y derecho fundamental de los ciudadanos, fluye del texto del artículo 24 CE. En este sentido, aceptado por el artículo 105 b) CE el principio de que por vía legal se regule el secreto de determinados documentos «en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado», la importancia de la excepción, en cuanto parece contraria a los comunes principios de convivencia democrática, excluyendo «ab initio» del normal control por los otros poderes e instituciones del Estado a los documentos relativos a determinadas materias reservadas, cuyo pleno conocimiento se les sustrae por imperativo legal, nos lleva a considerar que la naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 CE. La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia de la que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional. [...] La documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta”.

La cuestión que se nos plantea es si pueden excluirse de acceso los documentos pertenecientes a expedientes que podrían, en algunos casos, afectar a la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado, sin haber sido clasificados como secretos o reservados.

La respuesta ha de ser, en todo caso, positiva, puesto que no sólo podría ser de aplicación autónoma la exclusión recogida en el artículo 37.5.b) LRJAP, independientemente de la clasificación de los documentos, sino que además la Administración está facultada para denegar el acceso también en virtud del artículo 37.4 LRJAP, por cuanto que este apartado establece que el ejercicio del derecho de acceso puede ser denegado “cuando prevalezcan razones de interés público” y, sin duda, la Defensa Nacional y la Seguridad del Estado son elementos esenciales de interés público, cuya protección puede primar sobre el principio de transparencia y el ejercicio del derecho de acceso, al tratarse de bienes jurídicos constitucionalmente previstos.

El artículo 37.5.b) LRJAP es categórico en cuanto a la exclusión que establece, si bien es evidente que, como en el caso de todas las limitaciones que restringen el derecho de acceso y afectan al principio de publicidad y transparencia, tendrán que ser objeto de interpretación estricta⁷⁷, tanto en cuanto a la determinación de los documentos que quedarán vedados de acceso por aplicación de esta exclusión, como respecto de los órganos administrativos a quienes corresponde determinar la aplicación de dicha exclusión.

En cuanto a la determinación de los documentos que, sin estar clasificados, pueden quedar excluidos de acceso por aplicación del apartado 37.5.b) LRJAP, MESTRE considera que las limitaciones en materia de defensa tienen su delimitación en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio⁷⁸.

No obstante, si bien como señala POMED, “esta interpretación del concepto pone el acento en la existencia de un peligro grave e inminente para el ordenamiento constitucional –que acoge y da sentido al resto de los bienes y valores protegidos– y resul-

⁷⁷ A fin de evitar el vaciamiento del derecho de acceso por esta vía, pues como señala POMED, “el artículo 37 LRJAP parece pretender abarcar la totalidad de informaciones atinentes a la seguridad y defensa del Estado. [...] Si se parte de un concepto omnicompreensivo de la defensa nacional [...] prácticamente no existe ningún ámbito de la vida social que no se vea implicado en la Defensa Nacional”. POMED SÁNCHEZ, “*El acceso a los archivos...*”, *op. cit.* pág. 468.

⁷⁸ “En mi opinión –dice el autor–, las limitaciones generales derivadas de la defensa nacional tienen en esta norma su cabal delimitación, pues los bienes protegidos por las bases de la defensa nacional, que permiten aplicar técnicas de secreto, son los que se cuestionan en las situaciones de excepción y sitio, esto es, «cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo» (artículo 13.1) y cuando «se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios» (artículo 32.1). En estos casos y siempre que el supuesto de hecho lo requiera (por ello en las diferentes normas se consagra el requisito de la motivación para denegar el derecho) cobra sentido la excepción al derecho de acceso. No así en los supuestos de estado de alarma, en los que no existen cabalmente razones que exijan abatir el derecho en cuestión”. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso...* *op. cit.* pág. 148.

ta por ello más adecuada a la teleología del artículo 105 b) CE”, conlleva un grave inconveniente que el mismo POMED indica: “presenta el defecto de referirse únicamente a situaciones coyunturales y marcadamente excepcionales, cuando pueden existir supuestos en los que la protección del ordenamiento constitucional aconseje la extensión temporal del secreto”⁷⁹.

Por ello, quizás el criterio delimitador más ajustado a la naturaleza jurídica del bien protegido sea la determinación de qué órganos administrativos son competentes para declarar la exclusión, pues si la Ley de Secretos Oficiales declara competentes para clasificar documentos a unos órganos determinados –esto es, Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor (artículo 4 de la Ley)–, resultará más razonable que sean estos mismos órganos los competentes a la hora de aplicar, individualizadamente, esta exclusión, referida a documentos que, sin haber sido declarados secretos o reservados, puedan afectar a la defensa o a la seguridad del Estado. En este sentido es interesante considerar, con FERNÁNDEZ RAMOS, que “cuestión distinta es la relativa a la competencia para alegar esta exclusión, porque si se estima que cualquier órgano de cualquier Administración puede oponer al derecho de acceso la exclusión señalada, ello supondría extender indefinidamente, hasta los últimos alcañanes del aparato administrativo, la capacidad para valorar la protección del Estado [...]. Por el contrario, debe entenderse que la capacidad para valorar la afectación de la seguridad del Estado [...] debe reservarse al Gobierno de la nación. Por ello entendemos que hay que distinguir dos situaciones: si el documento solicitado está formalmente clasificado, la autoridad que deniega el acceso al mismo se limita a constatar esta circunstancia, de modo que no habrá inconveniente para que se trate de un órgano administrativo distinto a los titulares de la potestad clasificatoria el que declare exceptuado el ejercicio del derecho [...]; ahora bien, si se trata de un documento no clasificado y el órgano en cuestión entiende que su comunicación pueda afectar a la seguridad del Estado, deberá remitir la solicitud a los órganos titulares de dicha potestad para que resuelvan”⁸⁰.

Ahora bien, aunque consideremos, en aras de la aplicación efectiva del principio de transparencia, que sólo podrá denegar el acceso en virtud de la aplicación de esta excepción, la autoridad competente para declarar su carácter reservado y secreto, está claro que cuando se trata del caso de la publicación de los documentos en Internet, no debería llevarse a cabo la misma si existe riesgo de que afecte a la defensa o seguridad del Estado, pues eso sería contrario a los intereses generales.

Los problemas surgen entonces de la determinación de qué documentos son susceptibles de afectar a la defensa y seguridad del Estado y la autoridad administrativa competente para declarar su carácter reservado o, simplemente, determinar que los mismos no son publicables por el posible daño que de su comunicación podría derivarse para el interés general.

⁷⁹ POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos...”, *op. cit.* pág. 468.

⁸⁰ *Ibidem.*

En este sentido, parece en exceso complicado y contrario a la eficacia administrativa que deba consultarse, por parte de cualquier Administración Pública que lleva a cabo una publicación proactiva de información administrativa a través de Internet, a las autoridades competentes para garantizar la seguridad y defensa del Estado, si determinados documentos pueden ser o no publicados y de hecho no existe procedimiento alguno en este sentido.

En el caso que nos ocupa, en principio la encargada de determinar la accesibilidad de los documentos administrativos de la Administración Pública andaluza es, en principio, la Comisión Calificadora de Documentos de Andalucía, quien se declara competente para declarar la accesibilidad o no de los documentos que, como estos proyectos, forman parte del Patrimonio Documental Andaluz.

Cabe plantearse, por ello, si la Comisión está legitimada para declarar la inaccesibilidad —y, por tanto, impedir la publicación— de un documento que afecta a la seguridad o defensa del Estado, puesto que no se trata de una autoridad competente para declarar la clasificación de documentos. En principio, aunque no se trata de un órgano administrativo competente para la clasificación y, por tanto, según los criterios aquí señalados, no tenga la competencia necesaria para la exclusión de su acceso, si es competente para la aplicación de la normativa de acceso contenida por el artículo 37 LRJAP y por tanto siempre queda la vía explícita del artículo 37.4 y la protección del interés público, pues no hay duda de que la seguridad nacional, al margen de determinar la posible clasificación de documentos, es un interés público prevalente al interés general del público en conocer la actuación de la Administración a través de la publicación de documentos.

No obstante, esto plantea el problema ya señalado de que por la vía de la garantía del interés público, en general, y de la seguridad nacional en particular, el derecho de acceso pudiera quedar completamente vacío de contenido. Por ello es necesario siempre llevar a cabo una ponderación de manera que sólo se lleve a cabo la exclusión de documentos clasificados o cuando se justifique fehacientemente la existencia de un interés público superior que excluya su libre transmisión al público.

A lo anterior debe añadirse otra cuestión, puesto que en muchos casos y, sobre todo, en el que nos ocupa, relativo a la posible publicación de expedientes relativos a proyectos de carreteras y ferrocarriles, nos encontraremos ante documentos de carácter técnico cuya valoración respecto de su capacidad para afectar la seguridad nacional no es de carácter jurídico sino técnico, por lo que la ponderación en este caso entre los diversos intereses en juego, resultará harto compleja y de carácter técnico más que jurídico.

En este caso, creo que debe entenderse que la restricción de la publicidad de los documentos técnicos debe acordarse también de ponderando de un lado el interés general en la transparencia y el carácter preeminente de la publicidad y, de otro, el carácter restringido de la aplicabilidad de las limitaciones al acceso a los documen-

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

tos, de modo que no tiene por qué considerarse que las informaciones técnicas presentes en los proyectos puedan afectar a la defensa y seguridad nacional, a no ser que su secreto o confidencialidad esté expresamente establecido por una norma con rango de Ley, esté declarado su carácter clasificado conforme a la Ley de Secretos Oficiales o por un acto formal de alguna de las autoridades que tienen la capacidad de determinar el carácter secreto o clasificado de determinadas informaciones. En este sentido, será de suma importancia la declaración de las llamadas “infraestructuras críticas” que vendrá a resolver este problema en relación con la exclusión y clasificación de determinados documentos relativos a infraestructuras por carretera y por ferrocarril por razones de seguridad nacional.

Por ello, en relación con la seguridad de las infraestructuras cuyos proyectos se pretende poner a disposición del público a través de su publicación íntegra en Internet y los riesgos que, de su publicación, pudieran derivarse para dichas infraestructuras, debe tenerse en cuenta la recientemente aprobada Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008.

Aunque al tratarse de una Directiva deberá esperarse a la aprobación del instrumento normativo de transposición de la misma elegido por el Estado español para poder saber cuál será la efectiva aplicabilidad de la misma, debe tenerse en cuenta que esta Directiva incluye, dentro de las llamadas “ICE” (“infraestructuras críticas europeas”), las infraestructuras de transporte por ferrocarril y por carretera. Según el artículo 2 a) de la Directiva, se considera infraestructura crítica “el elemento, sistema o parte de este situado en los Estados miembros que es esencial para el mantenimiento de funciones sociales vitales, la salud, la integridad física, la seguridad, y el bienestar social y económico de la población y cuya perturbación o destrucción afectaría gravemente a un Estado miembro al no poder mantener esas funciones”.

Según lo previsto por el texto de la Directiva, se deberá estar a lo que las autoridades designadas por la norma de aplicación de la misma consideren como “ICEs”, dentro de las cuáles bien podrían encontrarse las infraestructuras cuyos proyectos se pretende hacer públicos a través de Internet y podría por tanto considerarse clasificada la llamada “información sensible sobre protección de infraestructuras críticas” esto es, conforme al artículo 2 d) de la Directiva “los datos específicos sobre una infraestructura crítica que, de revelarse, podrían utilizarse para planear y actuar con el objetivo de provocar una perturbación o la destrucción de instalaciones sobre infraestructuras críticas”.

De identificarse dichas infraestructuras como ICEs, la información sensible sobre su protección quedaría probablemente incluida, a través de su identificación, como información clasificada y, por tanto, su difusión a través Internet vulneraría tanto la Ley de Secretos Oficiales, como la regulación sobre acceso a los documentos administrativos que, como ya sabemos, establece en los apartados 5 a) y 6 b) del artículo 37 LRJAP una limitación, de carácter absoluto al acceso cuando se trate de elementos clasificados o que pudieran afectar a la seguridad nacional que es, a su vez, una

de las limitaciones que al derecho de acceso establece, de manera genérica, el artículo 105 b) de la Constitución.

Asimismo, la propia Directiva establece en su artículo 9.1 la necesaria confidencialidad que han de garantizar las personas que tengan acceso a dicha información sensible, al disponer que “toda persona que maneje información clasificada en el marco de la aplicación de la presente Directiva en nombre de un Estado miembro de la Comisión será sometida al oportuno procedimiento de habilitación”. De esta manera, sólo podrán acceder a la información que se considere sensible quienes estén previamente habilitados para ello, por lo que el acceso por terceros no habilitados y, en general, por el público supondría una violación de dicha clasificación.

Deberán ser, por tanto, las autoridades nacionales quienes determinen, en el marco del instrumento de transposición de la citada Directiva, cuáles son los elementos sensibles y, por tanto, que en ningún caso podrán hacerse accesibles al público por Internet, de los proyectos de carreteras y de ferrocarriles, en el caso de que éstos fueran identificados como ICEs.

B. Expedientes relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial

Esta exclusión, prevista por el artículo 37.5.d) LRJAP, es otra de las que prevé la Ley en desarrollo legislativo del derecho de acceso, sin que traiga causa directa del artículo 105 b) CE. No obstante, la doctrina ha considerado, desde perspectivas muy distintas, que se trata de la traducción en este ámbito concreto de la defensa de algunos de los bienes jurídicos protegidos directamente por la Constitución, en cuanto que manifestación de la defensa nacional o del interés público –para algunos–, o de la intimidad –para otros–, así como de la defensa de la competencia.

En realidad, todos estos fundamentos se pueden encontrar en esta exclusión relativa a los secretos comerciales e industriales, pues la justificación de la confidencialidad en estos campos –comercial e industrial–, normalmente prevista por Ley, tiene por objeto precisamente la protección de varios bienes jurídicos, que pueden variar en cada caso. Hay que tener en cuenta, en este sentido, las diversas aplicaciones que tanto la industria como el comercio pueden tener, tanto a nivel público, como privado. Por otro lado, también debe considerarse la necesaria protección del Estado, cuando hablamos de secretos industriales relacionados con la defensa nacional, así como la de los ciudadanos, cuando se trata de proteger la competencia dentro del mercado y, evidentemente, también la de las empresas, en aras de garantizar su posible desarrollo tecnológico y las posibles ventajas competitivas que puedan obtener frente a otras empresas.

Todos estos elementos han sido tenidos en cuenta por las normas que regulan estos sectores, de entre las que nos referiremos, principalmente, a la Ley de Defensa de la

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

Competencia, de una parte y a las normas de propiedad industrial, de otra, que son precisamente las que tutelan los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de esta exclusión, sin olvidar la relevancia que, en estas materias, juega el Derecho comunitario⁸¹.

Por lo que se refiere a las normas de defensa de la competencia, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece en su articulado la publicidad de las actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia (artículo 23), así como de las sanciones que se impongan en aplicación de la norma legal (artículo 69), no obstante lo cual, la Ley permite que en cualquier momento se ordene que se mantenga el secreto –mediante pieza separada– de las actuaciones relativas a los procedimientos tramitados por la Comisión que incluyan documentos cuya confidencialidad deba preservarse (artículo 42), confidencialidad y secreto que están obligados a mantener quienes tramiten dichos procedimientos (artículo 43).

Más clara en relación al secreto, es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que considera desleal la divulgación o explotación de secretos industriales y empresariales a los que se haya tenido acceso legítima o ilegítimamente (artículo 13).

Por lo que se refiere al secreto industrial es necesario tener en cuenta las imposiciones de secreto que se establecen en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad –a pesar de que algún autor considera que lo que se protege en este caso a través de la Ley es el secreto vinculado a la defensa nacional⁸²–, por cuanto esta norma delimita, de la regla general de publicidad de las aquéllas, los casos en que determinados elementos de la propiedad industrial deben ser excluidos de la misma y, por tanto, tienen el carácter de secretos industriales.

En este sentido, la Ley establece el secreto del contenido de las patentes en dos situaciones distintas, que obedecen a la protección de dos bienes jurídicos diferenciados. De un lado, se establece el carácter secreto en la tramitación de cualesquiera solicitudes de patente, durante un plazo de dos meses (artículo 119.1), cuya finalidad es la protección de las investigaciones industriales hasta que se pongan en funcionamien-

⁸¹ Que, no olvidemos, contempla esta exclusión en el Reglamento 1049/2001, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, cuyo artículo 4.2 regula como una de las excepciones sometidas a ponderación frente al interés público “los intereses comerciales de una persona física o jurídica, incluida la propiedad intelectual”.

⁸² Así, FERNÁNDEZ RAMOS considera que “la imposición de un plazo general de secreto para todas las solicitudes de patentes como la posibilidad de patentes secretas son normas dirigidas a proteger no ya el secreto industrial, sino el secreto vinculado a la defensa nacional [...]. El secreto industrial –y el comercial– nada tienen que ver con la normativa de patentes, cuya finalidad es precisamente garantizar la explotación de las invenciones”. Para el autor “el fundamento del secreto empresarial se encuentra en el derecho a la libertad de empresa –artículo 38 CE–, pues su función no es tutelar la vida privada o íntima de las personas, sino proteger el interés competencial de los operadores económicos, y por tanto, tal protección sólo está justificada en la medida en que la publicidad lesione dicho interés”. En *El derecho de acceso...* *op. cit.* págs. 518 a 520.

Evidentemente que éste es uno de los fundamentos esenciales del secreto comercial, como ya se ha analizado, pero no el único: también debe protegerse la propiedad industrial, fruto de la actividad empresarial, para garantizar el desarrollo en libre mercado y con garantía de la competencia de las empresas.

to los instrumentos específicos de protección que se derivan del reconocimiento de la propiedad industrial⁸³. Y, de otro, se amplía este plazo a cinco meses cuando se estime que la invención puede ser de interés para la defensa nacional (artículo 119.2), pudiendo declararse secreta –clasificación que ha de renovarse anualmente–, si se considera necesario, a través de la inscripción de la patente en un registro secreto (artículo 120).

Es necesario tener en cuenta estas disposiciones, ya que sólo podrá aplicarse esta exclusión, denegándose por tanto el acceso, cuando sea una norma la que prevea la existencia del secreto comercial o industrial, puesto que, en principio, la regla general cuando se trata de propiedad industrial o de relaciones comerciales es la publicidad en las actuaciones y resultados. Como para el resto de situaciones en las que la regla es la publicidad, el secreto o las restricciones a la misma deben ser de interpretación estricta.

Así parece desprenderse de la doctrina jurisprudencial que relaciona este precepto con los supuestos de declaración de secreto o confidencialidad que, además, han de ser objeto de ponderación frente al interés que ostenta el solicitante de acceso en conocer el contenido de los documentos requeridos.

El Tribunal Supremo afirma, en sus Sentencias de 15 de febrero y 23 de mayo de 2007, la corrección de la previsión efectuada por el artículo 37 LRJAP para la protección de los intereses públicos y privados que justifican la confidencialidad en el ámbito de los secretos comerciales e industriales, que además se recoge en diversas leyes de nuestro ordenamiento jurídico⁸⁴. Pero, en todo caso, el Tribunal Supremo considera que estamos ante una exclusión relativa, por la contraposición de intereses presentes –la publicidad y la protección de los intereses de terceros– que requiere de una ponderación individualizada caso por caso, para determinar cuál es, en cada supuesto concreto, el interés preponderante. “Se impone, pues, –dice el Tribunal en su Sentencia de 15 de febrero de 2007– una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y a la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo. Por eso, esta Sala, en Auto de 6 de octubre de 2005 [...] ha considerado que esta materia debe abordarse “desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial”, sin que sea dable una

⁸³ En este sentido, DA SILVA OCHOA incluye en materia de secreto industrial no sólo a las patentes y modelos de utilidad, sino también las marcas, nombres comerciales, rótulos de establecimientos, denominaciones de origen, obtenciones vegetales, topografías de productos semiconductores, etc. DA SILVA OCHOA, “Derechos de los ciudadanos con especial referencia a las lenguas y acceso a registros”, en PENDAS GARCÍA, coord., *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, ed. Praxis, 1993, pág. 340.

⁸⁴ Razón por la cual, además de la aplicabilidad del apartado que nos ocupa [37.5.d)], se debe tener en cuenta la posible aplicación del apartado 4 del mismo artículo, que establece la posibilidad de denegar el acceso “cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley”.

Estudio Jurídico sobre la oportunidad de publicar proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en internet

declaración formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada” (F.J. 2.º)⁸⁵.

Por lo que se trata, evidentemente, de una exclusión relativa, en cuanto a que deben ponderarse los distintos bienes jurídicos que se enfrentan⁸⁶, cuya prevalente protección determinará si debe acordarse el acceso o denegarse el mismo, siendo la denegación, en todo caso, obligatoria, cuando así lo prevea una Ley, como en el caso concreto examinado.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de mayo de 2007 –en la que se enjuicia la conveniencia de la estimación de una petición de información relativa a documentación solicitada a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones–, en cuanto a la necesidad de ponderación de los intereses presentes entre los solicitantes de acceso y aquéllos particulares o empresas a las que afecta la comunicación de dichos documentos, otorgando el acceso cuando se entienda que el mismo no es lesivo de los intereses protegidos por el secreto comercial e industrial y siempre que el solicitante acredite la legitimación que sea necesaria a los efectos del artículo 37 LRJAP, así como el interés que le asiste para que pueda llevarse a cabo ese juicio de ponderación entre los mismos y los de los afectados por los documentos solicitados.

En el caso de la documentación aportada por empresas y particulares a los proyectos de carreteras y ferrocarriles que se pretendan poner a disposición del público a través de Internet, la señalada ponderación de intereses tendrá también que llevarse a cabo, teniendo en cuenta, de un lado, la necesidad de proteger los datos que, de manera confidencial, hayan aportado las empresas afectadas a estos proyectos y que pudieran ser susceptibles de ser considerados como secretos de carácter comercial o industrial y, de otro, el principio de transparencia que preside la publicación de los proyectos de obras de ferrocarriles y de carreteras en Internet.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la publicación de los servicios de empresas que pueden quedar afectados por el proyecto de obras (telefonía, electricidad, gas, oleoductos, etc.) y de los planos y detalles técnicos que las empresas ponen a disposición de la entidad gestora del proyecto de obras, para la elaboración del mismo,

⁸⁵ En el caso concreto que se contemplaba en esta Sentencia, la ponderación se hacía respecto de las previsiones de confidencialidad llevadas a cabo por la entonces vigente Ley de Defensa de la Competencia, de 1989, y la relación de ésta con las previsiones de acceso de la LRJAP. [...] Evidentemente, la declaración de confidencialidad acordada en el caso que aquí nos ocupa por el SDC y el TDC es plenamente coherente con esa regulación general del procedimiento administrativo, puesto que es la propia Ley de Defensa de la Competencia la que atribuye esa potestad e impone la limitación del derecho de acceso al expediente tramitado ante el Servicio o el Tribunal de Defensa de la Competencia, justamente porque en esta tipología de expedientes se examinan cuestiones atinentes a materias protegidas por el secreto comercial o industrial” (F.J. 2.º).

⁸⁶ Dice el Tribunal Supremo a este respecto que se trata de un “juicio de ponderación, que se despliega en el curso del proceso y que requiere de la colaboración de las partes procesales, a quienes corresponde la carga de aportar razones que les asisten para reclamar el alzamiento de ese nivel de protección y el consiguiente acceso a la documentación protegida. “Si las razones suministradas a tal efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad. Evidentemente, este juicio de ponderación es por principio casuístico e irreducible a categorizaciones preestablecidas (F.J.2º).”

puvieran ser susceptibles de encontrarse en este caso y, por tanto, de afectar a materias protegidas por el secreto comercial o industrial.

Y no sólo por la previsión que acabamos de ver, contenida en el artículo 37.5. d) LRJAP, sino porque se trata de una excepción, en protección de los secretos comerciales e industriales que está también específicamente prevista en las normas sobre la evaluación de impacto ambiental.

Así, el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, establece en su Disposición Adicional 5.^a que “de acuerdo con las disposiciones sobre propiedad industrial y con la práctica jurídica en materia de secreto industrial y comercial, el órgano competente, al realizar la evaluación de impacto ambiental, deberá respetar la confidencialidad de las informaciones aportadas por el titular del proyecto que tengan dicho carácter, teniendo en cuenta, en todo caso, la protección del interés público”.

Y, en el mismo sentido, el artículo 6 del Decreto 292/1995, de 12 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental, establece que:

“Información ambiental sensible:

1. El cumplimiento de lo dispuesto en el presente Reglamento se desarrollará necesariamente respetando el secreto comercial e industrial en los términos establecidos en la legislación vigente (artículo 9 de la Ley de Protección Ambiental).
2. Los titulares de las actuaciones objeto del presente Reglamento, podrán requerir del órgano ambiental competente la limitación del derecho a la información de aquellos datos con trascendencia comercial o industrial frente a personas o entidades distintas de la Administración.
3. El órgano ambiental competente decidirá respecto de la información que la legislación vigente excluye del secreto comercial o industrial y sobre la amparada por la confidencialidad, salvaguardando en todo caso los intereses generales. Esta resolución deberá ser motivada.
4. En caso de existir información relativa a elementos del medio ambiente en los que la divulgación de la localización geográfica exacta pusiera en peligro grave la conservación de los valores a proteger, el órgano ambiental podrá declarar reservada tal información y previa resolución motivada, determinar qué aspectos quedarán sustraídos del trámite de información pública”.

La dificultad en todos estos casos, a la hora de llevar a cabo la necesaria ponderación entre la preservación de los secretos comerciales e industriales y la transparencia –y, por tanto, la posible publicación en Internet de esta documentación–, está en

la determinación de qué informaciones pueden afectar la protección del secreto comercial e industrial, puesto que éste no ha sido definido por ninguna norma.

Al respecto, determinadas autoridades españolas toman en consideración la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2005, relativa a las normas de procedimiento interno para el tratamiento de las solicitudes de acceso al expediente en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, de los artículos 53,54 y 57 del acuerdo EEE y del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, que desarrolla la práctica de la Comisión sobre información confidencial y que establece que “cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá el carácter de secreto comercial. Como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estructura de ventas”.

Asimismo debe tenerse en cuenta que esta Comunicación considera, bajo el rótulo de “otra información confidencial” que “la categoría “otra información confidencial” incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. [...] Por lo tanto el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato”.

En el mismo sentido deben tenerse en cuenta, a la hora de publicar dichos datos, la necesaria protección del secreto industrial y los límites que dicha protección puede plantear a la hora de publicar en Internet la información relativa a los servicios afectados por los proyectos de obras cuando éstos hayan sido comunicados por las distintas empresas.

En todo caso, el escollo a la publicación que presenta la excepción prevista por la LRJAP en su artículo 37.5.d), en concreto, y las normas que protegen los secretos comerciales e industriales, en general, podría verse salvado en estos casos si, teniendo dudas sobre si la información proporcionada afecta o no a los secretos comerciales e industriales, sobre todo cuando se trata de servicios afectados por los proyectos de carreteras y ferrocarriles, se solicitara autorización a dichas empresas para que la información proporcionada sea publicada, cuestión que es de fácil solución a través de un simple formulario de consentimiento remitido a dichas empresas.

VI. CONCLUSIONES

De lo anteriormente analizado en el presente Estudio, cabe extraer las siguientes Conclusiones:

- I. Los proyectos de obras de carreteras y ferrocarriles pueden ser objeto de publicación a través de Internet conforme a la normativa que regula el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, siempre que se respeten las limitaciones impuestas en relación con la intimidad, la seguridad y defensa nacionales y con la investigación de los delitos –límites establecidos por el artículo 105 b) CE– y conforme a las exigencias de tipo subjetivo, objetivo y formal determinadas por el desarrollo legislativo del derecho previsto por los artículos 35 y 37 LRJAP.
- II. La publicación de los proyectos de carreteras y ferrocarriles a texto completo en Internet es un supuesto de cesión de datos conforme a la LOPD, por lo que sus preceptos y las limitaciones que dicha Ley establece respecto de la cesión de datos a terceros también pueden ser objeto de aplicación, dada la remisión que hace el artículo 37.4 LRJAP a las limitaciones establecidas en normas con rango de Ley.
- III. Los proyectos aquí referidos cumplen las exigencias objetivas establecidas por el artículo 37.1 LRJAP, como ya se ha analizado, pues se trata de hacer accesibles documentos, que forman parte de expedientes finalizados a la hora de la publicación, y que se encuentran sin duda en los archivos administrativos de la Junta de Andalucía.
- IV. Asimismo, las exigencias formales de la publicación no plantean problemas, por cuanto las mismas están previstas para el acceso individualizado a los documentos y están previstas en forma de limitaciones que garantizan la eficacia de las Administraciones Públicas (artículo 37.7 LRJAP), que en este caso tampoco se ven afectadas pues la publicación por Internet en nada dificulta su accesibilidad sin perjudicar el funcionamiento y cumplimiento de las actividades administrativas encomendadas, en el caso que nos ocupa, a GIASA.
- V. Por otro lado, ningún inconveniente surge de la publicación electrónica de los documentos, según lo dispuesto por el artículo 45 LRJAP y por la Ley 11/2007, de acceso electrónico a los Servicios Públicos, pues se trata de copias electrónicas en formatos accesibles al público en general, sin perjuicio de que su publicación, obviamente, no supone copia auténtica de la documentación a efectos jurídicos, sino simplemente tendrán el valor de copia simple, la cual se puede obtener también a través del ejercicio del derecho de acceso y, sin perjuicio, por supuesto, que una vez conocido el contenido de la documentación publicada, se proceda a solicitar certificado de la misma, conforme a lo establecido por el artículo 37.7 LRJAP.

- VI. Sí plantean mayores problemas las limitaciones que tanto la Constitución como la LRJAP plantean en protección de la intimidad de las personas, en forma de limitaciones de carácter subjetivo, por cuanto no podrán ser accesibles, en general, aquellos documentos para los que la LRJAP exigen una legitimación activa especial —prevista por los artículos 37.2 y 37.3 LRJAP—, así como las establecidas por los apartados 4 y 5 de la misma norma y cualesquiera otras normas a las que estos se remiten, siempre en defensa y garantía de otros tantos bienes jurídicos, cuya preeminencia determina que no puedan ser publicados, sino que deberán ser objeto de ponderación particularizada documento a documento para determinar si se cumplen los criterios legitimadores, en un caso, o los bienes que se protegen son preponderantes a la transparencia o el derecho de acceso, en el segundo.
- VII. Por todo ello, se ha llegado a la conclusión de que, si bien en general, son susceptibles de ser hechos públicos en su mayor parte los documentos relativos a los proyectos de infraestructuras de ferrocarril y de carreteras, como realización proactiva del principio de transparencia y del derecho de los ciudadanos de acceder a los archivos y registros administrativos, en cuanto a que se trata de una concreción de dicho principio, determinados documentos no podrán ser objeto directo de publicación, sino que deberán ser valorados a la luz de la legislación vigente, cuando ésta plantea determinadas limitaciones en protección de otros bienes jurídicos cuya protección puede considerarse preeminente a la transparencia.

En particular, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. En primer lugar, la inclusión de direcciones de correo electrónico puede generar conflicto a la luz de la legislación de protección de datos si no media consentimiento por parte de los afectados, al tratarse de la cesión —por publicación— de datos de carácter personal.

En los proyectos de obras estudiados se encuentran adjuntos al expediente determinadas comunicaciones realizadas vía correo electrónico consistentes en la presentación de alegaciones por parte de personas afectadas por el procedimiento, así como por representantes de empresas cuyos servicios se ven afectados por los trazados de las carreteras y ferrocarriles proyectados. En ambos casos, la publicación de las copias íntegras de dichos correos electrónicos sin el consentimiento explícito de las personas afectadas puede ser una violación directa de la LOPD que, a su vez, como ya se ha señalado, actúa como límite del derecho de acceso en aplicación del artículo 37.4 LRJAP.

La Agencia de Protección de Datos ha concluido en varias de sus resoluciones que la cesión de un fichero (o expediente) que contenga direcciones de correo electrónico ha de ser considerada como cesión de datos a los efectos de la LOPD, ya que la misma, incluso cuando tenga carácter profesional, que voluntaria o involunta-

riamente contenga información acerca de su titular, tiene la consideración de “dato de carácter personal”. La información puede referirse tanto al nombre y apellidos como a la empresa en que trabaja o su país de residencia, aparezcan o no estos datos en la denominación del dominio utilizado.

Dado el carácter de dato personal del correo electrónico, la prohibición de su publicación para otros fines que el que justificó su tratamiento y el carácter de cesión necesitada del consentimiento explícito de los afectados de la publicación, debe tenerse en cuenta que de realizarse sin el consentimiento de los afectados puede tener como consecuencia no sólo una vulneración de la legislación de protección de datos, sino también una violación de los límites del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos en cuanto que la inclusión de estos datos en los citados proyectos de obras, que constituyen un expediente administrativo, determina que el acceso a los mismos pueda ser denegado por aplicación del artículo 37.4 LRJAP que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, establece que el acceso podrá ser denegado cuando así lo disponga una Ley o prevalezcan intereses de terceros más dignos de protección.

2. En segundo lugar, también la inclusión de documentos en los que se contengan alegaciones al proyecto en sí, al procedimiento de expropiación o al de evaluación de impacto ambiental, realizadas por particulares, así como la correspondencia que se pueda sostener con terceras personas –incluso cuando sean representantes de empresas– cuando estos puedan quedar identificados ya sea por la inclusión de su correo electrónico, ya sea por la de otros datos personales, debe considerarse también susceptible de infringir la normativa de protección de datos, por las mismas razones que las anteriormente expuestas y, sobre todo, por el ya señalado carácter de cesión de datos que tiene la publicación de estos documentos en Internet. Por ello, sería recomendable bien recabar el consentimiento de los afectados para proceder a la publicación o, en caso contrario, llevar a cabo una “anonimización” de los documentos que resulten accesibles *on-line*.
3. Por el contrario, los expedientes de expropiación y datos referentes a la misma son en principio informaciones que sí son susceptibles ser publicadas ya que, a pesar de poder ser datos personales, su publicación está expresamente prevista por la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, que establece la obligación de someter a información pública la relación relativa a la declaración de la necesidad de expropiación, que es asimismo de obligatoria publicación en el BOE y en el boletín de la provincia respectiva cuando la expropiación la realice el Estado (artículo 18 LEF).

Por ello, no es necesario, en principio, que medie consentimiento para la comunicación por Internet –cesión de datos conforme al art .3. i) LOPD–, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 de la misma Ley Orgánica de Protección de Datos, pues estamos en principio estamos ante un tratamiento compatible según el artículo 4 LOPD. No obstante, la tendencia restrictiva de la aplicación de la Ley por

la Agencia estatal de Protección Datos, en cuanto a las publicaciones que considera como tratamientos compatibles con la finalidad de la obtención de los datos, en aplicación del artículo 4 LOPD, haría recomendable plantearse la posibilidad de proceder, igualmente en este caso, a la “anonimización” de los datos de carácter personal presentes en los Anexos de expropiaciones o a la solicitud de consentimiento por parte de los afectados.

4. También es necesario tener en cuenta que en los proyectos de carreteras y ferrocarriles pudieran encontrarse datos susceptibles de afectar a la seguridad y defensa del Estado, limitación de carácter absoluto que impide su publicación a través de Internet.

En principio, las informaciones técnicas presentes en los proyectos no tienen por qué afectar a la defensa y seguridad nacional, a no ser que su secreto o confidencialidad esté expresamente establecido por una norma con rango de Ley, esté declarado su carácter clasificado conforme a la Ley de Secretos Oficiales o por un acto formal de alguna de las autoridades que tienen la capacidad de determinar el carácter secreto o clasificado de determinadas informaciones.

No obstante, habrá que estar pendientes de la transposición de la Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, por la que se determina el carácter clasificado de aquellas infraestructuras que sean consideradas como “ICEs”, esto es, como infraestructuras críticas europeas. La transposición determinará cuál es la autoridad administrativa competente para considerar una infraestructura ferroviaria o de carretera como “crítica” y, por tanto, protegida, de manera que aquellos datos específicos sobre esas infraestructuras que “de revelarse, podrían utilizarse para planear y actuar con el objetivo de provocar una perturbación o la destrucción de instalaciones sobre infraestructuras críticas” (artículo 2.d) de la Directiva), no podrán ser objeto de publicación en Internet, a riesgo de constituir una infracción de la Ley de Secretos Oficiales, así como de los apartados 5.a) y 6.b) LRJAP.

5. Por último, debe tenerse en cuenta que la publicación de los servicios de empresas que pueden quedar afectados por el proyecto de obras (telefonía, electricidad, gas, oleoductos, etc.) y de los planos y detalles técnicos que las empresas ponen a disposición de sociedad gestora para la elaboración del proyecto de obras, pueden no ser publicables en Internet si los mismos son susceptibles de afectar a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, que es una de las limitaciones al acceso, de carácter objetivo, establecida por el artículo 37.5. d) LRJAP. Asimismo, se trata de una limitación referente no sólo al proyecto en sí, sino que además está explícitamente aludida por las normas en la evaluación de impacto ambiental.

En el mismo sentido deben tenerse en cuenta, a la hora de publicar dichos datos, la necesaria protección del secreto industrial y los límites que dicha pro-

Leonor Rams Ramos

tección puede plantear a la hora de publicar en Internet la información relativa a los servicios afectados por los proyectos de obras cuando éstos hayan sido comunicados por las distintas empresas. De poder verse afectado el secreto industrial, también será necesario recabar su consentimiento para proceder a la publicación.

Urbanismo: licencia en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una Delimitación de suelo Urbano Consolidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

Mónica Ortiz Sánchez

Letrada de la Junta de Andalucía

SUMARIO: 1. Resumen de la Sentencia. 1.1. Objeto del recurso. 1.2. Tramitación del procedimiento. 1.3. Motivos de impugnación y de defensa. 3. Fundamentos. 3.1. Inexistencia de desviación procesal. 3.2. Inexistencia de falta de congruencia de la sentencia. 3.3. Ilegalidad de la licencia concedida por basarse en un instrumento no apto para clasificación de los terrenos. 3.4. Ilegalidad parcial de la licencia por no concurrencia de los requisitos del artículo 45.1 LOUA. 4. Análisis de los pronunciamientos.

Siguiendo la dinámica de la revista de analizar la más reciente jurisprudencia en materia de urbanismo y medio ambiente, procedemos a continuación a comentar la Sentencia de 5 de abril de 2010, dictada en el recurso 451/2006, por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sede de Granada.

Por una parte debe destacarse que en el ámbito urbanístico son cada vez más frecuentes las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia que deben ser objeto de estudio, dado que al ser el urbanismo competencia de las Comunidades Autónomas y al legislar éstas sobre la materia, como el caso de Andalucía a través de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en lo sucesivo LOUA), está vedado, en la mayoría de los casos, el acceso de los asuntos judiciales al Tribunal Supremo dada la falta de aplicación de normativa estatal que justifique un eventual recurso de casación.

Por otra parte esta sentencia resulta doblemente interesante desde el punto de vista de sus razonamientos jurídicos, pudiendo distinguirse dos fundamentos jurídicos sobre cuestiones de naturaleza procesal (desviación procesal y congruencia procesal) y el resto sobre cuestiones puramente urbanísticas relativas al suelo no urbanizable, el otorgamiento de licencias en el mismo, y a los instrumentos adecuados para llevar a cabo el cambio de clasificación de los mismos. También resulta relevante el último de los fundamentos jurídicos que analiza y aplica al caso concreto el art. 45.1 LOUA relativo a la consideración como urbano de terrenos en base a su situación fáctica.

1. RESUMEN DE LA SENTENCIA

1.1. Objeto del recurso

El recurso tiene como objeto el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cuevas de Almanzora, el 9 de diciembre de 2004, que acordó conceder licencia de obras solicitada por la entidad mercantil MONSORA S.L. al proyecto básico de 108 viviendas, trasteros, plazas de garajes y locales comerciales, modificado de 108 a 102 viviendas en Cuevas de Almanzora (Almería).

La licencia de obras concedida por el citado Ayuntamiento tiene su fundamento en la clasificación del suelo afectado por la construcción como urbano consolidado, clasificación que le vendría otorgada por la Delimitación de Suelo Urbano Consolidado aprobada por el Pleno del Ayuntamiento poco tiempo antes, el 10 de diciembre de 2003.

1.2. Tramitación del procedimiento

Debido a la complejidad del proceso contencioso-administrativo en primera instancia conviene realizar un breve análisis de los principales hitos del mismo de cara a entender posteriormente el contenido de la sentencia dictada en apelación.

- En un primer momento procesal la demanda, que siempre tuvo el mismo objeto, a pesar de las alegaciones de la demandada en sentido contrario desestimadas en las dos sentencias, se planteó teniendo en cuenta las circunstancias fácticas a la fecha de su presentación.

En concreto, la licencia de obras concedida por el citado Ayuntamiento, y recurrida ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Almería, tenía su fundamento en la clasificación del suelo afectado por la construcción como urbano consolidado establecida en la Delimitación de Suelo Urbano Consolidado, aprobado en el Pleno de 10 de diciembre de 2003, que había sido impugnada por la Consejería de Obras Públicas y Transportes en el recurso contencioso-administrativo nº 2462/04, y cuya vigencia había sido suspendida por Auto del Tribunal Superior de Justicia de Granada (en lo sucesivo TSJ), por considerar dicho documento nulo de pleno derecho por los siguientes motivos:

- Se operaba un cambio de clasificación de suelo al incluir suelo clasificado por las vigentes Normas Subsidiarias (en lo sucesivo NN.SS.) como urbanizable y como no urbanizable.
- Se alteraban los Sistemas Generales de Espacios Libres previstos en las NN.SS., con la aparición de unos y la desaparición de otros.

Urbanismo: licencias en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una Delimitación de suelo Urbano Consolidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

- Se producían cambios en las Ordenanzas, ya que aparece una nueva U-4-C y la U-5 pasa de industrial a campamentos de turismo o camping.
- Teniendo en cuenta lo anterior y el hecho de que el establecimiento de estas determinaciones urbanísticas corresponde a los Planes Generales de Ordenación Urbanística, de conformidad con el artículo 10 de la L.O.U.A., es por lo que, en definitiva, mediante la aprobación del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano Consolidado se ha operado una Modificación de las NN.SS., para lo que, en modo alguno, estaba habilitado el Ayuntamiento.

Por ello en el momento de presentar la demanda, al estar suspendida la Delimitación del Suelo Urbano Consolidado en virtud de la resolución judicial comentada, el planeamiento vigente en el municipio lo constituían las NNSS aprobadas definitivamente el 11 de julio de 1994 y la construcción que se autorizaba se desarrollaba en parte, en suelo que, de acuerdo al citado planeamiento, estaba clasificado como no urbanizable de especial protección, como espacios catalogados por el PEPMF (Plan Especial de Protección del Medio Físico) de la provincia de Almería. Por ello resultaba de aplicación el artículo 52.2 de la LOUA que establece que en el suelo no urbanizable de especial protección sólo podrán llevarse a cabo segregaciones, obras y construcciones o edificaciones e instalaciones previstas y permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial, que sean compatibles con el régimen de protección a que esté sometido, estando sujetas a su aprobación y en su caso licencia, de acuerdo con lo regulado en el apartado anterior.

También se invocó que el acuerdo municipal en cuestión, además de ser contrario al ordenamiento urbanístico, al establecer determinaciones correspondientes al planeamiento de carácter general, resultaba nulo de pleno derecho en los términos del artículo 62.1.e de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que dispone que son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ya que las nuevas determinaciones urbanísticas introducidas requerían la Modificación de las NN.SS., modificación que no había sido llevada a cabo¹.

- El Ayuntamiento y la promotora contestaron a la demanda oponiéndose a la consideración de los terrenos como no urbanizables y proponiendo una extensa prue-

¹ En este punto debe recordarse lo dispuesto en el art. 26 LJCA. “1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. 2. La falta de impugnación directa de una disposición de carácter general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior”.

El proceso se inició con el DSUC suspendido, posteriormente la Sala del TSJA levantó la suspensión, lo que obligó, ante la desestimación de la petición de suspensión del proceso en la instancia por prejudicialidad, a demostrar, en base a este artículo de la LJCA que la licencia era ilegal porque era ilegal la disposición general en que se basaba, el DSUC, todo ello sin perjuicio de que también se acreditase la falta de concurrencia de los requisitos para considerar suelos urbanos por razones fácticas. Esta ampliación de los argumentos y fundamentos de la pretensión, que no del objeto del litigio es lo que produjo las alegaciones sobre desviación procesal y falta de congruencia de las partes demandadas en la apelación.

ba que tenía por objeto acreditar el carácter de suelo urbano consolidado por la situación fáctica.

- En pleno proceso el Tribunal Superior de Justicia revocó el Auto en el que acordaba la suspensión de la Delimitación del Suelo Urbano consolidado.
- Por la Administración Autonómica fue solicitada la suspensión del procedimiento en la instancia por prejudicialidad al estar pendiente de resolución la impugnación de la Delimitación del Suelo Urbano Consolidado (en lo sucesivo DSUC) en el TSJ, impugnación que servía de fundamento para impugnar la licencia, dado que ésta había sido otorgada en base a la clasificación de los terrenos realizada en la misma².
- La práctica de la prueba, tanto a propuesta de la parte demandante como de la demandada, tuvo por objeto acreditar la situación fáctica de los terrenos.
- En el escrito de conclusiones la parte demandante expuso dos argumentos esenciales: por una parte reiteró la no adecuación a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía de la DSUC y por lo tanto de los actos dictados en desarrollo de la misma³ y por otra, la irrelevancia de los argumentos de la demandada en relación a la existencia o no de criterios que permitían calificar el suelo como urbano dado que la jurisprudencia invocada no resultaba aplicable al presente supuesto y que las pruebas practicadas habían demostrado lo contrario.
- La Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Almería de 17 de enero de 2006 estimó parcialmente la demanda declarando la ilegalidad de la licencia de obras en la parte del suelo no urbanizable de especial protección y manteniendo la legalidad de la licencia en la parte de las obras desarrolladas en el terreno que según las Normas Subsidiarias tenían la condición de urbano.

El argumento esencial de la sentencia, como bien destaca el TSJ en el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia que se comenta, es que **“dos terceras partes de la promoción de viviendas se encuentra situada en suelo no urbanizable, según las Normas Subsidiarias de Cuevas de Almanzora de 11 de julio de 1994, y por ello, la licencia otorgada para el desarrollo de las obras en estos espacios, abstracción hecha de que cuente o no con todos los servicios a que alude el art. 45.1 LOUA es nula de pleno derecho, ex art. 62.1 de la Ley 30/1992, en cuanto que autoriza para edificar en**

² La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé en el **art. 43**, para los casos de prejudicialidad, que cuando para resolver sobre el objeto de litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso principal que tenga por objeto la cuestión prejudicial.

Urbanismo: licencias en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una Delimitación de suelo Urbano Con-solidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

suelo no urbanizable, al haberse producido sin que se haya llevado a cabo la modificación de las NN.SS por el procedimiento legalmente establecido”.

2. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN Y DE DEFENSA

El Ayuntamiento y la mercantil invocan en sus recursos de apelación los siguientes argumentos:

Existencia de desviación procesal. La desviación procesal, a tenor de lo manifestado en el recurso de apelación, se produjo como consecuencia de una supuesta modificación del objeto de la litis llevada a cabo por el Juez al dictar sentencia y separándose del objeto del pleito delimitado en el Auto de 24 de mayo de 2005 por el que se denegaba la pretensión de esta representación de suspensión del procedimiento por prejudicialidad.

Falta de congruencia de la sentencia al no haber resuelto todas las cuestiones planteadas en la litis.

Legalidad de la licencia por no estar suspendida la DSUC y haber sido otorgada en base a la misma y por la situación fáctica de los terrenos.

La Administración se opuso a todos estos argumentos, si bien la sentencia no recoge expresamente los argumentos vertidos en el escrito de oposición a la apelación.

3. FUNDAMENTOS

3.1. Inexistencia de desviación procesal

La primera pretensión relativa a la desviación procesal es rechazada de plano por el Tribunal Superior de Justicia con una amplia motivación donde recuerda la copiosa jurisprudencia existente en torno a la diferencia del objeto del proceso, que resulta inalterable un vez fijado el mismo en base a la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y por otra los distintos argumentos jurídicos que sirven de base a la acción ejercitada y que pueden verse ampliados en vía contenciosa, respecto de la vía administrativa, o incluso del propio escrito de la demanda al de conclusiones.

El Tribunal recoge en primer lugar el planteamiento del motivo de impugnación por parte de las apelantes para después de resumirlo rebatirlo. Así en el Fundamento de Derecho Primero, párrafo tercero, se pronuncia en los siguientes términos: “Contra dicha decisión se alza en apelación el ayuntamiento demandado y la empresa titular de la licencia de obras, con los siguientes argumentos. En primer lugar, **denuncian los apelantes desviación procesal de la sentencia por causar indefensión**, con infracción de los artículos 207 y 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así

como 65,1 y 2 de la LJCA, ya que fijados los términos del debate en el Auto de 24 de mayo de 2005 dictado para resolver cuestión prejudicial, se aparta del mismo en su Fallo al modificar los términos del debate, ya que anteriormente se había centrado el objeto en el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos legales de suelo urbano consolidado y la vigencia del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano Consolidado, pero en la sentencia se obvia este análisis, y se estima el recurso a pesar de reconocer que los terrenos cumplen los requisitos y características físicas de suelo urbano consolidado, por lo que ha basado su decisión el Juzgador de instancia en cuestiones distintas de las planteadas en la demanda y contestación. Argumentan además desviación procesal insistiendo en que se han alterado los términos del debate, lo cual consta en la misma sentencia bajo la consideración de que la actora ha ampliado el fundamento del recurso, cuando, a su juicio, lo ocurrido es una modificación de los términos del debate, ya que la actora se base en la Delimitación del Suelo Urbano Consolidado que había sido suspendida por este Tribunal, y planteando cuestión prejudicial, pero este Auto fue revocado y se declaró la improcedencia de la suspensión lo que justifica el cambio en el debate.”

Como hemos señalado anteriormente en Tribunal desgrana los argumentos de las apelantes, rechazándolos, y recordándoles la diferencia entre las pretensiones (“petitum”) y los argumentos o motivos (“causa petendi”) que sirven de sustento a las mismas en los siguientes términos: **“En relación con tal cuestión ha de recordarse que el objeto del proceso contencioso administrativo –de naturaleza esencialmente revisora– viene constituido por el acto administrativo y por las pretensiones que se deducen respecto de él, por lo que las partes pueden aducir en apoyo de sus pretensiones cuantos fundamentos o motivos tengan por conveniente, aunque no hubieran sido planteados en la vía administrativa** (art. 69.1 LRJCA), pero sin que les sea posible, sin embargo, introducir en vía jurisdiccional pretensiones distintas o ajenas a las que se han resuelto en la vía administrativa, so pena de incurrir en desviación procesal generadora de la inadmisibilidad del recurso. Siguiendo la línea argumentativa de la STS de 5 de julio de 2004 se pone de manifiesto que el artículo 45 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 señala que el recurso se iniciará por un escrito “reducido a citar” el acto por razón del cual se formula “y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso”. Y el artículo 56 de la misma Ley, al regular la demanda, no vuelve a aludir al acto administrativo impugnado, limitándose a prevenir que en la demanda se considerarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan. La acción Contencioso-Administrativa aparece así desdoblada en un acto de interposición, limitado a la indicación del acto que se recurre, y la demanda, en la que han de formularse los fundamentos fácticos y jurídicos de dicha impugnación. Se trata, pues, de un acto complejo, escindido en dos trámites por la razón práctica de tener a la vista el expediente para formular la demanda, pero con identidad objetiva y subjetiva, por lo que debe darse entre ambos una estrecha correlación, consistente en que la demanda no puede referir la impugnación a actos o disposiciones no mencionadas en el escrito de la interposición.”

Urbanismo: licencias en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una Delimitación de suelo Urbano Consolidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

El Tribunal tras hacer esta primera exposición de la diferencia entre petitum y causa petendi se centra en el objeto del recurso en cuestión indicando que “Una vez delimitado cuál sea el objeto del recurso contencioso administrativo, resulta evidente que el acto administrativo impugnado fue el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cuevas de Almanzora de 9 de diciembre de 2004, que otorgó licencia de obras a la entidad mercantil Monsora, S.L. para la construcción de 102 viviendas, trasteros, plazas de garaje y locales comerciales. En la demanda se solicita la nulidad del acto administrativo recurrido y se acuerde la restauración de la legalidad urbanística, al desarrollarse la construcción autorizada en parte en suelo no urbanizable de especial protección de la provincia de Almería. Posteriormente la parte actora solicita la suspensión de los Autos por cuestión prejudicial al estar pendiente de resolución el Recurso número 2462/04 ante esta Sala, que impugna el Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano Consolidado. Esta cuestión se resuelve de forma negativa en Auto de 24 de mayo de 2005, al considerar que la pendencia de estos Autos en la Sala, no afecta a la resolución de este litigio y la declaración de validez de dicho Proyecto de Delimitación, ya que también puede resolverse si se cumplen los requisitos del artículo 45, 1 de la LOUA, y aunque la Sala anulase dicho Proyecto, no impide que en este caso pueda considerarse suelo urbano consolidado el terreno afectado por la licencia.”

A continuación el TSJ procede a realizar un recorrido sobre los principales pronunciamientos judiciales, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que avalan la legalidad de la resolución recurrida y la inexistencia de desviación procesal: “Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre esta cuestión, si bien a título de ejemplo recogemos la de 22 de julio de 2009: “situándonos en el ámbito que nos compete, el artículo 33 de la LRJCA establece que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa juzgará dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos o alegaciones deducidos para fundamentar el recurso y la oposición, imponiendo, para comprobar la concurrencia del requisito de congruencia, la comparación de la decisión judicial con las pretensiones y con las alegaciones, aunque éstas deben entenderse como motivos del recurso y no como argumentos jurídicos.

En este sentido, la STS de esta Sala de fecha 5 de noviembre de 1992, señaló los criterios para apreciar la congruencia de las sentencias, advirtiendo que en la demanda contencioso-administrativa se albergan pretensiones de índole varia, de anulación, de condena, etc., que las pretensiones se fundamentan a través de concretos motivos de impugnación o cuestiones, y, que las cuestiones o motivos de invalidez aducidos se hacen patentes al Tribunal mediante la indispensable argumentación jurídica. En consecuencia, se decía **“argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige el Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere que lo haga sobre la base de los motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argu-**

mentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso". Desde la misma perspectiva el Tribunal Constitucional ha señalado que (STC 8/2004, de 9 de febrero) **"debe distinguirse entre lo que son meras alegaciones o argumentaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones", sin que las primeras requieran "una respuesta explícita y pormenorizada", mientras que, por el contrario, las pretensiones si exigen "de respuesta congruente..."** sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse".

Por otra parte el artículo 67 de la misma LRJCA establece que la sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso precepto que tiene un claro paralelismo con el precepto citado como infringido (artículo 218 LEC), aunque los artículos 33.2 y 65.2 de la LRJCA –que tienden a conceder una cierta libertad al juzgador para motivar su decisión– siempre exigen se someta previamente a la consideración de las partes los nuevos motivos o cuestiones para salvaguardar los principios de contradicción y congruencia.

En esta línea, el Tribunal Constitucional, desde su clásica STC 20/982, de 5 de mayo, viene considerando que el vicio de incongruencia, en sus distintas modalidades, como el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más, menos, o cosa distinta de lo pedido, y que puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando la desviación en que consista la incongruencia sea de tal naturaleza que suponga una competencia modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal.

En síntesis, pues, **la congruencia de la sentencia presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado por sus elementos subjetivo (partes) y objetivo (petitum y causa de pedir)**. La adecuación o correspondencia que la congruencia impone debe extenderse tanto al resultado o efecto jurídico que el litigante pretende obtener con el pronunciamiento judicial postulado ("petitum") como a los hechos que sustentan la pretensión y nutren su fundamento ("causa petendi"). Por tanto, ambas conjuntamente, delimitan pues el alcance objetivo de la resolución judicial, debiendo, no obstante, añadirse para precisar el alcance del requisito de la congruencia que examinamos, dos consideraciones : a) Que la congruencia procesal es compatible con el principio "iura novit curia" en la formulación por lo Tribunales de sus razonamientos jurídicos; y b), Que la incongruencia es relevante, incluso, desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva y del derecho de defensa constitucionalmente reconocidos (artículo 21.1 y 2 Constitución Española), cuando como consecuencia de ella se produce una modificación de los términos del debate procesal, con quiebra del principio de contradicción y menoscabo del fundamental derecho de defensa, Por ello (STC 8/2004

Urbanismo: licencias en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una Delimitación de suelo Urbano Consolidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

de 9 de febrero) se ha insistido en que es “preciso ponderar las circunstancias concurrente en cada caso para determinar... si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del derecho reconocido en el artículo 21.1 CE o si, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias de la tutela judicial efectiva”.

Por ello, lo que se exige es que la sentencia tenga coherencia interna, esto es, que observe la necesaria correlación entre la ratio decidendi y lo resuelto en el fallo o parte dispositiva; y, asimismo, que refleje una adecuada conexión entre los hechos admitidos o definidos y los argumentos jurídicos utilizados. Se habla, pues, de supuesto de incongruencia o de incoherencia interna de la sentencia cuando los fundamentos de su decisión y su fallo resultan contradictorios.

Pues bien, como venimos señalando, en la sentencia de instancia no apreciamos tal incongruencia ni desviación procesal, ya que en la misma el Juzgador de instancia ha procedido a resolver la cuestión suscitada en el marco dialéctico del planteamiento por la parte recurrente debidamente contestada por el ayuntamiento demandado y la entidad codemandada. Efectivamente, desde su encabezamiento, el escrito de demanda se refiere al Acuerdo de 9 de diciembre de 2004 en cuanto concede la licencia de obras solicitada, añadiendo que el motivo es el desarrollo de la obra autorizada en suelo no urbanizable de especial protección de acuerdo con el planeamiento, haciendo referencia en la demanda al Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano Consolidado que fue aprobado por el mismo Ayuntamiento e impugnado ante esta Sala en recurso 2462/2004, y posteriormente dentro de las conclusiones, la Administración Autonómica dentro del argumento jurídico de que la licencia se otorga en suelo no urbanizable, se refiere al argumento del Ayuntamiento respecto de la clasificación del suelo como urbano consolidado en virtud del Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano Consolidado aprobado, aduciendo su ilegalidad, como se puso de manifiesto en la impugnación del mismo ante esta Sala, pudiendo contestar los demandados a dichas cuestiones en sus propios escritos de conclusiones, formulados tras haber obtenido copias de las presentadas por la actora; por ello, desde tal perspectiva lo cierto es que la sentencia ha dado la respuesta a la que estaba obligada, con pleno respeto al principio de congruencia que se dice vulnerado, conectando así con la clara pretensión de la recurrente; esto es, el contenido y sentido de tal respuesta, podrá ser aceptado y tomado en consideración por la parte recurrente, o bien, como aquí acontece, discutirse o rechazarse, pero de lo que **no cabe duda es de que el pronunciamiento jurisdiccional ha existido, en los términos y en el marco requeridos por la jurisprudencia que hemos examinado, habiendo constituido una respuesta motivada, razonada y congruente con la concreta pretensión formulada, sin que podamos concluir en que existió una alteración del objeto del proceso (delimitado por el acto administrativo impugnado), ni de los términos del debate.**”

3.2. Inexistencia de falta de congruencia de la sentencia

El segundo motivo de apelación, la falta de congruencia de la sentencia, es desestimado por la Sala, de forma más breve que el anterior motivo, seguramente por guardar también relación con aquél y haber sido objeto de un mayor análisis en el anterior fundamento jurídico.

Así en el Fundamento de Derecho Segundo manifiesta el Tribunal que: “Esta misma respuesta desestimatoria corresponde al segundo motivo de Apelación, puesto que consideramos que la **sentencia recurrida no infringe las normas reguladoras de la sentencia establecidas en el artículo 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que prescribe que las sentencias “decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso”**, y en el artículo 218 de la Ley 1/2007, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que precisa el contenido de las sentencias, al exponer que “deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito”, aludiendo la parte Apelante igualmente a los artículos 208 y 209 de la Ley Rituaria Civil, y al artículo 120 y 24 de la Constitución, en cuanto que constatamos que no ha incurrido en incongruencia ni ha distorsionado los términos del debate procesal en los términos planteados, porque **ni elude pronunciarse sobre las pretensiones de las parte, y justifica la declaración de nulidad de pleno derecho de la resolución en cuanto concede licencia de obra en suelo no urbanizable, manteniendo su validez en lo que no queda afectado por este requisito urbanístico de validez, pues apreciamos que la decisión judicial se fundamenta en el incumplimiento de la normativa urbanísticas, relativa a la clasificación del suelo urbano consolidado y la reclasificación del no urbanizable.**”

Por todo lo anterior el Tribunal rechaza que la sentencia recurrida no decida ni razone o justifique todas las cuestiones controvertidas en el procedimiento jurisdiccional.

Además trae de nuevo a colación la jurisprudencia más reciente sobre esta materia al indicar que: “según es consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 67/2007, de 27 de marzo, que se reitera, substancialmente, en la sentencia constitucional 44/2008, de 10 de marzo, para que se pueda declarar que un órgano judicial vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una decisión razonada fundada en Derecho, que garantiza el artículo 24.1 de la Constitución, por falta de respuesta a las cuestiones planteadas en los escritos rectores del proceso, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

Según dijimos en nuestra STC 52/2005, de 14 de mazo, “forma parte de la jurisprudencia sentada por este Tribunal sobre el derecho a la tutela judicial efectiva que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE.

Urbanismo: licencias en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una Delimitación de suelo Urbano Consolidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

Tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste.

No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de “la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo”, sino sobre el desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes (SSTC 118/1989, de 3 de julio; 53/1999, de 12 de abril; 11472003, de 16 de junio).

Como recordaba recientemente la STC 8/2004, de 9 de febrero, se trata de “un quebrantamiento de forma que... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia”.

En consecuencia, el quebrantamiento de forma denunciado en relación con los antecedentes de hecho y razonamientos jurídicos no ha causado indefensión a las partes, y no tiene trascendencia anulatoria.”

3.3. Ilegalidad de la licencia concedida por basarse en un instrumento no apto para clasificación de los terrenos

Como indicábamos anteriormente la parte apelante recurre la sentencia invocando la legalidad de la licencia por no estar suspendida la DSUC al haber sido otorgada en base a la misma y por la situación fáctica de los terrenos en base al artículo 45.1 LOUA.

El Tribunal desestima estos motivos en los Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto.

Así, en cuanto al otorgamiento de la licencia en base a la DSUC no suspendida en el momento de dicta sentencia la Sala, el Tribunal realiza un importante esfuerzo por aclarar los términos de debate, y si bien no cita en momento alguno el artículo 26 LJCA, éste planea en todo momento en este fundamento, en lo términos explicados anteriormente.

El Tribunal desestima, en el Fundamento de Derecho Tercero este motivo, en los siguientes términos: **“En primer lugar, la Administración autonómica no pretende en este proceso la declaración de nulidad del Acuerdo de Delimitación de Suelo Urbano Consolidado –la nulidad la pretende en otro proceso distinto– sino que pretende la nulidad de la licencia de obras concedida a la empresa codemandada.** En segundo lugar, el Magistrado de instancia no estima el recurso contencioso administrativo porque entienda que la licencia de obras es ilegal por serlo el Acuerdo de Delimitación de

Suelo Urbano Consolidado en el que el Ayuntamiento pretende cobijar la licencia; sino que **la sentencia de instancia estima el recurso y anula en parte la licencia podría incurrir en vicios de nulidad absoluta del artículo 62 de la Ley 30/92, a la vista de que la licencia de obras afecta a suelo no urbanizable, clasificado en las NNSS –según se desprende del informe de la Jefa del Servicio de Ordenación del Territorio y Urbanismo de 10 de junio de 2005, planos y documentos en que se apoya– y en atención a que no concurren los requisitos exigidos en el art. 45.1 LOUA para que el suelo a que se refiere la licencia, en 2/3 pueda ser considerado suelo urbano consolidado. Uno de los requisitos exigidos de manera inexcusable, no concurrente en este caso, es que los terrenos en cuestión estén calificados como suelo urbano en el Plan General de Ordenación Urbanística, o en el Plan de Ordenación Intermunicipal, sin que puedan realizar la función de calificación del suelo –o en su caso de recalificación– los proyectos de delimitación de suelo urbano consolidado.”**

Este argumento debe ser destacado por cuanto atiende a los argumentos que en su día fueron invocados por la Administración y especialmente a la posibilidad de declarar nulo un acto en base a la ilegalidad de la disposición general en el que se ampara el acto impugnado. En el presente caso el Ayuntamiento de Cuevas de Almanzora llevó a cabo una reclasificación de los terrenos a través un instrumento no apto para ello.

Efectivamente, analizada la DSUC se veía que se había producido una innovación de las determinaciones estructurales y posiblemente pormenorizada de las contenidas en las vigentes NN.SS, es decir se había producido una reclasificación de suelo, excediendo con esto de las atribuciones que por Ley tiene un Proyecto de Delimitación de Suelo Urbano Consolidado que es: el de diferenciar, a los efectos de su régimen urbanístico, dentro del suelo urbano clasificado como tal en las NN.SS vigentes, el suelo urbano consolidado del no consolidado.

En el presente caso la reclasificación del suelo mediante la aprobación de la Delimitación del Suelo Urbano Consolidado no había sido realizada conforme al procedimiento legalmente establecido, pues debería haberse acudido al correspondiente, a la innovación de las NNSS o al Plan General de Ordenación Urbana (art. 10 LOUA).

3.4. Ilegalidad parcial de la licencia por no concurrencia de los requisitos del artículo 45.1 LOUA

Finalmente en el Fundamento de Derecho Cuarto se acogen de nuevo las alegaciones de la Administración y valorando la extensa prueba practicada se desestima este motivo de apelación en los siguientes términos: **“Por otra parte la prueba practicada tampoco acredita la concurrencia de los requisitos del artículo**

Urbanismo: licencias en suelo no urbanizable otorgada sobre la base de una Delimitación de suelo Urbano Con-solidado. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de abril de 2010

45 de la LOUA en atención a la realidad física, ya que no basta que el suelo en cuestión se encuentre cerca o próximo a una zona urbanizable, sino que deben concurrir el resto de los requisitos legales, constando en el informe aportado por la parte actora y apelada que la zona discutida es no urbanizable correspondiente a la Vega Baja De Almanzora, y **aunque en el margen de la carretera donde se sitúa el terreno existe una franja de 18 metros de fondo de suelo urbano, el resto es suelo rústico en 2/3 parte, no existiendo ningún tipo de urbanización en la zona posterior de la parcela, con un camino de tierra y murete de piedra, sin encintado de aceras, alumbrado, canalizaciones, etc, lo cual también se pone de manifiesto en las fotografías aéreas aportadas, donde se comprueba estas características de la finca, ya que la poca trama urbana existente está situada al otro lado de la carretera.** Ello no ha quedado desvirtuado con la pruebas aportadas por las partes Apelantes y demandadas, que ofrecen una visión parcial de la zona, para mostrar únicamente la parte en que se encuentran las construcciones, sin acreditar que los servicios necesarios y determinados en el citado artículo 45, también incluyen la zona no urbanizable aquí discutida.”

4. ANÁLISIS DE LOS PRONUNCIAMIENTOS

Esta sentencia debe recibir una valoración muy positiva por varios motivos.

En primer lugar por el enorme esfuerzo que lleva a cabo en aras a clarificar cuestiones de índole procesal que son utilizadas comúnmente de forma torticiera en numerosos litigios. En el seno de un procedimiento judicial son dos los tipos de argumentos empleados por las partes en contienda, los procesales y los sustantivo-materiales. Mientras que los primeros suelen ser los de más fácil determinación, el objeto del pleito en sí, en no pocas ocasiones puede apreciarse el empleo de técnicas procesales oscuras que con ánimo de hacer más complejo el proceso, constituyen un enrevesamiento del mismo perjudicando el propio proceso, y el trabajo de los tribunales, que se ven obligados, como en el presente caso, a separar la paja del trigo, para centrarse en éste segundo. No siempre tienen los tribunales tan buen criterio como en el presente caso en el que han sabido dejar al margen los argumentos de las partes que pretendían desviar la atención de los órganos judiciales del objeto del pleito.

Por otra parte delimita, una vez mas, las competencias urbanísticas de los municipios pronunciándose, si bien a los solos efectos de esta litis, sobre el inadecuado procedimiento empleado por el Ayuntamiento en cuestión para reclasificar terrenos, y cómo este procedimiento al margen de la legalidad no puede servir de cobertura a licencias contrarias a la ley.

Finalmente considerando que el suelo en cuestión es en sus dos terceras partes rústico, y no existiendo ningún tipo de urbanización, determina la inaplicabilidad del art. 45.1 de la LOUA. Es en este punto donde se hubiese apreciado favorablemente

una mayor extensión de los argumentos del Tribunal, dado también los términos en que fueron planteados los recursos de apelación y el escrito de oposición a la apelación. Efectivamente, si bien es cierto que los terrenos no reunían los requisitos para ser considerados urbanos en base al art. 45.1 no es menos cierta que la jurisprudencia sobre la situación fáctica de los terrenos a los efectos de la clasificación de los mismos como urbanos no resultaba de aplicación al presente caso.

Por tanto, una cosa es que, según la jurisprudencia, el carácter urbano del suelo dependa de consideraciones fácticas (existencia de accesos rodados, suministros de luz y agua, saneamiento) y que a la hora de clasificar en el correspondiente instrumento no quepa discrecionalidad al respecto, y otra muy distinta es que se pueda invadir el suelo no urbanizable para conseguir la clasificación de facto sin cesiones obligatorias y gratuitas (viales, espacios libres, zonas verdes, dotaciones públicas, sistemas generales) y sin ceder el 10% del aprovechamiento urbanístico a que obligan la LOUA en consonancia con el mandato constitucional.

La jurisprudencia invocada por la apelante, a la que no hace alusión la Sentencia del TSJ, se refiere a supuestos en los que habiendo sido aprobado un instrumento de planeamiento en el que se ha realizado una reclasificación de suelos (no es éste el caso pues se ha optado por una figura inadecuada a este fin como ya ha sido destacado anteriormente) no haya sido clasificado como urbano aquél suelo que reunía en el momento de aprobación de dicho instrumento los requisitos exigidos por la ley. Desde luego dicha jurisprudencia es tajante en lo que respecta al momento en que deben existir los servicios básicos (acceso rodado, abastecimiento de aguas, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica) y dicho momento es el de aprobación del correspondiente instrumento del planeamiento.

En este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Granada así lo manifiesta en la Sentencia de 3 de mayo de 2005.

Igualmente la STSJ Castilla-León de 8 de noviembre de 2002 (RJCA 2002/1048) señala que para distinguir entre una y otra clase de suelo (consolidado y no consolidado) no basta la realidad física, hay que tener en cuenta también la realidad jurídica. Así, una finca con uso industrial que se convierte en uso residencial lucrativo supone la producción de plusvalías de las que debe participar la sociedad.