

Administración de Andalucía

Revista Andaluza de Administración Pública

■ **105/2019**
septiembre-diciembre

ESTUDIOS

Néstor A. Cafferatta
Derecho privado ambiental. A la luz del Código Civil y Comercial

Ignacio Jiménez Soto
Federaciones, actividades deportivas y medio natural. Sobre la viabilidad de algunas funciones públicas delegadas

M^a del Mar Caraza Cristín
Las políticas públicas de vivienda protegida en Andalucía: fortalezas, debilidades y oportunidades de mejoras

Dario Canterla Muñoz
Los problemas en la gestión patrimonial de los bienes transferidos a las Universidades por la vía del artículo 80.2 de la LOU.
Mecanismos de solución

JURISPRUDENCIA

Comentarios de Jurisprudencia

De nuevo el caso López Ribalda ("Caso Mercadona") y la videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales:
La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019
(Antonio Luis Faya Barrios)

Notas de Jurisprudencia

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Sobre la comisión parlamentaria de investigación de la FAFFE y sus comparecientes mudos
(Victor Vázquez Alonso)

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

Novedades y características del recurso especial en materia de contratación pública
(José Enrique Candela Talavero)

Las retribuciones complementarias del personal de las Fuerzas Armadas
(Ana María Moreno Márquez)

RESEÑA LEGISLATIVA

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME: El nuevo régimen de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Andalucía
(Carmen Núñez Lozano)

NOTICIA DE REVISTAS AUTONÓMICAS

BIBLIOGRAFÍA



ADMINISTRACIÓN DE ANDALUCÍA

REVISTA ANDALUZA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nº 105

Septiembre-Diciembre 2019

Revista cuatrimestral, esencialmente jurídica, cuyo objeto es la investigación, análisis y divulgación de las fuentes y actividades jurídicas relativas a la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, ello sin exclusión de estudios o documentaciones referidas a otros poderes, instituciones o problemas de la propia Comunidad Autónoma u otras Administraciones Públicas por su incidencia en el ámbito de intereses de la Junta de Andalucía.

La Revista carece de adscripción ideológica o política determinada persiguiendo exclusivamente poner sus contenidos científicos, de modo objetivo e imparcial, al servicio de los intereses generales de Andalucía, respondiendo a su esencial caracterización de Revista científica, universitaria, libre y pluralista.



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Consejo Asesor

MANUEL FRANCISCO CLAVERO ARÉVALO. *Catedrático de Derecho Administrativo. (Presidente)*
Cámara Villar, Gregorio. *Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Granada.*
Escribano Collado, Pedro. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Flores Domínguez, Luis Enrique. *Secretario del Ayuntamiento de Sevilla.*
González González, Juan Carlos. *Director del Instituto Andaluz de Administración Pública.*
Gutiérrez Colomina, Venancio. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Secretario del Ayuntamiento de Málaga (en excedencia).
Horgué Baena, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla*
Jiménez Blanco y Carrillo de Albornoz, Antonio. *Catedrático de Derecho Administrativo.*
Universidad Politécnica de Madrid.
Jiménez López, Jesús. *Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.*
López Menudo, Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
López-Sidro Gil, Joaquín José. *Director General de Administración Local.*
Márquez García, Natalia Silvia. *Directora General de Recursos Humanos y Función Pública.*
Martínez Fernández, Julián. *Vicerrector de Investigación. Universidad de Sevilla.*
Moreno Andrade, Antonio. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Ortiz Mallol, José. *Letrado de la Junta de Andalucía.*
Pardo Falcón, Javier. *Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía.*
Pérez Moreno, Alfonso. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Naranjo, María Gema. *Directora General de Transformación Digital.*
Puya Jiménez, Rafael. *Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.*
Valles Ferrer, José. *Catedrático de Política Económica. Universidad de Sevilla.*

Director:

JESÚS JORDANO FRAGA. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*

Secretaria:

MARIA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.*

Consejo de Redacción:

Arana García, Estanislao. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Barrero Rodríguez, Concepción. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Carbonell Porras, Eloisa. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén.*
Carrillo Donaire, Juan Antonio. *Catedrático (acreditado) de Derecho Administrativo. Profesor Asociado. Universidad de Sevilla.*
Castillo Blanco, Federico. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada.*
Escribano López, Francisco. *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Sevilla.*
Fernández Ramos, Severiano. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.*
Gamero Casado, Eduardo. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide.*
González Rios, Isabel. *Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*
Guichot Reina, Emilio. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Millán Moro, Lucía. *Catedrática de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide.*
Pérez Andrés, Antonio Alfonso. *Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Pérez Gálvez, Juan Francisco. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.*
Rebollo Puig, Manuel. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.*
Rivero Ysern, José Luis. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.*
Vázquez Alonso, Víctor J. *Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Sevilla.*
Vera Jurado, Diego. *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.*

Consejo Científico.

Alenza García, José Francisco. *Universidad de Navarra.*
Amado Gomes, Carla. *Universidad de Lisboa.*
Cano Campos, Tomas. *Universidad Complutense de Madrid.*
Casado Casado, Lucia. *Universidad Rovira Virgili.*
Civitaresse Matteucci, Stefano. *Universidad "G. d'Annunzio" Chieti - Pescara.*
Domenech Pascual, Gabriel. *Universidad de Valencia.*
Fernández Torres, Juan Ramón. *Universidad Complutense de Madrid.*
Galán Galán, Alfredo. *Universidad de Barcelona.*
Gómez Puente, Marcos. *Universidad de Cantabria.*
Hernández González Francisco Lorenzo. *Universidad de La Laguna.*
López Ramón, Femando. *Universidad de Zaragoza.*
Lozano Cutanda, Blanca. *CUNEF.*
Mir Puigpelat, Oriol. *Universidad de Barcelona.*
Montoya Martín, Encarnación. *Universidad de Sevilla.*
Nogueira López, Alba. *Universidad de Santiago de Compostela.*
Parejo Alfonso, Luciano. *Universidad Carlos III.*
Piñar Mañas, José Luis. *Universidad San Pablo –CEU de Madrid.*
Rodríguez Arana, Jaime. *Universidad de la Coruña.*
Santamaría Pastor, Alfonso. *Universidad Complutense de Madrid.*
Sanz Rubiales, Iñigo. *Universidad de Valladolid.*
Soro Mateo, Blanca. *Universidad de Murcia.*
Tavares da Silva, Suzana. *Universidad de Coimbra.*
Tolivar Alas, Leopoldo. *Universidad de Oviedo.*
Valcárcel Fernández, Patricia. *Universidad de Vigo.*
Valencia Martín, Germán. *Universidad de Alicante.*

Secretaría de Redacción:

Facultad de Derecho. Campus Ramón y Cajal C/ Enramadilla, 18 -20. 41018 Sevilla.
Tlf.: (95) 455 12 26. Fax: (95) 4557899

Realización:

Instituto Andaluz de Administración Pública

Edita:

Instituto Andaluz de Administración Pública

ecoedición 		
Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible		
Impacto ambiental por producto impreso	 Agotamiento de recursos fósiles 0,68 kg petróleo eq	 Huella de carbono 2,33 Kg CO ₂ eq
por 100 g de producto	0,08 kg petróleo eq	0,26 Kg CO ₂ eq
% medio de un ciudadano europeo por día	15 %	7,6 %
		reg. nº: 2020/054  Junta de Andalucía

ISSN: 1130-376X- Depósito Legal: SE-812-1990

Talleres: Servicio de Publicaciones y BOJA

Suscripción anual (3 números): 36 euros. (IVA incluido)

Número suelto: 12 euros. (IVA incluido)

Pedidos y suscripciones: Instituto Andaluz de Administración Pública

Servicio de Documentación y Publicaciones

Calle Torneo núm. 26

41002 SEVILLA

Tlf.: 95 504 24 00 - Fax: 95 504 24 17

www: juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica

Email: publicaciones.iaap@juntadeandalucia.es





SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Néstor A. Cafferatta <i>Derecho privado ambiental. A la luz del Código Civil y Comercial</i>	19
Ignacio Jiménez Soto <i>Federaciones, actividades deportivas y medio natural. Sobre la viabilidad de algunas funciones públicas delegadas</i>	59
M ^a del Mar Caraza Cristín <i>Las políticas públicas de vivienda protegida en Andalucía: fortalezas, debilidades y oportunidades de mejoras</i>	111
Darío Canterla Muñoz <i>Los problemas en la gestión patrimonial de los bienes transferidos a las Universidades por la vía del artículo 80.2 de la LOU. Mecanismos de solución</i>	141

JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

De nuevo el caso López Ribalda (“Caso Mercadona”) y la videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales: La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 <i>(Antonio Luis Faya Barrios)</i>	183
---	-----

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- I. Constitución.- II. Derechos y Libertades.- III. Principios Jurídicos Básicos.- IV. Instituciones de Estado.- V. Fuentes.- VI. Organización Territorial del Estado.- VII. Economía y Hacienda.-
(Francisco Escribano López)

209

TRIBUNAL SUPREMO Y TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

- I. Acto Administrativo.- II. Administración Local.- III. Administración Pública.- IV. Bienes Públicos.- V. Comunidades Autónomas.- VI. Contratos.- VII. Corporaciones de Derecho Público.- VIII. Cultura, Educación, Patrimonio Histórico.- IX. Derecho Administrativo Económico.- X. Derecho Administrativo Sancionador.- XI. Derechos Fundamentales y Libertades.- XII. Expropiación Forzosa.- XIII. Fuentes.- XIV. Hacienda Pública.- XV. Jurisdicción Contencioso-Administrativa.- XVI. Medio Ambiente.- XVII. Organización.- XVIII. Personal.- XIX. Procedimiento Administrativo.- XX. Responsabilidad.- XXI. Salud y Servicios Sociales.- XXII. Urbanismo y Vivienda.-

Tribunal Supremo

(Eduardo Gamero Casado)

231

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

(José L. Rivero Ysern)

267

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- Sobre la comisión parlamentaria de investigación de la FAFFE y sus comparecientes mudos
(Victor Vázquez Alonso)

307

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS

- Novedades y características del recurso especial en materia de
contratación pública
(José Enrique Candela Talavero) 315
- Las retribuciones complementarias del personal
de las Fuerzas Armadas
(Ana María Moreno Márquez) 347
-

RESEÑA LEGISLATIVA

- Reseña de disposiciones de la Unión Europea
(Lucía Millán Moro) 387
- Crónica normativa de la Junta de Andalucía
(Emilio Guichot Reina) 427
- Otras disposiciones de interés para la Administración Autonómica
(Carmen Núñez Lozano) 437
-

NOTICIAS DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

- INFORME: El nuevo régimen de las Cámaras Oficiales de
Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Andalucía
(Carmen Núñez Lozano) 445

NOTICIAS DE REVISTAS AUTONÓMICAS

(*Severiano Fernández Ramos*)

457

RECENSIONES

- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.
Vox populi: consultas populares y procesos participativos, Editorial
Aranzadi, Cizur Menor, 2019
(*Pedro Brufao Curiel*) 471
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., La denuncia administrativa.
El régimen la Ley 39/2015, de 2 octubre, de Procedimiento
Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Aranzadi
Thomson Reuters, 2019, 156 págs.
(*Severiano Fernández Ramos*) 474
- TOLIVAR ALAS, L., Parlamento y Universidad: los senadores por
la Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, Universidad de
Oviedo, 2019
(*Alejandra Boto Álvarez*) 476

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE DERECHO AUTONÓMICO

(*Javier E. Quesada Lumbreras*)

481

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. TEMAS DE INTERÉS PARA LA REVISTA

La *Revista Andaluza de Administración Pública* publica trabajos originales sobre Derecho Administrativo y Administración Pública, dispensando especial atención a los que puedan resultar de interés para el conocimiento del Derecho y de las instituciones autonómicas.

2. ENVÍO DE ORIGINALES

Los trabajos deberán ser originales e inéditos. Se enviarán por correo electrónico a las direcciones raap@us.es o maria.lozano@dpub.uhu.es o en papel, acompañados, en todo caso, de soporte electrónico a la Secretaría de la Revista, Facultad de Derecho, Avda. Enramadilla, 18-20, 41018. Sevilla.

El envío de un trabajo implica el compromiso de no retirarlo, a menos que la Revista rechace su publicación; se esté en desacuerdo con la sección que el Consejo de Redacción haya determinado para su publicación; o se esté en desacuerdo con las modificaciones que el Consejo de Redacción haya estimado necesarias. Implica asimismo el compromiso de no publicar el trabajo en lugar alguno hasta que el Consejo de Redacción se haya pronunciado. La aceptación expresa de estas condiciones es requisito previo indispensable para poner en marcha el proceso de evaluación del trabajo. Su incumplimiento permitirá a la Revista rechazar de plano cualquier otro trabajo de la misma autoría.

3. NORMAS DE EDICIÓN

a) Formato. Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, normal, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie de página. Su extensión total no deberá superar las 40 páginas.

La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo electrónico y ordinario y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, uno en español y otro en inglés, de unas 120 palabras cada uno. Igualmente deberá contener palabras claves –de 3 a 5– en cada idioma.

Los originales deberán incluir al principio un Sumario según el siguiente modelo que es el que ha de seguirse, además, en los distintos epígrafes del texto:

I. EPÍGRAFE DE PRIMER NIVEL. MAYÚSCULAS PRECEDIDAS DE NÚMERO ROMANO

1. Epígrafe de segundo nivel, en negrillas

A. Epígrafe de tercer nivel, en letra normal

a). *Epígrafe de cuarto nivel. Cursivas*

b) Notas a pie de página. Todas las notas irán a pie de página, a espacio sencillo. Serán numeradas mediante caracteres arábigos, en formato superíndice. Tras la primera referencia bibliográfica completa, sólo se redactarán de forma abreviada. Ejemplos:

- CLAVERO ARÉVALO, M.F., *El nuevo régimen de licencias de urbanismo*, Civitas, Madrid, 1976, p. 34.

CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1976: 34).

- CLAVERO ARÉVALO, M.F. “La inejecución de sentencias contencioso-administrativas y del Tribunal Constitucional”, en F. LÓPEZ MENUDO (coord.) *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, p. 501.

CLAVERO ARÉVALO, M. F. (2011: 501).

- CLAVERO ARÉVELO, M. F.. “Instituciones autonómicas de Andalucía”, en *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 1 (1990), p. 21.

CLAVERO ARÉVALO, M.F. (1990: 21).

c) Bibliografía. Las referencias bibliográficas irán al final y se limitarán a las obras citadas en el trabajo. Se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido del autor, en mayúsculas, bajo el título “Bibliografía”.

4. PROCESO DE PUBLICACIÓN

La Revista Andaluza de Administración Pública decidirá, a través de su Consejo de Redacción, la publicación de los trabajos, una vez que hayan sido informados por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, aplicándose el método ciego.

Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el

plazo de 8 días. En caso contrario podrá determinarse su publicación sin más, o la no publicación. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando limitados a la corrección de errores.

5. COPYRIGHT

El autor o los autores ceden a la Revista, en exclusiva, los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos.

ESTUDIOS



Derecho Privado Ambiental
a la luz del Código Civil y Comercial
Private environmental law in light
of the civil and commercial code

Néstor A. Cafferatta

EN HOMENAJE A RAMÓN MARTÍN MATEO¹

SUMARIO: I. LA REVOLUCIÓN AMBIENTAL PENDIENTE. II. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. III. PRINCIPIOS MORALES. IV. DERECHO PRIVADO AMBIENTAL. V. PRINCIPIOS JURÍDICOS. VI. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN. VII. LOS VALORES JURÍDICOS. VIII. FUENTES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY. IX. LA BUENA FE. X. DEBER DE COMPATIBILIZACIÓN Y DE NO AFECTACIÓN. XI. DEBERES AMBIENTALES. XII. EL PAISAJE. XIII. LA SUSTENTABILIDAD. XIV. LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS. XV. ÉNFASIS PREVENTIVO. XVI. RÉGIMEN DE INMISIONES AMBIENTALES. XVII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente estudio aborda el Código Civil y Comercial de la Argentina (ley 26944), en vigor desde 2015, como una clara expresión de la existencia del Derecho Privado Ambiental, de base constitucional. Al introducir la materia ambiental en el Derecho Privado, produce una suerte de simbiosis: el Código Civil y Comercial unificado (Derecho Privado) se impregna de Derecho Ambiental (se “ambientaliza”), y a la inversa, desde la especialidad, el microsistema jurídico, “Derecho Ambiental”, en la parcela que le corresponde, se internaliza en el Derecho Privado (se “privatiza”). El Cód. Civ. y Com. implica una reformulación de la teoría de las fuentes y aplicación (art. 1º), de la interpretación de la ley (art. 2º), de la teoría de los bienes (arts. 15 a 18), de la teoría de los derechos (art. 14), teoría de las normas (arts. 1º, 2º, 3º), del ejercicio de los derechos (arts. 9º y ss.), de la responsabilidad civil por

¹ VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental & Seminario Internacional XV. Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Diálogo Ambiental Constitucional Internacional 10 y 11 de octubre de 2019.
Recibido: 01/11/2019
Aceptado: 08/11/2019

daños (arts. 1708 y ss.), de la teoría de la decisión judicial (art. 3°), entre otros aspectos novedosos.

El Cód. Civ. y Com incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural y declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz, diseñando un modelo o versión novedosa, de abuso del derecho ambiental, o “ECO- ABUSO” (Sozzo). Por último, el artículo 240, la regla de la compatibilidad, entre el ejercicio de los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y de no afectación del funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas, el paisaje, el agua, suelo, agua, flora, biodiversidad, valores culturales, lo que implica un profundo replanteo de las relaciones del hombre y la naturaleza.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil y medio ambiente. Bienes, tutela preventiva. Responsabilidad. Límites ambientales al ejercicio de derechos individuales.

ABSTRACT: This study addresses the Civil and Commercial Code of Argentina (Law 26944), in force since 2015, as a clear expression of the existence of Private Environmental Law, constitutionally based. By introducing environmental matters into Private Law, it produces a kind of symbiosis: the unified Civil and Commercial Code (Private Law) is impregnated with Environmental Law (it is “environmentalized”), and conversely, from the specialty, the legal microsystem, “Environmental Law”, in the corresponding plot, is internalized in Private Law (it is “privatized”). The code Civ. And Com. it implies a reformulation of the theory of sources and application (art. 1), of the interpretation of the law (art. 2), of the theory of goods (arts. 15 to 18), of the theory of rights (art. 14), theory of norms (arts. 1st, 2nd, 3rd), of the exercise of rights (arts. 9th and ss.), of civil liability for damages (arts. 1708 et seq.), of the theory of the judicial decision (art. 3), among other novel aspects.

The code Civ. Y Com includes a new paradigm in matters of goods, regulating aspects related to collective goods and collective values in reference to environmental rights, and communities such as indigenous peoples (part of a multicultural society and declares as a general principle of law, good faith (loyalty, transparent action), one of the strength ideas of environmental law, along with solidarity, cooperation, and peace, designing a novel model or version, of abuse of environmental law, or “ECO-ABUSE” (Sozzo). Finally, article 240, the compatibility rule, between the exercise of individual rights and collective advocacy rights, and of not affecting the functioning and sustainability of ecosystems, landscape, water, soil, water, flora, bio-

diversity, cultural values, which implies a deep rethinking of the relationships of man and nature.

KEYWORDS: Property, civil law and environment. Goods, preventive guardianship. Responsibility. Environmental limits to the exercise of individual right.

I. LA REVOLUCIÓN AMBIENTAL PENDIENTE

Para Ramón Martín Mateo², el derecho ambiental, tiene “perfiles revolucionarios”, lo que se deriva de sus intrínsecos cometidos. Este notable autor, pone el acento en el carácter multidisciplinario, que caracteriza esta novísima disciplina jurídica. En ese mismo sentido enseña que el Derecho Ambiental es un “derecho predominantemente público”, aunque advierte que “tiene como veremos, implicaciones y manifestaciones de Derecho Privado”.

En ese sentido, destaca que El Derecho Público, “si bien prevalente, no monopoliza la tutela ambiental para la que convive con otros Derechos como el civil, mercantil, internacional privado”. Por último, formula esta reflexión: “no podemos pues concebir al Derecho Ambiental pese a su indudable sustantividad, como un Derecho cerrado e independiente, sino como una disciplina de síntesis, integradora de una serie de aportes de otros corpus jurídicos. No hay una rama del derecho, o un árbol propio, más bien el bosque sería la metáfora adecuada”.

Sirvan estas palabras de uno de los grandes Maestros del Derecho Ambiental de este tiempo, para introducirnos en la temática del Derecho Privado Ambiental.

² MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*. Thomson Aranzadi, 2003, 3ª ed., pp. 53-61.

Jesús JORDANO FRAGA, comentando la edición del Volumen III, Recursos Naturales, Trivium, Madrid, 1997, del profesor Martín Mateo, de su Tratado de Derecho Ambiental, recordaba que este reconocido administrativista, maestro de generaciones de ambientalistas de España y América Latina, solía recordar a sus alumnos, “que los peligros que nos amenazan como especie se derivan de tres órdenes de circunstancias: Somos muchos. Sabemos demasiado. Estamos mal diseñados. Sólo por presunción y soberbia, comparable a la que ha hecho a nuestros semejantes manipular inconscientemente los sistemas naturales claves, se ha podido pensar que podemos aniquilar las condiciones de la vida en nuestro actual hábitáculo. Por destructivas que sean nuestras acciones seremos felizmente incapaces de contrarrestar las enormes fuerzas que transmiten el testigo. Lo que sí está ciertamente en nuestras manos es arruinar ñas condiciones físico- químicas de la biosfera que han permitido nuestra aparición y pervivencia en este minúsculo espacio del Cosmos. Podemos efectivamente desaparecer, y sin duda lo haremos, si seguimos comportándonos irreflexivamente. Nos llevaremos por delante a otros seres vivientes como los primates, pero la vida seguirá tercamente y alcanzará seguramente cotas más altas a lo largo de una evolución de millones de años, que genialmente identificó DARWIN a finales del pasado siglo. Nuestro recambio está ya en marcha y es probable que se realice a partir de especies con mayor capacidad comunitaria. Se atribuye a EINSTEIN una observación en el sentido de que si las ratas, que tienen estos atributos, hubieran alcanzado un mayor tamaño, habría vencido y desplazado al hombre (Ramón Martín Mateo, *El hombre una especie en peligro*, Campomanes Libros SL, 1993, p. 14).

Ricardo Lorenzetti³ señala que estamos transitando desde el punto de vista de la cultura jurídica, la etapa del surgimiento de un “paradigma ambiental”, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistemática y con los enfoques holísticos. Por ello nos parece de interés indicar, que el Derecho Ambiental, como lo hace de manera metafórica este notable juez de la Corte Argentina, es “profundamente herético”, “mutante y descodificante”, una invitación a “una fiesta”, a la cual están convocadas todas las disciplinas clásicas del derecho, tanto del derecho público como del derecho privado, con una sola condición que vengan todas “con un vestido nuevo”.

José Castán Tobeñas⁴, en un memorable trabajo sobre la evolución del derecho civil, que publicó bajo el título: “Hacia un nuevo Derecho Civil”, mediante el cual resumió dos conferencias, pronunciadas en el Colegio Notarial de Valencia, hace casi ochenta años, advertía con gran lucidez del surgimiento de “modernas concepciones transpersonalistas” (intereses difusos o derechos de incidencia colectiva), de la “decadencia de las leyes” o del “Derecho legislado, con su inseparable secuela de concepciones abstractas y generales”, y que calificara del “lado formal y artificioso del Derecho, la técnica”.

Quien fue Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia de España, proclamaba en 1933, que “el fundamento mismo del orden jurídico de la Revolución francesa y de los Códigos modernos, la autonomía de la voluntad individual se encuentra hoy minada por la acción simultánea de las ideas y de los hechos sociales. Giraba el Derecho Privado alrededor de la voluntad individual, ya en sus relaciones con la naturaleza (propiedad), ya en sus relaciones con las demás voluntades (contrato); hoy tambaleándose la idea del derecho individual o subjetivo, y no menos el dogma de la voluntad, sus derivados la propiedad y el contrato sufren aguda crisis”.

Aunque reconoce la crisis del derecho civil, sostenía que “Por fortuna, la crisis del derecho civil no es dolencia mortal, sino un indicio de variación y evolución”. Finalmente, con genialidad, afirmará la idea de “la reconstrucción del Derecho Civil”, sobre la base de tendencias que orientan e impulsan el nuevo Derecho Privado, “desde el punto de vista interno”, la tendencia democrática, la socializadora, la ética y la dinámica, “desde un punto de vista externo”, la triple tendencia a la plasticidad o flexibilidad, la especialización y a la universalización (unificadora) de las normas.

³ LORENZETTI, R.L., “Las normas fundamentales de derecho privado”, en Apéndice. *“Las normas fundamentales en materia ambiental”*, Rubinzal- Culzoni Editores, 1995, p. 483.

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Hacia un nuevo Derecho Civil*, Biblioteca de la Revista General de Legislación y jurisprudencia, REUS, Madrid, 1933. vol. LVI, p. 5-55.

II. CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Hace tiempo atrás, Ricardo Lorenzetti⁵ explicaba que el fenómeno de la “descodificación del Derecho Privado”, implica la “dispersión, pérdida de centralidad o de la diáspora del orden codificado, la explosión del Código, similar al planetario y su fraccionamiento”, el “big bang legislativo” que tuvo por consecuencia “el surgimiento de micro-sistemas o especialidades que se desprenden del Código Civil”. Asimismo, en ese contexto, destaca que “uno de los problemas que tienen fuerza descodificadora propia, es el relativo al medio ambiente”. Finalmente, indica que “el Código pensado como totalidad se enfrenta a la aparición de los microsistemas (ej. el derecho ambiental), por lo que el Derecho Civil actual no se basa en una sola ley codificada, ya que convive con muchas leyes para distintos sectores de actividades”⁶.

Pero además, con la proliferación de leyes especiales (pluralidad de fuentes), no sólo se produce la pulverización o atomización del sistema de derecho privado (civil y comercial), unificado en los viejos códigos decimonónicos, sino también que surge una dimensión o espacio normativo para “nuevos derechos” (derechos de incidencia colectiva, conforme el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina), de los cuales se destacan el derecho ambiental, el derecho del consumidor y del usuario entre otros, que en su conjunto presentan características mixtas o híbridas, “cuerpo privado y alma pública”⁷, que pone en crisis la dicotomía derecho público y derecho privado⁸, derrumbando fronteras que antes parecían inalterables.

La realidad es que en el contexto de las sociedades de fines del Siglo XX, de la sociedad líquida (Bauman)⁹, en la Era Tecnológica (Messina)¹⁰, de la sociedad del riesgo (Beck)¹¹, en los albores del Siglo XXI, la “vida privada se tiñe de público”¹², por lo que se registra un acercamiento de lo público con lo privado¹³.

⁵ LORENZETTI, R. L. (1995:11-19).

⁶ LORENZETTI, R.L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 35.

⁷ BUJOSA VADELL, L., “Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos”, *LL*, 1997-F-1142.

⁸ SOZZO, G., *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*. En especial, “La cosmovisión de los Códigos Civiles decimonónicos”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019. Primera Parte, Capítulo I, p. 35- 78.

⁹ BAUMAN, Z., *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, Ensayo Tus Quets Editores, 2009.

¹⁰ ESTRELLA GUTIÉRREZ, MESSINA, G. N., *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica*, Abeledo-Perrot, 1997.

¹¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1998.

¹² MORELLO, A. M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, Platense, 1999, p. 3.

¹³ MORELLO, A. M. - VALLEFÍN, C.: *El amparo. Régimen procesal*, Librería Editora Platense, 2º edición, 2000, p. 238.

Es que el derecho privado clásico, es de base individualista (pensado para la defensa de derechos subjetivos o intereses legítimos), referido a bienes disponibles. En tanto que el derecho ambiental se presenta como un “derecho huérfano de los casilleros clásicos del derecho”, porque en pureza, el derecho ambiental es un “derecho incidencia colectiva” “referido al bien colectivo ambiente” - como dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina- por ende, es un derecho de pertenencia comunitaria, impersonal, indiferenciado, que se ubica en la esfera social y transindividual, que recae sobre un bien colectivo o de uso común, objeto indivisible, que está tutelado de manera indisponible para las partes¹⁴. Aunque puede alojarse en intereses o derechos individuales (derechos subjetivos, intereses legítimos, o intereses plurales individuales homogéneos).

Por ello, el enorme desafío que representa el derecho ambiental a la ciencia del derecho clásico, es que responde a estructuras, que tornan inadecuadas, insuficientes o carentes de efectividad, el clásico instrumental jurídico. Lo que lleva al operador a la necesidad de repensar todas las instituciones nucleares del derecho.

Se advierte entonces, que desde el surgimiento de la “cuestión ecológica”, la dilatación de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad y de convencionalidad, propio del Estado Constitucional del Derecho y la importancia mayor del derecho transnacional, claras tendencias de incesantes cambios copernicanos del sistema de derecho. Una mudanza extraordinaria de la cultura jurídica.

En este proceso, están en “ebullición”, institutos de linaje y abolengo tradicional, como la responsabilidad, del proceso, de los sujetos¹⁵ (para pasar al primer plano sujetos de derecho que hoy nos parecen fantasmales, como las generaciones venideras¹⁶), de los bienes, la teoría de las normas, del ejercicio de los derechos, del contrato, de la propiedad, del papel del juez, la teoría de la decisión judicial, de la teoría de la acción, de todos y cada uno de los focos procesales que integran el “PROCESO ADVERSARIAL” clásico (Taruffo), la legitimación activa de obrar,

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Mendoza, Silvia Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daño derivado de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 20/0&72006, Fallos: 326:2316; también véase, en la misma mega- causa, el fallo recaído el 19/02/2015, Fallos: 338:80. Además, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel”, en competencia dirimente del Tribunal, 01/12/2017, Fallos 340:1695. En ese mismo, vid. “Barrick, Explotaciones Mineras y otro c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad ley 26639 de glaciares”, 04/06/2019, Fallos: 342:917.

¹⁵ DE LORENZO, M. F., Una nueva dimensión del principio de no dañar al “otro”, RRCYS, tapa, 2014-1. El principio de no dañar al “otro”, LL, 2014-E, 1350. El principio de no dañar al “otro”, en “Presente y futuro de la responsabilidad civil”, p. 147, Universidad Alberto Hurtado, Actas de Congreso Nacional de 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile, THOMSON REUTERS.

¹⁶ MARTÍN MATEO, R. (2003).

de la carga de la prueba, apreciación de la prueba, del rol de las cautelares, del papel del juez, y de los efectos de la sentencia o de la cosa juzgada.

Ramón Martín Mateo¹⁷, predicaba la necesidad de una revolución ambiental, que consideraba estaba pendiente. Creemos que está en curso, porque el cambio climático, la extinción masiva de especies, la desertificación, la disminución de las masas de hielos, la crisis del agua, la constante pérdida de masa arbórea por el desmonte indiscriminado o incontrolado, los incendios forestales, cada vez más frecuentes y de mayor volumen en cuanto a superficie afectada, entre otras problemáticas, son muestras de la emergencia ambiental, que provoca la intervención antrópica desarreglada o anárquica sobre los sistemas naturales de la Tierra, por las que estamos destruyendo aceleradamente nuestro Planeta y las bases mismas de la sustentabilidad, por lo que se advierte una mayor sensibilidad social (conciencia ecológica), frente a un escenario en ocasiones apocalíptico, de catástrofes ambientales, lo que provoca la reacción del mundo social, en diversas respuestas tendientes a dar mayor protección a la naturaleza, mediante un cambio en la cultura jurídica.

Así aparecen, nuevas soluciones basadas en el reconocimiento de los bienes colectivos, límites al ejercicio de los derechos individuales en defensa del medio ambiente, adaptaciones o aggioramientos de instituciones clásicas del derecho (como la propiedad, el contrato, el abuso del derecho), para que puedan servir al fin de satisfacer estas nuevas necesidades sociales, u otras, que se encuadran en propuestas legales de cambios copernicanos, que tienen como fuente de inspiración, ideas rectoras heredadas del pensamiento ancestral de las comunidades originarias, que se formalizan en el Constitucionalismo Andino, que atribuyen carácter de sujetos de derechos a la Pachamama o naturaleza¹⁸, y a todos sus componentes.

Este gravísimo escenario, de destrucción del mundo natural, de contaminación o degradación ambiental por doquier, esta situación de hecho negativa para la sobrevivencia del hombre y de las especies vivas, en la Tierra, se ve reflejada en la necesidad de adoptar nuevas técnicas de regulación normativa.

A nuestro juicio, el Código Civil y Comercial de la Argentina (ley 26944), que entró en vigencia en 2015, se ubica en la vanguardia en el tratamiento de esta cuestión (ecológica), porque responde a tendencias similares a las antes expuestas. Por lo pronto, podemos afirmar que este Código, es una clara expresión de la existencia del Derecho Privado Ambiental, de base constitucional.

Por ello, incorpora normas expresas de derecho ambiental (artículos 240 y 241). Aunque también como veremos, levanta un régimen ensamblado de defensa del ambiente, a través de disposiciones dispersas dentro de su estructura legal.

¹⁷ MARTÍN MATEO, R., *La Revolución Ambiental Pendiente*, Universidad de Alicante, 1999.

¹⁸ ZAFFARONI, E. R., *La Pachamama y el humano*, Ediciones Colihue, 2011.

Destaco que este Código Civil y Comercial responde a ideas de derecho dúctil o flexible¹⁹ y persigue la uniformidad del Derecho Privado, a la par que pretende “reconstruir la coherencia del sistema de derecho en general”²⁰, mediante una comunidad de principios y valores jurídicos del derecho privado y del derecho público (bloque” de derechos fundamentales de la Constitución Nacional y de las disposiciones provenientes de los Tratados de Derechos Humanos).

Esta proposición metodológica central del Código²¹, de definir los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, tiene fundamento en los siguientes artículos.

Título Preliminar del Código Civil y Comercial, Artículo 1° Fuentes y aplicación del derecho. Artículo 2 Interpretación. Artículo 3 Deber de resolver. Artículo 9 Ejercicio de los derechos. Principios de buena fe. Artículo 14: Derechos individuales y derechos de incidencia colectiva. Eco- abuso o abuso del derecho ambiental. Artículo 18. Derechos de las comunidades indígenas, Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. Artículo 241: Presupuestos mínimos de protección ambiental. Artículo 1094 Consumo Sustentable. Artículos 1710- 1713 Responsabilidad civil. Deber de prevención del daño. Acción preventiva. Legitimación. Sentencia. Artículo 1737. Concepto de daño que tiene por objeto la persona, el patrimonio o derechos de incidencia colectiva. Artículo 1973. Límites al dominio, Inmisiones inmateriales.

Es por ello que Gonzalo Sozzo²², en una excelente obra de reciente publicación, precisa que el Código se hace cargo de la “transición ecológica” (ecologización) del derecho privado, mediante mecanismos de Derecho Privado Constitucional y la humanización del mismo (introduciendo una mirada. humanista, basada en la defensa de la dignidad del hombre, en las disposiciones de derechos humanos). La crisis ecológica, señala este notable profesor, demuestra la insuficiencia del modelo de desarrollo sostenible, por lo que predica la necesidad de proteger el funcionamiento de los ecosistemas. Asimismo, la tesis del autor, es visitar la relación del hombre con la naturaleza, reorganizar la teoría de los bienes, propiedad, contratos, dejar de lado viejas ideas obsoletas de derechos subjetivos absolutos, ilimitados, de apropiación infinita del mundo, con derecho a destruir los bienes naturales, pensados como recursos y la función individualista de todos los elementos del dispositivo de Derecho Privado.

¹⁹ ZAGREBELSKY, G., *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, TROTTA, 2014. Del mismo autor, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, TROTTA, 10° Edición, 2011.

²⁰ LORENZETTI, R. L., “Fundamentos de Derecho Privado”. *La Ley*. Thomson Reuters. Julio 2016.

²¹ LORENZETTI, P.- LORENZETTI, R. L., *Derecho Ambiental*, Rubinzal Culzoni, 2018.

²² SOZZO, G., *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*. Primera Parte. El giro ecológico del derecho privado, Rubinzal – Culzoni Editores, 2019, p. 35- 358.

Un aspecto relevante del Código Civil y Comercial, en concordancia con lo aquí expuesto, es que busca la igualdad real en las relaciones de derecho privado, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. Igualdad de los iguales, y desigualdad con normas de protección para quienes se encuentran en inferioridad de condiciones. Por esta razón se define la relación y contrato de consumo (arts. 1092, 1093, 1094), se incluye una amplia regulación en materia de abuso del derecho (arts. 10, 14, 1096 y ss.) y de las cláusulas abusivas (art. 1117).

Las líneas del diseño del Código Civil y Comercial de la Argentina (del “Código azul” o “eco- Código”, como lo denomina el genial Gonzalo Sozzo²³), al reconocer el valor intrínseco de la naturaleza (del ambiente en sí mismo), mediante el descubrimiento de los “bienes colectivos” (bienes ambientales), proteger la dinámica de los ecosistemas para transmitirla a las generaciones futuras, consagrando instituciones que limitan el ejercicio de los derechos individuales en defensa del ambiente (“eco-abuso”, artículo 14 in fine y la “regla de la compatibilización” o “no afectación” del artículo 240), reformular la teoría del ejercicio de los derechos individuales (dando forma de manera implícita a la idea de la función socio ambiental del contrato y de la función ecológica de la propiedad).

El profesor Mosset Iturraspe²⁴ analiza este fenómeno de síntesis, de comunión entre el Derecho Privado y el Derecho Público, expresando que “el Derecho Privado se “publiciza” cuando busca la igualdad material, como complemento de la igualdad formal; la libertad en concreto al lado de la libertad en abstracto. Y decimos que se publiciza porque toma del Derecho Público esas inquietudes y las hace suyas”.

III. PRINCIPIOS MORALES

El Código Civil y Comercial ha reforzado los principios de sociabilidad en el ejercicio de los derechos, prueba de ello es el contenido de los artículos del Título Preliminar. Es lo que ocurre con la buena fe (art. 9º) y el abuso del derecho (art. 10 y 14), que luego como se verá se reiteran en numerosas normas específicas (por ejemplo, en el art. 729).

Ricardo Lorenzetti²⁵ enseña que “el ejercicio ilimitado de derechos individuales conduce a una desarticulación tanto de la sociedad como del mercado y se requiere de un orden público de coordinación”. Por esta razón, se tiende a socializar el

²³ SOZZO, G. (2019:363).

²⁴ MOSSET ITURRASPE, J., *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 167.

²⁵ LORENZETTI, R. L., “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Código Universitario, Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, 2014.

derecho (en defensa de los débiles o vulnerables de la relación), conforme a ideas de humanización del Derecho (arts. 51, 52, 53, 58, 59, 62 y concordantes), en la búsqueda de la igualdad real, mostrando en algún sentido, la fase social del derecho de propiedad. “En el Código, de acuerdo con la Constitución, se regulan los derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14). En este último campo se establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general (arts. 14 y 240)”.

IV. DERECHO PRIVADO AMBIENTAL

Calificada doctrina, entre los que se destaca las enseñanzas de Gonzalo Sozzo²⁶, Pablo Lorenzetti²⁷, describen este fenómeno como de medio-ambientalización del derecho privado.

Al introducir la materia ambiental en el Derecho Privado, produce una suerte de simbiosis: el Código Civil y Comercial unificado (Derecho Privado) se impregna de Derecho Ambiental (se “ambientaliza”), y a la inversa, desde la especialidad, el microsistema jurídico, “Derecho Ambiental”, en la parcela que le corresponde, se internaliza en el Derecho Privado (se “privatiza”).

La “cuestión ambiental”, tiene como anclaje de determinación, según lo señala Ricardo Lorenzetti, los “bienes y los valores colectivos”²⁸, a diferencia de los derechos individuales, que se refieren a bienes disponibles, propios o divisibles, de base económica.

La columna vertebral del derecho ambiental en el Código Civil y Comercial está expresamente desarrollada en los arts. 240 y 241 del Cód. Civ. y Com.²⁹, pero

²⁶ SOZZO, G., “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, nro. 2012-3.

²⁷ LORENZETTI, P., *Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cita online: AP/DOC/830/2015.

²⁸ LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría del Derecho Ambiental*, Ed. La Ley, abril 2008. pp. 4, 10- 14, 30- 31, 56, 64.

²⁹ CAFFERATTA, N. A., “El Derecho Ambiental en el Proyecto de Reforma”, en J. RIVERA (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Ed. Abeledo Perrot, 2012, p. 1263. También véase, “El Derecho Ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial”, en R. LORENZETTI (dir.), *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento Especial, noviembre, 2014. Para ampliar, ver R. LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, noviembre 2014, t. I., arts. 1º a 256, pp. 794-803.

CAFFERATTA, N. A., “El derecho ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. Abeledo - Perrot, octubre / diciembre 2014, p. 1. “La cuestión ambiental en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2015-IV, p. 304. “Principios y Valores en el Código Civil (a la luz del derecho ambiental)”, *Revista de Derecho Ambiental*, julio / septiembre de 2015, nro.

cabe abordar el análisis de las disposiciones del Cód. Civ. y Com., teniendo en cuenta que existen otras normas igualmente relevantes en la materia, que contribuyen a fortalecer la defensa del ambiente, desde el punto de vista, del Derecho Privado.

De inicio, no podemos ignorar que el Código Civil y Comercial, promueve la tutela del ambiente, desde los primeros artículos de su normativa, toda vez que estas disposiciones sientan ideas filosóficas, constitucionales, de derechos humanos a nivel internacional, que coinciden plenamente con el régimen jurídico del derecho ambiental.

El poder de “irradiación” de los principios (arts. 4º y 5º ley 25.675 General del Ambiente) y las reglas del derecho ambiental va a impactar de manera significativa sobre el ejercicio de los derechos civiles y comerciales (arts. 14 y 240 del Cód. Civ. y Com.).

V. PRINCIPIOS JURÍDICOS

Ricardo Lorenzetti³⁰ dice que “un Código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre el Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que mantiene dentro del sistema”. Destaca que “lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del derecho a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición central de este Cód. Civ. y Com.”.

El Cód. Civ. y Com. implica una reformulación de la teoría de las fuentes y aplicación (art. 1º), de la interpretación de la ley (art. 2º), de la teoría de los bienes (arts. 15 a 18), de la teoría de los derechos (art. 14), teoría de las normas (arts. 1º, 2º, 3º), del ejercicio de los derechos (arts. 9º y ss.), de la responsabilidad civil por daños (arts. 1708 y ss.), de la teoría de la decisión judicial (art. 3º), entre otros aspectos novedosos.

El artículo 2º del Código Civil y Comercial, referido a la “Interpretación” de las normas, establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras,

43, p. 3. *Orden Público Ambiental en el Código Civil y Comercial*, La Ley, 2015-F, p. 819. “Bienes y valores colectivos del patrimonio cultural”, *Revista Derecho Público*, Ed. INFOJUS, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, noviembre de 2015, año IV, nro. 11, p. 35. “Deber de prevención en el Código Civil y Comercial (En relación al derecho ambiental y los bienes y valores colectivos)”, *Revista Código Civil y Comercial*, abril 2016, año II, nro. 3, p. 22. “Derecho Privado Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 56, Octubre / Diciembre 2018, p. 27. “El ascenso de los principios de derecho Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 55, Julio/ Septiembre de 2018, p. 1. “Principios y valores ambientales en el derecho privado”, *Revista de Derecho Ambiental* N° 50, Abril/ Junio 2017, p. 1.

³⁰ LORENZETTI, R. L., Presentación del “Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Códigos Universitarios, Cód. Civ. y Com.*, Ed. La Ley, 2014.

sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Así definitivamente, introduce de manera expresa, la necesidad que el operador jurídico, dentro de un análisis completo o pleno (de modo coherente) de todo el ordenamiento, tenga en cuenta “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”, los principios y los valores jurídicos —cabe señalar que el derecho ambiental tiene principios y valores propios, consagrados en los arts. 2º, 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

El Código establece la necesidad de una decisión judicial razonablemente fundada mencionando una pluralidad de fuentes que exceden su propio texto, lo cual lleva a un necesario diálogo entre ellas” (Lorenzetti)³¹. De lo expuesto surge claro que el “diálogo de fuentes” (LIMA MARQUES)³² que se impone al operador jurídico (en especial, al juez) es una de las características salientes del Título Preliminar”.

Se destaca que “uno de los problemas más complejos en el derecho actual es el relacionado con el pluralismo de fuentes, el que se agudiza en materia ambiental por efecto de la enorme influencia que ejercen las numerosas disposiciones que se dictan a diario en esta área”. Y que, “la realidad actual es que, frente al pluralismo de fuentes, la coherencia del sistema no es “a priori”, como ocurría en el siglo XIX, en que el legislador diseñaba un código de reglas jurídicas armonizadas entre sí. Hoy en día, la coherencia es “a posteriori”, y ya no es obra del legislador, sino del juez, quien debe decidir un caso tomando en cuenta diversas normas ubicadas en diversas fuentes que debe hacer “dialogar”³³.

En consecuencia, a partir de esta nueva normativa, es necesario modificar la visión de las fuentes del derecho, toda vez que este Código Civil y Comercial, con criterio amplio, parte de una pluralidad de fuentes del derecho, distinguiendo incluso entre la ley y el derecho. Así, la ley deja de ser la única fuente del derecho, porque también lo son los principios de derecho, los usos y costumbres, la jurisprudencia (aunque no lo diga expresamente), los principios de los tratados internacionales de derechos humanos, y la primera de las leyes, que es la Constitución Nacional.

Asimismo, están en ebullición los métodos de interpretación de las normas, porque como se dijo, no alcanza con las palabras de la ley (método exegético,

³¹ LORENZETTI, R. L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006.

³² LIMA MARQUES, C., “diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas”, JAYME, ERIK, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*”, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1995, II, p. 60, 1º seg.

³³ LORENZETTI R. L. (2008:63).

gramatical o literal), ni con las finalidades de las normas, sino que es necesario recurrir a los principios en leyes análogas, de los tratados de derechos internacionales humanos, y de los principios y valores jurídicos, coherentemente interpretados, conforme con la Constitución Nacional.

VI. FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Por lo pronto, el Título Preliminar, Capítulo I Derecho, del Código Civil y Comercial, nos señala ese camino, en cuanto el art. 1º, Fuentes y aplicación, establece que “La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”.

Es que dicho artículo 1º del Código Civil y Comercial implica un cambio profundo de la cultura jurídica, al reconocer “fuerza normativa a la Constitución”³⁴ —conforme los cánones del llamado Derecho Privado Constitucional—. La fórmula incorporada a la legislación unificada de Derecho Privado es de gran utilidad en defensa del ambiente, en tanto y en cuanto, el Derecho Ambiental tiene base constitucional —conforme surge de los Artículos 41 y 43 de la CN, Reforma de 1994—. También la referencia a los tratados es de notable importancia para esta novísima disciplina, toda vez que el Derecho Internacional Ambiental ³⁵ es uno de los motores del desarrollo de la especialidad.

La interpretación de la ley conforme con la Constitución responde a ideas del neoconstitucionalismo, en virtud del cual nace un derecho “más alto, dotado de fuerza vinculante, incluso para el legislador”, “cuya unidad radica en un conjunto de principios y valores superiores” (Zagrebelsky)³⁶.

Hemos señalado con insistencia que este Código ley 26.944, es fruto maduro del Estado del Derecho Constitucional, constitucionalismo contemporáneo, o neo—constitucionalismo, que desde la parcela, recibe el nombre de Derecho Privado Constitucional, conforme con la doctrina alemana del drittwirkung, que reconoce la aplicación de normas de Derecho Público (del “Bloque de Constitucionalidad”), en las relaciones entre los particulares, la aplicación horizontal de las garantías constitucionales, en ámbitos privados.

³⁴ BIDART CAMPOS, G.J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ed. Ediar, 2004.

³⁵ DRNAS DE CLEMENT, Z., *Codificación y comentario de normas internacionales ambientales*, Ed. La Ley - Fedye, 2001.

³⁶ ZAGREBELSKY, G. , *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Ed. Trotta, 10ª ed., 2011.

Gamarra³⁷ afirma que, con el Derecho Privado Constitucional, “la aplicación del derecho adopta la forma de una jurisprudencia de principios, pero a priori aparecen como vagos e indefinidos, y no pueden ser utilizados en la operación lógica de subsunción. No hay dudas que los magistrados encargados de resolver mediante el llamado “derecho dúctil (flexible), tendrán que acudir a la ponderación, esto es, el balance de los intereses en juego”. Aída Kemelmajer de Carlucci explica que se llama “drittwirkung”, al objeto horizontal o entre particulares de las garantías constitucionales.

Ricardo Lorenzetti³⁸ manifiesta que “El nuevo código innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado”.

El Código Civil y Comercial fija, entonces, los “mandatos de optimización”³⁹, los paradigmas o modelos previos a la comprensión de la problemática⁴⁰, principios estructurales de la materia⁴¹, que orientan la búsqueda con una inteligencia común, de soluciones adecuadas, estableciendo criterios o directrices de funcionamiento.

Es conocida la importancia de base que tiene para la materia, los principios de Derecho Ambiental⁴². La especialidad es un derecho in fieri o en formación, que presenta por su lozanía o juventud, cierto grado de inmadurez o lagunas legales, que deben ser llenadas con principios de derecho, entre los cuales se destacan conforme el art. 4º de la ley 25.675 General del Ambiente, los principios preventivos, precautorio, de sustentabilidad, de equidad intergeneracional y de responsabilidad.

VII. LOS VALORES JURÍDICOS

Téngase presente que el “paradigma ambiental”, es “valorista⁴³”, “es decir, establece una orientación a la razón técnica. La existencia de un valor permite señalar una finalidad a la acción. El ambientalismo introdujo nuevos valores que

³⁷ GAMARRA, J., “Neoconstitucionalismo, Código y ley especial”, Ed. Fundación Cultural Universitaria, 2012, pp. 1-14.

³⁸ LORENZETTI, R.L., Presentación del Proyecto, “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, p. 12. Véase también, “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, en Suplemento La Ley, “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, octubre de 2014.

³⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2007, 2ª ed., p. 68; idem, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, España, 2004, pp. 186-190.

⁴⁰ LORENZETTI, R.L. (2008:56-58); idem, (1995:258). También véase, de su producción literaria, (2006:273).

⁴¹ SAUX, E., *Los principios generales de Derecho Civil*, LL, 1992-D-p 839.

⁴² CAFFERATTA, N. A., *Principios de Derecho Ambiental*, JA, 2006-II- p.1142.

⁴³ LORENZETTI, R. (2008:56-58).

han ingresado en los textos constitucionales, y que cumplen una función material para la legislación”⁴⁴.

Valores jurídicos que, al decir de quien fue Juez del Tribunal Constitucional italiano, Gustavo Zagrebelsky⁴⁵, “suponen una secuencia regla principio-valor, y consecuentemente, un rechazo de una idea que es propia de cualquier positivismo coherente con sus premisas, es decir, de la idea de que el derecho pueda constituir un mundo en sí mismo, enteramente fundamentado en sí mismo, separado e independiente de la comprensión en términos de valor que de sí misma tiene la sociedad en la que actúa”.

Este autor, distingue entre valores y principios.

“El valor, en el sentido que aquí interesa, es un bien final, un fin en sí mismo, que se encuentra ante nosotros como una meta que pide ser alcanzada mediante actividades teleológicamente. El valor ‘debe valer’. De hecho, el criterio de legitimidad de la acción o del juicio, no se encuentra en el valor en cuanto tal, sino en su eficiencia respecto al valor-fin, es el éxito de su realización. En síntesis, podría decirse así: los valores, como están frente a nosotros, nos llaman; los principios nos impulsan. Los valores nos dicen: ven hacia nosotros; los principios nos dicen: camina con nosotros. Los primeros nos indican la meta, pero no el camino; los segundos el camino, pero no la meta. Quien se inspira en los valores sabe adónde ir, pero no se le dice cómo llegar. Quien se atiende a los principios sabe cómo avanzar, pero no adónde llegará. El hombre ‘de valores’ es el hombre que atiende al último paso; el hombre ‘de principios’, a los pasos intermedios”.

“Al contrario de los valores, los principios son bienes iniciales, que se asumen como algo valioso. El principio es como un bloque de hielo que, por las circunstancias de la vida, se rompe en muchos fragmentos, en cada uno de los cuales se encuentra la misma sustancia del bloque originario. Entre el principio y la acción, en el caso concreto, existe un cálculo de coherencia”.

“Los valores cumplen algunas funciones: —en el campo de la validez material, hay un límite axiológico que puede ser encontrado mediante la invocación de valores— en el campo argumentativo, pueden ser contenido de los principios, en tanto estos contienen una idea o referencia valorativa. En este caso, la argumentación jurídica implica que el principio lleva a un análisis comparativo de valores —en otros casos el valor expresa un juicio comparativo (compara un valor con otro), y en ello se diferencia del principio (mandato de optimización, manda a hacer algo en la mayor medida posible). Esta valoración comparativa surge cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia o equivalencia—

⁴⁴ PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, Éditions Dalloz, París, 1996, 3ª ed.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia, Ed. Trotta, 10ª ed., 2011.

en otros supuestos el valor puede ser utilizado con fines clasificatorios, en el sentido de categorización de objetos”⁴⁶.

“Adoptando la terminología de Robert Alexy —normas, el término del género, y principios y reglas, los términos de la especie—, puede decirse que tanto los principios como las reglas son normas, en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio, pero son normas de distinta naturaleza, porque, a diferencia de las reglas, los principios son normas sin una situación típica normativa predeterminada y de prescripción genérica”.

Los “valores ambientales”, que surgen del art. 2º de la ley 25.675 General del Ambiente, son portadores de la ética ambiental y se levantan como la dimensión axiológica de nuestra disciplina. En tanto que cuando nos referimos a los principios de Derecho Ambiental, debemos recurrir a los arts. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

Principios, que constituyen la base del ordenamiento jurídico ambiental, normas jurídicas prima facie, en estado germinal, conceptos jurídicos indeterminados, que iluminan toda la especialidad. Valores, que indican los fines del ordenamiento jurídico ambiental.

Enrique Bianchi y Héctor Pedro Iribarne⁴⁷ nos recuerdan que Eduardo García de Enterría, los ha llamado: “órganos respiratorios del derecho”. Y que el mismo Joseph Esser los denomina “ventanas” del ordenamiento, expresión que gráficamente expresa su función de apertura.

VIII. FUENTES DEL DERECHO, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

El Código Civil y Comercial, en el Título Preliminar, produce cambios metodológicos y epistemológicos de fuentes, interpretación y aplicación de las normas de Derecho Privado, bienes y derechos, que constituyen un enorme aporte para la defensa del ambiente:

1) Porque modifica el método de interpretación de la ley, dando cabida a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, lo que se compadece con la especial naturaleza principista, eticista y valorista del derecho ambiental.

⁴⁶ LORENZETTI, R.L., arts. 1º a 256, en R. LORENZETTI (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, noviembre 2014, t. I, p. 39.

⁴⁷ BIANCHI, E.P. - IRIBARNE, H. P., *El principio general de la buena fe y la doctrina “venire contra factum proprium non valet”*, ED, 1983, p. 1.

2) Porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental).

3) Porque establece múltiples fuentes del derecho, pero su aplicación será conforme con la Constitución y los tratados de Derechos Humanos. Con la adopción de los cánones del “Derecho Privado Constitucional”, integra o subordina el Derecho Civil y Comercial a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.

4) Porque introduce el concepto de “ambiente” (art. 14, *in fine*).

5) Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).

6) Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.

7) Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva, en especial el abuso del derecho ambiental.

Los derechos se multiplican a partir de este Código.

Identificamos: derechos individuales, derechos de incidencia colectiva —en su doble versión, referidos a intereses individuales homogéneos y los referidos a bienes colectivos, como por ejemplo, el ambiente—, derechos de propiedad comunitaria y derechos personalísimos.

En ese mismo sentido, surgen nuevos bienes protegidos por el Derecho Civil y Comercial, derechos sobre bienes colectivos o comunes.

Todos estos derechos y bienes tienen relación con el derecho ambiental. Así como se amplía el ámbito de actuación de la buena fe, como principio general del derecho, se modifica el abuso del derecho. Que pasa a ser calificado cuando se ataca con el ejercicio abusivo de derechos individuales, el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, en especial cuando afectan el derecho ambiental.

El orden público ambiental⁴⁸ se transforma en su estructura en este Código para adquirir una triple personalidad: imperativa o de dirección, tuitiva o protectoria y de coordinación, reflejo de lo dispuesto en el art. 240.

⁴⁸ CAFFERATTA, N. A., *Orden Público Ambiental en el Código Civil y Comercial*, Ed. La Ley, 2015-F-819.

Cambian las fuentes y aplicación, la interpretación, el deber de resolver (y con ello la teoría de la decisión), se modifica la visión del derecho, de las normas, que no solo alcanzan las leyes en sentido estricto (las reglas del derecho), sino también los principios y valores jurídicos, del ejercicio de derechos, se consagra como principio general la buena fe, se reformula el abuso del derecho, dando forma al abuso del derecho ambiental.

IX. LA BUENA FE

Por último, surge un nuevo principio general del derecho privado: el art. 9º del Código establece el Principio de Buena Fe: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Jorge Mosset Iturraspe⁴⁹ enseña que la buena fe como principio jurídico, es un poderoso reflector que ilumina todo el Derecho Privado. El nuevo Código eleva la buena fe a la categoría de un principio general del derecho, así, el principio rector de buena fe pasa a ser una norma-eje del sistema.

Buena fe como estándar de comportamiento social, comprensivo de la buena fe objetiva (lealtad, probidad) y la buena fe subjetiva (creencia o confianza).

La buena fe tiene una importancia vital en el derecho ambiental. Nuestra disciplina es una rama del derecho esencialmente transparente, que se basa en la solidaridad, paz, la cooperación y la fraternidad, propias de los derechos humanos de tercera generación.

Mientras que el secreto industrial / comercial, es factor del éxito económico, en el derecho comercial, en el derecho ambiental las relaciones se establecen sobre la buena fe, de allí la importancia de la información pública ambiental, de la consulta popular, participación ciudadana, y todos los mecanismos democráticos, del ágora, de la confianza y respeto de los derechos del otro.

Sin buena fe, no es posible concebir el derecho ambiental.

Por ello, la Conferencia de Naciones Unidas, en la Declaración de Río de Janeiro 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, sienta como principio 27, que los “Estados y las personas deben cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo internacional en la esfera del desarrollo sostenible”.

También el principio 19, expresa que “Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y deberán celebrar consultas en una fecha temprana y de buena fe”.

⁴⁹ MOSSET ITURRASPE, J., *Derecho Civil Constitucional*, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 2011, p. 167.

Finalmente, como necesario complemento del principio de buena fe, en este mismo Capítulo 3 Ejercicio de los Derechos del Código Civil y Comercial (arts. 9º y ss.), luce una de las disposiciones de directa aplicación en el campo del Derecho Ambiental.

Nos referimos a la norma del art. 14- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

A continuación, consagra lo que Gonzalo Sozzo⁵⁰ gráficamente denomina el eco-abuso del derecho, o más ampliamente, abuso de derecho de los bienes comunes, que representa el reconocimiento del “límite externo” del ejercicio de los derechos individuales o subjetivos en relación con el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva, en especial, el derecho ambiental.

El Código Civil y Comercial establece que “no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, lo que reviste una enorme significación jurídica ambiental: primero, porque introduce el texto de ley, el concepto de “ambiente” (pueda afectar el ambiente), segundo, porque la ley regula el abuso del derecho en su doble versión objetiva: cuando afecta derechos individuales o derechos de incidencia “colectiva”, entendiendo por esta última, aquella que involucra a grupos, clases, categorías o la sociedad en su conjunto.

Con ella pone un límite “externo” (Sozzo) al ejercicio de derechos individuales, propios o subjetivos, por causas socioambientales.

Este art. 14 se conjuga con el art. 240 del Cód. Civ. y Com., y constituyen en conjunto el escudo de defensa del derecho ambiental en el Código.

No se piensa acá tan solo en el ejercicio de derechos individuales entre particulares, porque se filtra con ello, relaciones atípicas dentro del Derecho Privado regulado tradicionalmente.

Como dijo Eduardo Pigretti⁵¹, parafraseando una conclusión sobre el objeto de la regulación del derecho ambiental, “es la relación del hombre con la naturaleza”.

Acá el salto cualitativo, tiene carácter epistemológico, porque se pasa de un modelo clásico, antropocéntrico, puramente dominial, utilitarista, de base

⁵⁰ SOZZO, G., (2019:547) en especial, El giro ecológico del abuso del derecho. También véase, del mismo autor, “El giro ecológico del abuso de derecho”, *Revista de Derecho Ambiental*, julio/ septiembre de 2017, N° 51.

⁵¹ PIGRETTI, E. A., *Derecho Ambiental*, bajo el sugestivo título de El cambio de visión, Ed. Gráfica Sur, 2004, p. 20-21.

individualista, a un modelo, visión o diseño ecocéntrico o sistémico, así se cambia el enfoque en la búsqueda de una solución enfocada en la sustentabilidad futura (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, sentencia del 01/12/2017, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel”, en competencia dirimente, Fallos 340:1695M también véase sentencia del 04/06/2016, dictada en la causa “Barrick Explotaciones Mineras y otro c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de la ley 26639 de glaciares”, Fallos: 342:917. Asimismo, “Majul, Julio J. c/ Municipalidad Pueblo General Belgrano”, sentencia del 11/07/2019.

Todo ello, pensando en la necesidad de lograr la efectividad o ejecutoriedad (“el patito feo” de la teoría del derecho, al decir de Antonio Herman Benjamín, quien reclama de esta forma por su implementación) de los derechos de incidencia colectiva referidos al bien colectivo ambiente de jerarquía constitucional (artículo 41 CN), porque como dijo la Corte (Fallos 342:917) han de ser tomados “los derechos ambientales en serio”.

Estas dos especies genéricas del abuso del derecho son de especial aplicación en el derecho ambiental. Hay numerosos casos ambientales que se suscitan a partir de abusos del derecho contra el medio ambiente.

Abuso del derecho individual, en cuanto contraria los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, en contra de los derechos individuales (art. 10), o abuso del derecho ambiental, en cuanto atiende a proteger los derechos de incidencia colectiva, frente a la conducta abusiva (art. 14).

Específicamente, cuando pueda afectar al ambiente (artículo 14, *in fine*).

X. DEBER DE COMPATIBILIZACIÓN Y DE NO AFECTACIÓN

Pablo Lorenzetti⁵² en esta misma línea de pensamiento, pone el acento en que el Código Civil y Comercial, defiende de manera enérgica los derechos individuales, pero equilibradamente, hace lo propio al “positivizar” la teoría de los bienes y derechos de incidencia colectiva y la introducción del concepto de desarrollo sostenible.

El nuevo Digesto, señala este autor, principia por reconocer en su art. 14 la existencia en nuestro ordenamiento de derechos individuales y de incidencia colectiva, y avanza en afirma que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. También apunta que “esta preferencia por lo colectivo es mantenida aún con más detalles en el art. 240, al ordenar lo que seguidamente se anuncia.

⁵² LORENZETTI, P., “Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *J4*, 2015, p. 3., AP/DOC/830/2015.

Surge así la consagración del deber de compatibilización, armonización, conjugar o articular derechos individuales y derechos de incidencia colectiva.

El Título III Bienes, Capítulo I Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, presenta una Sección 3º, que regula los “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. Artículo 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

La normativa bajo estudio es la que se refiere a “bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”. Por los que se establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.

El ejercicio de los derechos individuales (que tienen por objeto bienes particulares o del dominio público o privado estatal) debe ser: 1) compatible con los derechos de incidencia colectiva; 2) debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; 3) y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

La utilización del término “afectar” es apropiado para la disciplina jurídica ambiental.

Al respecto, se recuerda que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo, in re “Mendoza, Silvia B. y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, en el auto de apertura en competencia originaria del 20/06/2006, CS, Fallos: 326:2316, que el derecho ambiental “tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva, configurado por el ambiente”, que “tutela un bien colectivo, el que por naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes”.

Por lo expuesto, la columna vertebral de la defensa del ambiente en el Código de Derecho Privado es el art. 240.

El artículo 240 establece límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, que “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” (...) “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la

flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

La norma dispone que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes propios debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva.

XI. DEBERES AMBIENTALES

En la referida sentencia CS, Fallos: 326:2316, el tribunal expresó que “la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales”.

Es decir que el derecho ambiental, es un derecho de incidencia colectiva, referido al bien colectivo ambiente, que se ubica en la esfera social de los individuos, siendo de pertenencia supraindividual.

Los bienes colectivos, se caracterizan por presentar una estructura no distributiva —y, por lo tanto, no exclusiva ni excluyente de su uso y la no rivalidad del consumo—: son de imposible división en partes para otorgárselos a los individuos, y su creación o conservación, está ordenada normativamente *prima facie* o definitivamente [para seguir la doctrina brillantemente expuesta entre otros por todos: Robert Alexy⁵³, y ministro de la Corte, Ricardo Lorenzetti⁵⁴].

No escapa a la consideración del operador jurídico, que la mayoría de los casos judiciales ambientales, son de “sensible interés social” (Morello), litigios de interés público (Carlos Valleñín), se levantan como “litigios masivos” (Lorena González-Mariana Catalano), justicia colectiva” (Lorenzetti), litigios estructurales (Owen Fis), mega-causas, procesos colectivos policéntricos (Ian Fuller)⁵⁵, encuadrados en la

⁵³ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2008, p. 186.

⁵⁴ LORENZETTI, R. L., *Justicia Colectiva*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 114-117.

⁵⁵ LORENZETTI, R. (2010:166). La Corte Argentina, introdujo en su doctrina judicial la necesidad de adoptar una visión policéntrica y prospectiva, en la sentencia dictada el 04/06/2019, en la causa “Barrick, Explotaciones Mineras y otros c/ Estado Nacional s/ inconstitucionalidad de la ley 26639 de glaciares”, Fallos: 342:317. Antes, adoptó el mismo criterio, de análisis policéntrico de la cuestión, en la sentencia del 01/12/2017, recaída en la causa “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso y aprovechamiento del río Atuel”, Fallos: 349:1695.

tipología de “casos difíciles” (Dworkin), o desde la especial parcela probatoria, son casos “complejos”, “de prueba ríspida”, o “alta tecnología”⁵⁶ (Morello).

Téngase presente que, —a diferencia de los derechos individuales, que tienen por objeto bienes disponibles, diferenciados, divisibles o propios— “el anclaje de determinación del derecho ambiental son los bienes y valores colectivos”⁵⁷, el análisis metodológico es desde lo colectivo a lo individual, que se concibe la naturaleza como sujeto de derecho y los cambios que consecuentemente produce cambios en los paradigmas de la ciencia jurídica clásica, tanto en la responsabilidad por daños —que deja de ser resarcitoria para pasar a ser anticipatoria o de evitación del daño, y en todas las piezas claves del proceso judicial (legitimación de obrar, papel del juez, efectos de la sentencia), por lo que las mudanzas extraordinarias que se advierten por doquier, se califican de epistemológicas— propias del “paradigma ambiental”⁵⁸ (Lorenzetti).

Los derechos ambientales se alojan subjetivamente en intereses plurales de naturaleza indiferenciados, impersonales, y se refieren objetivamente a bienes indivisibles. Por lo que, en el ejercicio concurrente de derechos de incidencia colectiva y derechos individuales, deberán buscarse mecanismos de armonía entre el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes disponibles, —en grado de compatibilidad—, con los derechos de incidencia colectiva, en especial, derecho ambiental, con el objetivo social de lograr la sustentabilidad.

En los Fundamentos del Proyecto del actual Código unificado se dijo que “En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas o daños punitivos”.

Por último, no deberá perderse de vista, que el derecho ambiental en nuestro derecho, de base constitucional, es un derecho-deber. Derecho al ambiente sano, Deber de preservarlo.

Se destaca que la Constitución Nacional, consagra en el art. 41, el derecho al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano (con lo cual lo adjetiva, como un presupuesto del desarrollo humano), y el desarrollo sustentable. Pero

⁵⁶ MORELLO, A. M., “La prueba científica”, en *La Prueba. Tendencias modernas* Ed. LAP, 2001, 2ª ed.; *Dilemas probatorios en controversias de alta complejidad*, LL, 2003-B-172; *Dificultades de la prueba en los procesos complejos*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004.

⁵⁷ LORENZETTI, R. L. (2008:7,20,57).

⁵⁸ Íbidem, p. 1. DE LORENZO, Miguel Federico, “El Código de la prevención”, p. 27, *Revista de Derecho Ambiental*, N° 46, abril/ junio 2016. Abeledo- Perrot.

también, establece el “deber de preservarlo”, lo que se condice con los principios de política ambiental, de prevención y precaución, contenidos en el art. 4º y 5º de la ley 25.675 General del Ambiente.

Dichos principios, obligan al operador jurídico —el juez, la autoridad competente o de aplicación de la normativa ambiental—, metodológicamente, a priorizar el análisis, en la etapa previa al daño (pre-daño)⁵⁹ operando sobre las causas y las fuentes de los problemas ambientales, tratando de impedir la consumación del daño ambiental.

El énfasis “preventivo” (frente al riesgo cierto) —o “precautorio” (en situaciones de peligro de daño grave o irreversible aun cuando hubiera ausencia de información o de certeza científica), son características salientes del derecho ambiental.

Se introduce a través del art. 240 en nuestra legislación civil y comercial, el concepto de ambiente y el macro fin del derecho ambiental, que no es otro que la sustentabilidad, que demanda necesariamente una labor de articulación política jurídica.

El ambiente es el “macro-bien” del derecho ambiental, y como tal es un “sistema”, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Los “micro-bienes” son partes del ambiente, que en sí mismo tiene características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el “macro-bien”; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. Es claro que lo que predomina, es la noción de “interrelación” —ecosistema—, que es esencial para la comprensión (Lorenzetti)⁶⁰.

Además, se menciona el ecosistema, formado por los seres vivos (componente biótico) y el lugar habitado por ellos (componente abiótico).

XII. EL PAISAJE

También se incluyen, en esta regulación, otros componentes esenciales del derecho ambiental: uno de base constitucional, conforme el segundo párrafo del art. 41, como es la biodiversidad —que se define como la variedad de ecosistemas, de especies y genética—, y otro, el paisaje.

Enseña Michel Prieur —“Convención Europea del Paisaje”, su disertación en el “Primer Congreso Internacional de Derecho Ambiental”, El Calafate, Provincia

⁵⁹ ALTERINI, A. A.- AMEAL, O. J.- LÓPEZ CABANA, R.M., *Derecho de Obligaciones Cíviles y Comerciales*, Editorial Abeledo- Perrot, 1996, reimpresión.

⁶⁰ LORENZETTI, R.L., (2008:13-14).

de Santa Cruz, 22 y 23 de abril de 2004—, que “el paisaje es un componente del medioambiente y constituye parte del patrimonio colectivo, independiente de su valor y localización. Paisaje es cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones”.

Resulta ilustrativo el estudio de Ricardo Lorenzetti⁶¹ con relación al concepto paisaje. “El paisaje es a la vez natural y cultural”. El paisaje pertenece al mundo físico (palpable), aunque son también parte del mundo simbólico. “Es a la vez, natural y cultural, físico y simbólico. El paisaje está formado por un complejo mosaico de unidades físicas entrelazadas. Por lo tanto, es un subsistema dentro del sistema ambiental”.

Seguidamente, este mismo autor, destaca en relación que el paisaje es un componente del medio ambiente, y que “fundamentalmente, lo que está en juego con la protección del paisaje es la biodiversidad natural y su belleza. El paisaje no se ajusta a las categorías de lugar y es reactivo a los límites. ¿Dónde comienza y termina el paisaje? También se ajusta poco a los límites de tiempo ¿es igual en el presente que en el pasado? Es evidente que el paisaje cambia constantemente, como bien lo demostraron los pintores impresionistas. El paisaje es un elemento fundamental en la calidad de vida y en la creación de identidades individuales y comunitaria”.

XIII. LA SUSTENTABILIDAD

De regreso, a la cuestión de la sustentabilidad, la Constitución Nacional, en el art. 41⁶², adopta la conocida fórmula Gro Brundtland del desarrollo sustentable, cuando dice “para que las actividades productivas satisfagan las necesidades del presente sin comprometer las de las futuras generaciones”. Esta referencia, aparece consolidada en nuestro micro— sistema especial, en la ley 25.675 General del Ambiente, mediante el art. 4º, que menciona como principios de política ambiental, los principios de sustentabilidad y de equidad intergeneracional.

⁶¹ LORENZETTI, R. L., “El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental”, en *Derecho de las Obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los Contratos. Teoría General del contrato*, Ed. Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe.

⁶² SABSAY, D., “La protección del medio ambiente en la Constitución Nacional”, LL, 2003-C-1167; “Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en BLEJMAR, Bernardo (comp.), *Liderazgo y Desarrollo Sustentable*, Ed. Manantial, mayo 2003, ps. 161-186; “Constitution and Environment in Relation to Sustainable Development”, *Pace Environmental Law Review (PERL)*, White Plains, USA, Vol. 21, N° 1, Symposium Edition, Environmental Law and the Constitution, 2003, ps. 155-177; “La protección del medio ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, *Revista del Profesional*, Ed. Asociación Católica Argentina, noviembre 2004, nro. 36, ps. 33-35.

Este concepto implica según la Declaración de Johannesburgo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, del 2002 (Río + 10), conjugar los tres pilares o dimensiones inseparables del derecho ambiental: la preservación ambiental, el desarrollo económico y el progreso social.

Antonio Herman Benjamín⁶³ enseña que el macro-fin del derecho ambiental, es la sustentabilidad.

Nuestra ley 25.675, lo establece como principio básico de derecho ambiental.

Por lo expuesto esta norma del art. 240 (límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes), constituye un todo armónico con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial, en los arts. 1º, 2º, y 3º, relativos a las “fuentes del derecho” y su “aplicación”, “interpretación” y “deber de resolver”, “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte” (fórmula del Derecho Privado Constitucional), “los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”, en relación al instituto del abuso del derecho (arts. 10 y 14), y el deber de prevención, contenido en el sistema de responsabilidad por daños.

Todo el sistema cierra con el régimen de responsabilidad previsto en los arts. 1710 — 1715, 1973.

El art. 240, ordena conjugar, articular o compatibilizar el ejercicio de derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva, en especial con el derecho ambiental, lo que tan solo se logra adecuadamente, si se adoptan medidas de prevención, en la defensa del ambiente, y se remueve o erradica la conducta abusiva.

Se deben anticipar las barreras jurisdiccionales de tutela ambiental, para evitar no solo situaciones de daño ambiental, sino también de amenazas, riesgo o peligro de daño ambiental, siempre que concurren los presupuestos de admisibilidad de la acción preventiva (o cautelar, en casos de aplicación del principio precautorio, en el ámbito de la especialidad). Evitar causar un daño injusto, no agravar el daño producido, o adoptar medidas razonables para evitar que se produzca un daño o minimizar su magnitud.

XIV. LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS

El art. 241 Jurisdicción, establece que “cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

⁶³ BENJAMÍN, A. H., “¿Derechos de la naturaleza?”, en O. AMEAL, (dir.), S. TANZI, (coord.), *Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI, homenaje al Profesor Doctor Roberto López Cabana*, Ed. Abeledo-Perrot, 2001, p. 31.

Hemos señalado que el énfasis preventivo es una de las características salientes del derecho ambiental. Es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en materia de responsabilidad por daño ambiental, primero es la prevención, y luego, la recomposición (art. 41 CN, art. 27 y concordantes, ley 25.675), tan solo cuando el daño ambiental colectivo sea irreversible, entonces se puede recurrir a la indemnización.

Cabe recordar el pronunciamiento del Tribunal en ese sentido.

“La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, CS, Fallos: 326:2316, LL, 2006-D-281).

El art. 4º Ley 25.675 General del Ambiente, enuncia el principio de prevención, “Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”⁶⁴.

De manera que la introducción de la función preventiva de la responsabilidad por daños en el nuevo Código Civil y Comercial constituye un gran aporte para la defensa del medio ambiente.

Al respecto, cabe aclarar que se entiende por las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, —según el art. 6º de la ley 25.675 General del Ambiente— “a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental”.

El Estado Nacional lleva dictada las siguientes normas de presupuestos mínimos de protección ambiental: ley 25.612 Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios (29/07/2009), ley 25.670 presupuestos mínimos para la gestión y eliminación de los PCBS (19/11/2002) —reglamentada por dec. 853/07—, ley 25.675 General del Ambiente (28/11/2002), ley 25.688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas (03/01/2003), ley 25.831 Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (07/01/2004), ley 25.916 de Gestión Integral de Residuos Domiciliarios (07/09/2004), ley 26.562 de Presupuestos Mínimos de

⁶⁴ CAFFERATTA, N. A., “El principio de prevención en el Derecho Ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, noviembre 2004, nro. 0, p. 9.

Protección Ambiental para el Control de Actividades de Quema (16/12/2009), ley 26.331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos (26/12/2007) —reglamentada por dec. 91/09—, ley 26.639 Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (28/10/2010) —decreto reglamentario 207/2011—, y la ley 26.815 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental en Materia de Incendios Forestales y Rurales (16/01/2013) y la ley 27.279 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para la Gestión de Envases Vacíos de Fitosanitarios (11/10/2016).

XV. ÉNFASIS PREVENTIVO

Estas normas contienen pautas de protección del ambiente, con énfasis preventivo.

Así por ejemplo, la ley 25.612, establece entre sus objetivos minimiza los riesgos potenciales de los residuos en la todas las etapas de la gestión integral; reducir la cantidad de residuos que se generan; promover la cesación de los vertidos riesgosos para el ambiente; y nos habla de niveles de riesgo; también dispone el deber de promoción de programas de adecuación tecnológica de los generadores, para reducir la contaminación ambiental, cesar los vertidos riesgosos sobre los recursos naturales, disminuir los riesgos ambientales (arts. 4º, 7º, 14), asimismo el régimen de responsabilidad civil que contiene dicha ley, no exime al guardián del residuo industrial de responsabilidad por demostrar la culpa de un tercero por quien no debe responder, “cuya acción pudo ser evitada con el empleo del debido cuidado y atendiendo a las circunstancias del caso” (art. 42).

La ley 25.670 de PCBS [art. 11, incisos c) y d) f), art. 18], se inspira en el principio de prevención.

Hemos destacado la trascendencia de la ley 25.675 General del Ambiente, cuyo art. 4º consagra los principios de prevención y precautorio. Pero también resultan de dicha norma de aplicación los principios de responsabilidad, equidad intergeneracional, y principio de sustentabilidad.

A su vez, el art. 8º inc. 2º), arts. 11, 12, y 13, de la ley 25.675, que regulan la evaluación de impacto ambiental, —que constituye para buena parte de la doctrina el instrumento legal de aplicación por excelencia, del principio preventivo. Asimismo, el art. 28 régimen de responsabilidad, en cuanto dispone que el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción (recomposición, que siempre conlleva una especie de prevención de daños), y el art. 29 que establece la exención de la responsabilidad solo se producirá acreditando que, a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo

y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

La ley 25.916 de Residuos Domiciliarios presenta como objetivos minimizar los impactos negativos de los residuos sobre el ambiente (art. 4º inc. c), implementar sistemas de gestión de residuos domiciliarios, para prevenir y minimizar los posibles impactos sobre el ambiente (art. 6º).

Todas las leyes ambientales contienen dispositivos que persiguen la finalidad de prevenir el riesgo, peligro o el daño ambiental.

El Código Civil y Comercial, en el Título V. Otras fuentes de las obligaciones. Capítulo I. Responsabilidad civil. Sección 1ª. Disposiciones generales. Art. 1708. Funciones de la responsabilidad, establece que “las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención y a la reparación”. La Sección 2ª prevé la función preventiva y punición excesiva de la responsabilidad.

El principio de prevención constituye una norma básica, esencial, en materia jurídica ambiental. Alexander Kiss⁶⁵, enseña que la regla de oro del derecho ambiental es la prevención. Nuestra disciplina dice Ramón Martín Mateo⁶⁶ es esencialmente preventiva. En lo ambiental es gravitante adoptar soluciones tempranas, de anticipación del daño ambiental, porque se sabe que el daño ambiental de producirse lleva a situaciones de daño grave e irreversible o pueden conducir a un desastre, emergencia o estrago ambiental, que es necesario evitar y controlar.

Más vale prevenir que curar.

Históricamente el régimen de la responsabilidad civil estaba pensado para resarcir económicamente el daño, a partir del Código Civil y Comercial, queda expresamente establecido cuál es el juego actual del régimen de daños. Lo que significa un rotundo cambio de rumbo.

Lo primero es prevenir y, si no obstante, ocurre el daño, lo siguiente será indemnizar (resarcir) o en el caso del daño ambiental colectivo, recomponer (o compensar ambientalmente).

Esta estructura no tenía cabida en el Código Civil histórico (Vélez Sarsfield), de base napoleónica, por lo que estaba huérfano de toda apoyatura en el sistema de Derecho Civil tradicional, pensado para resolver intereses propios, personales, directos, diferenciados, fragmentarios, individuales, egoístas, de base económica, individualista, más o menos discretos, pero que no sirven para resolver problemas de

⁶⁵ KISS, A., “Los Derechos e Intereses de las Generaciones Futuras y el Principio Precautorio” en M. DIAS VARELA- A. F. BARROS PLATIAU, *Princípio da precaução*, Ed. Del Rey, 2004.

⁶⁶ MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Ed. Trivium, 1992, 1ª ed., vol. I, p. 93; (2003:48).

la gente de esta centuria, de mayor complejidad, aquellos que atañen a la calidad de vida, el desarrollo sustentable, la defensa de los bienes de la naturaleza, del patrimonio cultural (material e inmaterial), y para la defensa de las generaciones futuras.

Por lo que se entiende que, si seguíamos porfiadamente, con esta estructura clásica o tradicional en el Derecho Civil, íbamos a profundizar la tragedia de los bienes comunes (o bienes colectivos), anónimos, que como son de todos no son de nadie en particular, nadie los defiende.

¿Cómo podemos tutelar el ambiente o la naturaleza en un sistema pensado para indemnizar el daño individual? ¿Debemos esperar impávidos o indiferentes que ocurra el daño para actuar? ¿Es justo admitir tan solo, el resarcimiento o la indemnización de lo que, de producirse, puede resultar un daño grave e irreversible? ¿No es más justo o razonable pensar en un sistema con normas de prevención o evitación del daño, y para el caso de producirse, aplicar normas de reparación en el que, conforme la Constitución Nacional, art. 41, y la doctrina de la Corte, tiene prioridad absoluta, la recomposición o restauración?

Desde la óptica de la especialidad, todo el instrumental jurídico ambiental está orientado para evitar la consumación del daño. Cuando se actúa después que ocurrió el hecho dañoso la solución tardía es inútil, porque el daño ambiental es expansivo, multiplicador, continuo o permanente, por ello es plausible toda decisión que se ubique *ex ante* (y no *ex post*), que opere sobre las causas y las fuentes de los problemas.

El ingreso del principio de prevención al Código Civil y Comercial fortalece la postura de defensa del ambiente. Aunque hace tiempo se sabe en la doctrina que el Derecho de Daños incluye además de la resarcitoria o indemnizatoria, una función preventiva y disuasiva, es valioso que expresamente se establezca esta regla de funcionalidad del instituto de la responsabilidad civil, en todas sus variantes.

Jorge Galdós⁶⁷ enseña que “cuando aludimos a la prevención del daño o función preventiva, nos referimos al derecho sustancial, a la nueva finalidad del derecho civil constitucionalizado; ya no se trata solo de reparar, sino de prevenir el daño. Por ello, reiteramos que constituye una cuestión de derecho sustancial que, si bien puede ser provisoria, en el marco general del Código Civil y Comercial está prevista como una pretensión autónoma, típica y definitiva para evitar la producción de la amenaza de daño o para hacer cesar el daño en curso”.

Responde a precedentes jurisprudenciales, doctrina autoral, y las Conclusiones de numerosos Encuentros Científicos de la especialidad de Derecho de Daños, en

⁶⁷ GALDÓS, J., *Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales*, LL 2017-E, 12 de octubre de 2017, p. 1.

especial las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2011⁶⁸ (50) (principio precautorio) y las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2013, en punto a la aplicación de dicho principio, en la temática del Derecho del Consumidor.

Adoptar medidas que eviten o disminuyan la magnitud de un daño, o no agravar el daño si ya se produjo, es una fórmula perfecta para el Derecho Ambiental.

Lo mismo se puede decir de las normas contenidas o proyectadas en materia procesal, respecto de la legitimación activa de obrar (para la que basta con acreditar un interés mínimo pero suficiente o razonable), en un ensanchamiento horizontal o envolvente de todos aquellos que se encuentren en la situación de incidencia colectiva, presupuesto de hecho del conflicto social ambiental.

Y de los alcances del contenido de la sentencia preventiva.

Resalta el art. 1711, en cuanto establece que “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”. O sea que no es exigible ningún factor de atribución o de imputabilidad (subjeto u objetivo), para que se dispare el mecanismo de prevención de daños.

Vamos a repasar las normas consagratorias de la función preventiva (deber de prevención del daño), porque siendo la interpretación exegética, literal o por las palabras de la ley, el primer método de hermenéutica jurídica, estamos convencidos de la utilidad de este análisis originario.

“Toda persona tiene el deber”, dice el art. 1709, tras reconocer el art. 1708, como funciones de la responsabilidad, “la prevención del daño y a su reparación”, “en cuanto de ella dependa”, fórmula que no es inocua, porque condiciona el deber a la posibilidad, “en cuanto” “dependa” de este sujeto responsable; ahora bien, el deber de prevención tiene una triple dimensión: 1) de evitar causar un daño no justificado; 2) adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud; 3) no agravar el daño, si ya se produjo.

La acción preventiva procede cuando: a) una acción u omisión antijurídica; b) hace previsible; c) la producción de un daño, su continuación o agravamiento; es decir, que la prevención entra a jugar frente al riesgo cierto, real, comprobado, verificado, conocido, sabido, o previsible, más aún cuando se trate de la extensión, continuo, prolongación o agravamiento, del daño.

⁶⁸ TANZI, S., “Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, septiembre 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión N° 3 Derecho de Daños”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Ed. La Ley, noviembre 2011, año XIII, nro. 11, p. 275.

Es previsible y nada se hace, para evitar se produzca el daño, o continúe el daño.

Matilde Zavala de González⁶⁹, dice que “se percibe la explicación racional de esa estructura de la norma, a partir de la diversidad de sujetos pasivos alcanzados por cada hipótesis: a) un posible dañador, quien debe evitar dañar a otros o a intereses colectivos, por causación originaria del menoscabo o de su intensificación; b) un tercero que no generó el peligro, pero que puede eliminarlo, desviarlo, o atenuar sus efectos perjudiciales; c) la propia víctima, que no debe agravar el daño experimentado. Solo que entonces no puede hablarse de un deber jurídico —que necesariamente presupone alteridad— sino de una carga como imperativo del propio interés, cuyo incumplimiento genera efectos desfavorables, acotado el alcance de su derecho indemnizatorio”.

En definitiva, —concluye—, “soportan un imperativo de prevenir daños todos los miembros de la sociedad, pues se encuentran constreñidos. I) a no dañar, II) a impedir perjuicios de proveniencia ajena y III) de ser víctimas, a desplegar gestiones para que los perjuicios sufridos no aumenten”.

Además, le atribuye importancia en que el precepto alude al deber de prevenir daños no justificados (art. 1710, inc. a), lo cual debe interpretarse en el sentido de que la causación o la no evitación de daños debe provenir de una conducta antijurídica.

Por último, indica que “son presupuestos genéricos para promover una reclamación preventiva: a) una acción u omisión que origina peligro de daño; b) antijuridicidad de la conducta riesgosa; c) previsibilidad del resultado nocivo; d) lesión a un interés razonable del acto; e) la posibilidad de detener el emprendimiento nocivo”.

Alberto Bueres⁷⁰ considera que el Código Civil y Comercial “ha disciplinado con acierto la tutela preventiva (o inhibitoria) —acciones para evitar que un daño se produzca—, tutela esta que siempre ha existido, desde tiempos pretéritos, y que bien podría ubicarse en el campo de un genérico derecho de daños, como propone, por ejemplo, Eugenio Llamas Pombo (a menos que se pretendiera que, conceptualmente, la responsabilidad civil no es la obligación de reparar el daño si no el deber de evitarlo a más del de repararlo). Estimo que este es el sentido de los arts. 1711 y 1712” del Código.

⁶⁹ ZAVALA de GONZÁLEZ, M. - GONZÁLEZ ZAVALA, R. (colab.), arts. 1708 a 1729, en *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Ed. Alveroni Editores, 2015, t. I, p. 183.

⁷⁰ BUERES, A., *La responsabilidad civil por daños en el proyecto de Código Civil y Comercial 2102*, LL, 2013-A-835.

Para Carlos Calvo Costa⁷¹ la finalidad preventiva reconoce como fundamento la consagración del principio *alterum non laedere*, al cual la Corte Suprema ha oportunamente considerado de raigambre constitucional e implícito en el art. 19 de nuestra Carta Magna.

En esa tarea de reconstrucción de la unidad jurídica del Derecho Privado, con los principios de derechos humanos y públicos, la prevención es de vital importancia, se trata de pacificar la sociedad, de evitar la producción del daño, en todas las dimensiones, con especial referencia a la cuestión ambiental.

Fernando A. Sagarna⁷² apunta que el “bloque de responsabilidad civil, parte de remarcar que sus funciones son la de “prevención” y “resarcimiento”, señalando en primer lugar a aquella, pues se pone especial énfasis en la evitabilidad del daño *prima facie*, *ex ante* (art. 1708). Así el centro de la responsabilidad civil no es solamente el daño, sino también la prevención del daño”.

Monjo y Argañaraz⁷³ precisan que “el deber de prevención no puede escindirse del juicio de previsibilidad y especialmente, del juicio de evitabilidad, lo que significa que el daño debe haber sido previsible y evitable. La alusión en la norma al referir que toda persona tiene el deber, “en cuanto de ella dependa”, a nuestro modo de ver, significa que la prevención del daño debe encontrarse dentro de la esfera de control del sujeto, y el daño o su agravamiento debe haberse podido prever y, además, evitar”.

Ahora, están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención (art. 1712). Aquel es portador de un interés razonable o atendible, está legitimado activamente de obrar en una pretensión preventiva. Además, como lo señalamos más arriba, se destaca que “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” (art. 1711, *in fine*). No se habla en este ámbito de factores de atribución.

La función preventiva prescinde de un factor de atribución o imputabilidad. Factor objetivo (culpa irrelevante). Responsabilidad objetiva (obligación de resultado). Factores subjetivos (culpa, dolo).

En otro orden, señalamos que el concepto de daño refiere a una lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

De esta forma claramente incluye el daño ambiental colectivo (en cuanto afecta a derechos de incidencia colectiva). También se podría inferir lo dicho, porque la ley

⁷¹ CALVO COSTA, C., *La pretensión preventiva en el derecho de daños*, LL, 2018-A-976.

⁷² SAGARNA, F., *Las funciones de la nueva responsabilidad civil*, RRCyS, 2016-II, tapa.

⁷³ MONJO - ARGANARAZ, M., “Funciones de la responsabilidad civil. Función preventiva”, en J. F. MÁRQUEZ, (dir.), *Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial*, Ed. Zavalía, 2015, t. 1, p. 61.

menciona el patrimonio sin ninguna referencia adicional, por lo que comprende el patrimonio individual, público, o colectivo.

Que la indemnización comprenda el perjuicio directo o indirecto (y el daño ambiental es indirecto o reflejo), actual o futuro (que en nuestra materia es clave), como la pérdida de chance (calificada jurisprudencia considera el daño ambiental como un daño a la salud, que provoca pérdidas de chances en los individual, que se resumen en un menoscabo las aptitudes reales o potenciales de la víctima de tener una mejor calidad de vida, o de expectativas de vida), también es relevante para el Derecho Ambiental.

Destacamos que constituye normativa de aplicación en el Derecho Ambiental, el art. 1757⁷⁴ que introduce una reforma en los elementos de la responsabilidad objetiva, en cuanto incluye no solo las cosas (riesgo o vicio) sino también las actividades riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Muchos casos de daño ambiental están ligados a actividades riesgosas o peligrosas; así por ejemplo, el complejo industrial o la maquinaria en su conjunto; las partículas que se emiten (material partículas en suspensión), emanan o vierten de los diversos establecimientos industriales, se encuadran en este supuesto de responsabilidad objetiva, en la que no es causal de justificación ni de exención de reproche, la autorización ni el permiso para su uso o realización, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Por último, el deber de prevención se cuela en el régimen de las inmisiones inmateriales.

XVI. RÉGIMEN DE INMISIONES AMBIENTALES

Capítulo 4. Límites al dominio.

Artículo 1973 — Inmisiones.

Históricamente se vincula el art. 2618 CC, antecedente inmediato del novísimo art. 1973 de inmisiones contenido en el Código Civil y Comercial, con la base del derecho ambiental, cuyo texto, dicho sea de paso, es fruto de la ley 17.711, aunque

⁷⁴ GALDÓS, J., “El art. 1757 del Cód. Civ. y Com. (el anterior art. 1113 del CC)”, *RRCIS*, año XVII, nro. 4, abril 2015, p. 176; “Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código”, *LL*, 2016-B-891. PARELLADA, C. A., “Responsabilidad civil por actividades riesgosas”, *La Ley*, Edición especial XXVII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Ley, martes 24 de septiembre de 2019, p. 5.

Vélez, lo había previsto, aunque con menor alcance que el actual sistema del referido artículo.

Inicialmente era para molestias que excedían el límite de las incomodidades ordinarias, y las molestias era ruido excesivo proveniente de establecimientos industriales o fabriles vecinos, y se resumía en una indemnización por daños, cuya base sentaba en el art. 2619 CC. Luego con la ley 17.711, se ampliaron los supuestos de aplicación de la norma, hablando no solo de ruido, sino también de humo, calor, olores, luminosidad, vibraciones o inmisiones similares (en realidad esta última terminología, que proviene del derecho romano, es una pequeña novedad que establece el Código), por lo que se entendía que la enumeración era meramente ejemplificativa, no taxativa ni cerrada.

En el art. 2618⁷⁵ además, se habla de excesos en la normal tolerancia (antes, incomodidades ordinarias). Y refiere la norma a una serie de estándares o parámetros jurídicos que el Juez deber ponderar razonablemente o tener en cuenta al resolver la cuestión: a) las circunstancias del caso; b) las condiciones del lugar; c) el respeto al uso regular de la propiedad; d) la prioridad del uso; e) las exigencias de la producción.

Todo ello, aunque mediere autorización administrativa para aquella. Y como la redacción del art. 2618, utiliza desafortunadamente, la palabra o cópula “o”, para establecer las amplias facultades del Juez en la cuestión, ordenar el cese o la indemnización de daños y perjuicios, hubo desde entonces una polémica en la doctrina autoral y jurisprudencial, acerca de su carácter, es decir si se trata de una alternativa o una acumulación.

Con buen criterio el Código Civil y Comercial, en el art. 1973, modifica el texto en punto a esta cuestión, para establecer que “Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños”.

Es decir, adopta una regulación más amplia, moderna, y actual, asignándole a los jueces la facultad de disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación”.

A continuación, establece que “Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad del uso, el interés general y las exigencias de la producción”. Este artículo parte de la base que el caso es de una sentencia difícil para el juez, por lo que no extraña que se refiera a la necesidad de elaborar un juicio de ponderación, tomando

⁷⁵ ADROGUÉ, M. I. : “Las molestias entre vecinos en la Reforma Civil”, capítulo V, obra colectiva *Temas de Derecho Reales*. Editorial Plus Ultra. “Las molestias entre vecinos en la reforma del Código Civil ley 17711, LL, 1996-C-718. ANDORNO L.O., “Las molestias de vecindad (art. 2618 C.C.). La responsabilidad por daño ambiental”, *JA* 1999-IV-1074.

en consideración diversos estándares de prudencia, y circunstanciado, en la búsqueda del equilibrio interpretativo.

Uso regular de la propiedad, prioridad del uso (preocupación), exigencias de la producción, y la novedad; el interés general, como cartabón de esta cuestión entre vecinos, que excede el interés de las partes en conflicto. Los conflictos de vecindad, vistos antes como restricciones y límites al dominio, impactan muchas veces sobre terceros, la comunidad en su conjunto, o en definitiva, el interés público colectivo, que debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de adoptar una decisión final sobre el caso.

Finalmente, no escapa a nuestra consideración que el Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustantivas con impactos procesales. Notables autores de la especialidad procesal advierten de estos cambios.

Tan solo destacamos que, en materia ambiental, la ley 25.675 General del Ambiente regula incipientemente el proceso colectivo ambiental, e instituye dos acciones específicas de defensa del ambiente: una de ellas con claro objetivo preventivo; nos referimos a la acción de amparo por cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

También cabe mencionar las amplias facultades que el art. 32 de la ley 25.675 atribuye a los jueces, para adoptar “las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general”.

Pablo Lorenzetti, en un excelente trabajo publicado en RCyS⁷⁶, pone de resalto que “también, en base al mismo dispositivo, el magistrado se encuentra facultado para disponer aun de oficio y sin petición de parte, “medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria”. Se trata del “activismo judicial” predicado para este tipo de casos, amplia y razonablemente ejercido por cada uno de los jueces que a lo largo y a lo ancho de nuestro país han debido enfrentarse a casos vinculados a la tutela del ambiente”.

⁷⁶ LORENZETTI, P., “Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2013, año XV, nro. 8, VIII, p. 5; “La función preventiva de la responsabilidad civil y el daño ambiental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *nuevocódicocivil.com*: “Antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil por daño ambiental. Su reformulación a partir del nuevo Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Ambiental*, Ed. Abeledo Perrot, 2015, nro. 43, p. 23; “Código Civil y Comercial de la Nación: compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual”, *JA*, 2015-3, 2015, p. 3; “Relación de causalidad como presupuesto del daño ambiental. Nuevos perfiles a partir del Cód. Civ. y Com. de la Nación”, en *RCyS*, 2016-II-19; “Tutela inhibitoria en materia ambiental. Función preventiva y función precautoria de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016-2, p. 523.

XVII. CONCLUSIONES

El Código Civil y Comercial constituye una enorme contribución para la defensa del ambiente porque regula derechos individuales y derechos de incidencia colectivos (dentro de cuya familia se encuentra el derecho ambiental):

1) Porque con la constitucionalización del derecho privado, integra o subordina este último, a la Constitución y los Tratados Internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.

2) Porque introduce los conceptos de ambiente, sustentabilidad (macro fin del derecho ambiental), la flora, fauna, el agua, la biodiversidad, y el paisaje.

3) Porque reconoce las normas de presupuestos mínimos.

4) Porque incluye un nuevo paradigma en materia de bienes, al regular aspectos relativos a los bienes colectivos y valores colectivos en referencia a los derechos ambientales, y las comunidades como los pueblos originarios (parte de una sociedad multicultural).

5) Porque declara como principio general del derecho, la buena fe (la lealtad, el obrar transparente), una de las ideas fuerza del derecho ambiental, junto con la solidaridad, la cooperación, y la paz.

6) Porque amplía los supuestos de abuso del derecho para aquellos casos en que se afectara derechos de incidencia colectiva (en especial, el funcionamiento y la sustentabilidad del ecosistema), diseñando un modelo o versión novedosa, de abuso del derecho ambiental, o “ECO- ABUSO” (Sozzo), disponiendo un límite externo para el ejercicio de los derechos individuales, consagrando un principio de sociabilidad.

7) Porque introduce en el artículo 240, la regla de la compatibilidad, entre el ejercicio de los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, y de no afectación del funcionamiento y sustentabilidad de los ecosistemas, el paisaje, el agua, suelo, agua, flora, biodiversidad, valores culturales, lo que implica un profundo replanteo de las relaciones del hombre y la naturaleza (VISIÓN ECOLOGISTA), de carácter ECOCÉNTRICO o sistémico, contrario al antropocentrismo, individual, egoísta, y utilitarista, propio de la cosmovisión de los códigos decimonónicos.

8) Porque reconoce la doble función del derecho de daños: preventivo y de reparación, poniendo el acento en la evitación del daño, que para el derecho ambiental es un principio básico de política protectoria y únicamente para casos de daños consumados, tendrá prioridad absoluta la recomposición.

8) Porque comprende en la regulación, el daño ambiental colectivo, los daños a las pérdidas de chances, y la responsabilidad por actividades peligrosas o riesgosas por naturaleza.

9) Porque define claramente las amplias facultades del juez en casos de inmisiones inmateriales. Y lo que es más importante, flexibiliza la carga de la prueba, introduciendo la doctrina de las cargas dinámicas probatorias.

10) Porque introduce el concepto de consumo sustentable como uno de los principios básicos en materia del derecho del consumidor.

Por último, una reflexión final.

Los arts. 1º, 2º, 3º, 9º, 10, 14, 240, 241, 1708, 1709, 1710, 1715, 1973, hunden sus raíces en la Constitución Nacional (que en la especialidad, encuentra base en el art. 41, deber de preservación⁷⁷) están inspirados en ideas del Derecho Privado Constitucional, en los principios y valores jurídicos fundamentales del ordenamiento, también en la libertad, la buena fe, la paz, la convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación, que resulta imprescindible para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales, con los derechos de incidencia colectiva. Es un salto de lo individual a lo colectivo, sin que ello implique, denegar, aniquilar, aplastar, o remover derechos individuales.

Por ello se le exige al juez desarrolle una labor hermenéutica de ponderación.

El Código Civil y Comercial en los arts. 10, 14, 1710, 1715, 1973, fortalece la función preventiva de la justicia, los mecanismos de tutela civil inhibitoria, la acción preventiva⁷⁸, para anticipar las barreras jurisdiccionales, en forma precoz, temprana, en los albores del conflicto, cuando todo está por hacerse, y nada definitivamente, está dicho.

Este remedio civil inhibitorio que estaba orientado en sus inicios hacia la protección de la posesión y de la propiedad ha evolucionado también con el tiempo, ampliando su ámbito de tutela al abarcar la tutela de los derechos y deberes fundamentales de las personas y de otros bienes de dominio público, como el medio ambiente.

Se persigue evitar la política del hecho consumado.

La transformación de la responsabilidad civil por daños, con la incorporación de la función preventiva, regulada por el Código Civil y Comercial, le da un mayor apoyo al micro sistema de tutela preventiva ambiental, que se enriquece, además, con

⁷⁷ TORRES, S.G.- MADIEDO, M. (Coordinación), *Derecho Ambiental*, Hammurabi, 1019.

⁷⁸ LORENZETTI, R., "Tutela civil inhibitoria", *LL* 1995-C-1217.

la operatividad conjunta de los principios de prevención, precautorio, y de cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

La introducción del derecho ambiental en el Código Civil y Comercial, y de las normas de presupuestos mínimos ambientales, sirve para unificar (uniformar en la variedad), el régimen jurídico de la responsabilidad por daño ambiental colectivo que, desde su regulación especial en la ley 25.675 General del Ambiente, arts. 27 y ss., necesitaba de la recepción en el Derecho Común Privado, para su mayor comprensión. Deja, entonces, su situación de aislamiento normativo y se integra de manera coherente, con el macro sistema contenido en el Código de Derecho Privado.

Federaciones, actividades deportivas y medio natural. Sobre la viabilidad de algunas funciones públicas delegadas

Sport federations, sport activity, and natural environment: What is new about the viability of delegated public functions

Ignacio Jiménez Soto

Catedrático de Derecho Administrativo

Director de la Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho del Deporte

Universidad de Granada¹

SUMARIO: I.INTRODUCCIÓN: EL OPORTUNO RECONOCIMIENTO EN LA NUEVA LEY DEL DEPORTE DE ANDALUCÍA Y EN OTRAS COMUNIDADES DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA EN EL MEDIO NATURAL. II. EL FOMENTO DE LA PRÁCTICA DEL DEPORTE EN EL MEDIO NATURAL COMO DESARROLLO SOSTENIBLE. 1. El impulso del deporte en el medio natural a través de títulos habilitantes, además de la licencia deportiva. Una vis expansiva para fortalecer las estructuras deportivas. 2. El compromiso con el desarrollo sostenible. III. LA GESTIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS (ENP) Y EN ESPECIAL LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN. IV. LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS COMO AGENTES COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y SEGURIDAD EN LA PRÁCTICA DEL DEPORTE EN EL MEDIO NATURAL. V. EL CASO CONCRETO DE LOS

¹ Disertación pronunciada el día 29 de octubre de 2019, en la toma de posesión como Académico Correspondiente de la Real Academia de San Dionisio de Ciencias, Artes y Letras de Jerez de la Frontera (Cádiz).

Trabajo enmarcado dentro del Grupo de Investigación SEJ-459 “Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Energía” (MOE), que dirige el Pr. Dr. Estanislao Arana García, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

Recibido: 01/11/2019

Aceptado: 08/11/2019

SENDEROS DE USO DEPORTIVO DE ANDALUCÍA: EL DECRETO 67/2018, DE 20 DE MARZO. 1. Del trampantojo legal de la norma a una colaboración intensa entre Administración y Federaciones Deportivas. 2. Naturaleza Jurídica del suelo. VI. LA PRÁCTICA DEPORTIVA DEL ESQUÍ Y SUS ESPECIALIDADES A TRAVÉS DE LICENCIA O TÍTULOS HABILITANTES. VII. CONSIDERACIONES FINALES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El incremento de personas que deciden utilizar el medio natural en sus ratos de ocio, es cada día mayor, destacando entre éstas quienes eligen la práctica deportiva con fines no competitivos, sino de placer y recreación, convirtiéndose en un usuario cualificado, al que la nueva legislación deportiva autonómica, como es el caso de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, le permite pertenecer a una federación deportiva no solamente con la tradicional licencia federativa, dedicada al deporte de competición oficial, sino también con un título habilitante para los deportistas de ocio. Con esta nueva inclusión de los deportistas en las estructuras federativas, se fortalece el asociacionismo deportivo, por lo que las federaciones deportivas relacionadas con el deporte en el medio natural pueden colaborar en la protección y conservación del medio ambiente, al incorporar estas actividades en el ámbito de las funciones públicas delegadas, asistiendo a una nueva técnica de control administrativo distinta a la de policía, y sí a través de la autorregulación regulada para determinadas actividades y en determinados lugares, destacando por su importancia los Espacios Naturales protegido (ENP). Funciones públicas delegadas que ya están realizados algunas federaciones deportivas, en este caso Montaña y Escalada en la homologación de senderos, a los que nos vamos a referir en el análisis de la posibilidad del ejercicio de la potestad expropiatoria cuando discurren por fincas privadas; igualmente, se realiza un estudio sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria en el esquí y sus especialidades a través de la licencia o título habilitante, dentro del compendio de facultades públicas delegadas.

ABSTRACT: The increase of people who decide to use the Protected Natural Spaces (PNE) in their leisure time, is increasing every day, highlighting among those who choose the sport for non-competitive purposes, but for pleasure and recreation, becoming a qualified user, to which the new sports legislation, as in the case of the Law 5/2016, of July 19, of the Sport of Andalusia, allows it to belong to a sports federation, not only with the traditional federative license, dedicated to official competitive sport, but also with an enabling title for leisure athletes. With this new inclusion of athletes in the federative structures, sports associations are strengthened, so sports federations related to sports in the natural environment can collaborate in the protection and conservation of the environment, by incorporating these activities in the

field of delegated public functions, attending a new administrative control technique different from the police, and through regulated self-regulation for certain activities and in certain places of the PNE.

PALABRAS CLAVE: Actividad deportiva en el medio natural; ámbito competitivo no oficial y recreativo y de ocio; Administración deportiva y Administración ambiental; turismo activo; intervención administrativa: ordenación, planificación y autorregulación regulada en los ENP; Planes Rectores de Uso y Gestión y actividades deportivas de ocio; uso público de los recursos naturales; participación de los ciudadanos; colaboración interadministrativa; licencias deportivas y títulos habilitantes; interacción usuarios-medio natural-Administración, senderos públicos de uso deportivo y ejercicio de expropiación forzosa, viabilidad de potestad disciplinaria en la práctica del esquí y sus especialidades.

KEY WORDS: Sports activity in the natural environment; unofficial competitive and recreational and leisure environment; Sports Administration and Environmental Administration; Active tourism; administrative intervention: regulation, planning and regulated self-regulation in the ENP; Master Plans for Use and Management and leisure sports activities; public use of natural resources; participation of citizens; inter-administrative collaboration; sports licenses and qualifying titles; Interaction users-natural medium-Administration.

I. INTRODUCCIÓN: EL OPORTUNO RECONOCIMIENTO EN LA NUEVA LEY DEL DEPORTE DE ANDALUCÍA Y EN OTRAS COMUNIDADES DE LA ACTIVIDAD DEPORTIVA EN EL MEDIO NATURAL

Qué duda cabe que la actividad deportiva en el medio natural, como tal, desde una perspectiva estrictamente deportiva y por qué no jurídica, en las últimas décadas, ha estado exenta del protagonismo que le correspondía por su cercanía con la actividad turística y con los componentes medioambientales², debido a que los contornos turísticos y ambientales metafóricamente han abducido a la práctica deportiva en sí; cuando valga la paradoja, este tipo de actividad va adquiriendo un notabilísimo incremento de practicantes en los últimos años.

Un solo ejemplo sirve para corroborar estos planteamientos, como es que ya en el año 2010 la Federación Española de Montaña y Escalada (FEDME) contaba con

² Tal y como tuvimos la oportunidad de exponer en JIMÉNEZ SOTO, I., "El difícil anclaje jurídico de las actividades deportivas en los espacios naturales protegidos, a través de los instrumentos de ordenación", en F. BALAGUER CASTELLÓN, y E. ARANA GARCÍA (coord.), libro homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, Vol. II, pp. 1990-2012.

87.147 licencias y 1759 clubes y, 7 años más tarde, esto es 2017, los datos son 237825 licencias y 2748 clubes, (datos WEB Consejo Superior de Deportes) que la sitúan entre las Federaciones deportivas españolas con mayor número de deportistas, en concreto en el puesto número 5, justo detrás de fútbol, baloncesto, caza y golf. Por lo que respecta a Andalucía, la Federación Andaluza de Montaña y Deportes de Escalada (FADME) presenta una muy meritoria factura, pasando de 8.158 licencias en 2010 a 39392 en 2017 y 323 clubes, notabilísimo incremento que, tiene entre sus razones, el aumento considerable de personas que hacen del medio natural su práctica deportiva preferida, consecuencia del boom del senderismo, además de las nuevas modalidades como las carreras de montaña o la bicicleta de montaña, no sólo en el ámbito competitivo oficial, sino competitivo no oficial y recreativo o de ocio.

Así pues, son numerosos los ciudadanos que practican estos deportes al margen del tejido federativo, por meras razones de salud o placer, o ambas a la vez, sin olvidar el elemento sociológico de indudable valor, como es el de ser modalidades deportivas que puede practicar toda la familia en su conjunto, algo difícil de encontrar en otros deportes, y a un precio muy asequible a los bolsillos familiares.

A este tipo de practicantes deportivos, tanto los no participantes en competiciones oficiales como los deportistas de ocio, se refieren las nuevas Leyes del deporte autonómicas, como es el caso de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte en Andalucía (art. 35), en un intento de dar cobertura jurídica a los numerosos deportistas, que no se encuentran ubicados en el tradicional anclaje federativo del deporte de competición oficial.

Y entre estos deportistas, abundan los que prefieren como modalidad o especialidad deportiva, aquellas actividades que se realizan en el entorno natural, llegando en algunas ocasiones a concentrarse miles de participantes, por el mero hecho de poder realizar la prueba, siendo numerosos ejemplos los que podemos citar, no sólo en España: en las carreras de esquí nórdico, es el caso de la más famosa que se celebra en Suecia en la Vasoloppet que aglutina a 60.000 esquiadores de 40 países, o en los ya afamados 101 km de la Legión de Ronda, que comenzó en 1995 con 400 participantes y en 2017 ya tuvo que limitar la inscripción a 7500 participantes en esta carrera y bicicleta de montaña, manifestaciones deportivas donde efectivamente el componente competitivo no es el aliciente principal.

Pero lo verdaderamente importante, independientemente de los planteamientos que al respecto se puedan hacer, es el acierto que tiene la nueva legislación deportiva en las Comunidades Autónomas por incluir entre sus preceptos la actividad deportiva en el medio natural, ya que esta regulación no la encontramos en el ámbito estatal de la Ley 10/90, de 15 de octubre, del Deporte; y sí, en las leyes posteriores de carácter autonómico, donde se ha producido una notabilísima evolución al respecto,

basta ver la anterior ley andaluza, Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte en Andalucía, donde solamente podíamos encontrar una muy tenue referencia en los principios rectores del artículo 2. J): “*El respeto al medio ambiente y la protección del medio natural, prevaleciendo los usos comunes sobre los especiales y privativos*”.

Ahora, con la nueva Ley 5/2016, la intensidad es muchísimo mayor, pues si bien continua con su inclusión entre los principios rectores, es decir, entre las pautas de actuación que establece la Ley a los poderes públicos, podemos encontrar referencias muy marcadas en el protagonismo que adquieren estas actividades, es el caso del artículo 5.ñ): “*el respeto y protección al medio ambiente, aprovechando el medio natural para aquellas actividades y competiciones deportivas y de tiempo libre más adecuadas*”.

Es llamativo como el legislador no se limita a las competiciones deportivas, sino también extiende la actuación pública a las “*actividades de tiempo libre*”, que habrá que anudar con la expedición de otros títulos habilitantes que permiten participar en competiciones no oficiales y en actividades de ocio (art. 25.4), junto al fomento del deporte de ocio, cuando el artículo 28.1 dice: “*La Consejería competente en materia de deporte fomentará el deporte de ocio mediante el desarrollo de una política deportiva a través de la planificación y programación de la oferta de actividades deportivas de tiempo libre y de recreación, buscando estándares de calidad y excelencia*”.

Constituyendo una de las aportaciones más interesantes en este ámbito, la que realiza la norma andaluza en el artículo 10, dedicado a la actividad deportiva en el medio natural, donde junto a la obligación de fomentar por parte de los poderes públicos la práctica del deporte en el medio natural de una manera sostenible (art.10.1), otorga al medio natural la consideración de instalación deportiva no convencional³ cuando se utilice para la práctica deportiva (art.10.3); así como la colaboración de las consejerías competentes en materia de deporte, turismo y medio ambiente, para favorecer la práctica del deporte en el medio natural como elemento generador de actividad turística (art.10.6).

Sin embargo, de ahí la importancia de la nueva Ley, en el caso concreto de las actividades deportivas en el medio natural, la Administración deportiva y por su extensión los operadores deportivos, como acabamos de exponer, con el nuevo marco autonómico del deporte en Andalucía, a través de un artículo 10, vienen a situar a la actividad deportiva en un primer plano.

³ Se da la paradoja que, en el ámbito estatal, como advertimos en la timorata Ley 10/90 del Deporte a penas se menciona la actividad deportiva en el medio natural; sin embargo, en el Censo de Instalaciones Deportivas del Consejo Superior de Deportes (CNID-2005, CNID-2010) se encuentran numerosos espacios naturales en su consideración de instalaciones deportivas, si bien es cierto que estos datos los ofrecen las Comunidades Autónomas.

Asimismo, otro buen ejemplo lo encontramos en Aragón, donde en la anterior Ley 4/1993, de 14 de marzo del Deporte de Aragón, al describir las actuaciones de coordinación de las Administraciones públicas, establecía en su artículo 3.l): “*Proteger las instalaciones naturales susceptibles de aprovechamiento deportivo*”, para a continuación, en el artículo 44, determinar que será necesario contar con la pertinente autorización, cuando se trate de usos deportivos en las instalaciones calificadas de carácter natural, que sean de titularidad o cuya gestión esté encomendada a la Comunidad Autónoma, pudiendo restringirse temporalmente por motivos de seguridad y protección del medio ambiente.

Hoy día la actual Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la actividad física y el deporte de Aragón, incide en el principio rector en el artículo 4.g): “*La promoción de la adecuada utilización del medio natural, para la práctica de la actividad física y deportiva y su compatibilización con la protección del medio ambiente*”, y además le presta una especial atención en el Título de las instalaciones deportivas; por un lado, al incluir en las instalaciones, equipamientos y espacios deportivos (art.59.c) el: “*Espacio deportivo no convencional: aquel situado en el medio urbano o natural, no diseñado específicamente para la práctica deportiva y que es utilizado para el desarrollo de actividad física y deportiva*”. De otro lado, cuando se determina la utilización de las instalaciones deportivas no convencionales de carácter natural y artificial, nos encontramos con las autorizaciones administrativas correspondientes para su disposición con carácter deportivo, así como de la obligatoriedad de suscribir un seguro específico para este tipo de práctica deportiva (art.69).

El ejemplo en las Islas Canarias, podemos considerarlo como muy gráfico del aumento que tienen estas actividades para el legislador, pues en la Ley 8/1997, de 9 de julio, Canaria del Deporte, apenas se encontraba regulación al respecto, tan sólo en las líneas generales de actuación el artículo 2.h) dispone: “*Políticas que se adapten a las limitaciones de los recursos naturales y a los principios de desarrollo sostenible y de respeto a los valores de naturaleza*”. Esta nimia referencia de la legislación canaria, ya de por sí sorprendía, pues el archipiélago cuenta con ser una de las zonas de la Unión Europea con más Espacios Naturales Protegidos, de los que sobresalen 4 Parques Nacionales: Teide (Tenerife), Garajonay (Gomera), Caldera de Taburiente (La Palma) y Timanfaya (Lanzarote), y 11 Parques Naturales.

Por el contrario, la nueva Ley 1/2019, de 30 de enero de la Actividad física y el deporte de Canarias, incluye prácticamente la misma redacción en los principios rectores, que la anterior, pero en el nuevo artículo 3.g) se añade: “*... y a la empatía hacia los animales silvestres, domésticos y de compañía*”; creemos interesante, antes de seguir con la inclusión normativa en el deporte canario, recalcar la importancia que tienen los “*deportes autónomos y tradicionales*”, cuyas modalidades, en estos momentos, son:

arrastre canario, bola canaria, carros de madera canario, juego de palo canario, levantamiento de arado canario, levantamiento y pulseo de piedra canario, pelota a mano canaria, vela latina canaria (art.27), por lo que sin ser especialistas en estas prácticas deportivas, es fácil intuir que buena parte de éstos se desarrollan en el medio natural⁴, luego implícitamente la regulación y acogimiento de éstos por la Ley, es un signo más de la importancia de la actividad deportiva en el medio natural.

Ciñéndonos en aspectos más concretos, en el Censo de Instalaciones Deportivas Canarias, se incluyen los espacios naturales (art.51.2); en la tipología de los Espacios Deportivos, nos encontramos con las Áreas de Actividad (art. 52.1.c): “*espacios no estrictamente deportivos, como son las infraestructuras o los espacios naturales incluidos los marítimos...son áreas de actividad, entre otras, las bahías, los senderos, las playas y el espacio aéreo*”, concretando que la Red Básica de Instalaciones Deportivas incluirá los espacios deportivos convencionales o no (art. 52.3).

Si ya es verdaderamente importante la regulación, sobre todo por los deportes autóctonos y tradicionales, podemos destacar de relevante el artículo 54 destinado a los Espacios Deportivos para el deporte en el medio natural, donde ya en su apartado 1º, los clasifica de acuáticos, terrestres y aéreos; y en el apartado 2º determina que las Administraciones públicas canarias promoverán las condiciones favorables para la práctica de estos deportes, de forma libre y espontánea, en el medio natural, reglamentando su uso y disfrute, con las disponibilidades presupuestarias para que éstos se desarrollen en las condiciones más óptimas y seguras.

Siguiendo con ejemplos, la Ley 2/1994, de 29 de diciembre, del Deporte en Asturias nos conduce al artículo 3.h) donde los poderes públicos del Principado de Asturias garantizarán el acceso de todos los ciudadanos a la práctica del deporte de acuerdo con las siguientes líneas de actuación: “*Promover la consideración del medio natural como espacio deportivo, haciendo compatible el uso deportivo con la protección del medio ambiente*”; de esta regulación, pasamos al Anteproyecto de Ley de Actividad Física y Deporte (texto de agosto de 2018), donde podemos apreciar un giro notable en un texto legal que potencia estas actividades deportivas. Así, vemos cuando en el artículo 3.f) del Anteproyecto, incluido en los principios rectores, mantiene prácticamente el contenido de la Ley vigente, si bien aporta un añadido interesante de gran utilidad para los deportistas en el medio natural, como es: “*...así como la existencia de información actualizada de la regulación, condiciones y lugares donde se puede realizar la práctica del deporte en el medio natural*”, decimos de gran utilidad, puesto que uno de los grandes inconvenientes que se tienen para practicar estas actividades, suele ser la falta de información

⁴ Sobre la importancia del medio natural en la actividad deportiva, se puede ver en el trabajo del profesor y presidente de la Federación Canaria de Surf LOBO RODRIGO, A., *la ordenación y gestión de playas: especial referencia a los usos turístico-deportivos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

de pistas, senderos, autorizaciones, lugares, etc., que constituyen muchas veces un hándicap muy negativo para el deportista, incluso con enfrentamientos y sanciones con los agentes forestales o medioambientales, el Seprona de la Guardia Civil, al estar realizando la actividad deportiva, por ejemplo bicicleta de montaña por una zona prohibida, sin que se haya tenido conocimiento por falta de información o cuando ésta se presta de forma deficiente.

También, siguiendo con la tendencia de considerar el espacio natural como instalación deportiva, el artículo 22.2 del Anteproyecto presenta la siguiente regulación: *“Formarán parte del censo de instalaciones además de las deportivas convencionales, los mapas de orientación, circuitos urbanos de ejercicio físico, parques que contengan espacios destinados a la práctica de la actividad física y el deporte, recorridos de bicicleta de montaña y rutas por senderos”*, todo ello fortalecido, por la propias características de estas actividades, con la opción de la licencia deportiva o el título habilitante, puesto tal y como regula el artículo 68.4: *“...Las federaciones deportivas asturianas podrán expedir otras habilitaciones administrativas de temporada o de día, que permitan participar en competiciones y actividades ordenadas que no tengan la calificación de oficiales”*.

Regulación autonómica que, como exponemos a continuación, las nuevas orientaciones legales, empobrece la timorata regulación que hace la Ley estatal al deporte en el medio natural, donde es tan superficial, que apenas merece comentario, tal como lo encontramos en el artículo 8. q) de las competencias del Consejo Superior de Deportes: *“Colaborar en materia de medio ambiente y defensa de la naturaleza con otros organismos públicos con competencias en ello y con las federaciones, especialmente relacionados con aquellos”*, y nada más, un brindis al sol en un día nublado.

Es más, el Anteproyecto de Ley del Deporte, aprobado por el Consejo de Ministros el 31 de enero de 2019, al que se le han presentado 151 enmiendas, se mantiene en la misma línea, con algunas excepciones que ahora exponemos, de no darle a la actividad deportiva en el medio natural el lugar que le corresponde, máxime cuando el texto normativo trae su causa en el artículo 43.3 de la Constitución, el que habla del fomento de la educación física y el deporte, así como la adecuada utilización del ocio, eso sí, en el marco de la Administración General del Estado.

Se justifica su competencia normativa en el artículo 149.1.1^a de la CE, que no es otro que aquel que establece como competencia exclusiva del Estado, la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles, por lo que se ha perdido una excelente oportunidad, de haber incluido un articulado específico de las actividades deportivas en el medio natural, al menos en cuanto a la regulación de los “derechos de las personas deportistas”, como hubiera sido el derecho preferente a la realización de actividades deportivas en los Espacios Naturales Protegidos en las mismas condiciones de igualdad en todo el Estado, lo que conlleva-

ría el uso y disfrute, así como la utilización de los refugios de montaña, algo que desgraciadamente hemos visto, como algunas federaciones autonómicas no reconocían la igualdad de trato en función de la naturaleza de la tarjeta federativa, por citar un ejemplo a la hora de utilizar los refugios.

No obstante, hay que decir que en el Anteproyecto, la futura ley también acoge la práctica deportiva fuera del modelo de la competición oficial, como hacía hasta ahora, y así el artículo 38 está dedicado a las personas deportistas en la competición o en la práctica deportiva no oficial en el ámbito de las federaciones deportivas españolas, pero limitándose esta regulación, a que el Consejo Superior de Deportes, podrá establecer condiciones específicas de protección de la salud, incluso podrá establecerlo como requisitos de admisión en la federación o en los organizaciones de actividades no oficiales.

Así las cosas, del Anteproyecto de Ley estatal del Deporte, si bien presenta mayor contenido al respecto, no es menos cierto que se trata de regulaciones aisladas que se ciernen en torno a la protección del medio ambiente, pero no a la práctica deportiva y al deportista, como hubiera sido de esperar, por lo que se mantiene en la línea anterior de los años 90, cuando estas actividades estaban en pañales.

Esto se aprecia en los principios rectores, los cuales marcan la orientación al poder público, con la siguiente literalidad en el artículo 3.1: *“El desarrollo de la actividad física y el deporte en condiciones compatibles y respetuosas con el medio ambiente, con la protección del medio natural y el entorno urbano, así como la seguridad de las personas”*; más llamativo, siguiendo en esta afán proteccionista que, entre las competencias del Consejo Superior de Deportes, tengamos un lacónico artículo 13.u), que es común a cualquier Administración pública en relación con el medio ambiente, luego aquí poco aporta la Administración deportiva, al establecer: *“Colaborar con el resto de las Administraciones Públicas en la adopción de medidas que aseguren la sostenibilidad de la actividad deportiva en el medio ambiente, así como en el entorno urbano y natural”*.

En este olvido de derechos, curiosamente si aparece una mención concreta en el apartado de deberes de las personas deportistas, con lo cual asistimos a un hecho algo insólito como es que una ley no reconozca derechos específicos y si deberes específicos, es más; lo usual, es al revés como sucede con las leyes de Educación, Universidades, etc., pues no, en este anteproyecto nos encontramos con dos deberes, incidentales en el deportista en el medio natural: artículo 23.1.c: *“Practicar la actividad física y el deporte en las condiciones más respetuosas posibles con el medio natural, el medio ambiente y el entorno natural y urbano”*. Alguien podrá alegar que se refiere a todos los deportistas, pero qué duda cabe que es una obligación más intensa a los deportistas en el medio natural, verdad no es lo mismo un jugador de tenis de mesa que un montañero escalando una vía, al igual que podemos encontrar en el artículo 23.1.e): *“Hacer uso racio-*

nal y adecuado de los bienes de dominio público, de las infraestructuras e instalaciones deportivas y servicios públicos” recordamos que, entre los bienes de dominio público ,tenemos los caminos, parques, puentes, obras públicas, montes catalogados, etc., y todos aquellos que podemos encontrar en la abundante legislación al respecto⁵ .

Por último, como novedad, introduce el anteproyecto tras la creación de la Conferencia Sectorial del Deporte, un artículo dedicado a la actividad concertada entre las federaciones deportivas y las Comunidades Autónomas, en concreto el artículo 98.1 si bien limitado al uso de la competición: “ *Cuando en la realización de una competición deportiva sean precisas habilitaciones, permisos o autorizaciones en materia de medio ambiente, dominio público u otras similares, la Conferencia Sectorial del Deporte podrá establecer un sistema previo de participación en la elaboración de calendarios deportivos en los que se incluyan dichas pruebas*”.

Así pues, creemos que no es exagerada decir como conclusión: que las actividades deportivas en la naturaleza han estado huérfanas en el Ordenamiento Jurídico Deportivo, hasta la aparición de la nueva legislación deportiva autonómica, ubicándose mientras tanto en normas jurídicas turísticas y ambientales principalmente.

Afirmación que, podemos corroborar, con un breve recorrido histórico, no sólo con el Decreto de Turismo Activo de Andalucía⁶, sino con otros ejemplos muy relevantes, como fue el pionero Decreto 81/1991, de 25 de marzo, del Departamento de Comercio, Consumo y Turismo, de Cataluña sobre los requisitos que deben reunir las empresas dedicadas a la organización de actividades deportivas de recreo y turísticas de aventura, y por Orden de 10 de abril de 1991 se especifican estas actividades: parapente, bicicleta de montaña, descenso de barrancos, piragüismo, marcha a caballo, etc., sustituido por el Decreto 56/2003, de las Consejería de Cultura y de Trabajo, Industria, Comercio y Turismo sobre la regulación de las actividades

⁵ Véase Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por la Ley 21/2015, de 20 de julio....

⁶ De muy interesante podemos considerar con ocasión del Decreto andaluz, en relación a las actividades de turismo activo, la aportación de la Ley 1/2019, de la Actividad Física y el Deporte de Canarias, donde en su artículo 22 que lleva como rubrica “actividades deportivas con riesgo intrínseco”, en las que por razón del riesgo o del tipo de espacios en el que se desarrollan, requiere una concreta habilitación, acreditación o cualificación para su práctica. Pues bien, amparándose en dicho artículo la Resolución de 12 de julio de 2012, por la que se da publicidad al texto actualizado del Texto Refundido de las disposiciones vigentes, en materia de tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias, dispone en el Título XIII sobre tasas por la prestación de determinados servicios de búsqueda, rescate y salvamentos realizados, por el grupo de emergencias y salvamento de la comunidad autónoma, art. 171.1 apartado a) que dicha tasa siempre se sufragará, sea cual sea la situación, cuando se trate de una serie de deportes o actividades peligrosas, donde se enumeran las tradicionales que componen en el denominado turismo activo: descenso de cañones, barrancos, marchas, turismo ecuestre, bicicleta de montaña, escalada, espeleología, paracaidismo, vuelo de ultraligeros...

físico-deportivas en el medio natural; o el Decreto del Departamento de Cultura y Turismo de la Diputación General de Aragón 146/2000, de 26 de julio que regula el ejercicio y actuación de las empresas dedicadas a la prestación de servicios de turismo activo y de aventura; el Decreto de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo del Principado de Asturias 92/2002.

Sorprende pues que, teniendo en cuenta su incidencia en el sistema deportivo, al ser de gran magnitud, no hayan tenido su correspondiente espacio normativo en la legislación deportiva, máxime cuando muy buena parte del denominado “deporte para todos”, “deporte en edad escolar”, “deporte recreación”, etc., se desarrollan en la naturaleza, como podemos apreciar en las numerosas ofertas de las Concejalías de Deportes, Patronatos Municipales de Deportes, en los Servicios de Deportes de las Diputaciones Provinciales o en la actividad deportiva de las Universidades.

Por lo que es de esperar que las normas reglamentarias que desarrollen la nueva legislación autonómica, vayan en la línea de darle el protagonismo a los operadores deportivos que estos requieren en el medio natural.

Esta ausencia de liderazgo, insistimos esperamos comience a subsanarse, obedece a numerosas razones que sintéticamente podemos apreciar: en primer lugar, en el mal llamado “*turismo activo*” que ha relegado a un segundo plano los elementos sustantivos del deporte, a favor de los elementos turísticos, concepto que se acuña en el Decreto andaluz 20/2002, de 29 de enero, de turismo en el medio rural y turismo activo, al que la Ley de Turismo de Andalucía, Ley 13/2011, de 23 de diciembre, viene a reforzar y ampliar este concepto, nada más y nada menos, incluyendo estas actividades como servicios turísticos, que es lo mismo que decir actividades sujetas a ordenación y regulación de estos servicios por la Administración de la Junta de Andalucía que, al estar incluidos en la parcela del turismo, obviamente recae en la Administración turística.

Aunque el término “turismo activo” ya la literatura especializada ha dado buena cuenta de su dificultad de consenso, “turismo alternativo”, “turismo de aventura”, “actividades turístico-deportivas en la naturaleza”, etc⁷; por nuestra parte, hemos apostado por el de “*turismo deportivo*”, término, el de activo, que se quiso utilizar para no confundirlo con el de “*turismo del deporte*” que es totalmente distinto, pues éste lo vamos a definir como aquella actividad turística que tiene por objeto asistir o presenciar un evento deportivo, como sucede cuando un español viaja a París para asistir al Internacional de Tenis “Roland Garros”; por el contrario, cuando la actividad exige

⁷ De esta problemática da buena cuenta de ella PORRAS LIMA, F, en “Derecho Deportivo y Derecho turístico: surgimiento, desarrollo y consolidación del turismo activo en España”, en I. JIMÉNEZ SOTO, y E. ARANA GARCÍA, (directores), *El Derecho Deportivo en España 1975-2005*, Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp.317-348.

un desplazamiento al lugar distinto de residencia para realizar una práctica deportiva, cualquiera de ellas, jugar al Golf en Marbella o cazar en la Sierra de Cazorla estaremos en presencia de turismo deportivo, por cierto modalidades deportivas en el medio natural que no están incluidas en el concepto actual de turismo activo, por lo que podremos considerar que el turismo deportivo es la modalidad, y cuando la práctica deportiva requiere cierto riesgo y destreza estaremos en presencia de una especialidad del turismo deportivo, al que podremos denominar turismo activo⁸.

En segundo lugar, consecuencia del indudable protagonismo de la Administración turística, es el papel desempeñado por la Administración deportiva, que lejos de requerir su protagonismo ha estado en un *laissez faire laissez passer*, pues si la legislación estatal fue verdaderamente parca, como hemos visto en el papel del CSD, la Administración autonómica en general, la andaluza en particular, no le iba a ir a la zaga, con un lacónico texto dentro de los principios rectores, destinado al respecto al medio ambiente y la protección del medio natural (art. 2.j de la Ley 6/1998).

Con lo que podemos considerar prácticamente inexistentes, las iniciativas por promover el deporte en el medio natural, más allá de las limitadas actuaciones de las federaciones deportivas o de las iniciativas muy meritoria de la Administración local y la de los servicios deportivos de las Universidades, con su programación en el deporte en el medio natural, principalmente senderismo, escalada, esquí y actividades náuticas.

En tercer lugar, corolario a todo lo expuesto, es el predominio de la legislación ambiental, como podemos apreciar en la Orden conjunta de la Consejería de Turismo y Deporte y de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, de 20 de marzo de 2003, por la que se establecen las obligaciones y condiciones medioambientales para la práctica de turismo activo.

Preminencia que, en buena medida, viene justificado por el interés público en la protección del medio ambiente, pero ello no obsta que, en el afán protector, siempre lo hemos aplaudido, nos encontremos con normas como el Decreto 15/2011, de 1 de febrero, de la Consejería de Medio Ambiente, por el que se establece el régimen general de planificación de los usos y actividades en los parques naturales (art.8.4) por cierto anulado en varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y confirmadas por el Tribunal Supremo (STS 3 de julio de 2015 y 16 de febrero 2016), y en particular el Decreto 238/2011, de 12 de julio, sobre la ordenación y gestión de Sierra Nevada, que determina una serie de prohibiciones en materia de bicicletas de montaña en veredas y senderos, excepto en pistas forestales, donde perfectamente se

⁸ A ello nos hemos referido en otros trabajos con más detenimiento como en JIMÉNEZ SOTO, I., *La Configuración jurídica del deporte en el medio natural, relaciones con el turismo, el desarrollo sostenible y la ordenación del territorio*, Reus, Madrid, pp.30-48; o JIMÉNEZ SOTO, I., "Actividad deportiva en el medio natural", en A. MILLÁN GARRIDO, A., *Comentarios a la nueva Ley del Deporte de Andalucía* (director) Reus, Madrid, pp.156-168.

podría haber regulado su uso, a través de horarios, número de permisos, alternancia de días, establecimiento de una tasa, etc.

En definitiva todo menos prohibir, por el contrario sí permitir un uso compatible con el medio ambiente, en definitiva se utiliza la técnica de la prohibición en vez de la regulación; apuesta ésta última que, será el núcleo central de esta aportación, por cuanto las entidades deportivas –federaciones deportivas - pueden contribuir de manera considerable a la ordenación de estas actividades, coadyuvando con la Administración en las actuaciones de control, mediante las técnicas regulatorias, incluida la autorregulación regulada⁹, como una función más delegada por la Administración, tal y como permite la legislación deportiva, tanto a nivel estatal en la Ley 10/90 donde el artículo 30.2 establece que las federaciones deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejerce, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración; o a nivel autonómico en la Ley andaluza que repite en su artículo 57.2 el mismo concepto al hablar de su naturaleza.

Si bien, entre las funciones de las federaciones deportivas andaluzas, queremos matizar la precisión que nos encontramos en el artículo 60.2: “...ejercerán por delegación, bajo los criterios y tutela de la Consejería competente en materia de deporte...”, y entre su listado, nos encontramos como cláusula de cierre el apartado g) “cualquier otra que se determine reglamentariamente”.

Una consecuencia más de este predominio, lo apreciamos en los órganos de gestión y participación en los Espacios Naturales Protegidos (ENP) que, como sabemos, son los lugares más emblemáticos para la realización de las actividades en el medio natural, donde ya reclama su protagonismo la Administración deportiva en la Ley 5/2016, al decir que el medio natural tendrá la consideración de instalación deportiva no convencional cuando se utilice para estas prácticas (art.4.ñ y 10.3); por lo tanto, tal calificación posibilita que estos espacios estén sujetos a la propia ordenación de las instalaciones deportivas, que corresponde a la Consejería competente en materia deporte (art. 73).

Adquiriendo, de esta forma, un papel importantísimo la colaboración entre la Administración autonómica y la Administración local para favorecer la existencia de información de la regulación, condiciones y lugares donde se puede desarrollar la práctica deportiva en el medio natural (art.10.5), como sucede con uno de los elementos clave para la realización de estas actividades en los senderos¹⁰, no sólo para la

⁹ ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, (octava edición), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 83-87.

¹⁰ NASARRE SARMIENTO, J.M., *Senderismo 100 hitos normativos para pensar*, Desnivel, Madrid, 2016. Obra de obligada lectura para comprender el significado y alcance actual de los senderos de uso deportivo.

práctica del senderismo, sino también porque muchas veces son la vía para acceder a la práctica de numerosas actividades en el medio natural, convirtiéndose la información en un elemento muy valioso para el deportista.

Pues bien, la realización de cualquier actividad en los ENP, está en función de dos instrumentos de indudable importancia el Plan de Ordenación de los Recursos (PORN) y el Plan Rector de Uso Gestión (PRUG) que, en definitiva, son los que nos permiten, limitan, modelan o prohíben la práctica deportiva entre otras actividades.

Instrumentos de ordenación donde tienen mucho que ver los órganos de participación y gestión; en el caso de Andalucía el Decreto 239/1997, de 115 de octubre, por el que se regula la constitución y funciones de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales, vemos el escaso protagonismo que tienen los agentes deportivos, cuando al menos, en algunas zonas, constituyen el mayor número de usuarios, y su representación sobre una media de cuarenta representantes de los municipios, de las asociaciones de vecinos, diputaciones, etc., sólo alcanza a tres representantes de la Federaciones deportivas andaluzas, entre ellas Caza, Pesca y Montañismo.

Igualmente, en los Consejos de Participación que asumen las funciones de los Patronatos de los Parques Nacionales y de las Juntas Rectoras en la gestión del Espacio Natural (Parque Natural más Parque Nacional, Doñana y Sierra Nevada), sobre unos sesenta miembros solo tres representantes de las Federaciones Andaluzas antes mencionadas.

A todas luces, un número insuficiente en cuanto al potencial de usuarios que las actividades deportivas en el medio natural aportan, por lo que sería conveniente una mayor presencia de los diferentes segmentos de los agentes deportivos en estos órganos, esto es: deportistas, técnicos, clubes, federaciones de todas las modalidades que se practican en el ENP, empresas de turismo deportivo, centros escolares, etc., donde su labor coadyuvaría con la Administración a una mejor ordenación, conservación, gestión y uso público de los recursos naturales.

Todo ello, implementaría la participación de los ciudadanos y usuarios para el cumplimiento efectivo que, establece la Ley 5/2016, en cuanto a la normativa que regule la ordenación en materia de medio ambiente tendrá en cuenta el uso deportivo (art.10.4); luego, una medida de gran calado sería modificar la estructuras de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales y los Consejos de Participación de los Parques Nacionales, dándoles el protagonismo que requieren los operadores deportivos que, insistimos, pueden ser un elemento muy valioso a la hora de colaborar con la Administración en la protección y conservación de los ENP.

Así las cosas, estas reformas estructurales posibilitarían la colaboración interadministrativa que tanto se echa de menos en la actualidad, la cual se hace visible

cuando la nueva Ley establece que las consejerías competentes en materia de deporte, turismo y medio ambiente, promoverán la colaboración para la práctica del deporte en el medio natural como elemento generador de actividad turística (art.10.6).

II. EL FOMENTO DE LA PRÁCTICA DEL DEPORTE EN EL MEDIO NATURAL COMO DESARROLLO SOSTENIBLE

La clásica distinción que hace años hiciera Jornada de Pozas, en materia de intervencionismo administrativo –policía, fomento y servicio público- que, en virtud del principio de intercambiabilidad de las técnicas de intervención en la actividad deportiva se puede apreciar en las mismas, es la actividad de fomento, tal y como recoge el artículo 43.3 de la CE¹¹ la más utilizada para estimular, impulsar, favorecer, ayudar, etc., la actividad deportiva.

Entre los medios de fomento utilizados, se encuentra con gran relevancia los instrumentos normativos, con los que podemos decir que constituyen la percha de la cual se cuelgan las posteriores acciones, tal y como lo entiende la Ley 5/2016 cuando, a diferencia de su antecesora, se pronuncia sin ambages por que los poderes públicos fomentarán la práctica del deporte en el medio natural de una manera sostenible con el medio ambiente, de acuerdo con la normativa aplicable en materia de medio ambiente (art.10.1), facilitando esta actividad mediante programas específicos en la planificación tanto de actividades como de eventos (art.10.2).

Por tanto, son dos las subdivisiones que se desprende del contenido de los apartados del artículo; el fomento de la actividad deportiva en el medio natural y su compromiso con el desarrollo sostenible, planteamientos éstos que, perfectamente son asumibles, tanto por las federaciones deportivas como por los propios clubes.

1. El impulso del deporte en el medio natural a través de títulos habilitantes, además de la licencia deportiva. Una vis expansiva para fortalecer las estructuras deportivas

Si tomamos la exposición de motivos de la Ley 5/2016 podemos encontrarnos como una de las justificaciones de la ley, está basada en el dinamismo continuo que presenta el sector deportivo, por lo que exige adecuar su regulación a las nuevas demandas que plantea la ciudadanía andaluza en el siglo XXI (ap .III).

¹¹ Al respecto ya en su día, se puso de manifiesto por un lado el juego constitucional que daría el artículo 43.3 de la CE, así como, por otro lado, el resto de artículos que incidirían en la actividad deportiva. BERMEJO VERA, J., “Constitución y Ordenamiento Deportivo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 63 (1989), pp. 337 y ss.; y BERMEJO VERA, J., *Constitución y Deporte*, Tecnos, Madrid, 1999.

Consideración ésta, que ya llevaba años planteándose en numerosos foros, sobre todo a principios de la década del 2000, cuando a través del Instituto Andaluz de Deporte (IAD), se celebraron numerosos seminarios gracias al coraje y tesón del entonces Secretario General Técnico de la Consejería de Turismo y Deporte Rafael Rodríguez de León, sobre “estructuras federativas”, “deporte y medio ambiente”, etc., donde la conclusión siempre llegaba al mismo sitio: “hay numerosos practicantes de deportes que no están en el marco de la ley 6/1998”o, lo que es lo mismo decir que, en algunas modalidades deportivas, son más los practicantes no federados que los federados—ciclismo, BTT, montaña, atletismo, esquí, etc.-, por lo que a estos deportistas deberían de ir las siguientes reformas legislativas, debido a que una ley, como la ya derogada, estaba pensada exclusivamente en el marco del deporte federado y de competición, llevando a la obsolescencia a una norma de espaldas a la realidad, contraria a los vientos que no hacen avanzar la embarcación.

Ahora, la nueva Ley, extiende sus brazos y da cobertura a toda práctica deportiva, sin distinción de la finalidad con que la hace el deportista, atendiendo a velar porque todos los deportistas estén acogidas a su amparo para, poder de esta forma, convertir en aplicables unos principios rectores (art.5) que, de no materializarse, se convertirían en mera retórica jurídica literaria como tantas veces sucede.

Por ello, la mejor medida de fomento que puede hacer la Administración deportiva es favorecer el fortalecimiento del tejido asociativo, impulsando a través de programas el que las federaciones deportivas andaluzas procedan a expedir el título habilitante, distinto a la *licencia deportiva*, ya que ésta se reserva para participar en las competiciones deportivas oficiales (art.25.1); y, de esta forma, se de paso a la *tarjeta federativa* para aquellos deportistas que desean estar vinculados con su práctica de ocio y de no competición oficial a una federación deportiva.

Eso sucedería, principalmente, en todas aquellas modalidades y especialidades que se desenvuelven en el medio natural, donde tantas veces vemos a miles de ciudadanos que salen al campo, la montaña, a los ríos, los embalses, las carreteras comarcales, etc., que no están federados porque sencillamente su actividad es meramente placentera o de recreo, y la licencia deportiva no les reporta nada más que costos y escasos beneficios.

En resumidas cuentas, lo que hace la Ley es abrir a las federaciones deportivas una *vis expansiva*, para que fortalezcan su tejido asociativo incrementado por el número de deportistas que, con este título habilitante, se incorporarían a las estructuras del deporte federado, eso sí, respetando la singularidad propia del deporte de ocio, que, nunca, puede ser obstáculo para los fines clásicos del deporte federado.

Y en lo que respecta a las actividades de control de la Administración en los ENP, qué duda cabe que cuantos más practicantes, en definitiva usuarios del espacio

natural, estén integrados en una federación, perfectamente identificados y comprometidos con los valores ambientalistas, van a constituir un elemento colaborador de indudable valor, sobre todo, porque se erradicaría uno de los elementos favorecedores del mal trato ambiental, como es la clandestinidad y el anonimato de los agresores del medio ambiente.

Estos planteamientos, en la nueva Ley, son perfectamente asumibles por dos razones: la primera, porque las federaciones deportivas pueden expedir estos títulos para participar en competiciones no oficiales y de ocio, eso sí, siempre que lo prevean los estatutos (art.25.4), por lo que la Administración deportiva debe de favorecer con las medidas oportunas –subvenciones- a las federaciones, para que incluyan estas actividades en sus estatutos; y la segunda, para hacer efectivos toda la pléyade de derechos del deportista que se contemplan, entre éstos disponer de los mecanismos para la protección de la salud, el desarrollo de la actividad competicional en condiciones de seguridad, contar con medidas que favorezcan la práctica del deporte de ocio (art. 36), que igualmente tienen su acomodo al prever la norma que, en las competiciones no oficiales y deporte de ocio, la organización –puede ser perfectamente el club- garantizara los medios de protección sanitaria de participantes que den cobertura a los riesgos que derivados de la práctica (art.42.3).

Así las cosas, a sensu contrario, si el seguro obligatorio de accidentes en las competiciones oficiales está integrado en la licencia deportiva, siendo gestionado el seguro por la propia federación (art42.1), no hay impedimento alguno a que las federaciones andaluzas expidan un título habilitante, que puede ser la “tarjeta federativa”, u otro nombre, y se les exija a los club que aporten para su expedición la cobertura sanitaria, es decir el seguro, en los términos que se determine reglamentariamente, que perfectamente puede ser gestionado por cada club según sus propias características e intereses.

2. El compromiso con el desarrollo sostenible

Si el deporte como cualquier actividad humana se desarrolla en un espacio físico concreto de un territorio, esto supone: por un lado, la idoneidad del lugar para la realización de acciones determinadas; y, por otro, la posibilidad de deteriorar el medio ambiente por la presencia del hombre, es lógico que la Administración deportiva se comprometa con el desarrollo sostenible, tal y como lo define *el Informe Brundtland* de 1987: “*aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente, sin comprometer las capacidades de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades*”.

Al respecto son numerosos los instrumentos normativos que se pronuncian en materia de deporte y sostenibilidad, por lo que la Ley 5/2016, no hace más que alinearse como no podía ser de otra forma, con el discurrir de los tiempos, donde

vamos a dar, a título de ejemplo, unas breves pinceladas que nos permitan apreciar, al menos panorámicamente, estos compromisos.

Es el caso de la *Carta Europea del Deporte* de 1992 y revisada en 2001, en la que nos encontramos en su apartado 9, el siguiente texto: “*teniendo presente la estrecha relación existente entre medio ambiente sano y las actividades deportivas, y considerando la necesidad de atender los datos de medio ambiente y al principio de desarrollo sostenible*”, recomienda a los gobiernos que, en sus políticas nacionales en materia de deporte, se basen en los principios de la Carta, donde en el artículo 10 está dedicado al deporte y a los principios de desarrollo sostenible, para que se adopten medidas destinadas a apoyar los esfuerzos de las organizaciones deportivas dirigidas a la conservación de la naturaleza y el medio ambiente.

Otro buen ejemplo nos lo ofrece *El libro blanco sobre el Deporte de la Comisión Europea*, de 11 de julio de 2007, donde se incluye entre sus objetivos (apartado 2.8) el desarrollo sostenible, en cuanto la práctica del deporte, así como las instalaciones y acontecimientos deportivos tienen un impacto significativo en el medio ambiente, por lo que es importante promover la gestión sana del entorno, debiendo las organizaciones deportivas europeas y los organizadores de acontecimientos deportivos establecer objetivos medioambientales para que sus actividades sean sostenibles con el medio ambiente.

Por último, a nivel internacional, la *Carta Olímpica*, texto vigente de julio de 2011, al hablar del Movimiento Olímpico y su actividad, regula entre las funciones del COI las de estimular y apoyar una actitud responsable en los problemas del medio ambiente y promover el concepto de desarrollo sostenible del medio ambiente (art. 2.13).

Y ya dentro de nuestro país, destacamos el *Código de Buen Gobierno* de la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada, que hace referencia a través de la participación responsable y a la práctica del deporte, a la sensibilidad en materia de sostenibilidad de respeto al medio ambiente.

En definitiva, la práctica del deporte ha contado, como no podía ser de otra forma, con numerosos instrumentos proteccionistas, de los que las modalidades especialidades deportivas principalmente relacionadas con el mismo, han tenido siempre como referente. Es el caso, las numerosas actividades que realizan a lo largo del año con prácticas de sensibilización en cursos y actividades ecológicas, que van desde la limpieza de cauces de ríos a la recuperación de senderos y caminos; por tanto, la mejor medida de fomento por parte de las Administraciones sería el reconocimiento de estas funciones facilitando los usos de determinados espacios protegidos, así por ejemplo la licencia deportiva o la tarjeta federativa sería el título habilitante para

acceder a las prácticas de ciertos deportes en zonas prohibidas. Nadie mejor que los deportistas para velar por el desarrollo sostenible del lugar.

III. LA GESTIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS (ENP) ANTE LAS ACTIVIDADES DEPORTIVAS Y EN ESPECIAL LOS INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN

Merece especial atención cuando hablamos de actividades deportivas en la naturaleza, como objeto de este estudio, aquéllas que se realizan en espacios naturales protegidos, por ser en éstos lugares físicos donde se aprecia con mayor intensidad la intervención pública a través de los instrumentos de ordenación o regulación; esto es, aquéllos que establecen con carácter general los límites y condiciones del ejercicio de actividades privadas sujetas a algún tipo de intervención administrativa, de los instrumentos o técnicas de control, lo que se traduce en el ámbito de este tipo de actividades a estar limitadas por medio de vigilancia, inspección, prohibiciones, autorizaciones, limitaciones y sanciones en función de las correspondientes normativas de utilización, y, sobre todo, de los planes respectivos, que irrumpen con notable intensidad para regular las relaciones entre el hombre y su hábitat¹².

Sin soslayar que existen otro tipo de intervenciones públicas, muy amplias, menos restrictivas, destinadas al disfrute del espacio natural en las mejores condiciones posible, como sucede con las acciones de carácter económico (recursos humanos, infraestructuras,) de fomento y educación ambiental, de seguridad y prevención, etc.; en este trabajo, nos vamos a centrar en algunas de ellas de carácter jurídico, que encuentran en numerosas ocasiones el rechazo de los usuarios-deportistas, al no poder desarrollar su actividad en el ENP, debido a las diferentes normativas, a los instrumentos de planificación y al escaso apoyo que encuentran en los órganos de participación.

Todo ello nos conduce a una Intervención pública, control, que se realiza en: delimitaciones, autorizaciones, limitaciones, prohibiciones, sanciones, etc., que propician un malestar de los usuarios, al ver como los instrumentos prohibitivos, se imponen a la ordenación y regulación de la actividad, como decíamos anteriormente, por citar un ejemplo, con la bicicleta de montaña, escalada, actividades aeronáuticas, descensos de ríos, espeleología, etc.

Descartando aquellas actividades que se realizan en bienes de naturaleza privada, como pueden ser montes privados, zonas de acampada particulares, lagunas de fincas propias, etc., así como de dominio público de uso común general que se

¹² SANCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, Tecnos, Madrid, 2018, pp.661-696.

ejerce libremente por los usuarios de forma acorde con la naturaleza de los bienes¹³: caminos, paseos, parques, estanques, puentes, vías pecuarias clasificadas, etc. Aunque, efectivamente, en estos bienes públicos se desarrollan actividades deportivas, nos encontramos con normativas de uso, como horarios, limitaciones, etc., que son de regulaciones menos intensas, que las que se producen en los espacios naturales protegidos, aunque muchas veces pasen desapercibidas al usuario practicante deportivo.

Hablar, por tanto, de gestión, es referirnos a quien tiene la competencia de gestionarlo¹⁴, la normativa sobre espacios naturales es, pues, fundamentalmente de origen autonómico, por lo que hay que atender así a la legislación de cada Comunidad Autónoma, para conocer las categorías de espacios y su régimen específico.

Por lo tanto, la primera actuación de intervención pública en materia ambiental serán las de carácter jurídico, a través de los diferentes instrumentos normativos (leyes y reglamentos) principalmente de signo autonómico¹⁵, por las que se ejercen las competencias respectivas en materia ambiental.

Igualmente, debemos de tener muy en consideración que, dentro de los medios jurídicos, se encuentra la Planificación como técnica de protección ambiental, cuya principal función es garantizar la utilización racional del territorio o de los recursos naturales, pero de forma más concreta, es una técnica muy eficaz para concretar y especificar las medidas de prevención o restauración, previstas con carácter abstracto por la legislación¹⁶.

Podemos destacar por su incidencia, en las actividades deportivas, los *Planes de Ordenación de Recursos Naturales* (PORN) cuyo objeto es el establecimiento y la definición de objetivos, acciones y criterios que promuevan la conservación, el uso sostenible; y, en su caso, la restauración del patrimonio, recursos naturales terrestres y marinos, y de la biodiversidad y de la geodiversidad; y *Los Planes Rectores de Uso y Gestión* (PRUG) que son los que fijan las normas generales de uso y gestión de los

¹³ RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho Local*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2010.

¹⁴ Véase ESTEVE PARDO, J., *Derecho del Medio Ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2008, ya ponía el acento en el papel fundamental de las Comunidades Autónomas.

¹⁵ Véase LÓPEZ MENUDO, F., “concepto de medio ambiente y reparto competencial”, en D. VERA JURADO (director), *Derecho Ambiental de Andalucía*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 31-46; LÓPEZ RAMÓN, F., *Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

¹⁶ CONDE ANTEQUERA, J., “Instrumentos públicos de protección ambiental II: el control administrativo de la implantación y puesta en funcionamiento de las actividades con incidencia ambiental”, en M.A. TORRES LÓPEZ y E. ARANA GARCÍA (directores) *Derecho Ambiental Adaptado al EEES*, Tecnos, Madrid, 2018, pp.92-103.

Parques, conteniendo el régimen al que quedan sometidos los usos y actividades que se desarrollen en el Parque o espacio natural protegido.

Una participación efectiva de las federaciones deportivas en los instrumentos de planificación, fortalecería la interacción usuarios-medio natural-Administración, por lo mucho que pueden aportar estos usuarios, a los que vamos a llamar cualificados, por su intensa relación permanente, no esporádica, con el medio natural, al ser los primeros interesados en conservar y proteger el medio ambiente, constituyendo una opinión relevante sobre las actividades a realizar, no por supuesto vinculante, pero si altamente cualificada, sobre todo por el alto grado de tecnificación que están adquiriendo las modalidades y especialidades en el deporte en la naturaleza.

Ante estos planteamientos, aumentar la presencia de los operadores deportivos en los órganos de los ENP, como venimos manteniendo nos parece muy importante, pues como acabamos de exponer son numerosos los instrumentos de intervención pública de los que disponen las Administraciones, principalmente autonómica, para ejercer sus competencias en materia ambiental.

Destacamos, lógicamente por orden de importancia, determinadas medidas jurídicas concretas, entre las que se encuentran por su incidencia la regulación de la composición, régimen jurídico y funciones de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales, a las que nos referíamos antes, frente a la escasa representación de operadores deportivos, en este caso de Andalucía.

Órganos colegiados de participación de la Consejería de Medio Ambiente, en los términos previstos en el artículo 20 de la Ley 2/1989, de 18 de julio por la que se aprueba el Inventario de los Espacios Naturales de Andalucía (artículo que fue modificado por la Ley 6/1996, de 18 de julio) que, entre sus importantes funciones, tiene la de informar el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN). Asimismo, estas Juntas Rectoras aprueban provisionalmente el Plan Rector de Uso y Gestión (PRUG) donde se pormenorizan las directrices del PORN, artículo 13 de la Ley 2/1989, contemplando con minuciosidad las prescripciones que debe seguir la Administración competente a la hora de gestionar el parque.

En el caso particular de Andalucía, debemos de desatacar el Decreto 239/1997, de 15 de octubre, por el que se regula la constitución, composición y funciones de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales, para ello fija en el anexo la composición de los miembros que componen cada uno de estos órganos, es en este apartado donde podemos ver, con unos ejemplos, el repetido escaso protagonismo que tienen los agentes deportivos, cuando, al menos, en algunas zonas de los parques que constituyen el mayor número de usuarios.

Así las cosas, teniendo en cuenta que los números son aproximados, pues pueden depender del total de municipios afectados, de las asociaciones de vecinos, Diputaciones, etc.; pues bien, podemos decir que en, términos generales número arriba y número abajo, a título de ejemplo: en el Parque Natural de la Breña y Marismas del Bábate de 37 miembros más los representantes de los municipios, tan sólo 3 son representantes de Federaciones Andaluzas de Deportes, que se corresponderán en todos los parques con los deportes más practicados en el parque natural, debiendo ser uno de éstos el representante de la Federación Andaluza de Caza; Parque Natural de los Alcornocales, de 50 miembros, 3 representantes de FDA; Parque Natural de Hornachuelos de 37 miembros, más los representantes de ayuntamientos, tan sólo 3 representantes a propuestas de las FDA; Parque Natural de la Sierra de Huétor, de 34 miembros más los representantes de ayuntamientos, un total de 2 representantes de la Federación Andaluza de Caza y uno de Montañismo..., etc., por lo tanto la conclusión, no puede ser más desalentadora, sólo se contemplan tres representantes de las Federaciones Deportivas Andaluzas, según las características del parque, si bien predomina la de Caza, en la composición de las Juntas Rectoras de los Parques Naturales de Andalucía.

Igualmente, de frustración, podemos ver en los dos emblemáticos Parques Nacionales de Andalucía: Doñana y Sierra Nevada, a los que el Decreto 24/2007, de 30 de enero, por el que se declara el Espacio Natural de Sierra Nevada y se regulan los órganos de gestión y participación de los Espacios Naturales de Doñana y Sierra Nevada.

Para analizar esta norma, hay que partir de la Ley 8/1999, de 27 de octubre, del Espacio Natural de Doñana, que define como figura de protección ambiental el Espacio Natural de Doñana, en el que quedan englobados los territorios tanto del Parque Nacional como del Natural, siendo ambos sometidos a una gestión unitaria, que como se pronunció el Tribunal Constitucional en la ST 331/2005, de 15 de enero, la citada Ley no vulnera la competencia del Estado.

Por otro lado, el Real Decreto 712/2006, de 9 de junio, por el que se amplían las funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de conservación de la naturaleza, el Estado traspasó a Andalucía las funciones y servicios referidos a la administración y gestión de los Parques Nacionales de Doñana y Sierra Nevada, que han sido asignados a la Consejería de Medio Ambiente en virtud del Decreto 137/2006, de 4 de julio.

Atendiendo a los argumentos expuestos anteriormente, el presente Decreto, con el fin de garantizar la gestión integral del Parque Nacional y del Parque Natural de Sierra Nevada, traslada al mismo el modelo de gestión establecido en la Ley 8/1999 del Espacio Natural de Doñana, que creó el Consejo de Participación que asume las

funciones que corresponden a los Patronatos de los Parques Nacionales y a las Juntas Rectoras de los Parques afectados.

Este Consejo de Participación, se define en el artículo 7.1, como: “*un órgano de colaboración y coparticipación entre las Administraciones implicadas donde se ha de hacer efectiva la coordinación interadministrativa exigida constitucionalmente y además servir a la necesaria intervención de los ciudadanos en la gestión del Espacio Natural...*”, correspondiéndole entre sus funciones las de informar de todos aquellos planes que afecten a la ordenación y gestión de los recursos naturales, así como de las actuaciones actividades relacionadas con su conservación y uso público, entre otras.

Es en el anexo del Decreto, donde encontramos la composición de ambos Consejos de Participación: así en el del Parque Nacional de Doñana, de aproximadamente unos sesenta miembros, tan sólo un representante de las Federaciones Deportivas, en este caso, de Caza; y en el Parque Nacional de Sierra Nevada, también sobre sesenta miembros, tres representantes de las Federaciones Andaluzas de Caza, Pesca y Montaña.

A todas luces, un número insuficiente en cuanto insistimos el potencial de usuarios deportivos que las actividades en la naturaleza aportan en estos Espacios, donde, como decíamos, una mayor presencia de los diferentes segmentos de los agentes deportivos: empresas de turismo deportivo, deportistas, técnicos, clubes, federaciones en todas las modalidades que se puedan realizar (Montaña, Espeleología, BTT, Piragüismo, Deportes Aéreos, Hípica, Deportes de Invierno, etc.), centros escolares, etc., facilitarían una mejor ordenación de la actividades deportivas con la preservación del medio ambiente, por lo que desde estas líneas reiteramos el aumento de la presencia de los operadores deportivos en los órganos de participación de los ENP.

IV. LAS FEDERACIONES DEPORTIVAS COMO AGENTES COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y SEGURIDAD EN LA PRÁCTICA DEL DEPORTE EN EL MEDIO NATURAL

Sorprendentemente hasta la entrada en vigor de la Ley 10/90, de 15 de octubre, del Deporte, la naturaleza jurídica de las Federaciones Deportivas en España, era un enigma jurídico, pues no existía precepto alguno que la definiera al respecto, bien como ente privado o bien como ente público, de esta problemática la doctrina ha dado buena cuenta¹⁷; pero fue la propia Ley estatal, quien despejó la incógnita

¹⁷ ESTEVE PARDO, J., “Las asociaciones deportivas de configuración legal. El caso de las Federaciones Deportivas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 45, (1985), pp. 113 y ss; FUERTES LÓPEZ, M., *Asociaciones y Sociedades Deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992; BERMEJO VERA, J., “La

al sentar en su articulado (art. 30.1 y 30.2) recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo (ST de 19 de julio de 1984), con motivo de la impugnación del Real Decreto 643/1984, de 28 de marzo, sobre estructuras federativas; por violación del artículo 22 de la Constitución, presentada por la Federación Española de Judo y Disciplinas Asociadas, al establecer que las funciones públicas de la Federaciones Deportivas Españolas no violentan el derecho de asociación reconocido en la Constitución, al igual que la doctrina del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 1985, que considera que las Federaciones Deportivas Españolas son asociaciones de configuración legal.

En definitiva, las Federaciones Deportivas Españolas son asociaciones de configuración legal, que se constituyen de acuerdo con su legislación sectorial, de naturaleza privada y ejercen funciones públicas de carácter delegado, actuando en este caso, como agentes colaboradores de la Administración, por lo que cuando actúan en el ejercicio de estas funciones, sus actos serán recurribles ante la Administración deportiva. Por ejemplo, las sanciones deportivas impuestas por los órganos disciplinarios de una Federación Deportiva Española pueden ser recurridas ante la Administración del Estado, es decir ante el Tribunal Administrativo del Deporte órgano independiente del Consejo Superior de Deportes, similares planteamientos a nivel autonómico, en estos casos, ante la Administración en materia de deportes en cada Comunidad Autónoma.

Por lo tanto, las federaciones deportivas, tanto estatales como autonómicas, son polimórficas, en cuanto unas veces actúan como entes privados según sus estatutos y otras como entes agentes colaboradores de la Administración, bajo los criterios y tutela de ésta, siendo estas funciones donde vamos a centrar nuestra propuesta.

Si nos detenemos en estas funciones públicas delegadas podemos encontrar en su listado las siguientes: calificar y organizar, en su caso, las actividades y competiciones oficiales; expedir las licencias deportivas, coordinar y controlar las ayudas públicas; colaborar en las formaciones deportiva conducentes a las titulaciones oficiales; ejercer la potestad disciplinaria; ejecutar las resoluciones de los órganos administrativos en materia de disciplina deportiva, etc.

Sin embargo, no vamos a encontrar ninguna función pública relacionada con la actividad deportiva en el medio natural, de ahí que vamos a proponer su inclusión, siempre y cuando lo permita su ubicación jurídica entre las citadas competencias delegadas, como vemos en el caso concreto de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, al establecer en su artículo 60.2 las funciones que las Federaciones Deportivas Andaluzas que pueden ejercer bajo los criterios y tutela de la Consejería

dimensión constitucional del Derecho de Asociación”, Revista de Administración Pública, núm.136, (1995), pp.119 y ss.; AGUIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., *Intervención Pública en el Deporte*, IVAP-CIVITAS, Madrid, 1998.

competente en materia de deporte, en su apartado 2.g): “*cualquier otra que reglamentariamente se determine*”.

Por lo que en este caso, bastaría por incorporar en vía reglamentaria al Decreto por el que se regulen las Federaciones Deportivas Andaluzas en desarrollo de la nueva Ley, una función pública delegada en materia de: “*protección y conservación del medio ambiente a través de las actividades deportivas, y seguridad en la práctica del deporte en el medio natural*”⁹. Función que, se articularía atendiendo a la figura del Convenio entre las Consejerías competentes en materia de Deporte y de Medio ambiente, con las Federaciones Deportivas Andaluzas, o con las respectivas en otras Comunidades Autónomas, -art. 47 y ss., de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-, habida cuenta que las Comunidades Autónomas, independientemente de la legislación básica sobre protección de medio ambiente que le corresponde al Estado, tienen facultades para establecer normas adicionales de protección. En el sentido que establece el artículo 149.1.23^a, a título general; y, ya en concreto la gestión de los Espacios Naturales Protegidos, las cual recae en manos de las Administraciones Autonómicas, como sienta la jurisprudencia, entre sus pronunciamientos, STC 102/1995, de 25 de junio y STC 194/2004, de 10 de Noviembre,

Esta es la forma jurídica, creemos más adecuada, de dar respuesta al artículo 4 de la Ley 5/2016, cuando preceptúa que la normativa que regule la ordenación del medio ambiente tendrá en cuenta la práctica deportiva; de la misma forma que, el artículo 6 mandata a las Consejerías competentes en materia de deporte, turismo y medio ambiente la colaboración para la práctica del deporte en el medio natural, incluyendo, desde nuestro punto de vista, una desafortunada mención al elemento generador de actividad turística.

Lo afirmamos, pues este elemento ya está implícito en el deporte en el medio natural para quien se traslada a un lugar distinto al de su residencia, esto es el turista deportivo, luego no hace falta su inclusión, pues supone dar relieve a la actividad turística, cuando el factor sustantivo es la actividad deportiva, sea uno turista o practicante del entorno, a ello ya nos hemos referido en otros trabajos.

Por lo tanto, nada mejor para poder cumplir con la Ley andaluza, tanto en la práctica deportiva en el medio natural a nivel general, como cuando ésta se desarrolla en los sitios de máxima protección en los ENP, que contar con las Federaciones Deportivas Andaluzas, lo que supone también adecuar la gestión de estos espacios a la propia Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que apuesta por la participación de la ciudadanía en el diseño y ejecución de las políticas públicas dirigidas a la consecución de los objetivos de la ley (art.2. h), decimos que es una apuesta, pues la modificación legal incluye un nuevo apartado (k) destinado a los habitantes

y propietarios de terrenos, con lo que se viene a reforzar no sólo el papel de los ciudadanos, sino que se de esta forma se incrementan las prácticas de buen gobierno.

Con este acomodo legal, no tenemos duda en afirmar que las federaciones deportivas constituyen un elemento vertebrador muy importante como asociaciones sin ánimo de lucro, para encauzar la participación de los ciudadanos, máxime cuando al estar integradas en las Federaciones Españolas la propia ley las declara de utilidad pública (art. 53 Ley 5/2016).

V. EL CASO CONCRETO DE LOS SENDEROS DE USO DEPORTIVO EN ANDALUCÍA: EL DECRETO 67/2018, DE 20 DE MARZO

1. Del trampantojo legal de la norma a una colaboración intensa entre Administración y Federaciones deportivas

Prueba evidente de nuestros planteamientos, en cuanto a la viabilidad de las federaciones deportivas como agentes colaboradores de la Administración en materia de protección de medio ambiente y seguridad en la práctica del deporte en el medio natural, en virtud del ejercicio de funciones públicas delegadas¹⁸, es el Decreto 67/2018, de 20 de marzo, por el que se regulan los senderos de uso deportivo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que desarrolla la Ley 3/2017, de 2 de mayo, de regulación de los senderos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ley a la que podemos tildar de “instrumento legal trampantojado”, por cuanto el propio título de la norma cotejado con el contenido, produce una ilusión, en este caso jurídica, igual al que podemos apreciar en aquellos paisajes pintados que simulan una imagen real, que no se corresponde con la realidad, pues se trata de una muy exigua ley que no aporta, en sus escasos 5 artículos y 2 disposiciones finales, prácticamente nada, pues como dice su artículo 1º, a la hora de determinar el objeto de la ley, se trata de: “*establecer el marco regulador a partir del cual se van a desarrollar las diferentes funciones sociales, económicas, culturales, educativas y deportivas de los senderos de Andalucía*”, dejando absolutamente todo el contenido sustantivo a la potestad reglamentaria de las Administración competente en materia de medio ambiente, ordenación del territorio, deporte y turismo, luego la pregunta es obvia ¿Para ese viaje no hacen falta alforjas?

Si bien, no es el momento para abordar la gestación de este trampantojo legal, por cuanto a la relevancia política con la que sus gestores la presentaban, si queremos

¹⁸ Tal y como expusimos en nuestra intervención en el CIMAS 2018, CONGRESO INTERNACIONAL DE LAS MONTAÑAS, Granada 8-10 de marzo de 2018, JIMENEZ SOTO, I., “El control administrativo de las actividades deportivas en los Espacios Naturales Protegidos. A propósito de la viabilidad de colaboración de las Federaciones Deportivas, Libro de Actas del Congreso, pp. 589-603.

indicar, al menos, la frustración plena, de quienes esperaban en ella un instrumento, para de una vez establecer las obligaciones de construcción, mantenimiento, protección de la señalización, régimen sancionador propio, utilización de propiedad privada en senderos de uso público, dotaciones presupuestarias, etc., que no encontramos en la ley.

Ello no obsta a que, pese al ridículo contenido de la norma legal, no es menos cierto que, en su desarrollo, ha propiciado una norma reglamentaria que, si bien no soluciona en parte los problemas importantes que tiene el senderismo, a algunos de los cuales nos referiremos en este trabajo, permite disponer de un reglamento que tiene en su haber:

A) Gracias a la conjunción del artículo 10.3 de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, con el del artículo 4.b de la Ley 3/2017, el de considerar al sendero de uso deportivo, como una instalación deportiva no convencional, con lo que se refuerza el papel que tienen los senderos en la actividad deportiva, en los operadores deportivos, coadyuvando con el protagonismo que el sector deportivo debe de tener en los espacios naturales donde se práctica deporte.

Consecuencia de ello, se crea una nueva Sección en el Inventario Andaluz de Instalaciones y Equipamientos, con la denominación de Red de Senderos de Uso Deportivo de Andalucía (modificando el Decreto 284/2000, de 6 de junio por el que se regula el Inventario Andaluz de Instalaciones Deportivas), Registro por tanto de carácter administrativo, cuyos efectos serán declarativos y no constitutivos, por cuanto como deja caer el artículo 17, en relación a los efectos y obligaciones de la declaración, que emite la Secretaría General para el Deporte, en esta declaración: “ 1. La resolución supondrá otorgar a un sendero la condición de uso deportivo, no alterando, dicha circunstancia, en ningún caso, la titularidad pública o privada de los terrenos que lo integren. El uso de dichos senderos será gratuito”.

Es decir, el reconocimiento de un sendero como de uso deportivo, solamente afectará a aquellos senderos que, a través de un promotor de forma voluntaria (artículos 11 y 12), bien sea persona física o entidad pública o privada, decida iniciar el procedimiento para el reconocimiento de un sendero con esta denominación, siendo quien asume todos los costes derivados del mismo, debiendo de obtener el consentimiento de todas las personas titulares de los terrenos por los que vaya a discurrir el sendero. Lo peor para el promotor, debe de asumir la garantía de la financiación de los costes asociados al trámite de homologación, la señalización y el mantenimiento del sendero y de su adecuación.

Así pues ¿en estas condiciones quien va a asumir el papel del promotor de un sendero de uso deportivo?, la respuesta será muy fácil al ver el número de senderos

que finalmente se van a inscribir como senderos de uso deportivo, con lo que se podrá comprobar la bonanza de la norma reglamentaria, por el contrario, su desatino.

B) Sin lugar a dudas, el acierto de la norma es cuando el artículo 6, describe las funciones públicas delegadas, utilizando para ello el anclaje al que nos referíamos, por nuestra parte en páginas anteriores en nuestra aportación al Congreso Internacional de las Montañas (CIMAS 2018) y lo hace de la siguiente forma: “1. De conformidad con el artículo 60.2.g) de la Ley 5/2016, de 19 de julio, a los efectos exclusivos de lo previsto en el presente Decreto, se delega en la Federación Andaluza de Montañismo la competencia pública de homologación de senderos en su condición de agente colaborador de la Administración en el desarrollo y promoción del senderismo”. Igualmente, esta delegación de funciones públicas se extiende a aquellas modalidades y especialidades deportivas distintas al senderismo, pero que discurran por senderos, como sería el caso de la Federación Hípica para senderos ecuestres, o la actividad de bicicleta de montaña (entre las federaciones de ciclismo y montaña).

A tal efecto, en el ejercicio de esta función pública delegada les corresponde: a) la evacuación de un informe de viabilidad que tendrá carácter vinculante, obsérvese la intensidad de la norma, que se aparta de los criterios normales que tiene la Administración en materia de informes en cualquier procedimiento administrativo, donde prima el de carácter preceptivo y no vinculante, pues aquí no; es decir, el ente privado a través de su decisión vincula a la propia Administración, en este caso, a la Secretaría General del Deporte, que es quien instruye y resuelve el procedimiento (art. 10.2); y b) la emisión de un certificado de homologación a fin de confirmar el cumplimiento de los requisitos de señalización y adecuación del sendero.

Sin duda, como acabamos de exponer, se trata del ejercicio de una función pública delegada por la Administración a una entidad privada, una federación deportiva, de forma intensa, pues al reconocer la especialidad que la Federación Andaluza de Montañismo, tiene en cuanto a su vinculación a los senderos, porque así lo tiene reconocido en sus estatutos, fuentes terciarias, o de otras federaciones a las que afecte la bicicleta de montaña o la práctica deportiva a caballo, está publicando una actividad deportiva como es la homologación de senderos. Por cierto, tradicional, que cuenta con una gran bagaje normativo al estar registradas sus señales, a favor de la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada, en el Registro Oficial de Marcas y Patentes (GR, PR y SL) en cuanto a Gran recorrido, Pequeño recorrido y Sendero Local.

Consecuencia de todo ello es que, la actividad delegada al estar publicada, entra en la órbita de la tutela administrativa que ejerce la Administración correspondiente, en este caso, la Secretaría General del Deporte, quien no solamente instruye y resuelve los procedimientos, sino que será la competente para resolver las contro-

versias, vía de recurso administrativo, en la tramitación del procedimiento, e incluso en la revocación de la declaración (art.22).

La asignación normativa al ente federativo de estas funciones públicas delegadas, no es una materia propia y exclusiva, en lo que afecta a los senderos de Andalucía, pues son numerosas las Comunidades Autónomas que han otorgado, con más o menos intensidad, a sus respectivas federaciones deportivas¹⁹.

Es más, esta función de agentes colaboradores de la Administración en materia de protección de medio ambiente, pues no debemos de olvidar que el sendero se convierte en un instrumento vital al permitir el acercamiento del ser humano al medio natural, incluso con la calificación de “recurso turístico”, se ve enormemente potenciada con la homogeneización en la “terminología en los Espacios Naturales Protegidos”, fruto de la colaboración entre la Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada y el Organismo Autónomo Parques Nacionales²⁰, consecuencia de los documentos elaborados en Jaca 2003 y Valsain 2017.

2. Naturaleza jurídica del suelo de los senderos

Con el símil de trampantojo al que hacíamos referencia en líneas anteriores, queremos incidir, en la enorme frustración con la que fue recibida la Ley, por parte

¹⁹ Por citar a algunas de ellas, Véase el Decreto 79/1996, de 16 de abril, de Ordenación y Normalización de Senderismo en el País Vasco; Decreto 59/1998, de 9 de octubre de Ordenación del Senderismo en el Principado de Asturias; Decreto 179/2004, de 24 de septiembre, de regulación del senderismo y deportes de montaña de forma compatible con la conservación del medio natural; Decreto 11/2005, de 15 de febrero, por el que se crea la Red Canaria de Senderos y se regulan las condiciones para la ordenación, homologación y conservación de los senderos; Decreto Foral núm. 197/2011, de 7 de septiembre, que regula las condiciones para la creación y conservación de los senderos deportivos de uso público de la Comunidad Foral de Navarra; Decreto 159/2012, de 19 de junio, que regula los senderos de Aragón que revisten las condiciones de recursos turísticos, en este Decreto la señalización se remite al Manual de Senderos Turísticos de Aragón aprobado por Orden de 4 de noviembre de 2013. En todas estas normas se reconoce la función de homologación realizadas por las federaciones de montañismo que tienen registradas GR y PR que conectan con las redes europeas ya implantadas.

²⁰ Véase *Terminología sobre Deportes de Montaña en la Normativa de Espacios Naturales Protegidos*, FEDME, 2018, en este interesante documento podemos encontrar las definiciones de: abrigo de montaña; acampar; acampada nocturna; albergue de montaña; baño; barranquismo; barranquismo en cauce acuático; barranquismo en cauce seco; carrera por montaña; coasteering; correr por montaña; deportes de montaña; escalada clásica; escalada deportiva; escalada en bloque; escalada en hielo; escalada mixta; escalada en vías ferratas; esquí de montaña; guía de montaña benévolo; guía de montaña profesional; marcha nórdica; mojón o hito de montaña; monitor de montaña; montañismo; pernocta; progresión en terreno abrupto; raquetas de nieve; refugios de montaña; refugio guardado o refugio de montaña guardado; refugio-vivac; sector de escalada; senderismo; senderos homologados; senderos señalizados; snowboard de montaña; travesía de montaña (trekking); vadear; vía ferrata; vicac/vivaquear y zona de escalada. Y todo ello para facilitar la elaboración e interpretación de los Planes de Ordenación de Recursos Natrales (PORN) y Planes Rectores de Uso y Gestión (PRUG).

de numerosos colectivos de quienes, entre los que se encuentra este autor, esperaban mucho más de una norma.

Sobre todo, debía de hacer referencia a una de las cuestiones más importantes que nos suceden a quienes practicamos el senderismo, la marcha, la carrera de montaña, la bicicleta de montaña, etc., o simplemente necesitamos desplazarnos a un lugar determinado a través de un sendero, donde en un momento determinado, se encuentra con una propiedad privada, que simplemente te prohíbe el paso²¹. Pues el sendero que discurre por zona pública, por ejemplo un camino o vía pecuaria, se encuentra en un lugar de su recorrido con una cerrado metálico, valla, puerta, etc., que simplemente te impide el paso.

La Ley 3/2017, (art.2) define el sendero: *“todo itinerario que transcurre en la mayor parte de su recorrido por el medio natural, recorriendo un patrimonio natural y cultural a través de caminos tradicionales, veredas, pistas forestales u otras vías del territorio en Andalucía, y que está habilitado para la marcha, excursionismo, fundamentalmente a pie, y a veces en bicicleta o caballería”*.

A continuación (art.4) se distinguen los siguientes usos principales de los senderos: a) Medioambiental; b) Deportivo; c) Turístico, encontrándonos la siguiente definición del deportivo: *“son senderos de uso deportivo aquellos que sean señalizados, homologados y autorizados atendiendo al procedimiento que se regule mediante decreto, a los efectos de la práctica deportiva y, por tanto, se constituyan en una instalación deportiva no convencional, de conformidad con lo establecido en el artículo 4.º.2º de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía”*.

Así las cosas, no solamente en la Ley de senderos de Andalucía, sino también en los numerosos decretos al efecto, ya mencionados, no vamos a encontrarnos referencia alguna a la naturaleza jurídica sobre la propiedad de los senderos²², por la sencilla razón que es una materia con numerosas aristas, con repercusiones importantes que tiene, no sólo a efectos de libertad de tránsito, sino también de responsabilidades, sobre todo para el propietario del espacio físico donde se asienta el sendero.

Si bien, cuando éste en su totalidad es de naturaleza pública, no suele plantear problemas “de tránsito o paso”, o incluso de responsabilidades en materia de conservación o de responsabilidad patrimonial, pues el acervo normativo es importante, cuyo punto de partida lo tenemos en el artículo 132 de la CE donde dice: *“la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los*

²¹ A tal efecto el IV Seminario Internacional sobre Senderismo y Territorio en Europa: *“Derecho deportivo: uso abierto y propiedad privada”*; Málaga, 2008, Europeans Ramblers Association y Federación Española de Deportes de Montaña y Escalada, nos encargó una ponencia al respecto publicada en el libro de Actas de la Diputación Provincial de Málaga organizadora del Evento, pero lo importante es la temática del Seminario propiciado por la Asociación más importante de senderismo de Europa.

²² A esta cuestión ya refiere NASARRE SARMIENTO, J.M. (2016: 38-75).

principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación”, aunque mucho antes, ya en 1889, el propio Código Civil, se refiere a ellos en el artículo 339 al definir los bienes de dominio público: “*los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, las playas, radas y otros análogos*”; concretando, más adelante, en el artículo 344 que, entre los bienes de uso público, en las provincias y los pueblos, se encuentran los caminos provinciales y los vecinales, por lo que éstos tienen la consideración jurídica de bienes demaniales destinados al uso público²³.

Por tanto no hay duda alguna que, cuando el sendero discurre por un camino público, o por una vía pecuaria (cuya Ley 3/1995, de 23 de marzo le otorga la categoría de bienes de dominio público), la conservación, su uso, disfrute, etc., será de carácter público; si bien, no es de extrañar que, en el ámbito local, nos encontremos con alguna ordenanza municipal o provincial que contenga disposiciones en materia de conservación, mantenimiento, uso, horarios, etc., consecuencia de la propiedad del sendero público, que, como indica NASARRE SARMIENTO²⁴, esta circunstancia resulta extrema, puesto que frecuentemente se plantea la duda sobre quién pesa la responsabilidad en la conservación de caminos, cuando por ellos transcurren itinerarios que han sido señalados, y tal vez acondicionados por diferentes instituciones u organizaciones.

En definitiva, como es el propietario del terreno por donde discurre el sendero el responsable de la conservación de los caminos y vías rurales, los daños que se produzcan como consecuencia de su mal estado, conservación, funcionamiento, etc., estarán dentro del instituto de la responsabilidad patrimonial (Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local), regulado en los artículos 32 a 37 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en la especialidades procedimentales de la Ley 39/ 2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, (artículos 65, 67, 81, 91, entre otros).

No obstante, creemos conveniente resaltar, por la naturaleza del espacio físico por donde transcurre el sendero, que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran, en

²³ Y, como tales, son acogidos en la propia legislación de régimen local, esto es, a partir de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y su posterior Texto Refundido del RD Legislativo 781/1986, en cuyo artículo 74 señala como bienes de uso público local los caminos, carreteras, puentes... cuyo aprovechamiento, conservación y policía son de las entidades locales; al igual que el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, donde en los artículos 4-6 encontramos los bienes y derechos de dominio público, por lo que se encuentran afectados al uso general o al servicio público.

²⁴ NASARRE SARMIENTO, J.M., (2016: 55).

este caso por funcionamiento normal o anormal del sendero público, esta misma responsabilidad exonera a la Administración, cuando se trata de casos de fuerza mayor (art. 32.1 Ley 39/2015), la cual tiene su origen fuera del ámbito del funcionamiento del servicio público, entre las que se destacan las causas naturales, como pueden ser tormentas, terremotos, deslizamientos, etc., en definitiva acciones causadas por hechos irresistibles, insuperables, imprevistos, no así por los casos fortuitos en los que responde la Administración²⁵, al estar dentro del ámbito de su funcionamiento.

Obviamente, si los daños se ocasionan en un sendero de naturaleza privada, una finca particular, por ejemplo, entrará en juego el instituto de la responsabilidad civil consecuencias de las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia del Código Civil (1902 y ss.).

Así las cosas, como podemos apreciar, la propiedad del suelo por donde transcurre el sendero es muy importante, pero todavía no hemos respondido a qué sucede ¿Cuándo el sendero público se corta al llegar a una finca privada? Que, como advertimos, no soluciona ni la Ley 3/2017 de senderos, ni el Decreto 67/2018 por el que se regula su uso.

Para ello, vamos a estudiar las soluciones que se pueden ofrecer, comenzando por la que podríamos tildar de “amistosa”, que ya la ofrece el artículo 12.2) del Decreto, cuando en la solicitud de declaración de los senderos de uso público que presente el promotor, debe de ir, entre otra documentación: *c) “el consentimiento de todas las personas titulares de los terrenos por los que vaya a discurrir el sendero, a cuyo efecto se aportarán los documentos que en Derecho permitan acreditar de forma fehaciente dicha circunstancia”*.

Por más vueltas que queramos darle, el documento que acredite la circunstancia, en este caso, de paso por la finca privada, es el “Convenio” que el promotor, privado, o público, que será el más lógico, es decir un ayuntamiento, diputación provincial, una mancomunidad, etc., firme con el titular de la propiedad; en el caso de ser una entidad pública, su régimen sería el establecido en los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, como acuerdos entre Administraciones Públicas con sujetos de Derecho privado para un fin común, en este caso, el tránsito por la finca privada, más el contenido específico que las partes quieran añadir como la señalización, el mantenimiento, la adecuación, etc. Sin olvidar todas aquellas cláusulas que afecten a compensaciones económicas, si las hay, disponibilidad de uso, etc.; nuevamente, si el acuerdo o convenio es entre particulares, su régimen será el establecido en Derecho Civil, como sería el caso de una empresa turística promotora de un sendero de uso deportivo.

²⁵ TORRES LÓPEZ, M.A., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, en *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo en el Grado*, Tecnos, Cuarta edición, Madrid, 2017, p.128.

No obstante, podría darse el caso, no infrecuente que, el titular de la finca, por tratarse de un uso inveterado que se remonta a años, hasta el momento no ofrezca impedimento alguno al tránsito de montañeros, senderistas, ciclistas, jinetes a caballo, etc.; es decir, una costumbre arraigada en la zona, para lo que no pone objeción alguna, es una situación de hecho, de precario, que no ofrece problema alguno al dejar las cosas como están; entre éstas, el limbo de las responsabilidades, en caso de que se exijan, en las que el propietario lo tiene muy claro al decir que esa parte del sendero es privada, y no entra en el dominio de sus responsabilidad los que entran en ella sin su autorización o consentimiento.

Sin embargo, ahora cuando se puede reconocer el espacio de propiedad privada como integrante de un “sendero de uso deportivo”, la situación puede cambiar sensiblemente, porque si el desfiladero, la cascada, la vía de acceso a la montaña, el embalse, etc., privado, por el que transcurre un sendero homologado y autorizado, e inscrito en un Registro Público, como es la Red de Senderos de Uso Deportivo en Andalucía, en caso de producirse algún accidente, la cadena de responsabilidades se activará en diversas direcciones: promotor, titular del sendero, Junta de Andalucía a la que pertenece el Registro, etc., por lo que el propietario de la parte privada del sendero, querrá en el convenio que autorice el paso por su finca, tener cubiertas sus espaldas, exigiendo que se pacten las condiciones en materia de responsabilidad.

Por lo que paradoja del destino, el sendero de toda la vida, por el que el propietario de la finca privada no ponía objeción a que se pudiera transitar por su finca, ahora al convertirlo en “sendero de uso deportivo”, puede poner todas las trabas del mundo a que nadie atravesase su finca por motivos de responsabilidad civil que, si no se soluciona con el convenio, asistiríamos a un efecto perverso de la norma, como es el cierre, la valla, el candado en la puerta, que ahora impide el paso por la propiedad.

Estas situaciones que se pueden presentar, es lo que nos anima a utilizar la fórmula de la “expropiación forzosa”²⁶, cuya definición nos la ofrece BERMEJO

²⁶ La figura de la expropiación forzosa consta de gran predicamento en la doctrina administrativa como se puede apreciar, entre otros en: BERMEJO VERA, J., (otros), “Expropiación Forzosa”, número monográfico, *Documentación Administrativa*, núm. 222. 1991; LÓPEZ MENUÑO, F., CARRILLO DONAIRE, J. A., GUICHOT REINA, E., *La expropiación forzosa*, Lex Nova, Valladolid, 2006; BARCELONA LLOP, J., “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el Sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 2011, núm. 185; DESDENTADO DAROCA, E., *La expropiación de los enclaves privados del litoral*, Civitas, Madrid, 2007; FUERTES LÓPEZ, M., y BOIX PALOP, A., *Problemas actuales de la expropiación forzosa* (volumen colectivo de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012; SOSA WAGNER, F., (coordinador), *Comentario a la Ley de Expropiación Forzosa*, Aranzadi, 200; UTRILLA.FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Expropiación forzosa y beneficiario privado: una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015. OLMEDO GAYA, A., “La expropiación forzosa”, en M. TORRES LÓPEZ, (coord.) en *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo II en el Grado*, Tecnos, quinta edición, Madrid, 2017, pp.143-166.

VERA²⁷ como una compraventa impuesta obligatoriamente por la exclusiva voluntad del comprador -o adquiriente- al dueño o titular de la cosa o titular del derecho, involuntario vendedor. Pero este tipo de compraventa forzosa, en la que el comprador ejerce una prerrogativa tan importante, solo pueda llevarla a cabo algunos poderes públicos, cuando es necesario para los intereses generales y, desde luego, pagando su precio.

Instituto, éste el de la expropiación forzosa, que constituye por su clamorosa ausencia, el gran fallo de la trampantojada Ley 3/2017, de senderos de Andalucía, ante la no declaración de “utilidad pública” o “interés social” de los senderos en las diferentes modalidades de medio ambientales, turísticos y deportivos. Por lo que se ha perdido una excelente oportunidad de, independientemente de la tipología del sendero, cuando éste se encuentre con una propiedad privada que impide el tránsito, se pueda aplicar de forma sencilla la expropiación forzosa, convirtiendo el sendero en todo su recorrido en bien demanial.

Ahora bien, como fórmula jurídica exorbitante, lo que la convierte en un instrumento excepcional por cuanto quiebra con el derecho constitucional de la propiedad (art. 33.1 CE), el ejercicio de esta potestad se encuentra limitado por la normas, tal y como lo entiende el propio texto constitucional: “*nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*”.

Por lo tanto, como toda potestad administrativa, la expropiación forzosa está sujeta al principio de legalidad, que, en este caso, ya viene de años anteriores a la actual Constitución del 78, pues su marco vigente arranca de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, (LEF) y su Reglamento de 26 de abril de 1957 (REF), si bien se ha ido actualizando algunas materias de la LEF por los Estatutos de Autonomía y otras leyes como LBRL²⁸, por cuanto el sujeto expropiante está reser-

²⁷ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo Básico Parte Especial, Volumen II*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, p. 261.

²⁸ Por cuanto el artículo 4.1 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), enumera entre las potestades de los Municipios, Provincias e Islas, la potestad expropiatoria, y en el artículo 4.2 establece que lo dispuesto en el número precede: “podrá ser de aplicación a las Entidades Territoriales inferior al Municipio y, asimismo, a las Comarcas, Áreas Metropolitanas y demás Entidades Locales, debiendo las leyes de las Comunidades Autónomas cual de aquellas potestades serán de aplicación”; No obstante, conviene recordar que las Entidades de ámbito territorial inferior al municipio ,denominadas también entidades locales menores (caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, consejos, pedanías, anejos y otros análogos), se han visto sensiblemente modificadas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que suprime estas entidades locales menores, en la nueva redacción de la planta local del artº 3.2., si bien se permite la subsistencia de las ya existentes siempre que saneen sus cuentas. Por otra parte, las leyes de las Comunidades Autónomas podrán crear estas entidades, pero sin personalidad jurídica (art. 24. Bis LRBRL), por lo que

vado a las Administraciones Públicas: Estado, Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios ,(art. 2.1 LEF) quedando excluidos por tanto los entes que integran la Administración Institucional (STS 25 de octubre de 1982).

Para proceder a la expropiación forzosa es necesario la existencia de la *causa expropriandi*, esto es la previa declaración de “utilidad pública” o “interés social” (art. 9LEF); es decir, el motivo que justifica el ejercicio de dicha potestad a favor de la Administración, si bien no son figuras algunas veces fáciles de distinguir, nosotros nos quedamos con la “utilidad pública” que se reconoce respecto a obras y servicios de titularidad pública (vías de comunicación y transportes, ferrocarriles, presas, embalses, depósitos de residuos, etc.), no cabe duda que los senderos de uso deportivo, son vías de comunicación, por tanto puede ser declarados de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa, cuando se corta un vial público por atravesar una finca privada a la que se dueño se opone al tránsito.

Esta declaración de utilidad pública o interés social, que legitiman la expropiación de inmuebles, requieren normas con rango legal, como se desprende del explícito planteamiento del texto constitucional (art. 53.3), por lo que solo pueden ser configuradas tales declaraciones por los poderes legislativos, lo que nos lleva a la necesidad de determinar ¿si debe de ser por ley Estatal o bastaría tan sólo ley de la Comunidad Autónoma?

Ello nos conduce a un breve análisis de la legislación aplicable al respecto, donde partiendo, como no podía ser de otra forma del texto constitucional, el artículo 149.1. 18^a, reserva al Estado la competencia legislativa sobre expropiación forzosa y no sólo de las bases de esta materia, lo que significa , según reiterada doctrina del STC 37/1987, STC 61/1997,STC 164/2001; STC 14/2007, que corresponde al Estado regular en exclusiva la expropiación en su faceta o dimensión de garantía de los derechos e intereses económicos privados, y en consecuencia, los criterios y sistema de valoración del justiprecio, así como el procedimiento expropiatorio, para impedir: “ *que los bienes objeto de expropiación puedan ser valorados con criterios diferentes en una y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio*”, pero esta exclusividad no impide, como dice SÁNCHEZ MORÓN²⁹ que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas, en

continúan careciendo de potestad expropiatoria; por tanto, en casi todas las leyes de las CCAA nos vamos a encontrar que la potestad expropiatoria la tienen atribuida a las áreas metropolitanas, las comarcas y mancomunidades. Véase JIMÉNEZ SOTO, I y CASTILLO RAMOS-BOSSINI, S, “Otras Entidades locales para la prestación de servicios y el ejercicio del gobierno en el territorio”, en *Lecciones para el estudio del Derecho Local en el Grado*, Coordinador F. CASTILLO BLANCO en, Tecnos, segunda edición, Madrid, 2019, pp.139-168.

²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, decimocuarta edición, Tecnos, Madrid, 2018, p.758.

el ámbito de sus respectivas competencias materiales, puedan regular la expropiación forzosa en su faceta de potestad pública o instrumento del que sirven para el logro de sus fines; en definitiva, supone que corresponde a uno y otras la determinación legal de la causa expropiandi en materias o sectores de su competencia, que es lo que la Ley 3/2017 de Andalucía tenía que haber incluido en su articulado.

En este mismo sentido, se pronuncia BERMEJO VERA³⁰, para quien una interpretación estricta del artículo 149.1.18^a, nos llevaría a la conclusión de que este imprescindible instrumento de acción pública quedaría fuera del alcance de la Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, porque si solamente el Estado tiene potestad para legislar sobre expropiación forzosa y sus causas de utilidad pública o interés social, las CC.AA y mucho más las Administraciones locales se encontrarían desamparadas para expropiar, lo cual es inasumible.

Así las cosas, seguirá argumentado el profesor, parece fuera de duda que la voluntad de los constituyentes fue, en materia de expropiación forzosa, habilitar al legislador estatal para establecer condiciones uniformes para la privación forzosa del derecho de propiedad, distinguiendo con claridad entre lo que representa promulgar una legislación y lo que implica utilizar las técnicas e instrumentos regulados en ella, tal y como lo expresa rotundamente el Tribunal Constitucional (STC 17/1990): *“la reserva constitucional a favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar o los fines de interés público a que aquélla ha de servir. De lo contrario se llegaría al absurdo de que las Comunidades Autónomas, habiendo constatado la existencia de nuevas causas de utilidad pública o interés social justificadoras de la expropiación para el desarrollo de sus competencias, tuvieran que solicitar del Estado la regulación formal de aquellas”*.

Por lo tanto, partiendo del marco que establece la actual Ley de Expropiación Forzosa, como garantía de los derechos e intereses económicos privados, las causas expropiandi pueden ser determinadas en leyes estatales o autonómicas, dentro de sus competencias, por lo que teniendo la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas en “Medio Ambiente, espacios protegidos y sostenibilidad” (art. 57); “Turismo” (art. 71) y “Deportes, espectáculos y actividades recreativas” (art. 72), según el Estatuto de Autonomía de Andalucía, LO 2/2007, de 19 de marzo, no existe impedimento competencial alguno, a que el Parlamento andaluz en la Ley 3/2017, hubiera declarado de “utilidad pública” los senderos como parte de la infraestructura viaria; es decir, declaración genérica y directa de utilidad pública a través de una ley sectorial, técnica muy utilizada en determinados sectores: artículo 103 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos; artículo 54 de la Ley 24/2013, de 26 de

³⁰ BERMEJO VERA, J. (2018:275-276).

diciembre, del Sector eléctrico; o ya en este ámbito el ambiguo artículo 4.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad que dispone: “Las actividades encaminadas a la consecución de los fines de esta ley podrán ser declaradas de utilidad pública o interés social, a todos los efectos y en particular a los expropiatorios”.

Más concretamente, en la Ley 1/2019, de 30 de enero de la Actividad física y el deporte de Canarias, cuyo artículo 47 se convierte en un magnífico ejemplo, destinado a la “Declaración de utilidad pública”, contiene el siguiente tenor: “La aprobación de los planes autonómicos, insulares y municipales de instalaciones deportivas, implicarán la declaración de utilidad pública de las obras incluidas en los mismos, a efectos de expropiación forzosa o imposición de servidumbres legales, sobre los terrenos y edificios precisos para su ejecución”.

Si la Ley hubiera declarado de forma genérica la *causa expropriandi* para los senderos, bastaría después solamente realizar “el Acuerdo de necesidad de ocupación”, que consiste en un acto administrativo por parte de la Administración expropiante donde se determinan: cuáles son los bienes a expropiar, la extensión necesaria, la condición de expropiados, posible sustitución de los bienes elegidos, etc., concretándose esta fase con una información pública y el preceptivo trámite de audiencia a los interesados (artículos 15 a 23 LEF), para continuar con las demás fases del procedimiento expropiatorio.

Lógicamente al no haber recogido expresamente la Ley 3/2017, la causa de expropiación, para los senderos de uso deportivo al pasar su recorrido por una finca privada, es muy complicada, pues falta la cobertura legal necesaria que establece la Constitución; por su propia naturaleza, se descartan las leyes expropiatorias singulares, las cuales al no permitir el recurso en vía administrativa deben de ser excepcionales y proporcionales (STC 48/2015, de 3 de marzo).

Sin embargo, no todo está perdido, pues la legislación expropiatoria básica, esto es la LEF (art. 10), entiende implícita la utilidad pública “en todos los planes de obras y servicios del Estado, Provincia y Municipio”, por lo que bastaría que, por ejemplo un ayuntamiento o una diputación provincial, en la aprobación de sus respectivos planes de obras y servicios, como son los de naturaleza deportiva, esto es piscinas, polideportivos cubiertos, campos de fútbol, etc., se incluyan determinados senderos, con lo cual se lleva aneja la declaración de utilidad pública para los fines expropiatorios. Pero, no obstante, insistimos, aunque sea para visualizar su importancia, la ley sectorial debía de haber incluido su utilidad pública.

Al respecto, es conveniente recordar que los caminos y vías rurales forman parte de la infraestructura viaria, que es una competencia propia en los términos de la LBRL (con las modificaciones de la LRSAL, establecida en el artículo 25.2.d); competencia que está incluida en los Planes Provinciales de Cooperación a la Obras y Servicios de competencia municipal (art. 36.2.a), los cuales se subvencionan con los

medios propios de la Diputación o entidad equivalentes, los municipios, la Comunidad y el Estado, por lo que no hay inconveniente alguno que, desde la misma manera, que se construye un polideportivo municipal con fondos de las diferentes Administraciones (se excluye la del Estado salvo que sea de interés nacional para el alto nivel deportivo), los senderos puedan formar parte de estos Planes, que, nuevamente, se echa de menos en el trampantojo legal, el cual debería de haber contado con unas partidas presupuestarias al efecto, criterios de priorización, condiciones técnicas, etc.

VI. LA PRÁCTICA DEPORTIVA DEL ESQUÍ Y SUS ESPECIALIDADES A TRAVÉS DE LICENCIA O TÍTULOS HABILITANTES

Obviamente, las modalidades y especialidades deportivas del esquí, están perfectamente inmersas, en nuestra propuesta de “protección y conservación del medio ambiente y seguridad en la práctica del deporte en el medio natural”. Sin embargo, además de esta función, esta última parte del trabajo, se centra en la respuesta a la siguiente pregunta ¿es necesario algún requisito para la práctica del esquí?, o por el contrario ¿es suficiente como hasta ahora pagar el forfait como único requisito?, la respuesta como veremos no es fácil.

Sobre todo porque somos conscientes que es una materia de difícil calado por dos motivos: el primero, porque no debemos de olvidar que las estaciones de esquí y montaña son sociedades mercantiles de capital privado o mixto, cuya sostenibilidad financiera reside en los ingresos que recauda, por lo que establecer requisitos para su práctica podría ser un freno a los usuarios, con la consiguiente merma en los ingresos; y el segundo, desde la visión del practicante deportivo, cualquier requisito podría también entenderse como una traba más al ejercicio de una actividad de ocio, dirigiendo sus preferencias de ocio a otras actividades que no requieren requisito alguno.

Aun así, con estos interrogantes lo cierto es que una de las cuestiones que más preocupa a los responsables de las Estaciones de Esquí y Montaña, es la seguridad de la práctica deportiva de los esquiadores, pero no solamente aquella que es consustancial a la misma actividad, ampliamente cubierta con los correspondientes seguros de daños- incluido el transporte por cable- y responsabilidad civil principalmente de la estación, sino aquella que se produce como consecuencia de las conductas de determinados esquiadores, al provocar accidentes por malas prácticas, estado de embriaguez, drogas, etc.; es lo que algunos profesionales del esquí denominan “la cultura del botellón en las pistas”, no obedeciendo las señales e indicaciones, no respetando las instrucciones de los empleados, descendiendo de forma provocativa para impactar con otros esquiadores para producir lesiones considerables, utilizando de forma inapropiada los medios mecánicos, etc.; es decir, conductas que traen “por la calle

de la amargura a los gestores de las Estaciones”, todo ello, por la falta de cobertura jurídica que tienen las fuerzas y cuerpos de seguridad para poder intervenir en la práctica del esquí, simplemente por la ausencia de normativa específica al respecto³¹, lo que les impide actuar ante el máximo cumplimiento del principio de legalidad, por cuya virtud la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de ley (art. 25 de la LRJSP).

Por supuesto, no nos estamos refiriendo a las empresas que gestionan las estaciones de esquí y montaña, que no tienen capacidad sancionadora, a lo sumo se le podría aplicar la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, con un entramado normativo disperso como el Decreto 10/2003, de 28 de enero, de Reglamento General de Admisión en los Establecimientos de Espectáculos Públicos, junto al Decreto 155/2018, de 31 de julio, por el que se aprueba el Catálogo de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, donde no incluye a las estaciones de esquí y montaña, luego habría que incluirlas en la categoría de la disposición adicional 9ª, 13, de complejos deportivos.

Todo para poder a través del servicio de seguridad privada, tras una reglamentación propia, a lo sumo expulsar al “perturbador” de la estación, pero muy difícil el poder aplicar un régimen sancionador que correría a cargo de la Administración competente de estas materias, Gobernación y Justicia, o su correspondiente en cada legislatura, pensando principalmente para los empresarios y organizadores de eventos.

Lo importante no es solamente poder actuar sobre el “perturbador”, sino que su actuación lleve implícita una sanción, bien económica o de suspensión temporal para la práctica deportiva del esquí; en definitiva, sería aplicar un mecanismo muy similar al del Código de Circulación ¿sería posible?

Esta problemática no es de ahora, pues ya en 2006 el Senado español aprobó el Informe de la Ponencia³² “para el estudio del fenómeno de la desestacionalización en el sector turístico y para la elaboración de una propuesta normativa que garantice el uso racional de las estaciones de esquí” (543/000007), llegando en sus conclusiones, a través de la formulación de propuestas y recomendaciones, entre otras: “6.1. *Que se adopte por el Gobierno, junto con las Comunidades Autónomas y, en su caso, con los Ayuntamientos afectados, una iniciativa normativa con rango de Ley en la que se establezca y regule con carácter*

³¹ A todo ello, ya nos referíamos en JIMÉNEZ SOTO, I. (2015:243-295).

³² Comisión de Industria, Comercio y Turismo (*Diario de Sesiones*, Comisiones, núm.272, de 23 de febrero de 2006, en toda su amplitud Véase *Informe de la Ponencia de estudio sobre el uso racional de las estaciones de esquí*, Secretaría General del Senado, Dirección de Estudios y Documentación, Departamento de Publicaciones, Madrid, 2006.

general el régimen jurídico que garantice y fomente el uso racional de las estaciones de esquí, definiéndose a los centros o estaciones de deportes de nieve y de montaña y las condiciones que éstas deben reunir, así como las obligaciones de sus gestores y los deberes de los usuarios”.

Sin embargo, la realidad es que han ido pasando los años, aumentando el número de usuarios y practicantes deportivos en las estaciones de esquí y montaña, sin que haya iniciativa legislativa alguna al respecto, sustituyendo esta orfandad jurídica en un Reglamento de Funcionamiento de las Estaciones de Esquí Españolas integradas en la Asociación Turística de Estaciones de Esquí y Montaña (ATUDEM), fundada en 1974 en la que se agrupan 35 estaciones existentes en España que fue elaborado en 1994, experimentando sucesivas actualizaciones, la última de la Asamblea celebrada en Madrid en 2017, incorporando las Normas de Conducta de la Federación Internacional de Esquí (FIS) para esquiadores y snowboarders de julio de 2002.

Se trata como hemos mantenido en otros trabajos, de una norma de carácter convencional, nacida de la buena voluntad de sus miembros, que no es otra que un exponente del consenso de las estaciones de esquí para paliar la situación de inseguridad jurídica en la que se desenvuelve su gestión. Por ello, la fuerza coercitiva de la misma es muy escasa, en lo que se refiere a su aplicación a terceros, al ser ésta una norma convencional libremente pactada por los que suscriben el reglamento, lo que difícilmente se puede aplicar a aquellos que no lo han suscrito como son los usuarios; aunque ello no es obstáculo a que estas normas sirvan de interpretación por los Tribunales de Justicia en materia de accidentes de esquí³³ pero que, en modo alguno, supone habilitación legal para que puedan intervenir las fuerzas del orden público (Guardia Civil, Policía Nacional Adscrita a la Comunidad Autónoma y Policía Local) para quienes violen las reglas de la práctica del esquí.

Podemos decir que es verdaderamente sorprendente que una actividad la que se crea en las Estaciones de Esquí y Montaña, según ATUDEM; que genera 100.000 puestos directos e indirectos, con un impacto económico estimado en los 750 millones de euros, no cuente con un ordenamiento jurídico sectorial, quizás debido a las fuertes contradicciones que surgen en torno al ámbito competencial estatal o autonómico, al contenido de la materia deportiva, turística y como no ambiental, al conglomerado de propietarios de las diferentes estaciones, etc., en resumidas cuentas, sean las razones que sean, a día de hoy la demanda de los gestores de las estaciones de esquí y montaña, porque se regule normativamente la práctica y seguridad de los deportes del esquí y sus especialidades, no ha encontrado respuesta de los poderes pú-

³³ Por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, de 16 de febrero de 1999 (AC1999/3827), o la Sentencia del Juzgado Mixto número 1 de Puebla de Trives de 5 de octubre de 2000, en las que se tiene en cuenta que las pistas estaban balizadas con arreglo a la reglamentación de las pistas.

blicos, luego la pregunta es obvia y a su respuesta va dedicada esta parte del trabajo, anudando a las otras interrogantes ¿qué se puede hacer al respecto?

Lo suyo, sin lugar a dudas, sería contar con una ley específica como sucede con la Ley Italiana de 24 de diciembre de 2003³⁴, norma en materia de seguridad en la práctica de deportes invernales de descenso y de fondo, cuya gestación fue posible gracias a una reforma de la Constitución en 2001, en materia de competencias entre el Estado y las Regiones; en este caso, se trataba de una materia que ya había sido regulada por las regiones, pero ³⁵insuficiente para solucionar la problemática que se estaba generando, por lo que era necesario una intervención estatal dirigida a establecer unas normas de carácter general, que califiquen los remontes y las áreas destinadas al esquí, todo ello provocado por las alarmas sociales ante la seguridad y siniestralidad de la montaña.

En definitiva, entre sus normas de comportamiento, se encuentran en los artículos 9 a 15, algunas de las recomendaciones de conductas dictadas por la FIS, mundialmente conocidas y aceptadas, como hemos visto en el Reglamento de ATUDEM, ahora elevadas a rango legal, lo que permite intervenir para su control, vigilancia y socorro a las fuerzas y cuerpos de seguridad italianos (Policía del Estado, Cuerpo Forestal del Estado, el Arma de Carabinieri y la Policía Local).

Sin embargo, por la razones antes expuestas, el modelo italiano se encuentra a años luz del español, nos consta que desde ATUDEM siguen realizando gestiones al respecto, pero mientras tanto habría que dar respuestas, y una de ellas la vamos a encontrar en lo que ya planteábamos en 2015, esto es: la viabilidad de incardinar la práctica del esquí y sus especialidades en la Administración deportiva a través de la licencia deportiva, ampliamente reforzada por el reconocimiento legal del deporte de ocio, de la competición deportiva no oficial, y sobre todo por la aparición en el ámbito autonómico de “*los títulos habilitantes*” que, en definitiva, pueden ser la llave que abra la puerta.

Veamos pues, las Federaciones Deportivas, como sabemos, realizan dos tipos de funciones; las propias, y las delegadas de carácter administrativo; entre las primeras, se encuentra la promoción y desarrollo de las modalidades y especialidades

³⁴ Al respecto véase CHIEPPA, R, y DELLANTONIO, M., “La nuova legge sullo sci: regole di comportamento e responsabilità nelle aree sciabili lo sci alpino, lo sci fuoropista e le competenze nell’attività di prevenzione valanghe”, en *Diritto e formazione*, núm. 2 (2005), p. 178; BRUCCOLERI, C., “Ordinamento sciistico italiano”, en *I Forumn Jurídico Europeo de la nieve*, “Dai diritti della neveval Diritto della neve”, en *Professione de Montagna*, núm. 85 (2006).

³⁵ Trentino-Alto Adile (1970); Veneto (1975); Lombardia (1975); Abruzzo (1982); Lazio (1983); Molise (1983); Piemonte (1989); Friuli-Venezia Giulia (1991); Valle d’Aosta (1992); Toscana (1993); Emilia-Romagna (1995).

deportivas³⁶; y entre las segundas, el ejercicio de la potestad disciplinaria deportiva que, por su naturaleza de función pública delegada, las decisiones de los Comités Disciplinarios Federativos, agotada la vía federativa, son susceptibles de recurso ante la propia Administración, si es en el Estado ante el Tribunal Administrativo del Deporte, y en el ámbito autonómico ante el Tribunal Administrativo del Deporte o Comité de Disciplina Deportiva de la Consejería competente en materia de deportes.

Ciñéndonos al ejercicio de la potestad disciplinaria deportiva³⁷, en el ámbito del Estado, el artículo 6.2.c del Real Decreto 1591/1992, de 23 de diciembre, sobre Disciplina Deportiva, dispone que el ejercicio de la potestad disciplinaria corresponderá: “*a las federaciones deportivas españolas sobre todas las personas que forman parte de su propia estructura orgánica; sobre los clubes deportivos y sus deportistas, técnicos y directivos; los jueces y árbitros, y general, todas aquellas personas y entidades que, estando federadas, desarrollan la actividad deportiva correspondiente en el ámbito estatal*”.

Igualmente, sirva el ejemplo de Andalucía, aplicable a cualquier otra Comunidad Autónoma de acuerdo con sus respectivas normas, en el caso de Andalucía la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, su artículo 124.1.b) sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria, le corresponde las federaciones deportivas andaluzas: “*sobre las personas y entidades integradas en las mismas, incluyendo a estos efectos a los clubes deportivos andaluces, y sus deportistas, personal técnico y directivo, jueces y árbitros y, en general, todas aquellas personas o entidades que de forma federada desarrollan la modalidad deportiva correspondiente en el ámbito de la Comunidad Autónoma*”, desarrollado por el decreto 205/2018, de 13 de noviembre, por el que se regula la solución de litigios deportivos en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo artículo 24.1.b) reproduce los mismos términos.

³⁶ Los vigentes Estatutos de la Real Federación Española de Deportes de Invierno, aprobados en Asamblea General el 31 de octubre de 2009 (última modificación de 2015) y por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes el 18 de diciembre de 2009, establecen en su artículo 1º, que la citada Federación está integrada por las Federaciones de ámbito autonómico, clubes, deportistas, jueces, técnicos y otros colectivos interesados que practiquen o contribuyan al desarrollo de los deportes objeto de su competencias; las especialidades deportivas (art. 3º) cuya promoción y desarrollo compete a la RFEDI son: a) esquí alpino, esquí de fondo, biathlon, saltos de esquí, Freestyle (estilo libre), snowboard, Telemark, trineo con perros y pulka escandinava y combinada nórdica y esquí de velocidad,

³⁷ Véase el trabajo coordinado por MILLÁN GARARIDO, A., *El régimen sancionador del deporte en Andalucía. Potestad Sancionadora y Potestad disciplinaria en la Ley 6/1998, del deporte*, Bosch, Barcelona, 1999.

GAMERO CASADO, E., “Los procedimientos sancionadores federativos en la legislación deportiva andaluza”, en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 2(2002), pp. 123-143; GARCÍA CABA, M., “sobre la eficacia de la normativa de las federaciones deportivas andaluzas”, en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 5 (2005), pp. 49-76; DE LA IGLESIA PRADOS, E., “Las infracciones disciplinarias en la Ley del Deporte de Andalucía”, en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 4 (2004), pp. 111-136.

Así las cosas, el ejercicio de la potestad disciplinaria de una federación deportiva sólo puede ejercerse sobre una persona física o jurídica que tenga la condición de federado, y ello se adquiere al tener en vigor una licencia deportiva, para la participación en actividades o competiciones oficiales (art. 7 RD. 1835/1991).

Sin embargo, la nueva legislación deportiva autonómica, establece otra forma de vincularse a una federación deportiva como es a través del título habilitante, es el caso del artículo 24.4 de la Ley 5/2016, cuando permite que las federaciones deportivas pueden expedir otros títulos habilitantes para participar en competiciones deportivas no oficiales y en actividades de deportes de ocio siempre que lo prevean sus estatutos.

Estos planteamientos son lógicos, si tenemos en cuenta qué hasta poco, las leyes y reglamentos en materia de deporte, tenían por objeto la regulación del deporte de competición oficial. Sin embargo, en la última década, con el desarrollo de la actividad deportiva no competitiva oficial las Administraciones se han dado cuenta que hay un sector más numeroso en la práctica del deporte que el llamado oficial³⁸, son ejemplos muy gráficos; la natación, el ciclismo de ruta, la bicicleta de montaña, el esquí, el senderismo, la espeleología, la hípica, etc., donde los practicantes no federados son la mayoría, piénsese en un domingo los ciclistas que hay por los montes y las carreteras al margen de cualquier organización federativa, o los miles de senderistas que salen a la montaña o al mar, por citar algunos ejemplos.

Como hemos expuesto anteriormente, las nuevas leyes autonómicas del deporte, esto es las que podemos llamar de segunda generación (Andalucía, Aragón, Canarias...), sí han recogidos en sus planteamientos esta forma de practicar el deporte, como es el caso, de la citada y comentada Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía, que incorpora el deporte de ocio (art. 4.d), al que corresponde todo tipo de actividad física que se realice en una organización o al margen de ésta, y está dirigida a cualquier objetivo no competitivo, relacionados con la salud, algunos hábitos deportivos, así como la ocupación del tiempo libre; incluyendo en el artículo 10, el deporte en el medio natural tal como hemos visto anteriormente.

El caso del esquí y sus especialidades, constituye un ejemplo muy concreto y relevante de estos planteamientos, pues frente a los 6.000.000 millones de jornadas anuales de esquí (datos que ofrece la Asociación Turística de Estaciones de Esquí

³⁸ La propia WEB del Consejo Superior de Deportes, www.csd.gob.es 4/los deportes-más-practicados; lo dice todo, en el análisis de los deportes más practicados: 4. El desfase entre el deporte federado y el deporte popular y recreativo, y sobre los 21 deportes que más practican los españoles, nos encontramos en la primera posición la natación con un 33% de practicantes, donde el 98% de practicantes lo hace fuera del sistema federado; o el ciclismo en tercer lugar con 19.1%, de los 18.7% no están federados y de los que sólo el 0.4% , lo están.

Montaña ATUDEM a 2017), las licencias de las modalidades y especialidades que integran la Federación de Deportes de Invierno, son muy poco relevantes 3742 licencia a nivel nacional con 390 clubes, mientras que en el caso concreto de Andalucía son 390 deportistas y 19 clubes, lo que a nivel nacional sitúa a esta Federación Española en el puesto número 62 de 88 federaciones deportivas.

En definitiva, el nuevo modelo en las Comunidades Autónomas, apuesta por la incardinación de la práctica deportiva en el modelo federativo, de carácter no competitivo oficial, como sucede en deportes como la caza, donde hemos visto como la mayoría de los cazadores no participan en competiciones deportivas oficiales, y sí en la práctica deportiva, normalmente dentro de una sociedad de cazadores y en un coto determinado; por el contrario, muy pocos son los participantes en campeonatos oficiales de caza menor o caza mayor, según las diferentes actividades, esto supone que de las 326140 licencias deportivas a nivel nacional y 89461 en Andalucía (datos WEB CSD a 2017), no están relacionadas con la competición oficial federativa y sí con la práctica por placer, ocio, recreación, etc.

Igualmente, en apoyo de todos estos planteamientos, tenemos también el caso del Golf, del que da buena cuenta el arquitecto y urbanista USLÉ ÁLVAREZ³⁹, quien se muestra totalmente decidido por la licencia administrativa: *“Hoy día en el golf es impensable que una persona se compre en el Corte Inglés unos palos de golf, se meta en un campo de golf y se lie a pelotazos con todo el que pase por ahí, es impensable. Cualquiera que haya jugado al golf sabe que tiene que pasar unos requisitos, y uno de ellos es meterse en un green, empezar a darle palos hasta que el profesor o el encargado que tiene el campo le diga que tiene una licencia, en este caso licencia federativa, y que con esa licencia ya puede él seguir. ¿Esa licencia que le hace? Pues que conoce las reglas del juego, las reglas del campo, las reglas de seguridad y que es capaz de circular por un campo. Bueno, pues el esquí, que es mucho más siniestral que el golf no sucede eso, cualquiera se monta en unos esquís, que los alquila, se monta en una pista, que no sabe ni como es, si está helada, si está dura, si está blanda, se tira por una pendiente y se lleva por delante al primero que sale por ahí, o se mata”*.

Por todo esto, para evitar los miles de situaciones que se presentan en las pistas de esquí, este arquitecto considera que es necesario y perfectamente posible que para sacar el forfait, cuando una persona va a la taquilla, exista un permiso administrativo que haya otorgado un determinado organismo, para que esa persona conozca las reglas del usuario y no provoque colisiones y conflictos, licencia administrativa que se sacaría en los campos de principiantes.

³⁹ USLÉ ÁLVAREZ, J., *Informe de la Ponencia de estudio sobre el uso racional de las Estaciones de Esquí*, Dirección de Estudios y Documentación, Departamento de Publicaciones, Secretaría General del Senado, Madrid, 2006, pp. 154-155.

De esta misma línea de opinión es ROLDAN OSÉS⁴⁰, quien argumenta desde cualquier punto de vista, surge la necesidad de controlar y ordenar los deportes de invierno y las estaciones de esquí: “*Se puede entender que en mi opinión una licencia o tarjeta federativa obligatoria resolvería muchos de los problemas a los que estamos aludiendo, ya que el usuario constituye el sujeto pasivo de toda nuestra preocupación. Que cada persona que practique deportes de invierno que, al fin y al cabo, son deportes de riesgo, sea portador de una acreditación, se llame tarjeta o licencia federativa, resolvería las cuestiones sobre responsabilidad, cobertura en caso de accidente, ventajas administrativas y económicas y la fuente de financiación más legítima para los planteamientos básicos de interés público de los deportes de invierno*”.

Estando totalmente de acuerdo estos planteamientos, nos quedamos con la necesidad de tener una licencia administrativa, en este caso, la licencia deportiva o título habilitante expedido por una federación, sin entrar en la posible regulación de los requisitos para obtenerla, sobre todo en aquellos de carácter técnico, que podrían dificultar la propia práctica del deporte; aunque no estaría nada mal que, como requisito, se exigiese acreditar algunos conocimientos sobre las normas de conducta y comportamiento, como sucede en el ámbito de la caza donde para obtener la licencia se ha de superar en la Consejería competente en materia de medio ambiente un examen⁴¹, por el que el aspirante a cazador demuestre conocimientos en materia de especies, vedas, períodos de caza, etc., cuya superación, es requisito imprescindible para obtener las demás licencias, dando lugar a la inscripción en un Registro de cazadores.

En todo caso, la licencia deportiva o el título habilitante para la práctica del esquí y sus especialidades, posibilitaría un medio eficaz para la prevención de accidentes y seguridad en las pistas de esquí, ante los actos ocasionados por otros esquiadores que, han incumplido las normas de conducta, mediante un procedimiento similar al que sucede en el ámbito deportivo, donde una vez detectada la infracción, el árbitro o juez de la contienda, aplica la sanción disciplinaria deportiva, de acuerdo con las reglas de juego, (exclusión, descalificación, expulsión, técnica, etc.). Para posteriormente, rellenar el acta -en este caso pliego de cargo- con las incidencias que se han producido, entregando una copia al infractor, con lo que se considera evacuado el trámite de audiencia para que alegue lo que estime más oportuno en su defensa, y procedan los Comités disciplinarios federativos, de acuerdo con sus normas reglamentos disciplinarios aprobados por la Administración, a aplicar la correspondiente sanción deportiva, con las garantías del procedimiento disciplinario.

⁴⁰ ROLDAN OSES, E., presidente de la Real Federación Española de Deportes de Invierno, (2006:83).

⁴¹ En el caso de Andalucía, es la Orden de 31 de marzo de 1998 de la Consejería de Medio Ambiente, sobre programas de materias y regula la organización de los exámenes y cursos del cazador y del pescador.

Obviamente, todas estas actuaciones, deben de ajustarse al principio de legalidad que constitucionalmente se exigen, a través de una Ley nueva, ya hemos vistos las dificultades para que el legislador acometa la tarea, o bien incorporando a las ya existentes en materia de deporte, un nuevo título “De la práctica y seguridad del esquí y sus especialidades”.

Con este modelo que se propone, todos los esquiadores deberán estar en posesión de una licencia o título habilitante expedido por una federación deportiva autonómica, que le permita realizar su práctica en cualquier estación de esquí. Estableciendo para ello, el reconocimiento mutuo a través de convenios federativos, o en el marco de la federación española; y no, como sucede, en otras modalidades deportivas la caza, por ejemplo, donde se exige la licencia autonómica de la federación deportiva territorial para practicar la modalidad deportiva, en el ámbito de cada Comunidad Autónoma.

En la misma norma legal sobre la práctica del esquí, participamos del criterio mayoritario de otorgarles las funciones de control, vigilancia y represión a los “*pisteros socorristas*”, quienes tendría la habilitación a través de un curso específico que las federaciones deportivas realizaran de forma periódica, como sucede con los cursos de árbitros y jueces deportivos, de acuerdo con las condiciones y requisitos que se pacten con las entidades gestoras de las Estaciones de esquí. No olvidemos que estas personas son empleados de estas empresas, las cuales, en definitiva, serán las que establezcan las condiciones laborales para el desempeño de estas funciones.

Ahora bien, al tratarse de entidades totalmente distintas; por un lado, los gestores de las estaciones de esquí, como entidades mercantiles; de otro, las federaciones autonómicas, como entidades deportivas sin ánimo de lucro, habría que buscar un mecanismo de recepción de los efectos que podrían tener las sanciones federativas en la estación de esquí para que, una vez que el deportista ha sido sancionado, pueda cumplir con la sanción (supongamos un período de tiempo concreto), lo que se llevaría a la práctica a través de un *Convenio de colaboración* entre ambas entidades, donde la primera se comprometen a aceptar la licencia federativa o título habilitante, como requisito imprescindible para autorizar la expedición del forfait; y las segundas, para realizar los cursos de formación y el ejercicio de la potestad disciplinaria. Por supuesto, todo esto, es independiente de las competencias que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen atribuidas en materia de orden público, cuando se produzcan incidentes de esta naturaleza en las pistas de esquí.

A la hora de modular los requisitos de la licencia federativa, se debe de imponer los razonamientos moderados entre los gestores de las Estaciones y las federaciones deportivas, en base a la lealtad mutua entre las entidades colaboradoras, por lo que la tarjeta federativa -licencia o título habilitante- debe de reunir unos requisitos, mí-

nimos e imprescindibles, con un precio que, federativamente les va a venir muy bien, pero que no debe de estar alejado de los precios normales en el ámbito federativo.

De la misma manera, para evitar que la propia entidad deportiva vea desvirtuados sus fines competitivos, ante el aluvión de nuevas licencias, lo que daría lugar al ejercicio, entre otros, de los derechos electorales, no existiría impedimento alguno en que esta licencia se diferencie de las licencias de “competición oficial”, con lo que el voto puede ser limitado porcentualmente, así como los seguros que debe de llevar, donde recordamos que ya la ponencia del Senado, en su recomendación número 9^a, formuló la siguiente: “*Exigir con carácter universal a los usuarios de las estaciones de esquí un seguro obligatorio de responsabilidad civil que se incorpora al forfait*”, en nuestro caso, a la licencia o título habilitante.

El aseguramiento deportivo, se nos presenta como un escoyo muy importante, la razón no es otra que su establecimiento eleva, o mejor dicho puede elevar, el coste de la tarjeta deportiva, sin olvidar que los seguros deportivos⁴² presentan un régimen que no es precisamente un ejemplo de homogeneidad, pues en el Derecho positivo el aseguramiento deportivo se encuentra esparcido por un sinfín de disposiciones, principalmente de rango reglamentario, diseminadas en ámbito específicos que, a veces se solapan y a veces se complementan, lo que según GAMERO CASADO⁴³, se trata de una dispersión normativa que difumina la percepción del conjunto, corriendo el riesgo de ignorar el nivel real de protección que, para los propios deportistas, para los organizadores o participantes o para terceros depara en la actualidad el ensamblaje de los seguros obligatorios regulados en las normas sectoriales.

No obstante, la seguridad y la práctica de los deportes de invierno, no se puede limitar a una tarjeta federativa y a su inclusión en el régimen disciplinario deportivo de una Federación, pues lógicamente para cumplir estos objetivos de seguridad, también las estaciones de esquí, más concretamente las empresas gestoras de las mismas, deben de ser exigentes con la normativa que debe de contemplar la Ley de la que venimos hablando.

Por lo que también pueden ser objeto de sanción, en caso de incumplimiento, de todo lo que es de su responsabilidad: clasificación de pistas, preparación, balizamiento, pisado, señalización, protección, información, apertura, cierre, etc., de tal manera que, cuando las gestoras sean responsable de una infracción, en estos supuestos, la Administración autonómica active el procedimiento sancionador al que estarían sometidas, no el de carácter disciplinario deportivo que se aplicaría a los practicantes.

⁴² JIMÉNEZ SOTO, I, “La responsabilidad deportiva y su aseguramiento”, en E. GAMERO CASADO (coord.) *Fundamentos de Derecho Deportivo*, Tecnos, Madrid, 212, pp. 291-294.

⁴³ Véase su obra imprescindible en la materia, GAMERO CASADO, E., *Los seguros deportivos obligatorios*, Bosch, Barcelona, 2003.

Efectivamente, por lo que afecta a las estaciones de esquí, no son sujetos pasivos de la potestad disciplinaria deportiva, pero si son en el ámbito de la potestad sancionadora de la Administración deportiva, como sería la Consejería competente en materia de deporte, como podemos apreciar, nuevamente a título de ejemplo con el ordenamiento jurídico de Andalucía, en los artículos 122 a 120 de la Ley 5/2016.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

1ª El aumento cada día de deportistas que eligen el medio natural en general para realizar su actividad y, en particular los ENP, como lugar preferido para realizar su actividad deportiva, convirtiéndose por sus conocimientos del medio ambiente en un usuario cualificado, constituyen un argumento poderoso para reclamar su mayor participación en las Juntas Rectoras de los Parques Naturales, los Patronatos de los Parques Nacionales y los Consejos de Participación.

2ª Está demostrado que el anonimato es uno de los elementos más relevantes para que las personas puedan realizar actos incívicos en el medio natural, por supuesto en los ENP; por lo que, una forma adecuada de eliminar posibilidades a los depredadores ambientales humanos, consiste en la identificación para acceder al lugar, lo cual se ve ampliamente facilitado por la clásica licencia deportiva, a la que hay que unir “el título, habilitante” o tarjeta federativa para los deportistas que no participan en competiciones oficiales, como son las actividades de ocio.

Elemento fundamental que acompaña a numerosas actividades en el medio natural, tan alejadas de la competición oficial: senderismo, escalada, espeleología, descenso de barrancos, piragüismo, esquí y sus especialidades, hípica, etc. Razón fundamental para que las federaciones deportivas se conviertan en entidades colaboradoras de la protección del medio ambiente, al igual que hemos podido apreciar en las funciones de homologación de los senderos en diferentes Comunidades Autónomas.

3ª La inclusión por vía reglamentaria entre las funciones públicas delegadas de las federaciones deportivas de la protección del medio ambiente a través de las actividades deportivas y la seguridad de la práctica del deporte en el medio natural, podría tener como consecuencia las siguientes actuaciones:

a) El compromiso de las federaciones deportivas de adoptar un Código de Conducta en materia de medio ambiente, para que todo poseedor de licencia deportiva o título habilitante, la acepte como requisito ineludible para su expedición.

b) La posibilidad de realizar determinadas actividades deportivas en zonas prohibidas, al pasar a actividades reguladas por los órganos de gestión del ENP,

controladas por las federaciones deportivas dentro de los términos establecidos en el Convenio de Cooperación. Por ejemplo, en determinados días y en concretas horas, e incluso con un número específico de practicantes, se habilita la práctica de la bicicleta de montaña, que pasa a ser controlada por el ente federativo, con sus prescripciones técnicas, con la posibilidad de aplicar el régimen disciplinario deportivo a los participantes en dicha actividad, sin perjuicio de las responsabilidades en materia sancionadora a que dieran lugar determinadas conductas.

c) En relación al apartado anterior, las federaciones deportivas siguiendo los criterios de los órganos de gestión de los ENP, se comprometerían a incluir en sus Reglamentos de Régimen Disciplinario Deportivo, la tipificación de conductas contrarias a la protección medio ambiente y la seguridad de la práctica deportiva en el medio natural, como infracciones y sus correspondientes sanciones.

4ª En definitiva adoptar entre las medidas de control de las actividades en los ENP, la colaboración de los entes federativos, se aleja de los tradicionales mecanismos de intervención pública de control o policía, para adoptar los modernos mecanismos de autorregulación regulada.

Desde el momento, en un principio, en que son normas que requieren la previa aceptación de los sujetos privados y que no son exigibles más allá del círculo de sujetos que convienen en su aceptación, para posteriormente ser incorporados por la vía del Convenio al ordenamiento jurídico, como puede ser su incorporación al Plan Rector de Uso y Gestión, adquiriendo la condición de normas de Derecho objetivo, de obligada observancia y que se toman como referencia por los poderes públicos, Administraciones y Tribunales.

5ª La necesidad de que las Leyes de Senderos de las Comunidades Autónomas, declaren la utilidad pública de los senderos principalmente mediante declaración genérica en ley sectorial, para de esta forma posibilitar la expropiación forzosa de la Administración respectiva, cuando el sendero se corta, se interrumpe, finaliza, etc., por encontrarse con una finca privada. Mientras tanto, se debería de activar el mecanismo previsto en el artículo 1º LEF de la declaración implícita en todos los Planes de Obras y Servicios.

6ª Ante la inexistencia de una Ley que garantice la seguridad de la práctica del esquí y sus especialidades, demandada por los responsables de las estaciones de esquí y montaña a través de ATUDEM, se plantea la posibilidad de establecer un mecanismo de régimen disciplinario deportivo, a través de la licencia deportiva o del título habilitante, para la práctica de estas actividades deportivas, en el ejercicio de las funciones públicas delegadas, en materia de protección de medio ambiente y de la seguridad de la práctica del deporte en el medio natural.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I.: *Intervención pública en el deporte*, IVAP-Civitas, Madrid, 1998.

BERMEJO VERA, J.: “Constitución y Ordenamiento deportivo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 63 (1989), pp. 337 y ss.

-“La dimensión constitucional del Derecho de Asociación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, (1995), pp. 119 y ss.

-*Constitución y Deporte*, Tecnos, Madrid, 1999.

-*Derecho Administrativo Básico. Parte Especial, Volumen II*, Civitas, Cizur Menor, 2017.

BRUCCOLERI, C., “Ordinamento sciistico italiano”, en I Forumn Jurídico Europeo de la nieve, “Dai diritti della neveal Diritto della neve”, en *Professione de Montagna*, núm. 85 (2006).

CHIEPPA, R, y DELLANTONIO, M., “La nouva legge sullo sci: regole di comportamento e responsabilitá nelle aree sciabili lo sci alpino, lo sci fuoripista e le competenze nell’ attivittá di prevenzione valanghe”, en *Diritto e formazzone*, núm. 2 (2005), p. 178.

CONDE ANTEQUERA, J.: “Instrumentos públicos de protección ambiental (II): El control administrativo de la implantación y puesta en funcionamiento de las actividades con incidencia ambiental” en *Derecho Ambiental Adaptado al EEES*, dir. TORRES LÓPEZ, M.A., Y ARANA GARCÍA, E., Tecnos Madrid, pp.92-103.

DE LA IGLESIA PRADOS, E.: “Las infracciones disciplinarias en la Ley del Deporte de Andalucía”, en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 4 (2004), pp. 111-136.

ESTEVE PARDO, J.:” Las asociaciones deportivas de configuración legal. El caso de las federaciones deportivas”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 45 (1985), pp. 113 y ss.

-*Derecho del Medio Ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

-*Lecciones de Derecho Administrativo*, (séptima edición), Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 83-87.

FUERTES LÓPEZ, M.: *Asociaciones y Sociedades Deportivas*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

GAMERO CASADO, E.: “Los procedimientos sancionadores federativos en la legislación deportiva andaluza”, en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 2(2002), pp. 123-143.

· *Los seguros deportivos obligatorios*, Bosch, Barcelona, 2003.

JIMÉNEZ SOTO, I.: “El difícil anclaje jurídico de las actividades deportivas en los espacios naturales protegidos, a través de los instrumentos de ordenación”, libro homenaje profesor RAFAEL BARRANCO VELA, coord. BALAGUER CALLEJÓN, F y ARANA GARCÍA, E, Vol.II, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 1990-2012.

· *La configuración jurídica del deporte en el medio natural. Relaciones con el turismo, el desarrollo sostenible y la ordenación del territorio*, Reus, Madrid, 2015.

· “Actividad deportiva en el medio natural”, en *Comentarios a la nueva ley del Deporte de Andalucía*, dir. MILLÁN GARRIDO, A.: Reus, Madrid, pp.156-168.

LOBO RODRIGO, A.: *La ordenación y gestión de playas: especial referencia a los usos turístico-deportivos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.

LÓPEZ MENUDO, F.: “Concepto de medio ambiente y reparto competencial”, en *Derecho ambiental de Andalucía*, dir. VERA JURADO, D., Tecnos, Madrid, 2005, pp 31-46.

LÓPEZ RAMON, F.: *Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos por la conservación de la biodiversidad*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

MILLÁN GARARIDO, A.: *El régimen sancionador del deporte en Andalucía. Potestad Sancionadora y Potestad disciplinaria en la Ley 6/1998, del deporte*, Bosch, Barcelona, 1999.

NASARRE SARMIENTO, J,M.: *Senderismo 100 hitos normativos para pensar*, Desnivel, Madrid, 2016.

· OLMEDO GAYA, A.: “La expropiación forzosa”, en *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo II en el Grado*, Coordinadora TORRES LÓPEZ, M,A., Tecnos, quinta edición, Madrid, 2017, pp.143-166.

PORRAS LIMA, F.: “Derecho Deportivo y Derecho turístico: surgimiento, desarrollo y consolidación del turismo activo en España”, en *El Derecho Deportivo en España 1975-2005*, dir. JIMÉNEZ SOTO I. y ARANA GARCÍA, E., Consejería de Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 317-348.

RIVERO YSERN, J,L.: *Manual de Derecho Local*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2010.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte General*, Civitas, Madrid, 2010, pp. 639-670.; 2018, pp.758-760.

TORRES LÓPEZ, M,A.:”La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, en *Conceptos para el estudio del Derecho Administrativo en el Grado*, Tecnos, cuarta edición, Madrid, 2017, p.128.

USLE ÁLVAREZ, J., *Informe de la Ponencia de estudio sobre el uso racional de las Estaciones de Esquí*, Dirección de Estudios y Documentación, Departamento de Publicaciones, Secretaría General del Senado, Madrid, 2006, pp. 154-155.

“Las políticas públicas de vivienda protegida en Andalucía: fortalezas, debilidades y oportunidades de mejoras”¹

“Public policies of protected housing in Andalusia: strengths, weaknesses and opportunities for improvement”

María del Mar Caraza Cristín

Profa. Dra. de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. MARCO NORMATIVO BÁSICO. II. EL CONCEPTO DE VIVIENDA PROTEGIDA. III. TITULARES Y DESTINATARIOS. IV. ADJUDICACIÓN A TRAVÉS DE REGISTROS MUNICIPALES DE DEMANDANTES DE VIVIENDAS PROTEGIDAS. V. ACTUACIONES REALIZADAS PARA DAR EFECTIVIDAD AL DERECHO AL ACCESO A UNA VIVIENDA A LOS COLECTIVOS MÁS VULNERABLES. 1. Reserva de suelo en el planeamiento. 2. Los planes municipales de vivienda y suelo. 3. Establecimiento de cupos y derechos preferentes a la hora de la adjudicación. 4. Regulación de las permutas. 5. Puesta en marcha de Servicios de Asistencia en Vivienda. 6. Ayudas a la adquisición, alquiler o rehabilitación de viviendas. 7. Fondos de viviendas para alquiler social. 8. Medidas para poner a disposición viviendas deshabitadas. 9. Recuperación de oficio de viviendas protegidas vacías u ocupadas sin título. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo pretende dar algunas pinceladas sobre las políticas públicas y las últimas novedades normativas en materia de vivienda protegida en Andalucía. Ofrece una visión general de los principales instrumentos, planes y programas puestos en marcha por el legislador y por la Administración andaluza con el objetivo de dar satisfacción a las necesidades habitacionales de las personas residentes en Andalucía y, en especial, de los grupos más vulnerables. Contrastadas

¹ Estudio realizado en el marco del proyecto DER2017-85981-C2-2-R, "Derecho Ambiental, Recursos naturales y Vulnerabilidad", subvencionado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Recibido: 21/10/2019

Aceptado: 08/11/2019

dichas políticas públicas con la realidad social, se evidencia que su puesta en práctica no ha sido todo lo efectiva que debiera, siendo muchas las debilidades del sistema y las oportunidades de mejora, si verdaderamente se quiere proteger la función social de la vivienda protegida y el acceso a ella de los colectivos más desfavorecidos.

PALABRAS CLAVES: políticas públicas, vivienda protegida, función social, colectivos vulnerables.

ABSTRACT: The present work intends to give some brushstrokes on public policies and the latest regulatory developments regarding protected housing in Andalusia. It offers an overview of the main instruments, plans and programs implemented by the legislator and the Andalusian Administration with the objective of satisfying the housing needs of people living in Andalusia and, in particular, of groups more vulnerable. Once these public policies have been contrasted with social reality, it is evident that its implementation has not been as effective as it should be, with many weaknesses in the system and opportunities for improvement, if the social function of protected housing is truly protected and the access to it of the most disadvantaged groups.

KEYWORDS: public policies, protected housing, social function, vulnerable groups.

I. MARCO NORMATIVO BÁSICO

Partiendo del reconocimiento del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos², la Carta Social Europea y el art. 47 de la Constitución española, el Estatuto de Autonomía de Andalucía lo incluye en su art. 25, dentro del Capítulo II, “Derechos y deberes”, del Título I, como un auténtico derecho subjetivo susceptible de tutela judicial.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía (CAA) son numerosas las normas que regulan y desarrollan el derecho a la vivienda o que inciden en él y que hay que tener en cuenta al estudiar y/o aplicar esta normativa. Como leyes de cabecera hay

² En el último Informe realizado por la Fundación Foessa sobre exclusión social en España se afirma, sin embargo, que las políticas públicas del Estado español no han desarrollado el “derecho humano” al acceso y disfrute a una vivienda, así como a la garantía de su rápida recuperación en caso de pérdida, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Según este Informe, desde 2008 las políticas públicas de vivienda en España han estado más bien orientadas al desarrollo de una política inmobiliaria de dinamización de la economía. Para cambiar esta perspectiva del sistema público de vivienda español, habrían de seguirse los diez principios fundamentales para la estrategia de vivienda basada en los derechos humanos propuestos por la Relatora Especial sobre vivienda, FAHRA, en su Informe Anual de marzo de 2018. *Vid. VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Fundación Foessa, Cáritas Española Editores, Madrid, 2019, en especial, págs. 347-353.

que citar: la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo (LMVPS); la Ley 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía (LDV); la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda (LFSV³); la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda; y la Ley 1/2018, de 26 de abril, por la que se establece el derecho de tanteo y retracto en desahucios de viviendas en Andalucía y por la que se modifican las mentadas Leyes 13/2005 y 1/2010.

Como desarrollo reglamentario, destacan: el Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas (RVP); el Decreto 1/2012, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento regulador de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida (RPMDVP); y el Decreto 161/2018, de 28 de agosto, de defensa de la vivienda del parque público residencial de la CAA, que modifica a los dos Decretos citados anteriormente.

Por otra parte, los planes de vivienda de aplicación en la actualidad son: el Plan Estatal de Vivienda 2018-2021 (PEV), aprobado por el Real Decreto 106/2018, de 9 de marzo; y el Plan Andaluz de Vivienda y Rehabilitación 2016-2020 (PAVR), aprobado por Decreto 141/2016, de 2 de agosto.

El órgano competente encargado de gestionar los recursos económicos contemplados en los referidos planes es actualmente la Secretaría General de Vivienda, inserta en la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía. Como ha sucedido a nivel estatal, donde ya no se cuenta con un Ministerio de la Vivienda, en el organigrama de la Junta de Andalucía tampoco se contempla, como sí se hiciera tiempo atrás, con una Consejería específica en materia de vivienda⁴.

³ Por STC 93/2015, de 14 de mayo, se resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto-Ley 6/2013, que constituye el precedente de la Ley 4/2013. La STC 93/2015 declaró inconstitucional la redacción dada al primer inciso del art. 1.3 (“forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto por el ordenamiento jurídico”), los apartados 5 y 6 del art. 25 y el art. 53.1.a) de la LDV en la redacción dada por el art. 1 del Decreto-Ley 6/2013, así como la DA 2ª de dicho Decreto-Ley. Con posterioridad, la STC 32/2018, de 12 de abril, ha declarado que el art. 1.3 LDV redactado por la LFSV es conforme a la Constitución, interpretado de acuerdo con el fundamento jurídico 7 de esta sentencia, y declara la inconstitucionalidad y nulidad de la DA 1ª LFSV. *Vid.* el comentario a la STC 93/2015 realizado por PONCE SOLÉ en el blog <https://trnsjusblog.wordpress.com/2015/06/04>.

⁴ *Vid.* el Decreto del Presidente 2/2019, de 21 de enero, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías (BOJA núm. 14, de 22 de enero de 2019), que en su artículo 12 determina que la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio mantiene las competencias que tenía la anterior Consejería de Fomento y Vivienda, y el Decreto 107/2019, de 12 de febrero, por el que se

II. CONCEPTO DE VIVIENDA PROTEGIDA

El concepto de vivienda protegida es cambiante, sus requisitos varían con el tiempo, en función de las necesidades de sus moradores. Desde la LMVPS, se define la vivienda protegida como aquella que cumple con las condiciones de uso, destino, calidad, precio de venta o alquiler y, en su caso, superficie y diseño, y que sean así calificadas. Asimismo, se incluye dentro del concepto de vivienda protegida a los “alojamientos”, esto es, fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva, en los términos en que se establezca normativamente, y que sean calificados como protegidos (art. 2 LMVP)⁵.

Los requisitos que, de acuerdo con la legislación vigente, ha de cumplir una vivienda para poder ser considerada “protegida” son los siguientes:

1º) Ha de cumplir con determinadas condiciones de uso y destino.

El destino de la vivienda protegida ha sido tradicionalmente el de residencia habitual y permanente. De hecho, el no destinar la vivienda protegida a domicilio habitual y permanente y al uso correspondiente daba cobertura a la expropiación y al desahucio administrativo de la misma, arts. 14 y 15 LMVPS, respectivamente, así como a la imposición de sanciones administrativas⁶.

establece la estructura orgánica de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio (BOJA núm. 31, de 14 de febrero de 2019), modificado por el Decreto 440/2019, de 2 de abril.

⁵ Sobre el concepto de vivienda digna, adecuada y de calidad y sobre los requisitos que se exigen para su consideración como “protegida” en Andalucía, *vid.* CARAZA CRISTÍN, M^a. M. (2012: 341-349).

⁶ La Ley 1/2018 ha modificado los arts. 19 y 20 de la LMVPS y, de acuerdo con las infracciones tipificadas en las letras f) e i) del art. 19 y en la letra e) del 20 LMVPS, es sancionable:

- El incumplimiento, por parte de la persona destinataria de la vivienda protegida u ocupante autorizado de la misma, de la obligación de ocuparla en los plazos reglamentariamente establecidos o de dar a la misma el destino de domicilio habitual y permanente [art. 19.f)].

- La falta de autorización, visado o comunicación de los documentos públicos o privados que, con carácter preceptivo, hayan de otorgarse o presentarse, en relación con la ocupación y uso de la vivienda protegida (nueva letra i) del art. 19).

- Y el incumplimiento, por persona distinta de la destinataria u ocupante autorizado de la vivienda protegida, de la obligación de dar a la vivienda protegida el destino previsto en su normativa reguladora, o mantenerla deshabitada sin causa justificada durante un plazo superior a tres meses y, en todo caso, dedicarla a usos no autorizados o alterar el régimen de uso de la misma o el que conforme a la legislación urbanística deba tener [art. 20.e)].

Con independencia de la acción sancionadora, se podrán imponer de forma reiterada y consecutiva multas coercitivas, hasta un máximo de tres, cuando transcurran los plazos señalados para llevar a cabo una acción u omisión previamente requerida, en lo que se refiere a las obligaciones de aportación, de información, comunicación y colaboración reguladas en esta ley. La cuantía de cada una de las multas no excederá, para la primera multa coercitiva, de 600 euros; para la segunda multa coercitiva, de 1.500 euros; y, para la tercera multa coercitiva, de 3.000 euros (todo ello, de acuerdo con el nuevo apartado 6 del art. 21 LMVPS).

Sin embargo, con la modificación del art. 11 del Decreto 149/2006, de 25 de julio, por el Decreto 161/2018, de 28 de agosto, se ha producido un importante cambio⁷. La nueva redacción permite compatibilizar el destino de la vivienda como residencia habitual y permanente con el uso de la misma para una actividad económica o profesional, lo cual va más allá de la regulación contenida en el art. 4.1 LMVPS, que expresamente dice que “[L]as viviendas protegidas se destinarán a residencia habitual y permanente”, no contemplando más opciones. Además, añade que cuando la actividad económica o profesional requiera de un espacio físico diferenciado del uso de la vivienda, éste no podrá exceder del 15% de la superficie útil de la misma, circunstancias éstas difíciles de controlar por parte de la Administración que no cuenta con personal inspector suficiente para ello y que precisaría del consentimiento del titular de la vivienda o de una autorización judicial para entrar en ella y constatar los hechos.

La modificación normativa que acabamos de comentar nos parece de un especial calado, por un lado, porque como hemos dicho, vía reglamento se modifica la regulación que sobre el uso y destino de la vivienda protegida hace la Ley de 2005, derribando fronteras y límites que pueden abrir o allanar el camino hacia la mercantilización de este bien, desdibujándose la función social de la vivienda protegida y corriendo el riesgo de convertirse en un bien más objeto de mercado. Si bien ese uso para actividades económicas o profesionales de una parte de la vivienda puede haberse concebido para supuestos excepcionales, se corre el riesgo de que lo excepcional se convierta en lo general, ¿dónde se pondría el límite? ¿Qué tipo de actividades permitiría la Administración? ¿Se permitiría establecer un despacho de gestoría o una sala de peluquería o manicura? Podríamos, pues, encontrarnos con situaciones en las que una Delegación Territorial autorice el desarrollo de ciertas actividades profesionales mientras que en otra provincia otra Delegación rechace su ejercicio, por lo que muy probablemente se hará preciso que el órgano competente

⁷ El apartado primero del art. 11 RVP establece:

“1. Las viviendas protegidas se destinarán a residencia habitual y permanente, manteniéndose ocupadas por la persona titular autorizada, de conformidad con lo previsto en este Reglamento, que deberá estar empadronada en la misma, sin que bajo ningún concepto puedan destinarse a segunda residencia o a cualquier otro uso no autorizado. A estos efectos, se entenderá por residencia habitual y permanente la que no permanezca desocupada más de tres meses consecutivos al año.

No obstante, se exceptuará de lo anterior cuando se acredite la no ocupación por motivos laborales, enfermedad u otra justa causa, que deberán ser comunicadas a la Delegación Territorial competente, en el plazo de tres meses desde que se produzca la no ocupación, y apreciada por esta mediante resolución.

No perderá el carácter de residencia habitual y permanente, la vivienda en la que se desarrolle además alguna actividad económica o profesional de su titular, o de algún miembro de su unidad familiar, lo que deberá ser comunicado a la Delegación Territorial competente, en el plazo de tres meses a contar desde el inicio de dicha actividad.

Cuando dicha actividad requiera de un espacio físico diferenciado del uso de vivienda, su superficie útil no podrá superar el 15 por ciento de la misma.

En ningún caso esa actividad podrá suponer el arriendo o la cesión de parte de la vivienda con fines lucrativos.”

de los servicios centrales⁸ dicte las correspondientes Instrucciones internas que eviten esa probable disparidad de criterios que pueda surgir y la consiguiente inseguridad jurídica que ocasionaría.

Para complicar aún más la comprensión de esa nueva regulación el artículo dice al final que “en ningún caso” esa actividad económica o profesional puede suponer el arriendo o cesión de la vivienda con fines lucrativos, ¿ha de entenderse, pues, que no estaría permitido que se alquilaran habitaciones? A nuestro juicio, parece que así debiera afirmarse.

Enlazando con esta última reflexión, llama la atención el hecho de que en los últimos tiempos se hayan detectado viviendas protegidas destinadas a usos turísticos⁹. A la vista de la regulación vigente, es evidente que no puede admitirse, sin embargo, el Registro de Turismo de Andalucía ha permitido su inscripción. En este contexto, se aprecia una clara falta de coordinación entre las Consejerías con competencias en materia de vivienda y de turismo a la hora de interpretar y aplicar la normativa de vivienda protegida, a lo que de nuevo hay que añadir la falta de personal inspector para controlar estas situaciones.

2º) Ha de respetar los requisitos de calidad, superficie y diseño que se establezcan.

El artículo 26 PAVR establece que la superficie útil máxima de la vivienda no superará 90 metros cuadrados y, en el caso de alojamientos, la superficie útil máxima de cada una de las unidades habitacionales será de 45 metros cuadrados, permitiéndose que hasta un 25% de las unidades alcancen los 70 metros cuadrados. Las viviendas o alojamientos protegidos incluidos en la reserva destinada a personas

⁸ Entendemos que dicho órgano sería actualmente la Secretaría General de Vivienda de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía.

⁹ *Vid.* noticia de prensa de Málaga hoy, de 12 de abril de 2018, en la que el Ayuntamiento de Málaga denuncia que una vivienda protegida en la calle Nosquera había sido inscrita para su alquiler con fines turísticos en el Registro de Turismo de Andalucía y solicita a la Junta de Andalucía que lo investigue. Recientemente, en noticia de prensa del ABC, de fecha 14 de agosto de 2019, se informa que la Administración de la Junta de Andalucía descubre 174 viviendas protegidas en Andalucía que los dueños alquilaban como pisos turísticos. Según la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio sus dueños se enfrentan a multas de hasta 10.000 euros.

No obstante, esta realidad ya había sido puesta de manifiesto con anterioridad por el Defensor del Pueblo Andaluz (DPA). Como resultado de la tramitación de la queja 17/0697, iniciada de oficio con la Secretaría General de Vivienda y la Viceconsejería de Turismo y Deporte, el DPA formuló a ambas Administraciones Resolución con el propósito de “que adoptasen los cambios normativos necesarios e implementen medidas eficaces en sus respectivos ámbitos competenciales para preservar la función social de la vivienda protegida, garantizando que esta no se pueda emplear como vivienda turística; así como que se coordinen de forma adecuada de modo que, cuando se detecte por la primera que una vivienda protegida pretende utilizarse o se está utilizando con finalidad turística, se dé traslado a la segunda a fin de iniciar las actuaciones pertinentes.” *Vid.* informe anual DPA 2018, pág. 447, en <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/informe-anual-2018>.

con movilidad reducida podrán sobrepasar el límite de la superficie útil establecido en un 20%. Y el mismo incremento podrá aplicarse a las destinadas a unidades familiares compuestas por cinco o más miembros, o en las que haya algún miembro en situación de dependencia.

En cuanto a la calidad y al diseño, hay que estar a las previsiones de la Ley de Ordenación de la Edificación, del Código Técnico de la Edificación y Documentos Básicos que lo desarrollan y, en especial, a la Orden de 21 de julio de 2008, sobre normativa técnica de diseño y calidad aplicable a las viviendas protegidas en la CAA, modificada por la Orden de 12 de febrero de 2020.

3º) La vivienda protegida está sujeta a un precio máximo de venta o, en su caso, de alquiler.

El precio se calcula atendiendo principalmente a las estipulaciones de la LM-VPS, del RVP y de los Planes de Vivienda, y dependerá, por un lado, de si se trata de la primera venta o de la segunda o ulterior transmisión y, por otro, del municipio donde se ubique la vivienda, de su superficie útil, del programa en que se incluya y de su antigüedad.

4º) Ha de ser calificada la vivienda como protegida.

Desde la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, la calificación de protegida de la vivienda corresponde al Ayuntamiento del municipio donde se ubique la vivienda y no a la Delegación Territorial de la Consejería competente en materia de vivienda.

De acuerdo con el art. 22 PAVR 2016-2020 las viviendas calificadas podrán derivarse de una promoción de nueva construcción, terminación, rehabilitación o reforma integral. Las calificaciones de viviendas protegidas, tanto en venta como en alquiler, podrán acogerse a los siguientes programas:

- Programa de viviendas protegidas de régimen especial.
- Programa de viviendas protegidas de régimen general.
- Programa de viviendas protegidas de precio limitado.

Para la calificación de alojamientos protegidos se atenderá a lo regulado en el artículo 20 LDV. Será además necesaria la existencia de un Plan de intervención social¹⁰.

¹⁰ Con el propósito de promover una intervención integral en el parque residencial destinado a unidades familiares con unas circunstancias socio-económicas vulnerables, desde el PAVR 2016-2020 se propicia la implicación y participación de los colectivos sociales, así como de otros sectores de la Administración autonómica y local cuyas materias se encuentren relacionadas con determinados Programas recogidos

III. TITULARES Y DESTINATARIOS

1. Titulares

Tradicionalmente, la titularidad de los derechos sobre la vivienda protegida recaía en las personas físicas. En cambio, tras la modificación del art. 4 RVP por el Decreto 161/2018, las personas jurídicas, además de actuar como personas promotoras, pueden ser propietarias de viviendas protegidas calificadas en programas en alquiler, siempre que se mantenga su régimen legal; empero, las personas jurídicas no podrán ser en ningún caso usuarias de viviendas protegidas.

Con carácter excepcional, el párrafo segundo del apartado segundo del art. 4 admite que en los supuestos en los que se acrediten dificultades para el cumplimiento del destino a residencia habitual y permanente por parte de los titulares de vivienda protegida calificadas en venta, y previa autorización de la Delegación Territorial competente, las Administraciones públicas, organismos públicos y otras entidades de derecho público, así como las agencias y empresas públicas o sociedades mercantiles de titularidad pública participadas íntegramente por estas, puedan adquirirlas con la finalidad de cumplir su destino, facilitando su incorporación al mercado de vivienda protegida, estando posteriormente obligadas a adjudicarlas según el procedimiento establecido para los promotores de vivienda protegida.

Se admite, asimismo, que las entidades sin ánimo de lucro, debidamente acreditadas, que tengan como finalidad específica alguna de las actividades recogidas en el artículo 7.1 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, puedan ser arrendatarias de viviendas protegidas, siempre que las destinen a residencia transitoria de personas que se encuentren en algún grupo de especial protección de los definidos en el correspondiente plan de vivienda, pudiendo percibir a cambio una contraprestación económica dentro de las cuantías fijadas en este artículo.

Por último, la norma prohíbe tajantemente que la Administración de la Junta de Andalucía, directamente o a través de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA), o ente que la sustituya, pueda enajenar viviendas protegidas a personas jurídicas salvo que éstas sean de naturaleza pública, de conformidad con

en este Plan, mediante la elaboración, por parte del promotor de un Plan de intervención social, en aquellas actuaciones que así se señale.

El art. 8.2 PAVR dispone que el Plan de intervención social deberá basarse en los principios siguientes: participación de la población; igualdad de género; accesibilidad universal; búsqueda de la integralidad; perspectiva multidisciplinar; trabajo en red; justicia social; labor pedagógica; repercusión sobre la generación de empleo; cohesión social y urbana; y en la sostenibilidad y respeto medioambiental. Por último, destaca que el Plan habrá de incidir en los distintos niveles de intervención: familiar (uso y disfrute de la vivienda); grupal (uso y disfrute de las zonas comunes a través de las comunidades de vecinos); y comunitario (promoción de dinámicas positivas en los entornos urbanos).

la situación excepcional que describe el párrafo segundo del apartado segundo del art. 4 RVP.

2. Destinatarios

El art. 3 LMVPS dispone que son destinatarios de las viviendas protegidas las familias con recursos económicos limitados que reúnan los requisitos que se establezcan en los diferentes programas que integran los planes de vivienda y suelo, en los que se atenderá de manera especial las necesidades habitacionales de los grupos sociales con especiales dificultades para el acceso a la vivienda.

Por otra parte, son destinatarias de alojamientos protegidos las personas en riesgo o situación de exclusión social, debidamente acreditada mediante los correspondientes servicios sociales comunitarios (art. 4 PAVR). En Andalucía, este colectivo no es nada desdeñable; de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en 2018 la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social en Andalucía, de acuerdo con el indicador AROPE¹¹, fue del 38,2% de los hogares andaluces, la tercera más elevada de España, sólo superada en Extremadura y Ceuta¹².

Pues bien, el art. 5 LDV fija una serie de requisitos para poder ser destinatario de una vivienda protegida, a saber:

1º) Carecer de unos ingresos económicos que, computados conjuntamente en su caso con los de su unidad familiar, les permitan acceder a una vivienda del mercado libre en el correspondiente municipio.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 PVR 2016-2020, son destinatarios de viviendas protegidas: las unidades familiares cuyos ingresos anuales no superen 2,50 veces el IPREM en el caso de viviendas protegidas de régimen especial; 3,50 veces el IPREM para las viviendas protegidas de régimen general; y 5,50 veces el IPREM en las vivienda protegidas de precio limitado, y cumplan los requisitos establecidos en la LMVPS y en el RVP.

¹¹ La tasa de riesgo de pobreza o exclusión social AROPE (At Risk Of Poverty or social Exclusion) se creó en 2010 para medir la pobreza relativa en Europa; entiende que una persona se encuentra en esta situación cuando: 1) tiene unos ingresos inferiores al 60% de la media (riesgo de pobreza); 2) no puede afrontar determinados gastos o acceder a algunos productos o servicios (carencia material); 3) trabaja menos de un 20% de su potencial (baja intensidad en el empleo).

¹² Según la Encuesta de Condiciones de Vida del INE publicada en su página web (<https://www.ine.es/jaxiT3>), en 2018, los datos de riesgo de pobreza o exclusión social en Andalucía fueron los siguientes:

- Tasa de riesgo de pobreza o exclusión social (indicador AROPE): 38,2.
- En riesgo de pobreza atendiendo a la renta del año anterior a la entrevista: 32,0.
- Con carencia material severa: 8,0.
- Viviendo en hogares con baja intensidad en el trabajo de 0 a 59 años: 18,1.

2º) Contar con tres años de vecindad administrativa en el municipio de la CAA en cuyo Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida (RPMDVP) se encuentren inscritas, salvo que el Ayuntamiento, motivadamente, exija un período de empadronamiento menor, y ello, sin perjuicio de la exención legal de este requisito a los andaluces retornados.

3º) No ser titulares del pleno dominio de otra vivienda protegida o libre o estar en posesión de la misma en virtud de un derecho real de goce o disfrute vitalicio, salvo excepciones establecidas reglamentariamente¹³.

4º) Acreditar que se está en situación económica de llevar una vida independiente con el suficiente grado de autonomía.

Este condicionante que introdujo en 2010 la LDV supone un obstáculo infranqueable precisamente para todas aquellas personas y familias que carecen de unos ingresos mínimos y que, por lo tanto, no pueden acreditar tener la suficiente autonomía como para poder pagar la correspondiente hipoteca, renta o alquiler.

¹³ El artículo 4.3 LMVPS admite algunas excepciones a la referida regla general, que se desarrollan en el apartado 3 del nuevo art. 5 del Reglamento de Viviendas Protegidas, y que vienen referidas a quienes:

1º. Pretendan acceder a una vivienda protegida en alquiler porque tengan que trasladar temporalmente su residencia habitual y permanente por motivos laborales a otra ciudad, y así se acredite de forma suficiente.

2º. Sean personas destinatarias de alojamientos o realojos en alquiler como consecuencia de actuaciones en materia de rehabilitación o procedentes de situaciones catastróficas así declaradas.

3º. Se encuentren en otras situaciones transitorias establecidas en el correspondiente plan de vivienda.

4º. Sean víctimas de violencia de género o terrorismo, y por dicha causa se vean en la necesidad de trasladar su residencia.

5º. Sean personas que necesiten una vivienda adaptada a sus circunstancias familiares por causa de aumento de la composición familiar, movilidad reducida a causa de su discapacidad o a una situación de dependencia sobrevenida.

En los dos últimos supuestos citados, para acceder a la nueva vivienda, la persona deberá, en el plazo máximo de seis meses, renunciar al contrato de la vivienda que tuviera previamente en alquiler o, si la tuviera en propiedad, transmitir la vivienda o ponerla a disposición de los Registros Públicos Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida.

Por último, no se consideran que sean titular del pleno dominio de una vivienda protegida o libre, o que estén en posesión de la misma en virtud de un derecho real de goce o disfrute vitalicio, las personas: primero, que hayan adquirido la vivienda, a título de herencia o legado, una cuota del pleno dominio sobre una vivienda igual o inferior al 50 por ciento, y el valor correspondiente a esa cuota no supere el precio máximo de venta del metro cuadrado útil de la vivienda protegida de régimen general correspondiente al municipio en que se ubique la vivienda a la que pretende acceder, multiplicado por 25; segundo, que tengan una vivienda en propiedad o un derecho real de uso o disfrute vitalicio sobre la misma y haya sido declarada, mediante resolución firme judicial o administrativa, infravivienda o en ruina física; y tercero, que se le haya privado por sentencia judicial firme del uso de la vivienda que haya constituido su residencia habitual y permanente.

De acuerdo con los datos extraídos de la página web del Registro Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, el número de solicitudes de familias con ingresos inferiores a 1,5 veces el IPREM de los últimos años supera el 65% del total. A fecha de 30 de septiembre de 2019¹⁴, del total de solicitudes registradas en Andalucía, 119.981 correspondían a familias con ingresos inferiores a una vez el IPREM, esto es, el 64,5%, y 28.893 solicitudes a familias cuyos ingresos oscilaban entre 1,01 y 1,5 veces el IPREM, que representan el 15,5%.

Estos datos evidencian la cruda realidad: existe un importante porcentaje de familias andaluzas que están excluidas del concepto legal de destinatario de vivienda protegida precisamente por carecer de esos ingresos mínimos con los que poder desarrollar una vida independiente. Desde el punto de vista de las políticas públicas de carácter social entendemos que son precisamente ellas las más dignas de protección, no existiendo en nuestra legislación regulado un concepto de “vivienda social” destinado a dar cobertura habitacional a estas familias, así como al colectivo comúnmente llamado de personas “sin techo”.

No obstante, sí que la regulación actual contempla la figura de los alojamientos protegidos. En este contexto, es necesario que las Administraciones públicas pongan en valor y apuesten por ampliar el número de alojamientos transitorios con los que cuentan, como primera solución a situaciones graves de necesidad habitacional. De hecho, el art. 20 LDV establece el deber legal de las Administraciones públicas andaluzas de favorecer el alojamiento transitorio de las personas físicas con riesgo o en situación de exclusión social y vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que no puedan acceder a una vivienda protegida y respecto de las cuales quede acreditada su necesidad habitacional a través de los correspondientes servicios sociales municipales. Asimismo, los planes de vivienda y suelo autonómicos y locales deberán regular los programas de actuación que se correspondan con estas situaciones de alojamiento.

5º) Y estar inscritas en el RPMDVP, requisito éste que pasamos a analizar a continuación.

IV. ADJUDICACIÓN A TRAVÉS DE REGISTROS MUNICIPALES DE DEMANDANTES DE VIVIENDAS PROTEGIDAS

La LDV configura a los RPMDVP como una herramienta básica para gestionar el acceso a una vivienda protegida, constituyendo una de las fortalezas de nuestro

¹⁴ *Vid.* los referidos datos desde 2014 en [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupal-yda/201909rmdvp05_iprem_familiar_de_demandantes\(inscripciones\).pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupal-yda/201909rmdvp05_iprem_familiar_de_demandantes(inscripciones).pdf).

actual sistema. En desarrollo de la misma, se dicta el Decreto 1/2012, de 10 de enero, que aprueba el nuevo Reglamento regulador de los RPMDVP¹⁵.

Los RPMDVP constituyen bases de datos que permiten a los Ayuntamientos y a la Junta de Andalucía conocer de forma exacta la demanda real de vivienda protegida y que facilitan que los planes de vivienda, autonómicos y municipales, se ajusten a las características de los demandantes en cada ámbito territorial.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 9 del Reglamento regulador de los RPMDVP, la adjudicación de las viviendas protegidas se realizará a través de los Registros Públicos Municipales en los siguientes casos:

- a) Adjudicación de viviendas protegidas de nueva construcción.
- b) Segundas o posteriores cesiones en caso de promociones en alquiler.
- c) Transmisión de la propiedad en caso de viviendas calificadas en alquiler, una vez transcurrido el plazo previsto en el oportuno programa del correspondiente plan de vivienda y suelo, tanto estatal como autonómico, cuando la persona inquilina haya renunciado al derecho de adquisición preferente.
- d) Transmisión de viviendas cuyas personas titulares hayan accedido a la propiedad en un procedimiento judicial o por impago de deuda sin que medie dicho procedimiento, y la nueva persona adquirente en virtud de la ejecución no cumpla los requisitos legal y reglamentariamente establecidos para disfrutar de una vivienda protegida. En este caso, y al objeto de garantizar la función social de las viviendas protegidas, el nuevo propietario deberá ofrecerla a los Registros Públicos Municipales en el plazo de tres meses desde que hayan accedido a la titularidad, salvo que la vivienda sea ofrecida en cualquier forma de cesión a la anterior persona titular registral de la vivienda.

También se podrá seleccionar a través del Registro a los adjudicatarios de otras viviendas ofrecidas, cedidas o puestas a disposición del mismo, conforme al procedimiento que se establezca en las bases reguladoras.

No obstante, siendo los RPMDVP el cauce general para adjudicar las viviendas protegidas, el propio reglamento regula que se puedan autorizar excepciones a la adjudicación de las viviendas protegidas a través del RPMDVP, así, cuando se trate de un realojo permanente o transitorio por razones urbanísticas, de rehabilitación o renovación urbana o cuando se trate de adjudicación de viviendas y alojamientos protegidos destinados a familias en riesgo de exclusión social cuando se justifique su carácter de urgencia por los servicios sociales municipales.

¹⁵ Para un análisis más detallado de esta figura *vid.* CARAZA CRISTÍN, M^a. M. (2013.a: 311-330).

V. ACTUACIONES REALIZADAS PARA DAR EFECTIVIDAD AL DERECHO AL ACCESO A UNA VIVIENDA A LOS COLECTIVOS MÁS VULNERABLES

De los numerosos instrumentos y medidas que han puesto en marcha el legislador y la Administración andaluces para dar efectividad al derecho a la vivienda, hemos seleccionado los siguientes:

1. Reserva de suelo en el planeamiento

Tal y como pone de manifiesto el profesor Juli Ponce, “la legislación urbanística española aborda el logro de la cohesión social y la lucha contra la discriminación y la segregación urbana mediante la fijación de ciertos *principios generales del derecho* a respetar por el planeamiento (i), a través de la fijación legal de *estándares referidos a viviendas protegidas* (ii) que se imponen a la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, y a través del diseño de procedimientos planificadores dirigidos a ponderar elementos relevantes para la cohesión social y a justificar su toma en consideración (iii)”¹⁶.

La segunda de las técnicas legislativas citadas consiste en el establecimiento de reservas de suelo para viviendas asequibles. En esta línea, el art. 20.1.b) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, dispone que las Administraciones públicas deberán:

“b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación, garantizará una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social y comprenderá, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 10 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización.

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior o eximir las para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento ín-

¹⁶ Vid. PONCE SOLÉ, J. (2019: 131-132).

tegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.”

En Andalucía, el art. 10.1.A.b) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA)¹⁷ ya disponía que los Planes Generales de Ordenación Urbanísticas de todos los municipios contemplaran una reserva de terrenos equivalente, al menos, al 30% de la edificabilidad residencial.

A dicha previsión se sumó el art. 15 LDV, que establecía que la Administración de la Junta de Andalucía, de manera justificada, podrá establecer reservas de suelo conforme a las previsiones de la legislación urbanística con destino preferente a viviendas protegidas, “en cualquier clase de suelo”.

Con posterioridad, la Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la LOUA, en correspondencia con las previsiones comentadas, modificó el art. 10.1.A.b) LOUA, haciendo pivotar la reserva de suelo para vivienda protegida en las determinaciones que se contengan en el Plan Municipal de Vivienda y Suelo¹⁸. En concreto, añadió que los Planes Generales de Ordenación Urbanística de todos los municipios contendrán en cada área de reforma interior o sector con uso residencial, las reservas de los terrenos equivalentes, al menos, al treinta por ciento de la edificabilidad residencial de dicho ámbito para su destino a viviendas protegidas, “en los términos previstos en el Plan Municipal de Vivienda y Suelo, que podrá aumentar este porcentaje para atender las necesidades del municipio”.

2. Los planes municipales de vivienda y suelo

La regulación de los PMVS se contiene en la LDV (art. 13)¹⁹. Constituyen una herramienta fundamental, de suma utilidad para conocer las necesidades reales de vivienda y de tipología de las mismas por parte de la población de un determinado municipio.

El art. 7 PAVR 2016-2020 establece que el PMVS debe contener, como mínimo:

1º. Un documento de información y diagnóstico, integrado por: un análisis socio-demográfico general a realizar a partir de los datos estadísticos básicos existentes actualizados y un análisis de la necesidad de vivienda de la población teniendo en cuenta los datos contenidos en el RPMDVP, con un apartado específico sobre per-

¹⁷ *Vid.* un análisis pormenorizado de las previsiones del art. 10.1.A.b) LOUA, en conexión con el resto de la normativa vigente, en CARAZA CRISTÍN, M^a. M. (2013.b: 353-364).

¹⁸ Sobre la incidencia de la Ley 2/2012 en las reservas de suelo para vivienda protegida, *vid.* CARAZA CRISTÍN, M^a. M. (2012: 353-364).

¹⁹ *Vid.* CARAZA CRISTÍN, M^a. M. (2012: 364-373).

sonas y colectivos en riesgo de exclusión social, personas sin hogar, así como sobre la situación en materia de desahucios; una descripción de la estructura urbana residencial e información y diagnóstico del parque de viviendas existentes en el municipio, incluyendo un análisis sobre su grado de obsolescencia, viviendas vacías, en desuso y situaciones de infravivienda; una relación y descripción de los recursos integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo y de las viviendas titularidad del Ayuntamiento o ente público municipal; una relación de terrenos o edificaciones que se encuentren inscritas en el Registro Municipal de Solares y Edificaciones Ruinosas; y un análisis del planeamiento urbanístico respecto a la incidencia del mismo en la satisfacción del derecho a la vivienda.

2º. Y un programa de actuación, integrado por: una memoria justificativa y descriptiva del conjunto de actuaciones previstas y su coordinación con otras estrategias sociales, económicas y medioambientales; una evaluación económica financiera; y una definición de los mecanismos de implantación, desarrollo, seguimiento y evaluación del Plan.

Al igual que la LDV, el PAVR dispone que para la elaboración de estos planes municipales la Consejería competente en materia de vivienda prestará asesoramiento técnico a aquellos municipios que lo soliciten y podrá convocar ayudas, lo que ha hecho por primera vez mediante la Resolución de la Secretaría General de Vivienda de 4 de mayo de 2017. Quizás, precisamente, ese escaso o insuficiente apoyo jurídico, técnico y económico por parte tanto de la Administración de la Junta de Andalucía como de las correspondientes Diputaciones provinciales a los municipios, en especial, a los de menos de 5.000 habitantes, con escasos recursos y personal cualificado, sea uno de los motivos que explican por qué un importante número de entidades locales no cuentan aún, pese al deber legal que pesa sobre ellas, con un plan municipal de vivienda y suelo²⁰.

3. Establecimiento de cupos y derechos preferentes a la hora de la adjudicación

Desde la LMVP, el legislador andaluz incide en que los programas de los planes de vivienda atiendan de manera especial a las necesidades habitacionales de los grupos sociales con especiales dificultades para el acceso a la vivienda (art. 3.2).

En cumplimiento de dicha previsión, el art. 5 PAVR concreta como grupos de especial protección los siguientes:

²⁰ Evidentemente, este comentario relativo a la falta de recursos y de personal no es aplicable a los grandes municipios, que sí han ido elaborando sus PMVS; así, por ejemplo, Sevilla tiene actualmente vigente el Plan Municipal de Vivienda 2018-2023 y cuenta con una potente empresa municipal, EMVISESA, encargada de la gestión del RPMDVP y de la promoción de la vivienda pública en la capital hispalense.

- Jóvenes menores de 35 años.
- Mayores de 65 años.
- Personas con discapacidad.
- Personas en situación de dependencia.

- Víctimas del terrorismo y demás personas incluidas en el artículo 3.a) de la Ley 10/2010, de 15 de noviembre. En el caso de que la víctima de un acto terrorista sufra gran invalidez, paraplejía y tetraplejía, será destinataria preferente de las ayudas establecidas en los distintos programas de rehabilitación reguladas en el Plan.

- Familias monoparentales.
- Unidades familiares con menores a su cargo.
- Personas procedentes de situaciones de rupturas de unidades familiares.
- Emigrantes retornados.
- Inmigrantes en situación de exclusión social.
- Personas sin hogar o en situación de emergencia habitacional.

- Personas y familias que han sido desposeídas de su vivienda habitual por situaciones de impago de su hipoteca o de la renta de alquiler, por causas sobrevenidas.

- Personas y familias que están en situación de desempleo, cuando la misma conlleve encontrarse en riesgo de exclusión social.

- Familias con ingresos por debajo del umbral de pobreza y las que se encuentren en situación o riesgo de exclusión social.

- Y víctimas de la violencia de género.

Con la finalidad de atender las necesidades de los grupos de especial protección las promociones de vivienda establecen cupos destinados a familias numerosas, de mayor superficie útil, para mujeres víctimas de violencia de género, personas con movilidad reducida, etc.

Entre las previsiones legales de reservas de cupos de viviendas para estos grupos, podemos citar las siguientes:

En primer lugar, con relación a las personas con movilidad reducida, desde la que preveía el art. 54 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, del 3% de viviendas de la promoción, hasta la que actualmente prevé el art. 58 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, de un mínimo del 4% de

las promociones de vivienda protegidas o que puedan construirse sobre suelos destinados a viviendas protegidas, así como de cualquier otro carácter que se construyan, promuevan o subvencionen por las Administraciones públicas y demás entidades vinculadas o dependientes de estas²¹.

En relación con los andaluces retornados, el art. 48.2 de la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el mundo, contempla que la condición de retornado pueda considerarse un mérito a efectos de baremación o reservar un porcentaje de dichas viviendas para este colectivo cuando se trate de personas especialmente desprotegidas.

Y en relación con las mujeres, el art. 48 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, dispone que las Administraciones podrán establecer un cupo de reserva de viviendas específico en aquellas promociones de vivienda protegida que se estimen necesarias, para su cesión o adjudicación en régimen de alquiler o en propiedad a las mujeres que acrediten la situación de violencia de género; y el art. 50.3 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, tras su modificación por la Ley 9/2018, de 8 de octubre, ha ampliado el colectivo de mujeres que tienen un derecho preferente a la hora de la adjudicación de una vivienda protegida, en régimen de alquiler o propiedad, abarcando a “las mujeres víctimas de violencia de género, mujeres que sufran discriminaciones múltiples, mujeres solas con cargas familiares y de aquellas que se encuentren en situación de riesgo de exclusión social, en función de las condiciones especialmente gravosas que pudieran concurrir, en las condiciones que se determinen”.

4. La permuta

Para facilitar la permuta de viviendas, el vigente PAVR 2016-2020 prevé en su art. 52 la creación de una bolsa de oferta de viviendas, donde se registrarán aquellas

²¹ Según datos publicados en el artículo de ABC “Miles de personas quedan «atrapadas» en sus hogares por el problema de accesibilidad de los inmuebles españoles”, de 20 de septiembre de 2019, en España existen alrededor de un millón de edificios sin ascensor y, dentro de diez años, el 25% de la población española será mayor de 65 años. El 37% de los edificios no son accesibles desde la vía pública, el 28% de los ascensores existentes no son accesibles desde el portal, el 43% de los mismos necesitan mejorar sus condiciones de accesibilidad y aún existen 300.000 edificios de cuatro o más alturas sin ascensor. El Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas de España (CGCAFE) estima que en el 77% de los inmuebles en los que sería necesario efectuar obras de rehabilitación y remodelación, no se han llevado a cabo. Por último, se apunta que de los 2,5 millones de personas con movilidad reducida que hay en España, 1,8 millones (el 74%) precisan de ayuda para salir de sus casas de familiares y amigos, mientras que otros 100.000 no pueden salir nunca, según la Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (COCEMFE). *Vid.* https://www.abc.es/economia/abci-miles-personas-quedan-atrapadas-hogares-problema-accesibilidad-inmuebles-espanoles-201909201223_noticia.html.

cuyas personas titulares necesiten permutarlas por otra más adecuada a sus circunstancias personales o familiares.

De acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 5 de octubre de 2017, en la bolsa se podrán incluir tanto viviendas en propiedad, ya sean libres o protegidas, como viviendas en arrendamiento, siempre que su titular sea una entidad pública o cooperativa de viviendas.

La inclusión se solicitará en la oficina virtual ubicada en la página web de la Consejería competente en materia de vivienda.

La permuta de viviendas se declarará actuación protegible cuando concurren los requisitos previstos en el art. 50.1 PAVR, entre los que se incluyen supuestos en los que la persona se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad social, como sucede en los supuestos de discapacidad que impliquen movilidad reducida o una situación de dependencia sobrevenida.

Con la finalidad de proteger la integridad física y psicológica de las mujeres que tengan acreditada su condición de víctimas de violencia de género, el artículo 49 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de protección integral contra la violencia de género en Andalucía, ya contemplaba la posibilidad de autorizar permutas de las viviendas protegidas que tengan adjudicadas dichas víctimas. En esta línea, la DA 3ª de la Ley 13/2007 modificó el artículo 12.1 LMVPS, añadiendo la posibilidad de permutar en tales casos la vivienda.

Por último, en cuanto a la regulación de las bolsas de permuta de viviendas en alquiler que vienen haciendo los municipios, apreciamos que existen oportunidades de mejoras, ya que no es infrecuente que no se permitan permutas entre viviendas inscritas en diferentes RPMDVP, por lo que se requiere la puesta en marcha de convenios de colaboración que permitan y den cobertura a estos intercambios de viviendas protegidas en alquiler entre personas que precisan, por motivos diversos, residir en otro municipio y que no tienen capacidad económica suficiente para pagar un alquiler de una vivienda libre²².

5. Puesta en marcha de Servicios de Asistencia y Asesoramiento en Vivienda

Como consecuencia de la crisis económica y financiera de 2008 muchas familias, especialmente en los sectores de población con más dificultades económicas, perdieron o se han visto en riesgo de perder su vivienda habitual por impago de la hipoteca o de las rentas de alquiler. De ahí que, desde la CAA, se aprobase en 2013

²² *Vid.* como muestra el Protocolo que regula la Bolsa de Permutas de Viviendas en Alquiler de EMVISESA, en www.emvisesa.org.

la LFSV y, después, la Ley 3/2016, que añade una nueva DA 7^a a la LDV, para crear el Sistema Andaluz de Información y Asesoramiento Integral en Materia de Desahucios.

En desarrollo de esta disposición, el PAVR 2016-2020 dedica el capítulo II al referido Sistema, estableciendo su objeto y prioridades, así como su carácter de respuesta integral de la Junta de Andalucía frente a la problemática de los desahucios. Se trata de un servicio de atención gratuita y personalizada a la ciudadanía, que proporciona información y asesoramiento a aquellos sectores de la población con más dificultades económicas, que se han visto en riesgo de perder su vivienda habitual.

Comentaremos que la Junta de Andalucía, el Consejo General del Poder Judicial y la Federación Andaluza de Municipios y Provincias suscribieron el 1 de marzo de 2016 un convenio de colaboración que desarrolla procedimientos de comunicación y colaboración en los que, con ocasión de un lanzamiento de la vivienda, se produzca una situación vulnerable. Los municipios que así lo decidan pueden adherirse al mismo, siendo, a fecha de febrero de 2019, solo 73 Ayuntamientos los que lo han hecho²³, por lo que sería deseable que ese número aumentase.

6. Ayudas a la adquisición, alquiler o rehabilitación de viviendas

El PEV 2018-2021 apuesta por fomentar el alquiler y la rehabilitación con carácter prioritario. En correspondencia, el PAVR 2016-2020 regula: ayudas a los adquirentes de vivienda protegida (art. 36); ayudas a personas promotoras de viviendas para el alquiler (art. 37); el programa de fomento del parque público de viviendas en alquiler o cesión del uso (arts. 38-40); y medidas de fomento del parque residencial de viviendas en alquiler (arts. 41-43), entre las que destacamos el programa de ayudas a personas inquilinas con ingresos no superiores a 2,5 veces el IPREM (art. 42).

A título de muestra, entre las últimas bases y convocatorias de subvenciones que se han aprobado por parte de la Consejería competente en materia de vivienda, pueden citarse:

- La Orden de 17 de octubre de 2018, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia no competitiva, de ayudas para el alquiler de vivienda habitual a personas en situación de especial vulnerabilidad, con ingresos limitados y a jóvenes, en la CAA.

²³ El referido convenio se haya actualmente prorrogado, mediante adendas de 13 de marzo de 2017 y 1 de marzo de 2018. Se puede consultar el contenido de dichos documentos en <https://www.junta-deandalucia.es>.

- La Orden de 14 de enero de 2019, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de subvenciones para la rehabilitación de edificios y viviendas en la CAA.

- La Orden de 17 de junio de 2019, por la que se efectúa la convocatoria, en régimen de concurrencia competitiva, de subvenciones para la rehabilitación de edificios en la CAA, en el ejercicio 2019.

- La Orden de 17 de junio de 2019, por la que se efectúa la convocatoria, en régimen de concurrencia competitiva, de subvenciones para la rehabilitación de viviendas en la CAA, en el ejercicio 2019.

- Y la Orden de 12 de julio de 2019, por la que se convoca para el ejercicio 2019, la selección en régimen de concurrencia competitiva, de actuaciones de fomento del parque de viviendas en alquiler o cesión del uso en Andalucía, y la concesión de las correspondientes subvenciones de acuerdo con las bases aprobadas por la Orden de 28 de mayo de 2019.

Por último, con relación al alquiler, hay que destacar que las Administraciones públicas no sólo están apostando cada vez de forma más decidida por la promoción de viviendas públicas en alquiler, sino que están configurando “índices de referencia de precios de alquiler” con el propósito de que sirvan para poner freno a los precios de los arrendamientos de las viviendas libres, determinando precios medios por zonas, sectores o barrios (así, por ejemplo, lo ha hecho el Ministerio de Fomento, Comunidades Autónomas como Cataluña o Ayuntamientos como el de Sevilla están trabajando en su elaboración).

7. Fondos de viviendas para alquiler social

El Capítulo IV del PEV 2018-2021 regula el Programa de ayuda a las personas en situación de desahucio o lanzamiento de su vivienda habitual. El programa se apoya en la colaboración público-privada para la constitución por las entidades de crédito, como propietarias de viviendas desocupadas y disponibles, de fondos de viviendas para alquiler social.

En este contexto, recordemos que la disposición adicional 7ª de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, regulaba la creación de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (Sareb). Con fecha 17 de enero de 2013 los Ministerios de Economía y de Servicios Sociales firmaron un convenio con las principales entidades bancarias de España, con el fin de que, mediante la Sareb, el parque de viviendas vacías que las entidades financieras tenían en cartera fuera habitado, en régimen de alquiler

social, por familias que habían perdido su casa y que se encontraban en riesgo de exclusión social.

Con fecha 21 de junio de 2016 se firmó el Convenio de Colaboración con la Sareb para la cesión de 400 viviendas destinadas al alquiler social en Andalucía, en ejecución del cual se firmaron en 2016 dos contratos de cesión en usufructo de viviendas para su gestión por la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía (AVRA²⁴). En total, se cedieron por la Sareb 230 viviendas, de las cuales 150 se encontraban disponibles y 80 ocupadas. Con posterioridad, en 2017 se firmó un tercer contrato para la cesión de 50 viviendas. En suma, se habían cedido en usufructo 280 de las 400 viviendas ubicadas en Andalucía²⁵.

Sobre esta situación, en el Informe anual 2018 del DPA se pone en evidencia que algunos Ayuntamientos tenían problemas de interlocución con la Sareb a fin de conocer la existencia de viviendas susceptibles para el alquiler social en los respectivos municipios. En algún caso, la Sareb había trasladado al municipio que no disponían de viviendas en el mismo pero, en cambio, sí que figuraban viviendas allí cedidas a la Administración autonómica. Incluso algunos de los Ayuntamientos donde se ubican el mayor número de viviendas cedidas, no disponían de información al respecto en el momento de remitir los respectivos informes al Defensor.

En cuanto al Convenio para el Fondo Social de la Vivienda, el referido informe subraya el hecho de que algunas Diputaciones y Ayuntamientos no tuviesen información correcta sobre el mismo y que otros no tuviesen interés en formar parte, contentándose con que su intervención se reduzca a la elaboración de informes sociales a petición de las entidades de crédito.

Tras analizar toda la información recabada, el DPA formuló una Resolución a la Consejería de Fomento y Vivienda en la que sugería: en primer lugar, que se realicen las gestiones necesarias para poder firmar con la Sareb lo antes posible los contratos necesarios para formalizar la cesión de las restantes 120 viviendas de las que dicha entidad dispone en Andalucía y que urge destinar al alquiler social; en segundo lugar, que se coordine con las Administraciones locales andaluzas en cuyos municipios radiquen viviendas cedidas en virtud del Convenio de Colaboración con la Sareb valorando la conveniencia de la participación de aquellas en la gestión y administración de las mismas, a fin de lograr una mayor eficacia en la cesión; y, en tercer lugar, que se realicen las actuaciones necesarias con los organismos competentes a fin de recabar información sobre las viviendas del Fondo Social de la Vivienda que han sido efectivamente destinadas al alquiler social en Andalucía y, en su caso,

²⁴ AVRA es un ente público instrumental de la citada Consejería, con forma de agencia pública empresarial, cuyos estatutos fueron aprobados por Decreto 175/2018, de 18 de septiembre.

²⁵ *Vid.* el Informe anual 2018 DPA, págs. 438-440.

plantear medidas en su ámbito de competencias que permitan una mayor eficacia del citado Fondo.

Con fecha de 26 de octubre de 2018 la referida Consejería comunicaba al DPA que se aceptaban las sugerencias formuladas y que, de las 400 viviendas inicialmente previstas, ya se habían cedido por la Sareb un total de 308 viviendas, 214 de las cuales se encontraban disponibles inicialmente y 94 ocupadas. Se reconocía, no obstante, la dificultad para encontrar viviendas apropiadas para el objetivo perseguido con la firma del convenio, por lo que estudiarían su posible modificación.

Nuevamente, el funcionamiento del sistema actual muestra como oportunidad de mejora la articulación de una mayor colaboración y cooperación entre las Administraciones autonómica y locales, a través de la implantación de canales ágiles y transparentes de comunicación entre ellas, dando mayor fluidez al traslado de la información sobre las viviendas cedidas por la Sareb para alquiler social, de manera que se logre una eficaz gestión de las mismas.

8. Medidas para poner a disposición viviendas deshabitadas

El art. 25 LFSV presume que una vivienda no está habitada cuando no se destine efectivamente al uso residencial previsto por el ordenamiento jurídico o el planeamiento urbanístico durante más de seis meses consecutivos en el curso de un año desde el último día de efectiva habitación, cuando no cuente con contrato de suministro de agua o de electricidad o presente nulo o escaso consumo de suministros, calculados con base en la media habitual de consumo por vivienda y por año. El apartado 4 de este artículo contempla una serie de exclusiones, así, por ejemplo, cuando se trata de viviendas de personas físicas cuyo uso exclusivo sea el de esparcimiento o recreo.

Como indicios de no habitación, el art. 26 enumera, entre otros: los datos del padrón de habitantes y de otros registros públicos de residentes u ocupantes; consumos anormalmente bajos o carencia de los suministros de agua, gas y electricidad, de conformidad con lo dispuesto en el anexo de la Ley; recepción de correo y notificaciones en otros lugares; utilización habitual de otros lugares para realizar comunicaciones telefónicas e informáticas; declaraciones o actos propios de la persona titular de la vivienda; declaraciones de los titulares de la vecindad; y la negativa injustificada de la persona titular de la vivienda a facilitar comprobaciones de la Consejería competente en materia de vivienda.

Para evitar la existencia de viviendas deshabitadas, los arts. 42-47 de la Ley 4/2013 contemplan una serie de actuaciones de fomento que debe impulsar la Consejería con competencia en materia de vivienda, en coordinación con las Administraciones locales, a través de los planes de vivienda o de los programas de fomento,

y que podrán consistir, entre otras, en las siguientes actuaciones: medidas de intermediación en el mercado del arrendamiento de viviendas que garanticen su efectiva ocupación (art. 44); aseguramiento de los riesgos que garanticen el cobro de la renta, los desperfectos causados, la responsabilidad civil, la asistencia del hogar y la defensa jurídica de las viviendas alquiladas (art. 45); medidas fiscales (art. 46); y subvenciones para personas propietarias y arrendatarias y entidades intermediarias (art. 47).

Todas estas actuaciones (de intermediación²⁶, aseguramiento, medidas fiscales y subvenciones), han sido incorporadas al art. 43 LDV por la Ley 1/2018, de 26 de abril, quien añade a dicha lista los programas de cesión de viviendas, más un nuevo artículo 47 bis, que establece que la Consejería competente en materia de vivienda creará un programa específico de cesión de viviendas para incentivar a los propietarios de viviendas desocupadas a ponerlas en el mercado de alquiler a precios asequibles mediante la cesión temporal de su gestión a la Administración Pública con las condiciones y los requisitos que se establezcan reglamentariamente. A estos efectos, la citada Consejería podrá suscribir convenios para gestionar el programa de cesión de viviendas con las Diputaciones provinciales, Ayuntamientos o con entidades privadas especializadas en la materia.

9. Recuperación de oficio de viviendas protegidas vacías u ocupadas sin título

La Administración tiene la potestad administrativa de recuperar de oficio aquellas viviendas protegidas de las que es titular y que, o bien se encuentran vacías, o bien están ocupadas por personas sin título jurídico, situaciones éstas más frecuentes de lo que debieran. De hecho, son muchos los casos de viviendas vacías que se ponen en conocimiento de la Administración y del DPA a través de denuncias y quejas formuladas por particulares, personas que necesitan acceder a una vivienda protegida y que ven indignados como muchas de ellas no se encuentran habitadas por sus titulares. La situación expuesta pone de manifiesto la debilidad del sistema de control, supervisión e inspección de su parque público de vivienda por parte de las Administraciones competentes, tanto autonómica como locales²⁷.

²⁶ Con respecto a la intermediación hay que estar a lo dispuesto en la Orden de la Consejería de Fomento y Vivienda, de 17 de octubre de 2013, que regula el programa de intermediación en el mercado del alquiler de viviendas y el programa de cesión de viviendas para el alquiler a entes públicos, y al art. 41 del vigente PAVR, dedicado a este programa.

²⁷ A este respecto, llama la atención que la Junta de Andalucía lleva aprobado en los últimos años cuatro Planes Generales de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo, el actualmente vigente, para el cuatrienio 2017-2020, lo fue por Orden de 20 de abril de 2017, pero no ha aprobado ningún Plan de Inspección de Vivienda. Por su parte, es mínimo el número de municipios andaluces que han aprobado Planes de Inspección de las viviendas que componen su parque público municipal.

Cuando estamos ante supuestos de ausencia de la persona titular de la vivienda, desde la Secretaría General de Vivienda de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio se trata de recopilar la información necesaria para el inicio, si procede, de un expediente de recuperación de la vivienda.

En este contexto, destaca el papel que desarrolla AVRA. Normalmente, desde la correspondiente Dirección Provincial se solicita que se realice, a través de la policía local del municipio, un seguimiento estricto y lo más continuo posible durante un periodo de tiempo prudencial a las viviendas que se relacionen, para comprobar la ocupación efectiva de las mismas y poder recopilar una información lo más veraz posible que permita a la Administración llevar a fin el expediente de recuperación de la vivienda o viviendas en cuestión. Con esta finalidad, también se suele solicitar a la empresa concesionaria del servicio municipal de aguas, información sobre el consumo de metros cúbicos y la titularidad del contrato de suministro de agua de la vivienda.

Por otra parte, cuando la vivienda se encuentra ocupada por persona/s sin título, la Administración puede actuar: bien adoptando medidas para procurar la regularización de dicha situación, como hizo al dictar Decreto 376/2000, de 1 de septiembre, por el que se regulariza la ocupación de determinadas viviendas de promoción pública y el Decreto 237/2007, de 4 de septiembre, por el que se dictan medidas referidas a los ocupantes, sin título, de viviendas de promoción pública pertenecientes a la CAA; o bien puede iniciar un procedimiento para la recuperación de dichas viviendas.

No obstante, cuando opta por esta segunda postura, las circunstancias del caso concreto, la situación de riesgo de exclusión social o situación de especial vulnerabilidad de la familia o persona ocupante de la vivienda, se tienen en cuenta por la Administración; por ejemplo, cuando se trata de una ocupación practicada por una mujer con hijos menores a cargo, aun existiendo sentencia firme, por parte de AVRA no se solicita la ejecutoria para llevar a cabo el lanzamiento, concediendo a la familia un plazo prudencial para que pueda hallar alguna solución a su necesidad de alojamiento. En otras ocasiones, AVRA informa a los servicios sociales municipales de la situación de la familia para que aquéllos le encuentren una alternativa habitacional digna, no ejecutándose el lanzamiento hasta que no existe la referida alternativa habitacional²⁸.

La Administración sigue en estos casos el criterio sentado por Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de noviembre de 2017, por la que se revocaba una Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de

²⁸ Esta práctica es puesta de manifiesto en las quejas tramitadas ante el DPA, *vid.* su Informe anual 2018, ob. cit., págs. 433-434.

Madrid que autorizaba el desalojo de una vivienda de titularidad pública ocupada sin título por una familia con tres menores. El Alto Tribunal, con base en la Ley de Protección jurídica del Menor, en la Convención de los Derechos del Niño y en la Constitución, manifiesta que el juez, antes de autorizar el desalojo de una casa, tiene que “asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores”.

VI. CONCLUSIONES

En los últimos años, es patente el esfuerzo del legislador andaluz y de las Administraciones públicas andaluzas por poner en práctica diferentes programas, medidas y técnicas con el fin de hacer efectivo el derecho de acceso a una vivienda digna, adecuada y de calidad, en especial, a los colectivos socialmente más vulnerables.

Fruto de ese esfuerzo normativo que hemos puesto someramente de relieve en estas páginas, son las diversas las leyes y reglamentos que han ido aprobándose y que regulan la materia de vivienda que, al tiempo que suponen un avance positivo, a causa de su número y de sus múltiples modificaciones, producen un efecto adverso, el de hacer complejo su exacto conocimiento, interpretación y aplicación por los operadores que han de manejarlas. Para superar dicha complejidad y dotar al sistema de mayor seguridad jurídica, sería aconsejable que el Parlamento de Andalucía, de conformidad con lo previsto en el art. 109.4 EAA, hiciese uso de la delegación legislativa y facultase al Consejo de Gobierno a dictar un texto refundido en esta materia.

Como fortalezas de la regulación andaluza hemos destacado, entre otros, el establecimiento de reservas de suelo para la construcción de viviendas protegidas, la previsión legal de cupos de reserva en las promociones destinados a grupos especialmente vulnerables, considerándolos como preferentes a la hora de adjudicar una vivienda protegida, de acceder a un alojamiento transitorio, de recibir ayudas o de permutar sus viviendas. Asimismo, nos merece un juicio positivo la regulación y puesta en marcha de herramientas como los Registros Municipales de Demandantes de Vivienda Protegida o de figuras como los Planes Municipales de Vivienda, que permiten obtener una imagen fiel del perfil de demandantes de vivienda de cada municipio y de sus necesidades habitacionales.

Pese a los avances en la regulación en materia de vivienda comentados, la realidad evidencia que no han sido suficientes para paliar el problema de acceso a la vivienda de una gran parte de la población. Hay que seguir avanzando y buscando nuevas soluciones. A fecha de septiembre 2019, según los datos de los Registro Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio, en Andalucía el 79% de las solicitudes de

demandantes de vivienda protegida corresponden a familias con ingresos inferiores a 1,5 veces el IPREM y, de ese porcentaje, el 15,5 son de hogares con ingresos inferiores a una vez el IPREM. La normativa actual no regula un concepto de “vivienda social”, específicamente concebido para dar solución habitacional a estas familias que, por no poder acreditar unos ingresos mínimos que les permitan llevar una vida independiente con el suficiente grado de autonomía, están excluidas del concepto legal de destinatario de vivienda protegida. Para superar esta situación es necesario que las Administraciones potencien la figura de los “alojamientos protegidos”, de manera que se ofrezca a estas familias una salida habitacional.

En el contexto actual siguen siendo frecuentes los casos en los que todos los miembros de la unidad familiar se encuentran en situación de desempleo o con empleos precarios, con la consiguiente insuficiencia de recursos económicos para atender los gastos necesarios para el desenvolvimiento normal de sus vidas, más el pago de una hipoteca o alquiler. Familias que, a causa de la crisis, han sido objeto de desahucios. Los supuestos en los que se precisa de una vivienda adaptada, en el caso de personas con discapacidad y movilidad reducida, para que la vivienda no se convierta en una cárcel de cuatro paredes de la que no tengan posibilidad de salir, sino en un espacio en el que puedan desenvolverse de forma autónoma. Los casos de familias numerosas, con menores a cargo, que demandan una vivienda de mayores dimensiones, en la que sus hijos puedan crecer sin tener que vivir hacinados. Los casos de mujeres víctimas de violencia de género con hijos a cargo que precisan de una vivienda en otro municipio o provincia para poder rehacer sus vidas. O las situaciones de infravivienda en la que se encuentran muchas familias, que precisan de una vivienda digna o, al menos, de las ayudas para acometer las obras de reparación y mantenimiento necesarias.

De forma paralela a la realidad descrita, existe una importante bolsa de viviendas vacías en manos de las entidades bancarias y de propietarios que no las ponen en el mercado, quizás más por falta de información que de incentivos, e, incluso, viviendas vacías de titularidad pública, esto último, del todo inadmisibles.

Se precisa, por tanto, poner en marcha una serie de mejoras en la regulación y aplicación de las políticas públicas de vivienda. Así, entre otras: es necesario una mejor gestión y control de las viviendas que han sido cedidas por las entidades bancarias a la Administración para la constitución de bolsas de viviendas destinadas al alquiler social; establecer unos lazos de colaboración y cooperación más estrechos entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades locales andaluzas, de manera que fluya de manera rápida y correcta la información sobre las viviendas cedidas para alquiler social sitas en cada municipio o que se permita vía convenio de colaboración la permuta de viviendas protegidas que sean titularidad de

Administraciones distintas; hay que seguir incidiendo en la labor de concienciación e información sobre las ventajas y garantías de fomentar el alquiler de las viviendas vacías; y desarrollar una labor de supervisión, vigilancia e inspección más estricta y diligente por parte de la Administración de su parque público de viviendas, evitando que ninguna vivienda pública se encuentre vacía mientras haya una persona inscrita en el registro municipal de demandante de vivienda protegida, por lo que resulta del todo punto necesario que la Junta de Andalucía apruebe el que sería su primer Plan General de Inspección de Vivienda, así como que los Ayuntamientos hagan lo propio para controlar su parque público de vivienda.

En conexión con la última sugerencia es, más que oportuno, necesario, destinar personal suficiente a las funciones de control y supervisión del verdadero uso y destino de las viviendas protegidas, ya que muchas de ellas o bien no son ocupadas por sus titulares o bien son destinadas a usos no permitidos, como puedan ser actividades económicas con ánimo de lucro, que desdibujan y diluyen hasta hacer desaparecer la función social de la vivienda protegida y su uso y destino como residencia habitual y permanente. A nuestro juicio, tal y como hemos expuesto en este trabajo, es ése el único uso y destino permitido por el art. 4.1 LMVPS, lo que deja sin la suficiente cobertura legal a la regulación dada al art. 11 del Decreto 149/2006 por el Decreto 161/2018, que permite compatibilizar el uso y destino como residencia habitual y permanente con el uso para una actividad económica o profesional con ciertas limitaciones. Es un deber de las Administraciones andaluzas impedir dichas situaciones que convierten a la vivienda protegida en un bien susceptible de mercantilización y un primer paso para ello es elaborar y aprobar unas relaciones de puesto de trabajo que contemplen el número suficiente de personal funcionario encargado de realizar las tareas de inspección de su parque público de vivienda según los criterios y directrices aprobados en sus respectivos planes de inspección.

En este contexto, hay que subrayar que se precisa una mayor colaboración y cooperación no sólo entre las Administraciones locales y la Junta de Andalucía, sino entre las propias Consejerías de la Junta de Andalucía a la hora de aunar criterios de actuación, como hemos puesto de relieve con la aparente admisión del uso turístico de las viviendas protegidas, a las que se les ha permitido su inscripción en el Registro de Turismo de Andalucía, lo cual choca frontalmente con la función social de las mismas y, por tanto, merece una actuación correctora inmediata por parte de la Junta de Andalucía.

En suma, son muchos los pasos que se han dado, pero aún quedan más actuaciones por realizar para seguir avanzando hasta alcanzar el objetivo de que toda persona pueda tener cubiertas sus necesidades habitacionales gracias a una correcta política de vivienda protegida que, en el futuro próximo de la CAA, vendrá marcada

por el Plan Vive 2020-2030, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 14 de mayo de 2019²⁹.

²⁹ Las líneas de actividad del Plan Vive se contendrán en los siguientes ejes de actuación: primero, el acceso a la vivienda; segundo, la rehabilitación de viviendas y la renovación urbana; tercero, la atención a la vulnerabilidad residencial, para la erradicación del chabolismo, y la gestión de bolsas de viviendas para realojos de personas en situación de emergencia habitacional y de personas que hayan sido desahuciadas de su vivienda habitual; y cuarto, el desarrollo de actuaciones de I+D+i y las comprendidas en la Agenda Urbana de Andalucía 2030.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Fundación Foessa, Cáritas Española Editores, Madrid, 2019.

CARAZA CRISTÍN, M^a. M., “Novedades normativas en materia de vivienda protegida en Andalucía: especial referencia a los Planes Municipales de Vivienda y Suelo”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 83 (2012), págs. 331-374.

- “Nueva regulación de los Registros Públicos de Demandantes de Vivienda Protegida en Andalucía”, *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 27 (2013.a), págs. 311-330.

- “Reflexiones sobre la legalidad y oportunidad del Decreto-Ley andaluz 6/2013, de 9 de abril, de medidas para el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 85 (2013.b), págs. 353-387.

PONCE SOLÉ, J., “¿Ha expropiado el Tribunal Constitucional las competencias autonómicas en materia de vivienda? A propósito de la STC de 14 de mayo de 2015, declarando la inconstitucionalidad de la regulación andaluza sobre expropiación de viviendas en manos de bancos”, en el blog <https://trnsnsjusblog.wordpress.com/2015/06/04>.

- “El derecho a la ciudad y la Nueva Agenda Urbana: una aproximación integrada y sistemática a los derechos en la ciudad, con referencia al derecho a la vivienda”, en *El derecho, la ciudad y la vivienda en la nueva concepción del desarrollo urbano. Desafíos transnacionales en la Nueva Agenda Urbana*, ob. coord. por Juli PONCE SOLÉ, Wellington MIGLIARI y Oscar CAPDEFERRO VILLAGRASA, Atelier, Barcelona, 2019, págs. 115-151.

**Los problemas en la gestión patrimonial
de los bienes transferidos a las Universidades por
la vía del artículo 80.2 de la LOU.
Mecanismos de solución**

**The problems in the heritage management of
goods transferred to the Universities through
article 80.2 of the LOU. Solution mechanisms**

Darío Canterla Muñoz

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA: UNIVERSIDADES QUE NO PUEDEN ENAJENAR GRAN PARTE DE UN PATRIMONIO QUE NO SE ACOMODA A SUS NECESIDADES REALES PARA INVERTIR LO OBTENIDO CON LA ENAJENACIÓN EN LA SATISFACCIÓN DE ESAS NECESIDADES. II. EL ORIGEN LEGAL DEL PROBLEMA: EL ARTÍCULO 80.2 DE LA LOU. III. DELIMITACIÓN DE LOS BIENES UNIVERSITARIOS CUYA ENAJENACIÓN PUEDE ACTIVAR EL DERECHO DE REVERSIÓN A FAVOR DEL ESTADO O LA COMUNIDAD AUTÓNOMA COMO “ADMINISTRACIÓN DE ORIGEN”. 1. Régimen de enajenación de bienes de dominio público de la Universidad que no se han adquirido de una Administración Pública. 2. Régimen de enajenación de los bienes adquiridos de otra Administración. 3. Posibilidades de actuación patrimonial de la Universidad sobre los bienes sometidos a derecho de reversión sin activar el mismo. A. Primer supuesto: Universidad que pide a la “Administración de origen” que no ejercite el derecho de reversión, sin compromiso adicional de reinversión: a). *Configuración causal de la transferencia de bienes ex artículo 80.2 de la LOU. Similitud con la cesión gratuita de bienes.* b). *Argumentos adicionales en contra de la posibilidad de la renuncia: el deber de velar por la conservación del patrimonio y la prohibición de donaciones.* c). *Sobre la posibilidad de la enajenación del bien transferido mediante una petición de autorización a la “Administración de origen”: imposibilidad de renuncia por esta vía.* B. Segundo supuesto: Universidad que pide a la “Administración de origen” que no ejercite el derecho de reversión con el compromiso de reinvertir lo obtenido con la

Recibido: 20/09/2019

Aceptado: 08/11/2019

enajenación en el servicio universitario. Interpretaciones sobre cuando surge el derecho de reversión: a). *Interpretación de extrema protección de la autonomía universitaria*. b). *Interpretación de extrema protección del patrimonio de la "Administración de origen"*. c). *Interpretación equilibrada en la protección de todos los intereses*.
IV. SOLUCIONES VIEJAS A PROBLEMAS NUEVOS: LA PERMUTA. V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: La Universidad pública española se encuentra ante una situación kafkiana en lo referente a la gestión de parte de su patrimonio inmobiliario, aquel que se le transfirió vía artículo 80.2 de la Ley Orgánica de Universidades. Por un lado, una porción de dicho patrimonio no se acomoda a sus actuales necesidades, por otro lado, si decidiera enajenarlo para financiar sus proyectos la Universidad se vería sometida a la obligación de revertir el bien al Estado o la Comunidad Autónoma. Se ha defendido que la enajenación del bien no permite ejercer el derecho de reversión cuando lo obtenido se reinvierte en el servicio universitario. Este artículo expone las razones por las que no es posible tal interpretación y ofrece una vía de solución a través de la permuta.

PALABRAS CLAVE: Patrimonio, reversión, permuta, Universidad, Autonomía.

ABSTRACT: The Spanish public university is facing a Kafkaesque situation in relation to the management of part of its Real Estate Property that was transferred via article 80.2 of the Organic Law of Universities. On the one hand, part of said patrimony does not suit its current needs, on the other hand, if it decided to sell it to finance its projects, it would be subject to the obligation to revert the property to the State or the Autonomous Community. It has been argued that the alienation of the property does not allow exercising the right of reversion when the proceeds are reinvested in the university service. This article exposes the reasons why this interpretation is not possible and offers a way of solution through the swap.

KEYWORDS: Heritage, reversal, barter, Universities, autonomie.

I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA: UNIVERSIDADES QUE NO PUEDEN ENAJENAR GRAN PARTE DE UN PATRIMONIO QUE NO SE ACOMODA A SUS NECESIDADES REALES PARA INVERTIR LO OBTENIDO CON LA ENAJENACIÓN EN LA SATISFACCIÓN DE ESAS NECESIDADES

Es este un problema, aparentemente, kafkiano, más del “*El Castillo*”¹ que de “*La Metamorfosis*”², aunque bien pudiera haber, literalmente, cucarachas sueltas en los vetustos e insignes edificios universitarios cuya supervivencia dependa de que permanezcan medio arrumbados, pero no totalmente derrumbados, como sucedería si se diera solución a este tema y se procediese a enajenarlos, derribarlos y convertirlos en la fuente financiera de proyectos más luminosos y modernos, o al menos más deseados por la Universidad. Lo que expongo no lo digo porque tenga un concepto juvenil de la autonomía universitaria, que me limito a constatar, y a tener en cuenta como aspecto relevante de la ecuación en la justa medida, o al menos en la que ha determinado el Tribunal Constitucional, como veremos. En apariencia, decía, es un problema sin salida, pero no olvidemos que Kafka no era un personaje de su novela sino el autor que criticaba los procedimientos absurdos y, como gestor inmobiliario, nos ha dejado una vía de escape, para no convertirse él mismo en protagonista de un laberíntico drama administrativo.

Vayamos al nudo kafkiano del asunto. No es inhabitual, sino todo lo contrario, encontrarnos situaciones en las que la Universidad cuenta con un patrimonio inmobiliario que sirvió a la configuración de las universidades hace décadas, pero cuya utilidad marginal en la actualidad propende a cero o similar. Sería el caso de un restaurante universitario o de una residencia universitaria que han ido quedando en desuso por la mayor y más moderna oferta desde el sector privado, o porque simplemente están lejos de las nuevas facultades, u obsoletos. También sería el caso de un edificio que servía a una Facultad que se ha trasladado a un nuevo edificio y en la que se instalan servicios

¹ En esta materia voy a citar a la Wikipedia, porque más allá de exigencias de rigor científico, en este caso, literario, me interesa la opinión común que sobre la obra existe. Bien pudiera acudir a un reputado crítico, o hacer yo mismo una reseña, pero me interesa la imagen compartida de manera difusa por la colectividad sobre esta obra y desde este punto de vista entiendo que la Wikipedia ofrece esa perspectiva que es precisamente la que yo quiero traer a colación. Dice así. “*El castillo (Das Schloß) es una novela del escritor austro-húngaro Franz Kafka (1883-1924). Publicada póstumamente en 1926, se trata de una obra inconclusa que Kafka había empezado a escribir en enero de 1922. Su protagonista, conocido solamente como K., lucha para acceder a las misteriosas autoridades de un castillo que gobierna el pueblo al cual K. ha llegado a trabajar como agrimensur. En líneas generales, El castillo trata sobre la alienación, la burocracia, y la frustración, aparentemente interminable, de los intentos de un hombre por incorporarse al sistema.*”

² Y por idéntico motivo vuelvo a la Wikipedia que señala: “*La metamorfosis o La transformación (Die Verwandlung, en su título original en alemán) es un relato de Franz Kafka publicado en 1915 y que narra la historia de Gregorio Samsa, un comerciante de telas que mantiene a su familia con su sueldo, hasta que tras una noche que no recuerda, amanece convertido en un enorme insecto.*”

puramente administrativos que pudieran estar en cualquier otro edificio de la misma entidad, y, en general, el caso de edificios a los que se les buscan utilidades, que se pretenden ligadas al servicio universitario, pero que no parecen desde luego la principal finalidad de la Universidad, y ni siquiera su opción verdaderamente deseada. Antes, al contrario, me atrevería a decir que, no sólo no es un problema inhabitual, sino que es generalizado y que afecta a la totalidad de las Universidades Públicas de España.

La pregunta que surge es clara: ¿por qué, si la Universidad necesita invertir en crear una empresa de desarrollo de proyectos innovadores donde dar cabida a la investigación científica ligada a la innovación, no vende lo que no le sirve y con lo obtenido realiza tal fin? ¿por qué, repetimos, no lo realiza con la parte de su patrimonio en la que no está obteniendo la utilidad deseada o que dedica a fines secundarios, no sólo desde el punto de vista de la sociedad, sino desde la perspectiva de la propia Universidad que, como veremos, con ello no trata tanto de satisfacer un servicio universitario como de no perder ese patrimonio?

La respuesta podría ser porque el sistema de financiación previsto en la normativa vigente es plenamente satisfactorio³, o porque las Universidades cuentan con unos Planes Anuales de Inversión, abastecidos generosamente desde las Comunidades Autónomas, que financian sus obras y que cubren todas sus necesidades. No parece que las Universidades pudieran estar de acuerdo con esto pues dichos planes han sido recortados, cuando no cercenados de raíz, en los años posteriores a la crisis económica que se inicia en 2008⁴. La respuesta podría ser que dichas inversiones

³ Desde luego no es la opinión del mundo universitario, sirva como ejemplo, la crítica que realiza GARCÍA DE LAS HERAS, S. “La Ley Orgánica de Universidades: una reforma para la polémica” en NAVAJAS ZUBELDIA, C. y ITURRIAGA BARCO, D. (coord) *Crisis, dictaduras, democracia: I Congreso Internacional de Historia de Nuestro Tiempo*, Universidad de la Rioja, 2008, p. 431. Sobre régimen financiero de Universidades: SOUVIRON MORENILLA, J.M. y PALENCIA HERREJÓN, F. en *La nueva regulación de la Universidades*, Editorial Comares, Granada 2002, p. 547 hacen una reflexión sobre la esencialidad de la suficiencia financiera como garantía de la autonomía, y señalan una serie de factores que, incluso antes de la crisis de 2008, ya venían lastrando la financiación de la enseñanza universitaria. Entre otros hacen referencia al aumento de la demanda, la proliferación de universidades y los mayores costes de los nuevos planes de estudio. También hace incidencia en esta insuficiencia el “Informe sobre la Financiación del Sistema Universitario Español”, de la Comisión de Financiación del Consejo de Coordinación Universitaria, Madrid 2007, que puede ser consultado en la siguiente dirección: <https://www.uco.es/organizacion/secretariageeneral/images/doc/docs/documentos/financiacion.pdf>. Y por supuesto la situación se mantiene después de 2008 como se pone de relieve en “Documento de mejora y seguimiento de las Políticas de Financiación de las Universidades para promover la excelencia académica e incrementar el impacto socioeconómico del Sistema Universitario Español”, del Consejo de Universidades y la Conferencia General de Política Universitaria de 26 de Abril de 2010 y que se puede consultar en la siguiente dirección <http://www.univnova.org/documentos/443.pdf>.

⁴ Sin entrar en la polémica sobre cuando comienza la crisis y cuando comienza a notarse en España, señalar que en Andalucía el último Plan se remonta al Acuerdo de 27 de junio de 2006, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Plurianual de Inversiones (2006-2010) para las Universidades Públicas de

se acometen a través de subvenciones excepcionales y que esto evita a la Universidad tener que desprenderse de su patrimonio⁵. Sin embargo, ello no sería tanto una respuesta a nuestra pregunta como una respuesta al problema que origina nuestra pregunta, y perdón por el trabalenguas, que paso a traducir. En efecto, lo que sucede es que las Universidades no disponen de ese patrimonio inmobiliario infrautilizado y emplean lo obtenido por la enajenación en la realización de las inversiones que verdaderamente necesitan, o al menos desean sus órganos rectores (lo que no tiene por qué coincidir), porque no pueden hacerlo, y como no pueden hacerlo piden subvenciones excepcionales para hacer lo que podrían hacer por sí mismas si en la gestión de ese patrimonio pudieran enajenarlo sin consecuencias ruinosas, como las que propicia el actual régimen jurídico. Estas subvenciones no son una respuesta adecuada, porque no se aborda el problema con generalidad y sobre todo porque, sin dudar de su legitimidad puntual, no suponen el empleo eficaz y eficiente de los recursos públicos mandatado por el artículo 31.2 de la CE que, siguiendo a PALOMAR OLMEDA, podemos considerar como una especificación económica de los principios de actuación general de la Administración recogidos en el artículo 103 CE y cuya vertiente patrimonial es el artículo 8 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas⁶. En efecto no parece que lo más eficaz sea, por un lado, dejar un edificio en un uso de escasa intensidad y baja utilidad, aunque sea en pro del servicio universitario, y, por otro lado, hacer la obra que se necesita para la creación de unos laboratorios, o la aportación de capital para la creación de una sociedad que se dedique a convertir en innovación los proyectos de investigación de la propia Universidad, con el dinero que se obtiene de una subvención excepcional. Más eficaz parecería que la Universidad enajenase lo que es suyo, y que no le da la utilidad que persigue, para emplearlo en el logro de los fines que sí le dan la utilidad deseada, sin

Andalucía. Sobre la llegada de la crisis a la Universidad se ocupa el trabajo “Universidades públicas: ¿ruina inminente?” de CHAVES GARCÍA, J.R. Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 852 (2012), parte Tribuna.

⁵ En todo caso esta solución no puede olvidar lo dispuesto en el artículo 91. 3 de la ley 15/2003 de Universidades de Andalucía, de 22 de diciembre de 2003 que señala: “El modelo de financiación habrá de incorporar la totalidad de los recursos aportados por la Junta de Andalucía a las Universidades...”. Es decir que, básicamente, lo que se le da a una Universidad a través de una subvención excepcional se debe tener en cuenta al establecer la cantidad que posteriormente se le aporta.

⁶ PALOMAR OLMEDA, A. “El Régimen de los Bienes Patrimoniales” en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) *Derecho de los Bienes Públicos*, 2ª Edición, octubre 2013, Civitas, edición digital. También sobre este mismo tema puede consultarse: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., “El patrimonio de las Administraciones Públicas: concepto y principios generales (arts. 5 a 8)”, en MESTRE DELGADO, J.M. (dir.) *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas: comentario a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid 2010, p. 159-232; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.A., “Patrimonio de las Administraciones Públicas: concepto y clasificación. Bienes de dominio público y bienes patrimoniales: concepto legal y principios relativos a los mismos” BUENO SANCHEZ, J.M, GAVELA LLOPIS, A., DE HOCES IÑIGUEZ, J.R., y otros (coord.) *Lecciones fundamentales de derecho administrativo: (parte general y parte especial)*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 569-581.

pedir subvención alguna, cuyo importe podría así dedicarse a una finalidad distinta en favor de quien verdaderamente no pueda alcanzar dicha finalidad sin el auxilio público. Las reflexiones sobre el tema de la eficacia como exigencia del gasto público, en el sentido que señaló FUENTES QUINTANA en sede parlamentaria⁷ y que estudia CAZORLA PRIETO, al apuntar que constituyen un principio de justicia material en el gasto público que opera como telón de fondo⁸ y que debe guiar toda la actuación administrativa referente al gasto público serán de esencial relevancia en la solución que más adelante proponemos y sobre ello volveremos.

Y habiendo ya convencido a todos -espero- de que, en efecto, no parece una solución eficaz la de la subvención excepcional, lo que se plantea es por qué sucede así. La respuesta no está en que este mecanismo subsidiario de la subvención ha servido para todos los proyectos universitarios, pues obvio es que no todos han recibido esta financiación, y es posible que muchos estén en los cajones de sus rectores. La respuesta tampoco está en una conciencia dependiente de la Universidades que prefieren pedir el dinero, e incluso no realizar sus proyectos si no se les da lo que piden. La respuesta es un problema: lógico esta es una situación kafkiana. Un problema que deriva de la normativa reguladora de la enajenación de bienes universitarios y que hace que cuando la Universidad dispone de determinados bienes, los enajena para conseguir dinero y financiar sus nuevas inversiones, tenga la obligación de devolver el bien que quería vender o el dinero obtenido con la venta. Ahora matizaremos y veremos que el problema es, aparentemente, kafkiano porque, en apariencia, no tiene solución y nos reenvía al principio del proceso una y otra vez, pero en realidad es más bien un problema complejo, en que concurren partes e intereses diversos y de cuya adecuada composición depende la posibilidad de articular, a su vez, una solución compleja que requiere de la amplia colaboración y buena fe de las partes interesadas; menos mal que son Administraciones Públicas, y están obligadas a cumplir con dichos principios; lástima de lo que MENÉNDEZ REXACH denomina “*elevado grado de abstracción y, por consiguiente, una gran pobreza de contenidos*”⁹ de las figuras colaborativas (“*coopera-*

⁷ FUENTES QUINTANA, J., Diario de Sesiones del Senado. Comisión de Constitución. Año 1978, núm. 45. Sesión 7, martes 29 de agosto de 1978, páginas 1989 y 1990. En su discursos señaló que: “*La economicidad y eficiencia deben ser mandatos obligados para el gasto público y para el gasto privado y, naturalmente, son derechos de los individuos. Porque en la medida en que el Estado despilfarra el contenido del conjunto en sus gastos públicos, es evidente que lo que está haciendo es malbaratar el conjunto, no defender el conjunto de los derechos individuales de los ciudadanos*”.

⁸ CAZORLA PRIETO, L.M., “El esquema constitucional de la hacienda de las administraciones públicas españolas.” *Hacienda Pública Española*, núm 59, 1979 p. 25-60. En idéntico sentido: BORGIA SORROSAL, S. “Los principios constitucionales de eficiencia y economía en la programación y ejecución de los gastos públicos”, *Presupuesto y gasto público*, núm. 36, 2004, p. 41-74; ZORNOZA PÉREZ, J.J., “El equitativo reparto del gasto público y lo derechos económicos y sociales”, *Hacienda Pública Española*, 1988, p. 41-54

⁹ MENÉNDEZ REXACH, A., “La cooperación ¿un concepto jurídico?”, *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre, Madrid, 1994, págs. 11 y 12. En análogo sentido, SANZ DE GANDASEGUI, E., Comentario al artículo 6, en VEGA LABELLA, J.I., SANZ DE GANDASEGUI, E., RIPOLL

ción, colaboración, coordinación”) pues en definitiva ello dificulta, si no impide, exigir un concreto modo de colaboración, hasta el punto de que este autor considera que la colaboración es voluntaria¹⁰. Aunque entendemos que la poca concreción deriva en dificultad de exigencia del deber de colaboración, dicha dificultad es la propia de todo concepto jurídico indeterminado, y creemos que en determinada situación, una determinada concreción del deber de colaboración podrá exigirse, y será obligatoria cuando la prestación de la cooperación no suponga obstáculo al cumplimiento de las finalidades de la Administración a la que se solicita, o no sea una actuación desproporcionada por las consecuencias que conlleva o por poder conseguirse el objetivo sin tal colaboración. En definitiva, se trata de aplicar las técnicas de control del concepto jurídico indeterminado “*deber de colaboración*” porque, lo que en modo alguno existe, es una facultad discrecional de colaborar, o no, habida cuenta del mandato del artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, reguladora del Sector Público. A este respecto será fundamental la motivación que se dé para controlar la denegación de la colaboración requerida, piedra angular para poder exigir como señala NAVARRO GONZÁLEZ¹¹, incluso judicialmente, la misma. Esta obligación de colaboración es igualmente esencial en la solución que proponemos y sobre la vertiente patrimonial de la misma profundizaremos más adelante.

Expuesta la situación de partida analizaremos el origen legal del problema: el artículo 80.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades (LOU en adelante); cuales son los bienes a los que afecta el problema del derecho de reversión y cuáles son los supuestos en que se activa el derecho de reversión, lo que es tanto como decir, qué puede hacer patrimonialmente la Universidad con estos bienes sin verse afectada por este derecho. Analizaremos estas cuestiones partiendo de la legislación estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aunque la situación es similar en todas las Comunidades¹². Terminaremos señalando como, en nuestra

MARTÍNEZ, M.D., y otros, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, Madrid, 2000, páginas 62 a 66 donde señala: “En efecto, a pesar del esfuerzo doctrinal realizado, en particular en estos últimos años, los tres términos, colaboración, cooperación, y coordinación están todavía lejos de tener un perfil acabado como conceptos que permitan su clara definición”.

¹⁰ En todo caso no es una posición mayoritaria, así MORELL OCAÑA, L., “Una teoría de la cooperación”, *Documentación Administrativa*, núm. 240, octubre-diciembre, Madrid, 1994, p. 51-70, mantiene que la cooperación puede ser obligatoria cuando deriva, precisamente, de una obligación legal. En análogo sentido, SANZ DE GANDASEGUI, F., (2000:66) señala “Puede afirmarse que la colaboración se constituye como un deber jurídico que corresponde a todas las Administraciones Públicas”.

¹¹ NAVARRO GONZÁLEZ, R.M., *La Motivación de los Actos Administrativos*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2017. Sobre el tema de la motivación como elemento de control de los actos administrativos, garantía de la seguridad jurídica, de la proporcionalidad y adecuación del acto, ver el Capítulo II, “Principios jurídicos y finalidades a las que sirve la motivación”.

¹² Para un estudio comparado de las legislaciones autonómicas en materia patrimonial, véase a VÁZQUEZ GARRANZO, J. “Leyes de Patrimonio de las Comunidades Autónomas” en PAREJO AL-

opinión, puede la Universidad convertir un edificio de escasa utilidad en un activo patrimonial dedicado a la innovación, por ejemplo, sin perder el bien, o su valor, y sin menoscabar la garantía del servicio universitario que supone el derecho de reversión en favor de la “*Administración de origen*” del artículo 80.2 de la LOU.

II. EL ORIGEN LEGAL DEL PROBLEMA: EL ARTÍCULO 80.2 DE LA LOU

El patrimonial es un aspecto esencial de la actividad universitaria, al fin y al cabo, la realidad nos pone por delante la necesidad de contar con recursos para realizar cualquier labor. Aconsejo la lectura de algunos de los trabajos que han tratado la historia de la Universidad española, pues el aspecto patrimonial es tratado en ellos con la profundidad que requiere y sobre todo porque el modo de dotar de bienes a la Universidad es muy expresivo de la relación que esta tiene con el poder, dentro del binomio dependencia/autonomía¹³. A los efectos de nuestro trabajo no es sin embargo esencial y basta con señalar los antecedentes fundamentales y más recientes que son la Ley de 26 de diciembre de 1958 sobre Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas (LEEA en adelante), la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, junto al bloque de constitucionalidad en la materia: la Constitución, los Estatutos de Autonomía y los Reales Decretos de traspaso a cada una de las Comunidades Autónomas¹⁴.

La LEEA no reconocía a las Universidades la propiedad de los bienes, sino simplemente la posibilidad de usar los que se le adscribían, permaneciendo la titularidad en la Administración estatal. La titularidad de los bienes de dominio público ha sido excepcional en los dos últimos siglos en la legislación nacional y, como señala TARDÍO PATO, “*una de las más importantes innovaciones que introduce la Ley orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria*”.¹⁵

FONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (coord), (2013:645-773).

¹³ A este respecto nos remitimos la obra de DE LA CRUZ AGUILAR, *Lecciones de historia de las Universidades*, Civitas, Madrid, 1987, donde se puede ver un panorama general sin perjuicio de otras obras generales y de las específicas que sobre la historia de cada universidad se pueden encontrar. También son de interés SOUTO ALONSO, M., *El patrimonio de las universidades a la luz de la Ley de reforma universitaria*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Alicante, 1988 y MARTÍNEZ HERRERA, A., “Las relaciones entre universidades públicas y la Comunidad Autónoma en materia de patrimonio” en el Seminario sobre la gestión patrimonial de las Universidades públicas, Almería 1997.

¹⁴ Sobre este tema *La Educación y el Proceso Autonómico*, colección de textos legales y Jurisprudenciales, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y BOE, Madrid, 2001.

¹⁵ TARDÍO PATO, J.A., “Los bienes de dominio público universitario” en Ponencias del I Seminario sobre aspectos jurídicos de la Gestión Universitaria, Almagro, Junio 1994, Universidad de Castilla-la Mancha, 1995, p. 367.

El artículo 53.2 La Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria dispone que *“las Universidades asumirán la titularidad de los bienes estatales de dominio público que se encuentren afectos al cumplimiento de sus funciones, así como los que en el futuro se destinen a estos mismos fines por el Estado o por las Comunidades Autónomas. Se exceptúan en todo caso, los bienes que integren el Patrimonio Histórico-Artístico Nacional”*¹⁶. Es decir que pasamos de un sistema en que el Estado unitario y centralizado adscribía bienes de su propiedad a las Universidades para que estas los utilizaran, sin convertirse en su propietaria, a un sistema en que los bienes se transfieren por el Estado a las Universidades, o a las Comunidades Autónomas para que estas los transmitan a su vez, en propiedad, a las Universidades. Así por ejemplo en el caso de Andalucía ello se operó mediante Real Decreto 1734/1986, de 13 de junio, sobre traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de Universidades.

El régimen jurídico de estos bienes es fijado en el texto actualmente vigente, la LOU, antes citada. En concreto en el artículo 80 (precepto básico, por referirse a una cuestión de coordinación entre administraciones¹⁷, que resulta de aplicación en todo caso, a las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 149.1.18º C.E. tal y como confirma la STC 131/1996 de 11 de julio). En lo referente a la enajenación y administración hay que estar a lo establecido en la normativa patrimonial de la Comunidad Autónoma, conforme al régimen jurídico perfilado por el artículo 80.3 de la LOU, que se remite a las normas generales en la materia¹⁸. Siguiendo a DESCALZO GONZÁLEZ, se puede señalar que: *“...la LOU y la legislación universitaria dictada por las Comunidades Autónomas responden derechamente a la idea fundamental de conferir a las universidades la plena facultad y responsabilidad en la administración y gestión del patrimonio de su titularidad”*¹⁹. En el caso de Andalucía esta posición se recoge en el artículo 91 del Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, aprobado por el

¹⁶ El Patrimonio Histórico queda al margen de la titularidad de la Universidad también en la LOU. Sobre este tema nos remitimos al trabajo realizado por COLOM PIAZUELO, E., *“El patrimonio histórico de las Universidades y sus diversas titularidades”*, REDA, núm. 114, (2002), pp. 195-232. Véase también TARDÍO PATO, J. A., *El derecho de las Universidades públicas españolas*, Promociones y Publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 1994, pp. 673 y ss.

¹⁷ A este respecto el Tribunal Constitucional desde la STC 76/1983, de 5 de agosto, ha establecido que en el título de competencia estatal de determinación de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas *“... ha de entenderse comprendida la regulación de las relaciones entre las distintas Administraciones y, por ende, de las bases a que habrá de ajustarse la coordinación entre éstas...”*.

¹⁸ En concreto el artículo 80.3 de la LOU señala *“La administración y disposición de los bienes de dominio público, así como de los patrimoniales se ajustará a las normas generales que rijan en esta materia. Sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la legislación sobre Patrimonio Histórico Español, los actos de disposición de los bienes inmuebles y de los muebles de extraordinario valor serán acordados por la Universidad, con la aprobación del Consejo Social, de conformidad con las normas que, a este respecto, determine la Comunidad Autónoma.”*

¹⁹ DESCALZO GONZÁLEZ, A., *“Los bienes de las Universidades Públicas”* en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (coord), (2013: 2ª Edición, versión digital).

Decreto Legislativo 1/2013 de 8 de enero²⁰ que se remite a la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, 4/1986, de 5 de mayo, LPCAA en adelante. Todo lo anterior debe completarse con la normativa patrimonial que se contenga en los Reglamentos de las respectivas Universidades²¹. Por tanto, la enajenación se hace conforme a dichas normas, dentro de los límites marcados por ellas, entre otros, los derivados del artículo 80.2 de la LOU²². Sobre la cuestión de los límites volveremos más adelante, se trata de una cuestión anudada la Autonomía Universitaria, y es esencial en el correcto entendimiento del problema que estamos abordando.

Y así llegamos al núcleo de todas las discordias el artículo 80.2 de la LOU que establece que *"Las Universidades asumen la titularidad de los bienes de dominio público, afectos al cumplimiento de sus funciones, así como los que, en el futuro, se destinen a estos mismos fines por el Estado o por las Comunidades Autónomas. Se exceptúan, en todo caso, los bienes que integren el Patrimonio Histórico Español. Cuando los bienes a los que se refiere el primer inciso de este apartado dejen de ser necesarios para la prestación del servicio universitario, o se empleen en funciones distintas de las propias de la Universidad, la Administración de origen podrá reclamar su reversión, o bien, si ello no fuere posible, el reembolso de su valor al momento en que procedía la reversión."*

Nos centramos en el derecho de reversión²³. Este ha planteado cuestiones muy diversas. Damos por superada, entre otras, la discusión sobre si la Comunidad Autónoma puede considerarse como *"Administración de origen"* con derecho a reversión,

²⁰ El artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Universidades de Andalucía recoge que: *"La administración, desafectación y disposición de los bienes de dominio público, así como de los bienes patrimoniales de las Universidades, se ajustarán a las normas generales que rijan en esta materia, y en particular a la legislación de la Comunidad Autónoma sobre patrimonio, debiendo entenderse referidas a los órganos de gobierno universitarios las menciones de la citada legislación a los órganos autonómicos."* También cabe citar el artículo 158 de la Ley de Cataluña 1/2003, de 19 de febrero, de universidades, que afirma que *"las universidades públicas son responsables de la gestión, la conservación y la administración de sus bienes"*.

²¹ Así por ejemplo el Decreto 232/2011, de 12 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Universidad de Huelva o el Reglamento de Patrimonio e Inventario de la Universidad de Córdoba, aprobado en virtud de Acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de abril de 2015, publicado mediante Resolución de 8 de abril de 2016, de la Universidad de Córdoba. Sobre las distintas posiciones ensayadas por los Estatutos posteriores a la entrada en vigor de la LRU: TARDÍO PATO, J.A., (1994:673 y ss.); TORRES LÓPEZ, M.A., "El patrimonio universitario", en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (coord), *Comentario a la Ley orgánica de Universidades*, Civitas, Madrid, 2009, p. 833 y ss.

²² COLOM PIAZUELO, E., (2002:230).

²³ El derecho de reversión tiene aplicación fundamentalmente en el ámbito de la expropiación forzosa, existiendo sobre la materia abundante doctrina y jurisprudencia. Ciertamente el estudio de la figura en este ámbito nos es de utilidad. Entre la obra dedicada a esta materia destacamos la de GALLEGO CORDERO, I., *El derecho de reversión en la expropiación forzosa*, La Ley, Madrid, 2006. También son de interés FERNÁNDEZ LÓPEZ, A.R., *El derecho de reversión en la expropiación forzosa*, Tesis doctoral, RODRÍGUEZ ARANA, J. Y AYMERICH CANO, C., (dir. tes.). Universidad da Coruña (2009) o GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., "La reforma del derecho de reversión", *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 6, 2000, p. 9-28 y HORGUE BAENA, C. "Sobre el derecho de reversión en la expropiación forzosa"

o la disputa sobre si el artículo 80.2, tercer inciso, de la LOU resultaría también de aplicación a los bienes transmitidos a las Universidades para destinarlos a fines universitarios al amparo del artículo 53 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, lo que ha sido resuelto unánimemente en sentido afirmativo. Sentado todo lo anterior nos vamos a centrar en la cuestión de qué es lo que puede hacer, patrimonialmente hablando, la Universidad con esos bienes sometidos al derecho de reversión, sin activarlo. Para ello delimitaremos previamente cuales de los bienes de su patrimonio que están sometidos al citado derecho.

III. DELIMITACIÓN DE LOS BIENES UNIVERSITARIOS CUYA ENAJENACIÓN PUEDE ACTIVAR EL DERECHO DE REVERSIÓN A FAVOR DEL ESTADO O LA COMUNIDAD AUTÓNOMA COMO “ADMINISTRACIÓN DE ORIGEN”

A estos efectos es necesario que distingamos estos bienes según la procedencia que tengan.

1. Régimen de enajenación de bienes de dominio público de la Universidad que no se han adquirido de una Administración Pública

A este grupo de bienes no le es de aplicación la previsión contenida en el inciso final del artículo 80.2, párrafo primero, de la LOU, más arriba citado, que establece el derecho de reversión “*Cuando los bienes a que se refiere el primer inciso de este apartado dejen de ser necesarios para la prestación del servicio universitario, o se empleen en funciones distintas de las propias de la Universidad, ...*”. Este inciso primero se refiere a bienes que han sido entregados a una Universidad, para el cumplimiento de sus funciones, por otra Administración Pública que inicialmente era propietaria de estos (“*la Administración de origen*”). De dicho precepto se deduce que, dado que la facultad de reclamar la reversión se atribuye a la Administración, a la que originariamente correspondía la titularidad dominical de los bienes y que posteriormente los transmitió a la Universidad, hay que concluir que esa facultad de instar la reversión no procede en los casos en que los bienes titularidad de una Universidad no hayan sido adquiridos de una Administración Pública, aún en el caso de que dejen de ser necesarios para la prestación del servicio universitario o se empleen en funciones distintas de las propias de la Universidad. No aplicándose este artículo 80.2 a los bienes que no proceden de otra Administración no están afectados por el derecho de reversión los negocios dispositivos sobre dichos bienes.

en LÓPEZ MENUDO, F. (coord.) en *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, p. 139-179.

2. Régimen de enajenación de los bienes adquiridos de otra Administración

El segundo grupo de bienes de dominio público de la Universidad serían los afectos al cumplimiento de sus funciones, y adquiridos por aquella en virtud de transmisión (en propiedad) de los mismos por otra Administración Pública. A continuación, hay que preguntarse si todos los bienes de una Universidad procedentes de otra Administración están en esta situación. La respuesta es que no todos los bienes afectos al servicio universitario y que procedan de otra Administración se encuentran sometidos a este derecho de reversión. Sólo lo estarán los bienes transmitidos a la Universidad por la Administración a la que se encuentra vinculada en función de la distribución de competencias en materia universitaria, que es la que debe considerarse como la “*Administración de origen*” del artículo 80.2 LOU, y que son el Estado respecto de las a la Universidad Nacional de Educación a Distancia y a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y las Comunidades Autónomas, con competencias en materia de Universidades, en el resto de los casos.

Esta conclusión se sustenta en varios argumentos. En primer lugar, en una interpretación literal del artículo 80.2 de la LOU. A este respecto hay que tener en cuenta que, si bien el segundo inciso de este artículo hace referencia a la reclamación del bien por la “*Administración de origen*”, sin excluir ninguna administración, sin embargo, el inciso primero de dicho apartado se refiere de manera exclusiva al Estado “o” a las Comunidades Autónomas, conjunción disyuntiva que se asemeja a la enumeración cerrada y excluyente, es decir, o uno u otro, pero no un tercero.

En segundo lugar, por una interpretación sistemática del dicho precepto 80.2 que debe ponerse en conexión con el 4.1 y 4.3 de la misma LOU y con la normativa estatutaria que distribuye las competencias universitarias, conforme a las cuales corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas la creación de las Universidades. La creación está asociada a la dotación de medios, de modo que el artículo 80.2 se está refiriendo, por un lado, al supuesto de creación de una Universidad, o, si ya estaba creada, al supuesto de transferencia de la competencia a la Comunidad Autónoma que va acompañado por el traspaso a la Comunidad, con destino a la Universidad una vez se constituya su Consejo Social, de determinados bienes²⁴. Por

²⁴ Esta posición es mantenida por JIMENO SANZ DE GALDEANO, L., “Volver al Origen (o el derecho de reversión en la Ley Orgánica de Universidades)”, en BELLO PAREDES, S., CARO MUÑOZ, A.I. y PEÑA CALLEJAS, P. (Coor.) *VII Seminario sobre aspectos jurídicos de la Gestión Universitaria*, Universidad de Burgos, 2007, p. 307 y ss. Una de las consecuencias que saca la citada autora es que, cuando el Estado transfiere la competencia a las Comunidades Autónomas, al no ser ya administración de referencia para la Universidad, las transmisiones posteriores no estarían sometidas a derecho de reversión. Entiendo que esta conclusión, respecto del Estado, pudiera ser matizada pues no está despojado de toda competencia en la materia, habida cuenta de los dispuesto en el artículo 149.1 puntos 1, 15, 18 y 30, y de la Disposición Adicional vigesimotercera de la LOU que le atribuye funciones de Alta Inspección al Estado en cuanto a la

otro lado, se refiere a los que estas entidades les transfieran con posterioridad a las Universidades.

En tercer lugar, a los argumentos expuestos, hay que añadir una interpretación teleológica y sistemática del precepto, en función de la finalidad misma de la norma y de su relación con el resto del ordenamiento jurídico, y en particular con las normas que regulan el Patrimonio de cada una de las Administraciones Públicas. La LOU tiene como finalidad regular las materias propias de la vida universitaria en su más amplia acepción, pero no la vida de las administraciones en general. Las leyes reguladoras de la actividad de cada una de las muy diversas formas de administración territorial (estatal, autonómica o local), o instrumental, se rigen por sus preceptos específicos sin que sea la LOU una especie de manto superior que las envuelva y cambie, lo que carecería de toda lógica sistemática. Llevado esto al ámbito patrimonial quiere ello decir que la regulación del patrimonio de cada una de las Administraciones se encuentra en su normativa específica, y que, por tanto, la posibilidad de disponer de sus bienes demaniales o patrimoniales y los procedimientos para realizarlo se rigen por las normas que, con carácter general, las regulan. Es decir, que las normas generales sobre la cesión gratuita se encuentran en la normativa patrimonial de cada Administración. Si hay una norma en la LOU referida a cuestiones patrimoniales que afecte a esas otras Administraciones sólo tiene lógica si es algo específico que afecta a la relación que tienen esas Administraciones con la Universidad, si no es así ya están las normas patrimoniales ordinarias para esas otras cuestiones. Desde esta perspectiva es lógico que el precepto se refiera a un supuesto especial, que no es el hacer llegar un bien desde una Administración a otra, lo cual se regula ya en la normativa patrimonial, sino el supuesto especial en que el bien se hace llegar a la Universidad por la Administración a la que se está vinculada por tener competencias en materia de Universidades, aquella que puede crear o extinguir la Universidad y reordenar en general a todas las que se encuentran bajo su competencia.

La conclusión que se alcanza es, por tanto, que sólo cuando el bien ha sido transferido por la Administración a la que está vinculada la Universidad, entra en juego este artículo surgiendo el derecho de reversión, y en el resto de los casos habrá que estar a lo dispuesto en la normativa patrimonial de cada una de las Administraciones. Esta reflexión será retomada más adelante pues es una muestra de que la concesión de este derecho de reversión a la “*Administración de origen*” se anuda de algún modo a las competencias que en materia de Universidades tiene la Comunidad Au-

enseñanza universitaria. A este respecto, PEÑA CALLEJAS, P., “Comentario del artículo 80”, en Aa.Vv., *Un paseo por la LOU, Análisis sistemático de la Ley 6/2001 de 21 de diciembre, de Universidades*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003, p. 530-559, señala: “Lo primero que hay que destacar es que las Administraciones territoriales de origen son el Estado y las Comunidades Autónomas, pues la Administración Local tiene establecido su propio plazo y mecanismo.”

tónoma y a la protección del servicio público universitario mediante la aplicación de este derecho de reversión.

3. Posibilidades de actuación patrimonial de la Universidad sobre los bienes sometidos a derecho de reversión sin activar el mismo

Así pues, los bienes que se ven afectados por el 80.2 son los procedentes de la “*Administración de origen*” y no el resto. ¿Qué puede hacer el gestor universitario, necesitado de financiación y contando con bienes transferidos por la vía del 80.2, que ya no le son de mucha o ninguna utilidad, con estos bienes?, ¿puede destinarlos a otro uso?, ¿necesita autorización de la “*Administración de origen*” para acometer este cambio de uso? Y si el cambio de uso no es suficiente: ¿puede solicitar la Universidad a la “*Administración de origen*” que renuncie al derecho de reversión o que autorice la operación de venta lo que podría implicar una renuncia tácita al derecho de reversión?, o ¿puede solicitar que el derecho no se ejercite con el compromiso, por parte de la Universidad, de invertir lo obtenido en el servicio universitario?, ¿puede enajenar el bien y reinvertirlo en el servicio universitario sin autorización alguna?, ¿podría hacerlo con autorización? Estas son las preguntas que se le plantean a las Universidades y a las que pretendemos dar respuesta. Si las dejamos sin responder las opciones, dentro del ordenamiento jurídico, de la Universidad sólo serán la infrutilización del bien en una finalidad que no es la deseada o la devolución.

Para estudiar el tema partimos del término medio: una Universidad leal que de buena fe quiere dar un mejor destino a ese patrimonio inmobiliario, pero sin que ello suponga tener que devolver el bien o el dinero, y por tanto frustrar la finalidad perseguida, y para ello plantea a la “*Administración de origen*” que va a enajenar el bien transferido por la vía del artículo 80.2 de la LOU y le solicita que renuncie, o que no ejercite el derecho de reversión, para poder vender, bien pura y simplemente (primer supuesto) o con el compromiso adicional de que lo obtenido en la venta se destinará al servicio universitario (segundo supuesto).

A. Primer supuesto: Universidad que pide a la “*Administración de origen*” que no ejercite el derecho de reversión, sin compromiso adicional de reinversión

Dado que la renuncia no está prevista legalmente, la primera cuestión que habría que responder es si es posible renunciar a este derecho de modo que el bien quede en manos de la Universidad, y, esta pueda disponer libremente de él. Para lo cual, a su vez, hay que examinar la naturaleza del derecho de la “*Administración de origen*”, y la naturaleza de la titularidad de la Universidad con la finalidad de comprobar si es posible la aplicación por analogía de la regulación de otra figura. En efecto, a pesar de que en el supuesto contemplado en el inciso final del artículo 80.2, párrafo pri-

mero, de la LOU, se emplea la expresión “podrá” referida al ejercicio de la reversión (“...la Administración de origen podrá reclamar su reversión, o bien, si ello no fuese posible, el reembolso de su valor...”), el término “podrá” hace referencia, como en tantas otras normas dirigidas a la Administración, a una habilitación para actuar pero sin otorgar a la Administración una facultad de ejercicio discrecional²⁵. Son varios los argumentos que nos llevan a esta conclusión y que expondremos a continuación, no obstante, se manifiestan en contra TORRES LÓPEZ²⁶, y DESCALZO GONZÁLEZ²⁷ que sólo se apoyan, a estos efectos, en la dicción literal del artículo.

Entendemos que no es posible la renuncia a ejercer el derecho de reversión por varios argumentos: Por la configuración causal de la transferencia ligada al servicio universitario, por la regulación que se hace de la devolución en la figura de la cesión gratuita de bienes con la que la reversión del artículo 80.2 de la LOU guarda una

²⁵ En este mismo sentido ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, Dictamen de 23 de julio de 2004, “Reversión Régimen del dominio que ostentan las Universidades Públicas respecto de los bienes que le son entregados por la Administración del Estado al amparo del artículo 80.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre. Aplicabilidad de la figura de la reversión, respecto de dichos bienes, a las Universidades creadas por Ley de las Cortes Generales, a la Universidad Nacional de Educación a Distancia y a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Inclusión en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado de los bienes que la Administración del Estado transmita a esas Universidades. Inclusión en dicho Inventario de los derechos de reversión que corresponden al Estado”, *Annales*, 2004, Dictamen 31, p. 441-459. En concreto sobre esta cuestión señala: “En el supuesto contemplado en el inciso final del artículo 80.2, párrafo primero, de la LOU, la reversión de los bienes (o el reembolso de su valor si no fuese posible la reversión) parece configurarse, en principio, con carácter potestativo, es decir, como una facultad, como se desprendería del término «podrá» que utiliza dicho precepto legal («[...] la Administración de origen podrá reclamar su reversión, o bien, si ello no fuese posible, el reembolso de su valor[...]»). Considera, sin embargo, este Centro Directivo que también en el supuesto contemplado en el inciso final del artículo 80.2, párrafo primero, de la LOU el derecho de reversión no es una facultad de la que pueda hacer uso o no voluntariamente la Administración cedente.” En contra, DESCALZO GONZÁLEZ, A., “Los bienes de las Universidades Públicas” en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (coord), (2013: 2ª Edición, versión digital) señala: “De esta suerte, y como quiera que con arreglo a las normas generales en la materia resulta del todo posible que la universidad titular de un bien de dominio público proceda a su desafectación, surge la referida contramedida legal de permitir, nunca de obligar—la LOU dice «podrá»—, a la Administración de origen reclamar la devolución del bien en su momento atribuido o, en su caso, y para el supuesto de que ello no sea posible, el reembolso de su valor al momento de la reversión”.

²⁶ TORRES LÓPEZ, M.A. “Patrimonio Universitario”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.) *Derecho de los Bienes Públicos*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1675, señala que “Pueden plantearse los casos siguientes: a) Que la Administración de origen no reclame el bien. b) Que la Administración de origen lo reclame y la Universidad haya dispuesto del bien, una vez desafectado y calificado como bien patrimonial de la misma, por aplicación del régimen general y exista un tercero propietario protegido por la fe pública registral. c) Que en el supuesto anterior, se reclame el reembolso de su valor al tiempo de la reversión y sea de imposible cumplimiento para la Universidad, si no es en detrimento del servicio público universitario.”

²⁷ DESCALZO GONZÁLEZ, en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (coord), (2013: 2ª Edición, versión digital) señala: “De esta suerte, y como quiera que con arreglo a las normas generales en la materia resulta del todo posible que la universidad titular de un bien de dominio público proceda a su desafectación, surge la referida contramedida legal de permitir, nunca de obligar—la LOU dice «podrá»—, a la Administración de origen reclamar la devolución del bien en su momento atribuido o, en su caso, y para el supuesto de que ello no sea posible, el reembolso de su valor al momento de la reversión.”

semejanza esencial, porque no caben transferencias gratuitas en la normativa patrimonial andaluza, y porque una actuación como esa sería contraria a deber de velar por sus derechos patrimoniales que tiene toda Administración. Pasamos a desarrollar estos argumentos

a). *Configuración causal de la transferencia de bienes ex artículo 80.2 de la LOU. Similitud con la cesión gratuita de bienes*

Para una correcta comprensión de la cuestión relativa a una posible renuncia al derecho de reversión resulta necesario señalar qué tipo de derecho es el que se ostenta -y al que se renunciaría- por parte de la “*Administración de origen*”, lo que es el reverso de la cuestión de qué tipo de titularidad es la que tiene la Universidad sobre el bien. Comencemos señalando que, conforme a la normativa citada, a las Universidades se les transmite la propiedad de los bienes que se les hacen llegar por la vía del artículo 80.2 LOU, y que no se trata de una mera adscripción de bienes en que la titularidad dominical permanezca en la Administración que adscribe. Sería en todo caso una titularidad amenazada por la existencia de una condición que puede dar lugar a su resolución en caso de que dejen de destinarse al servicio universitario y se active el derecho de reversión de la “*Administración de origen*”, en definitiva, una titularidad “*resoluble o revocable*”²⁸. Así que, por una parte, la Universidad ostenta una titularidad dominical sometida a una carga o modo impuesta por ministerio de la ley –destino del bien a la prestación del servicio universitario– y cuyo incumplimiento provoca la resolución o revocación de la cesión de la titularidad dominical, y por otra parte, la Comunidad Autónoma o el Estado, como “*Administración de origen*”, tienen un dere-

²⁸ En este sentido hay que citar ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, (2004:444): “*Ahora bien, esa titularidad dominical se configura como una titularidad resoluble o revocable, ya que tal titularidad se mantiene en tanto en cuanto el bien de que se trate siga siendo necesario para la prestación del servicio universitario y se emplee en las funciones propias de la Universidad, de forma que en otro caso, es decir, si dicho bien deja de ser necesario para la prestación del servicio universitario o no se emplea en las funciones propias de la Universidad, dicha titularidad dominical de la Universidad se resuelve en virtud del ejercicio del derecho de reversión que asiste a la «Administración de origen», es decir, de la Administración que transmitió (en propiedad) el bien a la Universidad. Se trata, pues, de una titularidad dominical sometida a una carga o modo impuesta por ministerio de la ley –destino del bien a la prestación del servicio universitario– y cuyo incumplimiento provoca la resolución o revocación de la titularidad dominical.*” También JIMENO SANZ DE GALDEANO, L. (2007:307).

cho²⁹ de reversión que debe calificarse como un derecho personal³⁰ pues no conlleva un poder directo e inmediato sobre la cosa que es la nota característica de los derechos reales sino una facultad resolutoria de la relación de cesión³¹. En definitiva, la causa de la transferencia³² del bien a la Universidad es que esta lo use en el servicio universitario, y si esto no es así desaparece la causa del negocio traslativo y debe desaparecer la transferencia misma. Lo que en opinión de SOUVIRÓN MORENILLA y PALENCIA HERREJÓN “es una consecuencia imbuída de una lógica aplastante”³³.

²⁹ JIMENO SANZ DE GALDEANO, L. (2007:299) no habla de derecho sino de mera expectativa, en concreto señala que “permanece en la esfera del transmitente una expectativa de derecho sobre le bien transmitido, que será ejercitable cuando concurra el supuesto de hecho...” no se da ninguna razón para calificarlo como mera expectativa. Parece totalmente inadecuado porque se trata de un derecho ya presente; en este caso el derecho está perfeccionado y lo que está sometido a condición es su ejecución, no su existencia. Por ello insistimos en la calificación del mismo como derecho lo que cuadra con la posibilidad de inscripción del mismo en el registro de bienes administrativos o en el Registro de la Propiedad. En sentido coincidente con nuestra afirmación se pronuncia el Dictamen de la Abogacía del Estado ya citado.

³⁰ ABOGACÍA DEL ESTADO (2004:456): “Así las cosas, y no pudiendo conceptuarse el derecho de reversión como un derecho real, sino como un derecho personal (el derecho de reversión no es sino el derecho de resolución de la relación jurídica concertada entre cedente y cesionario por causa de incumplimiento, por parte de este último, del modo o carga bajo la que se impuso la cesión –aplicación o destino del bien cedido al fin para el que se dispuso la cesión–, lo que revela que el referido derecho de reversión ha de conceptuarse como un derecho personal, no entrañando, además, un poder directo e inmediato sobre la cosa que es nota característica de los derechos reales), no puede estimarse comprendido el derecho de reversión en la letra a) del apartado 2 del artículo 33 de la LPAP. Tampoco puede estimarse comprendido el derecho de reversión en la letra b) del citado precepto legal, pues, aunque esta norma se refiera a derechos de carácter personal, tales derechos son los que atribuyen el uso o disfrute de bienes inmuebles ajenos, y es evidente que el derecho de reversión no lleva aparejada esas facultades”.

³¹ Sobre las cesiones sometidas a reversión ver BONILLA RUIZ, J.A., “Eficacia de acto administrativo de cesión gratuita de bien inmueble patrimonial sometido a condición resolutoria. La potestad administrativa de reversión”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º. 8, 2004, p. 1379-1389.

³² Respecto a la del artículo 80.2 de la LOU, DESCALZO GONZÁLEZ, a. en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (coord), (2013: 2ª Edición, versión digital) lo expone de la siguiente manera: “... estima del todo preciso y adecuado dicha atribución demanial para así poder garantizar realmente la autonomía reconocida constitucionalmente a las universidades; ahora bien, y de otra parte, el legislador general-estatal considera igualmente que esta disposición atributiva de la titularidad demanial sólo tiene cabal sentido si se mantiene de manera permanente por la universidad la afectación de dichos bienes al servicio público de la enseñanza superior, razón última, insisto, que explica la muy mencionada atribución.” TORRES LÓPEZ, M.A. “El patrimonio universitario” en GONZÁLEZ GARCÍA, J.V. (dir.), *Comentario a la Ley Orgánica de Universidades*, Civitas, Madrid, 2009, p. 849, señala “...la afectación del bien estatal o autonómico de dominio público de que se trate al cumplimiento de las funciones de la Universidad es un requisito esencial para que la Universidad reclame la titularidad de dicho bien. Por lo que si la Universidad no puede acreditar la afectación de un determinado bien estatal o autonómico de dominio público al cumplimiento de sus funciones, dicho bien continuaría siendo propiedad del Estado o Comunidad Autónoma, pues la Universidad no podría acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos establecido legalmente para que opere la atribución de propiedad a su favor”.

³³ SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. y PALENCIA HERREJÓN, F., *La nueva regulación de la Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, Comares, 2002, p. 550.

Desde este punto de vista la transferencia de bienes a la Universidad ex artículo 80.2 de la LOU guarda una gran similitud con la figura de la cesión gratuita de bienes o derechos a la que se refieren los artículos 145 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, LPAP en adelante, y los artículos 125 a 133 del Real Decreto 1373/2009 de 28 de agosto, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. En esta normativa se admite tanto la cesión del uso, como la cesión de la propiedad, aunque este segundo caso limitado a la cesión a las Comunidades Autónomas, entidades locales o fundaciones públicas, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia. Además, en el artículo 134, se contempla la cesión gratuita de uso. Por su parte los artículos 57 y 106 de la Ley 4/1986 de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los artículos 133 a 135 del Decreto 276/1987 de 11 de noviembre que establece el Reglamento de desarrollo de la Ley 4/1986, admiten la cesión de bienes, para uso o servicio público, a otras entidades públicas “*sin que suponga cambio de titularidad*”, en una figura que recuerda a la adscripción.

Tanto en una normativa como en la otra se recoge como elemento definidor de esta figura el hecho de que la cesión se justifica en el destino de uso o servicio público que se le da al bien y que constituye la causa de la cesión³⁴. En efecto, tras establecer esta normativa que los bienes y derechos patrimoniales de la Administración cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social, se afirma el principio de la vinculación de los bienes o derechos objeto de cesión gratuita al fin de ésta, así como que sólo pueden ser empleados en el uso para el que fueron cedidos y que en caso de no hacerse así se dará lugar a la resolución de la cesión³⁵.

Esta configuración causal implica, necesariamente, que el incumplimiento del fin tiene como consecuencia la resolución de la cesión y la consiguiente reversión del bien o derecho cedido a la Administración cedente. Vemos, por tanto, que la situa-

³⁴ GONZÁLEZ GARCÍA, J.L., “Bienes Patrimoniales y Patrimonio de las Administraciones Públicas”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J.L. (dir.) (2015:202) señala que “*La regulación pretende proporcionar seguridad a las Administraciones públicas de que el destino del bien es el que se ha pactado previamente con el solicitante.*”

³⁵ Así en la legislación andaluza el artículo 133 párrafo primero del Reglamento dice “*El bien patrimonial cedido quedará así afecto a un uso o servicio público ajeno al cedente, pasando a ser de dominio público sin que suponga cambio de titularidad. En todo caso, el incumplimiento del fin que justificó la cesión comportará la devolución del bien a la Administración cedente, mediante la oportuna tramitación de un expediente en el que se oirá al cesionario, y que será resuelto previo informe del Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia y de los Servicios Técnicos que se estimen precisos. La Dirección General de Patrimonio vigilará el correcto destino de estos bienes. En la LPAP el artículo 145 apartado 1 señala que “los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo”. En parecidos términos el 150.1 de la LPAP dispone que “si los bienes o derechos cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión y revertirán los bienes a la Administración cedente...”*”

ción de los bienes cedidos gratuitamente por la Administración guarda una semejanza esencial con la situación de los bienes transmitidos a la Universidad por la vía del artículo 80.2 que han de destinarse al fin que justifica la transferencia y en caso contrario deben devolverse. A la vista de la gran similitud entre la cesión gratuita y lo dispuesto en el artículo 80.2 de la LOU, y dado que el artículo 80.2 no contempla el supuesto de que se renuncie al derecho de reversión, o simplemente no se ejercite, procedería aplicar, por analogía, el régimen jurídico que se establece en relación a las cesiones gratuitas que es el expuesto y que no permite la renuncia, como se deriva de la literalidad de los preceptos citados, que se expresan de manera imperativa en cuanto al retorno de los bienes cedidos cuando desaparece la causa de la cesión.

b). Argumentos adicionales en contra de la posibilidad de la renuncia: el deber de velar por la conservación del patrimonio y la prohibición de donaciones

En apoyo de estas conclusiones hay que añadir que otra interpretación no sería conforme con el artículo 6, letra e, de la LPAP que, al señalar los principios relativos a los bienes y derechos de dominio público, recoge como principio de actuación y de gestión del patrimonio el: “*e) Ejercicio diligente de las prerrogativas que la presente Ley u otras especiales otorguen a las Administraciones públicas, garantizando su conservación e integridad.*” Y en el mismo sentido se incumpliría lo dispuesto en el artículo 28 del mismo texto en torno al deber de conservación³⁶ al afirmar que: “*Las Administraciones públicas están obligadas a proteger y defender su patrimonio.*” Lo que en palabras de BALLESTEROS MOFFA, al comentar este precepto, es para la Administración “*pieza fundamental del engranaje normativo y eje sobre el que giran las distintas obligaciones específicas*” y que es un deber que se caracteriza por “*las notas de generalidad y enfoque integral*”³⁷. En definitiva, se trata de una manifestación de la potestad de protección del patrimonio de la “*Administración de origen*” vinculada a su posición como Administración con competencia en materia de Universidades, y ante la situación de hecho que requiere de su ejercicio, no puede quedar al albur de la Administración la decisión de si la ejerce, o no, puesto que esta actúa, en todo momento, sometida a Derecho conforme a los artículos 9.1 y 103 CE.

Además de estos argumentos hay otro de carácter sistemático relacionado con la prohibición de la donación de bienes contenida en la normativa patrimonial. La Ley 4/1986 LPCAA no regula la renuncia de derechos. La renuncia supone una manifestación de la voluntad de desprenderse de un derecho, sería algo así como enajenarlo, lo que se puede hacer a título oneroso o gratuito. En este caso, por la renuncia el acreedor transmite el derecho al deudor que ve suprimida la obligación que tenía y restablecida la totalidad de su esfera jurídica de la cual se había desgajado una presta-

³⁶ Sobre este tema, BALLESTEROS MOFFA, L.A., “Protección y defensa del patrimonio: obligación administrativa, cooperación y límites a la disponibilidad”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (Coord.) *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2004, P 201-246.

³⁷ BALLESTEROS MOFFA, L.A. en CHINCHILLA MARÍN, C. (2004: 201 y 207).

ción en favor de quien tenía el derecho renunciado. En este caso se transmitiría el derecho a la reversión en favor de la Universidad que ya no tendría que devolver el bien, lo que convertiría su titularidad condicionada en una incondicionada, no sometida a su extinción por el incumplimiento del fin público al que estaba vinculado el bien. En el planteamiento realizado dicha renuncia no conlleva ninguna contraprestación por lo que sería una transmisión a título gratuito, que si afectase a un bien llamaríamos donación. Pues bien, siendo la renuncia una forma de transmisión del bien o derecho hay que aplicar la normativa patrimonial reguladora de las transmisiones. A este respecto hay que recordar que las donaciones de bienes están prohibidas por la legislación patrimonial conforme al artículo 107 de la LPCAA, y por analogía habría que entender prohibida la enajenación a título gratuito de un derecho. Por tanto, esto nos reafirma en que no es posible la renuncia al derecho de reversión.

c). Sobre la posibilidad de la enajenación del bien transferido mediante una petición de autorización a la “Administración de origen”: imposibilidad de renuncia por esta vía

En definitiva, no es posible renunciar, simple o gratuitamente, pero ¿puede la Universidad pedir una autorización para enajenar a la “Administración de origen”? En este sentido, la cuestión principal es si esto podría entenderse como una renuncia tácita del derecho de reversión. A este respecto hay que distinguir entre los bienes universitarios que alcancen el valor de 20 millones de euros y los que no. Los primeros están sometidos a la autorización del Parlamento de Andalucía mediante Ley conforme al artículo 91.2 párrafo tercero del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, Texto Refundido de la Ley de Universidades de Andalucía. La enajenación del resto de bienes no está sometida a autorización alguna, ni de Parlamento ni de Junta de Andalucía como “Administración de origen”. En este último caso entiendo que una supuesta autorización de la Administración no puede emitirse porque se carece de competencia para ello, y de hacerlo difícilmente puede entenderse como una renuncia tácita al derecho puesto que sería un acto viciado, en principio, de nulidad de pleno derecho por incompetencia material manifiesta. A esto habría que añadir que, conforme a la jurisprudencia constante, la renuncia ha de ser ordinariamente expresa y clara³⁸ lo que puede no cumplirse en el caso de una supuesta autorización de venta.

En el caso de una Ley del Parlamento de Andalucía autorizando la enajenación habría que acudir a los principios reguladores de la relación entre normas. En este supuesto nos encontramos ante una Ley Orgánica, que tiene carácter básico en lo

³⁸ Una asentada doctrina jurisprudencial acerca de la renuncia de derechos señala que, como manifestación de la voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación de los mismos, no puede ser dudosa o incierta, lo que impone una interpretación restrictiva, según recogen, entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1983 (RJ 1983, 4680), 19 de julio de 1984, 25 de abril de 1986 (RJ 1986, 2002), 11 de noviembre de 1991, 2 de julio de 1992 (RJ 1992, 6502) y 22 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1109).

referente a este artículo 80, de acuerdo con la Disposición Final Cuarta de la LOU, dictado al amparo de la competencia del Estado en estas materias y recogida en el artículo 149.1 puntos 1, 15, 18 y 30. No es una materia, por tanto, que una Ley del Parlamento autonómico pueda regular dando una configuración distinta y privando a la “*Administración de origen*” del derecho de reversión que le atribuye la Ley Orgánica. Además, no parece que sea ese el sentido de la intervención del Parlamento autonómico en estas enajenaciones, en efecto, lo que se quiere es que cuando la cuantía sea muy elevada la Universidad no pueda actuar de manera independiente, y por la transcendencia del importe, se impone la intervención del Parlamento. Es esa la finalidad con la que se atribuyen las competencias para enajenar en el ámbito de los patrimonios de las Administraciones, a medida que sube el valor sube la jerarquía dentro de la Administración y pasados ciertos límites va al Parlamento. Sin embargo, no ha sido la finalidad de este precepto el que se utilice para lesionar los derechos de otra administración y eludir lo dispuesto en una Ley Orgánica.

A lo anterior hay que añadir que, ciertamente la Junta, como Administración, y su Gobierno, como órgano superior de la anterior, no son lo mismo. Siendo esto así, no hay que perder de vista que ambas constituyen parte esencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía como entidad política. A esto hay que añadir que la LP-CAA 4/1986 no regula un patrimonio de la Administración, ni de la Junta, sino de la Comunidad Autónoma. Por tanto, bien puede decirse que las funciones de protección del patrimonio de la Comunidad Autónoma se distribuyen entre la Administración -la Junta de Andalucía- y el Parlamento que, cuando autoriza una enajenación de un bien universitario de elevada cuantía, es tan Comunidad Autónoma como lo es el Consejero correspondiente cuando la cuantía es menor. Dicho todo lo cual, entiendo que si bien una Ley del Parlamento no puede ir contra la Ley Orgánica de Universidades parece más adecuado señalar, además, que esa Ley no tiene contenido normativo propiamente hablando y que es más bien un acto autorizatorio. Al fin y al cabo, sólo es una expresión de la voluntad de la “*Administración de origen*” y, desde este punto de vista, no sería tanto una modificación del régimen legal del artículo 80.2, sino una actuación dentro de este régimen por la cual el Parlamento, al autorizar la venta, renunciaría al derecho de reversión que corresponde a la “*Administración de origen*”. Así que la cuestión sería nuevamente si es posible renunciar al derecho de reversión. Ciertamente es una cuestión llamativa por cuanto supone dilucidar si el Parlamento al emitir esa autorización en forma de Ley está sometido a otras leyes, o si por el contrario no está constreñido por las mismas por no estar sometido a la anterior normativa. Ahora bien, si hemos dicho que, aunque tenga rango de Ley, la autorización del Parlamento no tiene carácter normativo, sino de acto autorizatorio, parece coherente con la naturaleza del acto jurídico emitido que el mismo esté sometido a la normativa reguladora de dichos actos y en consecuencia no es posible que el

Parlamento de una autorización que suponga renunciar al derecho de reversión en perjuicio de los derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma. En definitiva, tampoco es posible obtener una autorización que suponga eludir el derecho de reversión, aún si los bienes superan los veinte millones de euros.

- B. Segundo supuesto: Universidad que pide a la “*Administración de origen*” que no ejercite el derecho de reversión con el compromiso de reinvertir lo obtenido por la enajenación en el servicio universitario. Interpretaciones sobre cuando surge el derecho de reversión

Aclarado que no es posible la autorización de la “*Administración de origen*”, pura y simplemente, sin compromiso de reinversión, la pregunta que quedaría en pie es si esa renuncia/autorización podría basarse en que la Universidad se obligase a reinvertir el dinero obtenido de la enajenación en determinadas finalidades. Responder a esto supone analizar cuando se da el supuesto de hecho que justifica la reversión del bien a la Administración de origen. En efecto según se entienda de una u otra manera habrá surgido, o no, el derecho de reversión en favor de la Administración de origen. Literalmente el supuesto se da cuando los bienes “...*dejen de ser necesarios para la prestación del servicio universitario, o se empleen en funciones distintas de las propias de la Universidad*”. Pues bien, respecto a esta cuestión podemos señalar tres posiciones, dos de las cuales son antagónicas y no guardan el equilibrio necesario entre los bienes jurídicos protegidos por la norma y no se compadecen con el derecho positivo. Hay una tercera que es la que, en mi opinión, se corresponde con los textos positivos, con la esencia de la institución y con la tutela equilibrada de los bienes protegidos.

Los bienes jurídicamente protegidos por el precepto son a mi modo de ver tres. Por un lado, autonomía de la Universidad en la Gestión de su patrimonio³⁹. Por otro lado, la integridad del patrimonio de la Administración cedente o de origen. Y por encima de estos dos, y como base a su vez de ambos, la prestación del servicio público universitario. De hecho, el Tribunal Constitucional en la STC 106/1990, de 6 de junio, a propósito de la Ley de Reorganización Universitaria de Canarias señala como el fundamento de la titularidad de los bienes de la Universidad se encuentra en la prestación del servicio universitario. De modo que la titularidad es algo secundario y su protección se basa en que sirve a la protección del propio servicio universitario. Analicemos las tres posibles posiciones en relación con la interpretación del artículo

³⁹ Al tema de la autonomía universitaria, en su vertiente de autonomía financiera nos vamos a referir más adelante de manera específica en el cuerpo de este escrito. No obstante, esta es sólo una vertiente del tema que ha sido desarrollado grandemente por la doctrina en cuanto pilar fundamental de la actuación de las universidades. Podemos citar: EMBID IRUJO, A., *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2000, *Capítulo III en especial*. SOSA WAGNER *El mito de la autonomía universitaria*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007; LÓPEZ JURADO ESCRIBANO *La autonomía de las universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

80.2 de la LOU, sobre el momento en que surge el derecho de reversión, qué relaciones establecen entre estos tres bienes a proteger y si se pueden considerar amparadas por la legislación positiva.

La primera posición, extrema en la protección de la autonomía universitaria, sería la que considera que no surge el derecho de reversión cuando la Universidad deja de utilizar el bien para el servicio universitario, lo desafecta, y lo vende, pero reinvierte lo obtenido por la enajenación en el servicio universitario. Para esta primera posición es posible autorizar con compromiso de reinvertir, es más considera que ni siquiera es necesario el compromiso porque no se da el supuesto de activación del derecho de reversión. La segunda posición, en el extremo contrario, es la que entiende que, si la Universidad deja de destinar el bien al fin para el cual se le cedió, aun cuando sea sin venderlo, y destina el mismo bien a otro uso e, incluso si es un fin incluido en el servicio universitario, se habría dado el supuesto de reversión. La tercera de las posiciones consideraría que el cambio de uso del bien dentro del servicio universitario no hace surgir el derecho de reversión, pero que la enajenación para reinvertir el dinero obtenido no es uso del bien y por tanto sí que justifica el ejercicio del derecho de reversión que como hemos visto no es renunciable. Pasamos a estudiar estas posiciones.

a). Interpretación de extrema protección de la autonomía universitaria

En favor de esta posición se manifiesta DEL VALLE PASCUAL⁴⁰ y TORRES LÓPEZ⁴¹. Procede que analicemos cuales serían las bases de esta posición. Ciertamente el artículo 80.2 de la LOU se refiere a que revierta el bien, y si ello no es posible, que se devuelva el valor equivalente, lo que parece incluir la idea de que el bien ya no esté en el patrimonio de la Universidad por haber sido enajenado. Si unimos a esto la idea de que la Universidad no tiene los bienes en adscripción, sino como titular dominical de los mismos, puede llegar a plantearse si, como consecuencia de

⁴⁰ Así lo hace DEL VALLE PASCUAL, J.M. El patrimonio de las Universidades en MESTRE DELGADO, J.L. (2004:112) donde señala: “...Cualquier día vemos a un jefe de negociado con una especie de interdicto de recobrar la posesión de un edificio universitario. Pero habrá de ser un hombre habilidoso, porque tendrá que acreditar que tal edificio ya no presta un servicio universitario, y hoy en día la universidad ya no es lo que era, es decir ya no es sólo un lugar de estudio, ni sólo de investigación, sino de difusión, valorización y transferencia del conocimiento; ya no es sólo una persona jurídica, sino que puede ser un holding de empresas de base tecnológica [artículo 41.2.g) de la LOU]; es difícil hacer destinde y amojonamiento de lo que sea extensión universitaria, o no. Que no se engañe ese apresurado funcionario, pues los edificios universitarios no dejan de ser útiles al servicio de la institución cuando dejan de ser demaniales, se desafectan, y se convierten en patrimoniales, por ejemplo, para sacar un provecho económico que se reinvierte en la universidad misma. Por ejemplo, en una actividad tan puramente privada como la de transferencia de los resultados de la investigación.

⁴¹ TORRES LÓPEZ, M.A., en GONZÁLEZ GARCÍA, J.L. (dir) (2015:1679) “Que deje de ser útil al servicio público universitario. Claro está que la utilidad al servicio público universitario puede continuar cuando tras la desafectación del bien, se procede a la enajenación del mismo para con su valor contribuir a la continuidad del servicio público universitario, más que al lucro de la propia Universidad como Institución.” También TORRES LÓPEZ, M.A. en GONZÁLEZ GARCÍA, J.L., (2009:854)

ello, se le otorga a la Administración, cesionaria y dueña, la posibilidad de enajenar el bien, y devolver en su caso el equivalente cuando el equivalente no se destine a sus propios fines, o de no devolverlo en el caso de que se destine a sus propios fines. Los fundamentos de dicha posición serían la titularidad dominical de los bienes por la Universidad, la utilidad o flexibilidad para la gestión universitaria, ambos argumentos íntimamente ligados a una concepción expansiva de la autonomía universitaria y, por último, una interpretación amplia de la idea de servicio universitario. Como veremos los tres primeros argumentos carecen, en nuestra opinión, de apoyo normativo, y no abordan el hecho de que una posibilidad como la defendida supone una disminución de la protección dispensada al servicio público universitario y burlan el derecho de la “*Administración de origen*”, mientras que una concepción amplia de la noción de servicio universitario no implica en modo alguno la consecuencia deseada por lo que entendemos que es irrelevante. Pasamos a estudiarlos.

En cuanto a la titularidad se señala que los bienes que hoy se consideran de la Comunidad Autónoma o del Estado, eran bienes que inicialmente habían adquirido las Universidades a lo largo del proceso histórico de su creación por diversas vías, fundamentalmente, por donaciones que se hacen a esas universidades. Se pone de manifiesto que a través de un largo proceso histórico terminan perdiendo parte de esa propiedad, culminando cuando se les aplica la LEEA. Como posteriormente las Universidades recuperan la posibilidad de tener un patrimonio propio se entiende, desde esta posición, que la titularidad del patrimonio propio y la autonomía universitaria excluyen el derecho de reversión de los bienes cuando el bien ha sido empleado en un uso universitario distinto del inicial (por ejemplo una facultad que pase a ser sede de la radio de la Universidad) o incluso cuando el bien se vende y lo que se obtiene se invierte en cualquier cosa que pueda considerarse incluida en el servicio universitario (por ejemplo, aportar capital para fundar una sociedad para dar salida a los proyectos universitarios de innovación). Desde este punto de vista se entiende que la Universidad no sería verdaderamente autónoma si no puede disponer libremente de sus bienes. Todo lo anterior se anuda a la necesidad de agilidad en la gestión universitaria para adaptarla a las exigencias de la Universidad actual. Hasta tal punto se considera que la gestión debe ser libérrima que DEL VALLE PASCUAL considera esta previsión legal del artículo 80.2 de la LOU como una puerta abierta a la pérdida de autonomía por las Universidades y retorno al sistema de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 señalando que es un “*factor de muy importante desestabilización*”⁴². Sin embargo, como no existen derechos absolutos, ni siquiera el derecho fundamental a la autonomía universitaria está exento de limitaciones, y en este caso la Universidad no está exenta de cumplir el artículo 80.2 en la gestión de un patrimonio que no deja de ser suyo por estar sometido a una limitación. Máxime

⁴² DEL VALLE PASCUAL, J.A., en MESTRE DELGADO, J.L. (2004:270).

cuando esa limitación deriva de una Ley Orgánica sobre la que no se ha planteado duda constitucional; cuando el precepto que establece la reversión es el mismo que le atribuye esta singular titularidad y no parece que sea coherente pretender aplicar un artículo sólo en la parte que favorece a la Universidad; y cuando el derecho de reversión constituye una garantía de la dedicación de los bienes al servicio universitario como veremos.

En cuanto al argumento de la titularidad, hay que señalar que, en todo caso, tener un patrimonio propio no significa que este no esté sometido a normas. Ni tampoco que esas normas no sean distintas según la procedencia del bien, como sucede cuando el bien de la Universidad ha sido transferido por la Comunidad Autónoma para un uso concreto. Toda la argumentación histórica, desarrollada con elocuente erudición, no puede ocultar el hecho fundamental, y positivo, de que las leyes son las que atribuyen la propiedad al Estado o las CC.AA, inicialmente, y las que le reconocen el derecho de reversión, tras el traspaso a las universidades. Es decir que se trata de una titularidad sometida a leyes. En este sentido JIMENO SANZ DE GALDEANO señala expresamente entre los límites de la titularidad universitaria la reversión aquí analizada⁴³. Es decir que la Universidad es titular de un patrimonio, y que tiene autonomía, pero eso no implica que dicha autonomía no se mueva dentro de las normas que regulan cada institución. En idéntico sentido DESCALZO GONZÁLEZ⁴⁴. Dicho autor cita el dictamen de la Dirección General de lo Contencioso del Estado número AGE y C 5/83, de 2 de febrero de 1984, sobre atribución de la competencia para establecer el régimen jurídico de los bienes de las universidades, al afirmar que *“el someter los bienes de las Universidades a los mismos postulados que rigen para los bienes de los Entes territoriales en nada pugna con el concepto de autonomía universitaria”*.⁴⁵

Además de lo dicho sobre que la titularidad de un Patrimonio por parte de la Universidad no puede legitimar cualquier actuación, sino sólo las que estén amparadas por el marco jurídico que regula dicha titularidad, hemos de añadir que tampoco la idea de la autonomía universitaria justificaría una posición como la expuesta que supone, poco más o menos, que se ampara una gestión económica absolutamente

⁴³ JIMENO SANZ DE GALDEANO, L. (2007:299) señala *“actualidad la titularidad de la institución universitaria sobre sus bienes de dominio público y los patrimoniales, hayan o no sido afectados por el Estado o las Comunidades Autónomas, es una titularidad indiscutible y así lo viene admitiendo reiteradamente la jurisprudencia dictada en esta materia. Titularidad que implica por sí misma, y con carácter general, el pleno dominio, la plena propiedad sobre los bienes, sin más límites que los dimanantes de su propia naturaleza que establezca la legislación del Estado y la específica dictada por las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias en la materia. Y dentro de esos límites es donde se enmarca la reversión aquí analizada”*

⁴⁴ DESCALZO GONZÁLEZ, A. en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (coord), (2013: 2ª Edición, versión digital).

⁴⁵ DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO en *Revista de Administración Pública*, núm. 111 (1986), p. 511 y 512.

ajena a cualquier intervención de la Administración a la que se encuentra vinculada la Universidad en el ejercicio de sus competencias y de la que además proceden en este caso los bienes. Como veremos esta posición no es respaldada por el Tribunal Constitucional.

Es por tanto preciso, aunque sea someramente, tratar el tema del alcance de la autonomía universitaria con relación a la gestión del patrimonio del que es titular. A este respecto comenzar señalando con SOSA WAGNER que el artículo 27.10 de la CE reconoce la autonomía universitaria “*en los términos que la ley establezca*”⁴⁶ y por tanto no de manera ilimitada. Para saber cuáles sean estos términos y su alcance nos remitimos a los pronunciamientos fundamentales del Tribunal Constitucional en la materia. Así la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4, señala refiriéndose a la autonomía universitaria que: “*se configura en la Constitución como un derecho fundamental por su reconocimiento en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I, por los términos utilizados en la redacción del precepto, por los antecedentes constituyentes del debate parlamentario que llevaron a esa concepción y por su fundamento en la libertad académica que proclama la Ley de reforma universitaria*”. Es la libertad académica por tanto el fundamento de la autonomía en este sentido continúa señalando el “*contenido esencial... que está formado por todos los elementos necesarios para el aseguramiento de la libertad académica*”⁴⁷. De acuerdo con este concepto la LOU prevé, en su artículo 2.2, que corresponde siempre a las Universidades una serie de facultades, entre ellas, “*la elaboración, aprobación y gestión de sus presupuestos y la administración de sus bienes*”. La autonomía universitaria se proyecta con relación a la gestión de los recursos materiales necesarios para la prestación del servicio público universitario, en cuanto sea necesario para preservar la libertad académica que es el fundamento de la misma. Sin embargo, tal y como señala STC 106/1990, de 6 de junio, la autonomía no supone el derecho a contar con unos determinados centros o medios materiales en particular, sino que ello depende de las decisiones de la Administración a la que se encuentra vinculada (Estado o Comunidad Autónoma) de manera que se traduce en una autoorganización de sus propios recursos, “*y ello aún con ciertos límites*”, como sería el límite legal del derecho de reversión que en modo alguno se puede sostener que afecte a la libertad académica en cuanto se refiere, por definición, a bienes desafectados del servicio público⁴⁸. Por tanto, la expansiva con-

⁴⁶ SOSA WAGNER en “La autonomía universitaria.(un mito que confiere poder)”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J.L., (dir.), (2009:103). LÓPEZ JURADO ESCRIBANO, F. de B., *La autonomía de las universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

⁴⁷ O, dicho de manera distinta, “*la autonomía es la dimensión institucional de la libertad académica que garantiza y completa su dimensión individual, constituida por la libertad de cátedra. Ambas sirven para delimitar ese «espacio de libertad intelectual» sin el cual no es posible «la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura [art. 1.2 a) de la LRU], que constituye la última razón de la Universidad*” (STC 55/1989, de 23 de febrero, FJ 2).”

⁴⁸ En concreto la citada STC señala: “*La autonomía universitaria no incluye el derecho de las Universidades a contar con unos u otros concretos centros, imposibilitando o condicionando así las decisiones que al Estado o a las Comunidades*

cepción de la autonomía universitaria no ha sido admitida por la STC 106/1990, de 6 de junio, que ya hemos citado más arriba y que señala que: "...c) *Tampoco desde la consideración de la autonomía económica y financiera de las Universidades cabe formular objeción de inconstitucionalidad a la readscripción de centros prevista en la Ley Canaria*⁴⁹".

En definitiva que la titularidad, unida a la autonomía universitaria, no justifican una posición como la expuesta ya que, si no supone una violación de tal autonomía una reordenación y reasignación de los bienes de dominio público transferidos a las distintas universidades cuando ello deriva de una reasignación de los servicios universitarios a los que estaban afectos dichos bienes, menos aún puede considerarse lesivo para la autonomía universitaria, en su versión económica y financiera, la reversión de un bien que está ligada a que dicho bien ya no está afecto a servicio universitario, es decir una limitación legal que se impone precisamente porque el bien ya no sirve a la libertad académica que es el fundamento de la autonomía universitaria. Y esto nos lleva al punto fundamental para desechar la posibilidad de enajenación del bien sin activar el derecho de reversión que es el doble grado de protección del servicio universitario en el caso de los bienes transferidos por la Comunidad Autónoma a la que se encuentra vinculada la respectiva Universidad.

En efecto, se puede decir que cuando la Universidad va a enajenar un bien afecto al servicio universitario debe tomar las garantías y seguir los procedimientos establecidos por su normativa interna. Eso constituye una primera garantía para el servicio que prestan esos bienes. Cuando ese bien ha sido transferido por la vía del artículo 80.2 LOU se añade otra garantía porque si el bien sale del servicio universitario la Universidad debe revertirlo. Por tanto, permitir la venta de bienes uni-

Autónomas corresponde adoptar en orden a la determinación y organización del sistema universitario en su conjunto y en cada caso singularizado, pues dicha autonomía se proyecta internamente, y ello aun con ciertos límites, en la autoorganización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, les han sido asignadas o, dicho en otros términos, la autonomía de las Universidades no atribuye a éstas una especie de «patrimonio intelectual», resultante del número de centros, Profesores y alumnos que, en un momento determinado, puedan formar parte de las mismas, ya que su autonomía no está más que al servicio de la libertad académica en el ejercicio de la docencia e investigación, que necesariamente tiene que desarrollarse en el marco de las efectivas disponibilidades personales y materiales con que pueda contar cada Universidad, marco este que, en última instancia, viene determinado por las pertinentes decisiones que, en ejercicio de las competencias en materia de enseñanza universitaria, corresponde adoptar al Estado o, en su caso, a las Comunidades Autónomas"

⁴⁹ Señala la citada sentencia que "...c) *Tampoco desde la consideración de la autonomía económica y financiera de las Universidades cabe formular objeción de inconstitucionalidad a la readscripción de centros prevista en la Ley Canaria...una mutación demanial por cambio de la competencia sobre la gestión de determinados centros que siguen integrados en el servicio público universitario, mutación que no puede estimarse lesiva de la autonomía universitaria en su manifestación económica y financiera, por cuanto que ésta no es ajena, ni independiente, de las competencias y servicios concretos encomendados a la Universidad, pues la titularidad de los bienes encuentra su justificación en la prestación misma del servicio público (art. 1 de la L.R.U.), de manera que, reestructurándose la gestión de determinados centros y encomendándose la misma a una u otra Universidad que asuma sobre ellos competencia. El Tribunal Constitucional ratificó dicha posición en la Sentencia número 47/2005 (Pleno) de 3 de marzo, en la que se impugnaba la creación de la Universidad de Elche.*

versitarios para posterior reinversión supone burlar el derecho de reversión de la Administración de procedencia, y con ello, rebajar las garantías del destino de esos bienes al servicio universitario poniendo en definitiva en peligro la conservación de los bienes en su adscripción al señalado servicio. A este respecto piénsese que si la Universidad puede destinar el bien a la venta y posteriormente reinvertir y hacer otro edificio, o constituir una sociedad para investigación, esos bienes ya no están sujetos al derecho de reversión y por tanto nada impediría a la Universidad pasar a vender ese edificio nuevo o sus participaciones en la entidad y dedicarlo a otra finalidad, sin que se contara con el freno que supone el hecho de que, al sacar el bien del servicio universitario, dicho bien puede ser perdido por la Universidad por actuarse el derecho de reversión de la “*Administración de origen*”.

Por tanto, una posición como la propuesta no sería admisible porque da preponderancia a la autonomía universitaria a costa de reducir el grado de protección del servicio público universitario evitando que la Comunidad Autónoma reclame la reversión del bien cuando este deje de estar afecto al servicio universitario. A este respecto conviene recordar que este derecho de reversión no se reconoce a cualquier Administración sino a la Administración a la que se encuentra vinculada la Universidad lo que pone de manifiesto que la intervención de la Comunidad Autónoma no es una intervención a título de mero propietario, sino que se vincula a su condición de Administración con competencia en materia universitaria y como medio de garantizar el uso del bien por la Universidad en una finalidad de servicio universitario, con lo que no debe admitirse una interpretación que burla tal intervención, disminuye la garantía de utilización del bien en el servicio para el que se cedió, y supone un entendimiento de la autonomía y de la propiedad de la Universidad no amparados por la Ley.

Todo esto que hemos estudiado desde el punto de vista del equilibrio en la protección del servicio universitario no puede alterarse mediante el argumento de que, cuando el bien se vende y se reinvierte el dinero, el bien sigue usándose en el servicio universitario, o que el bien sigue siendo necesario para el servicio universitario. En sentido contrario se manifiestan DEL VALLE PASCUAL⁵⁰ y TORRES LOPEZ⁵¹ lo que sostienen en el hecho de que el nuevo bien también serviría al servicio universitario. Veremos a continuación sin embargo que no cabe entender que la Universidad puede vender esos bienes y destinar lo obtenido a sus propios fines, sin actuar el derecho de reversión, tanto por razones dogmáticas como positivas.

Desde el primer punto de vista porque, en ese caso de que se permita la venta y el dinero se destine a construir otro edificio de la Universidad, por ejemplo, lo que

⁵⁰ DEL VALLE PASCUAL, en MESTRE DELGADO, J.L. (2004:113).

⁵¹ TORRES LOPEZ, en GONZÁLEZ GARCÍA, J.L., (2015:1675.1677).

se aplicaría a los fines de la Universidad no serían los bienes cedidos (con lo que se da la condición para la reversión) sino que lo que se aplica es el dinero obtenido por la enajenación de esos bienes. Para decirlo con mayor claridad, si nos situamos en el terreno de los bienes de dominio público, que es en el que estamos en el caso de la reversión del artículo 80.2 LOU, ello equivaldría a decir que un bien de dominio público no se desafecta cuando pierde el fin de uso público que le atribuyó esa condición enajenándose, y que, por tanto, no es necesario desafectar el bien de dominio público para venderlo cuando hay intención de comprar y afectar lo comprado a la misma finalidad. Esto supone una quiebra del régimen jurídico del dominio público en nuestro ordenamiento jurídico en el que como señala PAREJO ALFONSO⁵² la afectación es un concepto clave. En efecto, siguiendo a LOPEZ RAMÓN, en nuestro régimen demanial la afectación y la desafectación, ya sean de manera expresa o tácita, determinan la entrada y salida del bien de la categoría de bienes de dominio público⁵³, estando ligada ambas figuras al uso o servicio público en el sentido de que o suponen la entrada o salida, respectivamente, de ese uso o servicio público. En definitiva, se estaría afirmando que un bien de dominio público puede venderse sin desafectarse o que la desafectación no le priva del carácter de dominio público porque de alguna manera, futura, el dinero que los sustituya se convertirá en otro. Como decimos eso quiebra nuestra concepción del dominio público.

Además, con ello se despoja a la Administración cedente del derecho de reversión que tenía sobre el primer bien, sin que se recoja que ese derecho de reversión se tenga sobre los bienes adquiridos con lo obtenido de la enajenación del primero. A este argumento le es indiferente que el servicio universitario sea más o menos amplio, aún si se comparte una concepción amplia sobre qué actividades forman parte del servicio universitario, ello no altera la conclusión de que una cosa es que el bien se utilice para el servicio correspondiente, y otra que se venda y que lo que se obtenga se utilice en una función de servicio universitario, razón por la cual decíamos que este argumento nos parecía indiferente a efectos de solucionar el problema⁵⁴.

⁵² PALOMAR OLMEDA, en PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) (2013: edición digital).

⁵³ LÓPEZ RAMÓN, F. *Sistema Jurídico de los bienes públicos*, Pamplona, Civitas Reuters Cizur Menor, 2012 p. 143. SÁNCHEZ BLANCO, A. *La afectación de bienes al dominio público*, Publicaciones de la Universidad, Sevilla 1979. RAZQUÍN LIZARRAGA, M.M. y SARASÍBAR IRIARTE, M. “La afectación y el dominio público” en ALENZA GARCÍA, J.F. (dir) *Derecho de los bienes públicos I: el patrimonio de Navarra: comentarios a la Ley Foral 14/2007, de 4 de Abril, del Patrimonio de Navarra*, Ed. Gobierno de Navarra, Pamplona, 2009, p. 351-408.

⁵⁴ En sentido coincidente con la opinión que manifestamos están DESCALZO GONZÁLEZ, A. en PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (coord), (2013: 2ª Edición, versión digital) así como SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. y PALENCIA HERREJÓN, E., (2002:550).

Continuando con los argumentos dogmáticos, hay que señalar que la misma esencia de la cesión parece llevar implícita la imposibilidad de disponer del bien, puesto que se cede el bien para su uso, es decir que el bien, materialmente, debe emplearse en ese uso. No entra dentro de la lógica patrimonial que se ceda un bien, con la condición de que, si no se usa, revierta, y que, sin embargo, se entienda que ese uso incluye venderlo y destinar el dinero al mismo fin al que se destinaba el bien. Si la Administración te transfiere un bien es para su uso, si necesitas dinero te transfiere dinero directamente. En definitiva, si lo que hay que hacer es trasladar dinero para un fin de interés público lo procedente es la figura de la subvención, sin necesidad de retorcer las figuras patrimoniales provocando los naturales problemas anejos.

Consideramos que una posición de tan extrema defensa de la autonomía universitaria, además de ser contraria a la esencia dogmática de la figura contemplada en el artículo 80.2 LOU, es contraria también al derecho positivo. Hay que traer a colación, una vez más por analogía, la normativa sobre la cesión de bienes. En las normas reguladoras de la cesión de bienes se establece claramente la regulación de la utilización del bien por parte del cesionario. El Real Decreto 1373/2009 de 28 de agosto señala que: *“Artículo 129. Destino. Los bienes o derechos cedidos se destinarán de modo permanente al fin previsto, debiendo constar expresamente en la inscripción registral que se practique las menciones señaladas en el artículo 150.2 de la Ley, así como que el bien cedido no podrá ser transmitido ni gravado. Todo acto del cesionario que se refiera o afecte a estos bienes o derechos deberá hacer referencia a la condición de destino a la que se encuentran sujetos.”* Por tanto, no es posible, legalmente, utilizar los bienes para obtener dinero y reinvertir, sólo se pueden utilizar para el servicio universitario.

Otro argumento que refuerza la posición anterior es que además la enajenación en estos casos está más tolerada, en beneficio de la protección de la fe pública registral, que verdaderamente autorizada. En efecto el artículo 80.2 atribuye el derecho de reversión sobre el bien, y sólo si esta reversión no es posible, lo sustituye por el reembolso del valor del bien. Lo que se traduce en que si se protege una enajenación sería por la tutela de la posición del tercer hipotecario de buena fe, y no porque la Universidad pueda, como regla general, enajenar sin más estos bienes.

Esta posición que estamos descartando se ha tratado de sostener en la jurisprudencia que impide ejercer el derecho de reversión en materia expropiatoria cuando el bien expropiado no es destinado al fin para el que se expropió inicialmente pero sí a otro de interés público⁵⁵. Sin embargo, ello carece de trascendencia porque, como obviamente se puede observar, en esos casos es el bien expropiado el que se sigue utilizando para esos otros fines públicos, mientras que en nuestro supuesto por

⁵⁵ JIMENO SANZ DE GALDEANO, L., (2007:318).

definición el bien se vende, y por tanto no se utiliza el bien sino el dinero obtenido por la venta.

Por tanto, la Universidad sólo puede reinvertir si previamente enajena y como dicho bien es de dominio público sólo puede enajenarse el bien si se desafecta por no ser necesario para el fin universitario que representa la causa de la cesión. Ahora bien, si sucede eso, el artículo 80.2 de la LOU señala que lo que procede es la reversión. Queda en definitiva descartada esta posición que supone una protección desequilibrada, por exageradamente favorable, de la autonomía universitaria a la vez que descuida la protección de los otros bienes jurídicos que se encuentran implicados en este tipo de operaciones: por un lado, el servicio universitario, que ve rebajada su tutela, y, por otro lado, el derecho de la Administración de origen, derecho que contribuye a la protección de las finalidades públicas a las que se destinan esos bienes.

b). Interpretación de extrema protección del patrimonio de la “Administración de origen”

Lo manifestado más arriba no puede llevarnos sin más a la otra posición extrema que es que la Universidad, sin enajenar el bien, tampoco puede cambiar su destino, aunque sea para otro uso universitario. Esa no ha sido la posición de la Junta de Andalucía hasta ahora. De hecho, el único asunto que hemos localizado en tribunales se refiere al supuesto en que se instó la reversión del Edificio donde la Universidad de Sevilla tuvo situado la antigua Facultad de Ciencias del Trabajo, que posteriormente pasó a ser el Centro de Iniciativas Culturales de la Universidad de Sevilla, CICUS. Pues bien, lo que invocaba la Junta de Andalucía en aquel caso es que en el momento de pedirse la reversión el bien llevaba un cierto tiempo sin uso alguno, no que se hubiera cambiado de uso. De hecho, la razón por la cual se desestimó la demanda de la Junta contra la resolución de la Universidad que denegaba la reversión fue que se estimó probado que el edificio no había estado sin uso y que finalmente se había instalado allí el Centro de Iniciativas Culturales de la Universidad de Sevilla, que es también un servicio universitario. La sentencia que recayó en este caso tiene un gran interés, no sólo porque descarta esta posición extrema de que un cambio de uso suponga que se da el supuesto de reversión, sino porque de manera indirecta también se refiere al otro supuesto extremo.

En efecto la Sentencia 48/2011, de 2 de febrero de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Sevilla después de hacer una valoración del conjunto de la prueba aprecia que el edificio no estuvo sin uso, como sostenía la Junta de Andalucía, sino que se fueron haciendo las actuaciones necesarias para acomodarlo al nuevo uso que se le iba a dar lo que entre otras cosas supuso planificar, licitar y ejecutar unas obras, y señala: *“En consecuencia, con todo ello queda acreditado que la Universidad, en ningún momento ha mantenido en desuso el inmueble objeto del presente recurso,...”*. El Tribunal ha entendido que un simple cambio de uso no da lugar a la reversión, lo

que encaja con un juego equilibrado entre la autonomía universitaria que se mantiene, sin dañar los otros bienes jurídicos protegidos, que son la garantía reforzada de la adscripción del bien a la finalidad universitaria y la titularidad de derecho de reversión de la Comunidad Autónoma, que permanecen incólumes al permanecer incólume el bien. La sentencia continúa explicando por qué no da la razón a la Junta, lo que sucede no sólo por lo anterior sino porque entiende, en relación con la actuación de la Universidad, que “...no consta tampoco haya tenido intención de desafectar el bien de los usos universitarios, ni de llevar a cabo la enajenación de éste.” De lo que se deduce que de haber tenido esa intención se habría entendido por el Tribunal que se da el supuesto de hecho que legitima el ejercicio del derecho de reversión, que es la posición que venimos manteniendo con lo que se puede decir que dicha sentencia supone también el rechazo de la posición de extrema protección de la autonomía universitaria. Dicha sentencia es confirmada en apelación por la Sentencia 275/2011 de 7 de julio del TSJA, Sevilla, que manifiesta que “*comparte la valoración de la prueba realizada por la juez de instancia...*”.

c). Interpretación equilibrada en la protección de todos los intereses

Por tanto, una posición acorde a la normativa y a la protección equilibrada de todos los intereses en conflicto es que los bienes han de usarse en el servicio universitario, no pueden venderse, sin que surja el derecho de reversión, pero dentro del servicio universitario si pueden cambiar de una finalidad a otra. Volvemos a la casilla de salida. Todo claro, espero, pero la Universidad sin soluciones. Queda, por tanto, en pie la cuestión de cómo se puede facilitar esos nuevos usos universitarios sin disminuir la garantía que para el destino de los bienes al servicio público universitario supone el hecho de que en caso de no destinarse a tal servicio deban volver a la Administración de origen. Veamos cómo puede solucionarse este problema.

IV. SOLUCIONES VIEJAS A PROBLEMAS NUEVOS: LA PERMUTA⁵⁶

Pudiera llegar a pensarse que sería útil que el artículo 80.2 de la LOU contemplase un sistema de protección del dominio público universitario que permitiera enajenaciones del mismo por parte de la Universidad con una correlativa garantía de reinversión en fines públicos, pero que también contemplase la afectación del nuevo bien o derecho adquirido y su sometimiento a la reversión en los términos del artículo 80.2 de la LOU, de modo que el fin público se viera igualmente servido por

⁵⁶ Sobre esta materia se puede consultar: PONCE SÓLE, J. “Cesión y permuta de bienes y derechos”, CHINCHILLA MARÍN, M (2004:681-728); GALLARDO CASTILLO, M.J., “La disposición de bienes patrimoniales y sus modalidades. La permuta”, en FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F. *Régimen jurídico de los bienes de las entidades locales en Andalucía* 2007, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI, Granada, 2007, págs. 193-229.

un nuevo objeto. Sería algo así como una novación objetiva del derecho de reversión, en la que cambiaríamos el derecho de reversión sobre el bien inicial por el derecho de reversión sobre el nuevo bien. En todo caso la regulación debería afrontar una serie de problemas derivados de que desaparecería el objeto del bien de dominio público transformándose, primero, en dinero, y luego, en otro bien, con una ristra de importantes consecuencias que exigen la adopción de una serie de cautelas que se pueden enumerar, sin pretensión de agotarlas, de la siguiente manera: habría que adoptar garantías para que ese dinero se destinara al fin de la nueva construcción; habría que proceder a la determinación de las condiciones de esa construcción nueva, lo que a pesar de que el nuevo edificio deba servir a la Universidad, no excluye que ello deba ser aprobado por el titular de derecho de reversión para que este pueda controlar que el bien es equivalente al sustituido; habría que tomar garantías durante la construcción, afectar el nuevo edificio en el mismo sentido que el anterior; ... etc.

Dado que esta regulación no existe, y para no condenar a la Universidad a la parálisis o la ilegalidad, hay que examinar la normativa patrimonial en busca de la posibilidad de llegar a un resultado como el descrito a través de alguna de las operaciones que se regulan en la misma. Veamos cómo llegar al resultado buscado por la Universidad. La situación de partida es que la Universidad sería titular de un bien, transferido por la vía del artículo 80.2 de la LOU y que la "Administración de origen" tiene un derecho de reversión sobre ese bien, para el caso de que no se destine al servicio universitario por la Universidad. La situación a la que quiere llegar la Universidad es la de enajenar ese bien y reinvertir lo obtenido en otros bienes, igualmente afectos al servicio universitario; se sustituiría el bien actual por otros. Lo que quedaría por resolver, para que la situación fuera equilibrada y no se viera perjudicada la protección del servicio universitario y el derecho de reversión de la Administración Autonómica, es que la "Administración de origen" obtuviera un derecho de reversión sobre el nuevo bien equivalente al derecho de reversión actual. La consecución de esta finalidad dependerá de la naturaleza que tenga el derecho de reversión de la "Administración de origen" y la naturaleza de los bienes futuros de la Universidad.

En primer lugar, en cuanto a los bienes futuros de la Universidad pueden ser patrimoniales o demaniales. No vamos a hacer ahora un estudio de estas dos categorías⁵⁷ pero sí señalar que, si se trata de edificios que alberguen sedes o servicios públi-

⁵⁷ Sobre esta cuestión: MENENDEZ REXACH, A. "El concepto de patrimonio de las administraciones públicas: tipología de bienes públicos: la categoría de dominio público" en HORGUÉ BAENA, C. (coord) *Régimen patrimonial de las administraciones públicas*, Justel, Madrid, 2007, p. 41-84. SAINZ MORENO, F., "El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la "Revista de Administración Pública", *Revista de Administración pública*, núm. 150, 1999, p. 477-514. CARRILLO DONAIRE, J.A. "Servidumbres y limitaciones administrativas sobre la propiedad", en DE REINA TARTIERE, G. (coord) *Dominio público: naturaleza y régimen de los bienes públicos*, Heliasta, Argentina, 2009, págs. 412-455. MORILLO VELARDE, J.J. *Dominio Público*, Madrid, Trivium, 1992. GOSÁLBEZ

cos, podrían llegar a ser demaniales⁵⁸. En todo caso con carácter general se adquieren como patrimoniales y requieren de un acto de afectación⁵⁹ o su uso en un servicio público para su publicatio. Esto quiere decir que el nuevo bien que se adquiere por la Universidad puede tener carácter demanial o patrimonial. Razón por la que para buscar soluciones nos plantearemos solamente las posibilidades de actuación según el bien que se adquiere por la Universidad sea patrimonial o demanial.

En segundo lugar, debemos pasar al análisis del derecho que en el punto de partida tiene la “*Administración de origen*”, la cual es titular de un derecho de reversión, derecho de naturaleza personal como hemos visto. Dicho derecho debería ser calificado a nuestro modo de ver como patrimonial ya que el derecho en sí no está afecto a un fin o uso público. A favor de esta calificación juega el hecho de que el derecho de reversión da lugar a que se devuelva el bien o el dinero. Si se devuelve dinero es evidente que este no está afecto a ningún fin en concreto, por su carácter fungible y por no tener un destino concreto entrando en el presupuesto de la Administración con el resto de los recursos de esta, sin formar parte siquiera de su patrimonio tal y como señala SANTAMARÍA PASTOR⁶⁰ conforme al artículo 3 de la LPAP. Si se devuelve el bien la propia Ley 4/1986 de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, para los casos de cesión, señala que se recupera como patrimonial -artículo 57- salvo que se afectase en ese momento, lo que por analogía debería aplicarse a este caso. En resumen, el punto de partida desde el punto de vista de la “*Administración de origen*” debe ser que esta es titular de un derecho patrimonial.

Pues bien, abordemos qué hacer cuando el bien que va a adquirirse por la Universidad es patrimonial. Por un lado tenemos el patrimonial derecho de reversión de la “*Administración de origen*”. Por otro lado tenemos a la Universidad que en principio tendría el derecho de propiedad sobre el edificio u obra a construir, y que en esta primera hipótesis es patrimonial y por tanto susceptible de transmisión. El derecho de reversión en caso de surgir debe cuantificarse en el valor que tenga el bien que

PEQUEÑO, H, “Bienes públicos: definición y delimitación de dominio público marítimo-terrestre. Protección del dominio público. Usos y aprovechamiento del dominio público. Adquisición de bienes patrimoniales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 7, 2004.

⁵⁸ El artículo 5.3 del mismo texto legal señala: “3. *Los inmuebles de titularidad de la Administración General del Estado o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos constitucionales del Estado se considerarán, en todo caso, bienes de dominio público.*”

⁵⁹ FRANCH I SAGUER, M “Afectación y desafectación de los bienes y derechos públicos” en DE REINA TARTIERE, G. (2009:203-226).

⁶⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”, en CHINCHILLA MARIN, C. (2004:64) en relación a este tema señala “...en una economía monetarizada, excluir de patrimonio de unos entes todos los activos monetarios y similares reduce la utilidad de esta noción a límites simbólicos; un “patrimonio” del que se excluye, dicho vulgarmente, el dinero, tiene bastante poco de patrimonio”.

ha de revertir. Es posible, desde un punto de vista de gestión y económico, permutar el derecho de reversión sobre bien actual por el derecho de propiedad del nuevo edificio, aún en construcción, en la proporción que se determine, que dependerá del valor concreto del derecho de reversión y del valor del nuevo edificio. La idea es que, en un primer paso, se permuta un derecho de reversión, cuya cuantificación se corresponde con el valor del bien a revertir, por el derecho de propiedad sobre un bien patrimonial. Si el bien nuevo vale exactamente lo mismo no hay que hacer nada adicional, si el valor es superior o inferior habría que reajustar. Si vale más se limitaría el derecho de reversión a la parte equivalente al valor del bien actual, si vale menos debería revertir en efectivo la diferencia. Esta operación puede realizarse aun cuando no estuviese construido, adoptando para ello las condiciones oportunas para garantizar el buen fin de esta operación, que inmediatamente serán tratadas. A la vez, para alcanzar la finalidad pretendida, de manera simultánea al negocio anterior se debe ceder el uso de ese nuevo edificio (o instalación) a la Universidad de acuerdo con el artículo 80.2. de la LOU con lo que nuevamente surge un derecho de reversión en favor de la Comunidad Autónoma equivalente al que en estos momentos ostenta.

De este modo entiendo que se da satisfacción a todos los intereses en juego. Por un lado se ha hecho posible la financiación de la nueva obra con el dinero obtenido por la venta de los bienes que hace la Universidad, y además la Universidad puede satisfacer las nuevas necesidades que tiene con su patrimonio, por otro lado la “*Administración de origen*” mantiene la integridad del derecho que ostentaba, antes referido a un determinado bien o a su equivalente monetario, y ahora referido a otro bien o su equivalente monetario de manera que persiste su garantía patrimonial y la garantía reforzada del destino del bien al servicio universitario. Así mientras la Universidad sigue dedicando los bienes a un fin universitario la de origen no los recupera, y si quiere cambiar el destino mediante una enajenación siempre deberá la “*Administración de origen*” tener intervención en el proceso. Sin embargo, todavía se plantea un problema práctico, no menor, y es que la Universidad puede necesitar hacer la desafectación y venta del bien, que debería ser objeto de reversión, antes de adquirir el nuevo, este es un problema que debería encontrar solución a través de mecanismos de financiación intermedios.

En todo caso para que esta operación se lleve a buen término, sin daño para la administración que cedió los bienes, es preciso adoptar una serie de garantías, como más arriba se señaló. Entre ellas, hay que tasar los bienes y establecer una equivalencia entre el valor que tiene el bien actual y el valor del bien futuro, y si no son equivalentes hay que establecer sobre qué porción de este se ostenta el derecho de reversión. Esto puede plantear problemas a la hora de una futura enajenación y de un futuro ejercicio del derecho de reversión por ser, por ejemplo, la cosa indivisible. Además será necesario para la mejor estructuración de la operación que se asegure

que el dinero que se obtiene por la venta se dedica y se afecta a la construcción de ese nuevo edificio, y en todo caso debe recogerse que, con independencia del dinero que se obtenga con la venta, la Universidad asume la obligación de construir, por su cuenta y riesgo, el edificio cuya propiedad se transfiere a la “*Administración de origen*”; debería recogerse garantías para que en caso de que no se cumpla en plazo el inicio y finalización de la obra se resuelva la permuta y la “*Administración de origen*” pueda ejecutar una garantía asegurando que no se perjudica su posición sobre la que tiene en la actualidad; también habría que adoptar mecanismos de aseguramiento de la obra y del edificio para evitar que un eventual accidente dejara vacío el derecho de reversión. Estas cosas, entre otras, habría que tenerlas en cuenta, y dependería del estudio de las condiciones concretas de la operación, aunque no afecta al esquema propuesto. Dicho esquema en resumen sería el siguiente permutamos nuestro derecho de reversión sobre el bien actual por la propiedad del edificio a construir, en la parte proporcional en que dicho edificio se haya financiado con lo obtenido por el bien sobre el que en la actualidad tenemos el derecho de reversión, como mínimo, y dicha permuta queda condicionada resolutoriamente a que se produzca la transferencia del bien en los términos del artículo 80.2 LOU.

La cuestión es si este mecanismo es jurídicamente posible. Afecta a derecho futuros sobre bienes futuros, tiene una gran complejidad, requiere de muchas garantías. Creo que no sólo es un mecanismo posible y equilibrado, sino que, sin una modificación legal, me parece que no hay otra vía para desatascar esta situación. En este sentido entendemos que está amparado por las normas reguladoras de la permuta y la libertad de pactos a la que se refiere el artículo 111 de la LPAP, que es de aplicación supletoria, y que permite a la Administración: “...*concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico, o a los principios de buena administración. 2. En particular, los negocios jurídicos dirigidos a la ...permuta de bienes o derechos patrimoniales podrán contener la realización por las partes de prestaciones accesorias... siempre que el cumplimiento de tales obligaciones se encuentre suficientemente garantizado. Estos negocios complejos se tramitarán en expediente único, y se regirán por las normas correspondientes al negocio jurídico patrimonial que constituya su objeto principal.*”

Por tanto, la complejidad ya es un factor contemplado por la legislación patrimonial, por otro lado, parece evidente que una operación como la señalada es conforme a los principios de buena administración, mucho más que dejar los bienes en servicios poco deseados, al menos. Y de ello se derivaría la obligación de colaborar en el buen fin de la operación por ambas administraciones, tal y como se deriva del artículo 8 de la Ley 33/2003. Es más como recoge URÍA FERNÁNDEZ destacan entre los principios generales de la Ley el de racionalización y optimización en la

utilización de los inmuebles para lo cual es necesario impulsar los instrumentos de colaboración entre las Administraciones⁶¹.

En cuanto al tema de las garantías y de los bienes futuros⁶² también está previsto en la propia legislación patrimonial, incluso con referencia a este tipo de operaciones. Así el artículo 123.2 del Reglamento de la LPAP, señala: “Podrá acordarse la adquisición de inmuebles futuros mediante permuta, por el procedimiento previsto para ésta, siempre que estén determinados o sean susceptibles de determinación en el momento de acordarse dicha permuta, en las condiciones específicas que se aprueben. Será preciso en todo caso que quien ofrece el bien garantice suficientemente el cumplimiento de sus obligaciones por cualquier modo admitido en derecho, y deberán establecerse los requisitos que aseguren los términos y el buen fin de la operación convenida.” Cuando el bien futuro es un edificio la situación es contemplada expresamente por el legislador en el artículo 117.3 para el caso de la adquisición de propiedad de los edificios en construcción, señalando que “podrán adquirirse edificios en construcción mediante la entrega, total o parcial, de otros bienes inmuebles o derechos sobre los mismos...”.

En cuanto al régimen de las permutas se encuentra en los escasos artículos dedicados al tema en la Ley 4/1986, artículo 91, y el Decreto 276/1987, artículo 206, supletoriamente en lo no regulado procede la aplicación de los artículos 153 y 154 de la Ley 33/2003 y de los artículos 123 y 124 del Real Decreto 1373/2009 de 28 de agosto. De dicha normativa resulta que la permuta debe justificarse en razones de interés público, que puede hacerse sobre derechos, que el bien objeto de permuta puede ser un inmueble futuro, en determinadas condiciones, que existe el límite cuantitativo de que la diferencia de valor no puede ser superior al 50%, y que la selección del bien a permutar puede, en determinadas circunstancias, excluir la necesidad de subasta que es el medio ordinario de enajenación de bienes, para ello es necesario que haya razones objetivas. En apariencia, y sin prejuzgar el examen final que se haga de cada operación, parece que puede haber una razón objetiva cuando con ello a la vez que se mantiene el derecho de la “Administración de origen” se facilita la consecución de otras finalidades determinadas por la Universidad y relacionadas con el servicio universitario.

Este esquema podría simplificarse permutando el derecho de reversión actual por un derecho de reversión sobre el bien futuro, ahorrando el paso intermedio de ad-

⁶¹ URÍA FERNÁNDEZ, F. “La Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas como instrumento al servicio de una nueva política patrimonial del Estado”, en CHINCHILLA MARÍN, C., (2004:25-41).

⁶² ORTEGA MONTORO, R.J. en “La permuta de bienes locales. Especial referencia a la permuta de cosa y obra futura en la Comunidad Autónoma Andaluza”. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 21, 2006, p. 3792-3813. GARCIA VALDEREY, M.A. en “Los procedimientos de permuta de terrenos por bien futuro”. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 17, 2016, p. 1972-1976.

quirir la propiedad del edificio para luego transmitirlo vía 80.2 LOU. A este respecto entendemos que, si es posible permutar el derecho de propiedad de un bien presente por el derecho de propiedad de un bien futuro, no hay tampoco ningún obstáculo a que la permuta se haga, no por el derecho de propiedad sobre el bien futuro, sino por un derecho de reversión sobre ese mismo bien futuro, siempre y cuando se cumplan con las exigencias del artículo 123.2 LPAP. El único problema que dejaría en pie esta opción de permutar el derecho de reversión sobre bien actual por el derecho de reversión sobre bien futuro es que este segundo tendría un origen convencional y no legal. Quiere ello decir que en principio no seguiría ya las vicisitudes que puedan afectar al artículo 80.2 de la LOU, como su modificación o derogación. Para evitar este peligro, y amparándonos en la libertad de pactos antes aludida, procede incluir una cláusula en el sentido de que este derecho de origen convencional seguirá en todo caso sometido al mismo régimen que si derivase del artículo en cuestión.

Para el caso de que el bien que se adquiere fuera de dominio público no cabe la permuta porque está indicada para bienes patrimoniales. En principio no veo posibilidad para articular tal cesión, sin una previa desafectación. Siguiendo a RODRÍGUEZ ARANA, tampoco parece posible a primera vista la mutación demanial⁶³ del artículo 71.4 de la LPAP, no sólo por las dudas sobre su aplicación a la Comunidad Autónoma, sino porque el bien se cede en esos casos para afectarse a un fin o servicio público de la Comunidad y en este caso se cedería sólo para una posterior cesión vía 80. 2. Sin embargo sí que seguiría siendo posible, con todas las garantías a las que más arriba se hace referencia, que se permutara el derecho de reversión actual por un derecho de reversión que sobre el nuevo bien concediese la Universidad y ello porque en ningún caso gravaría al nuevo bien como demanial, ya que mientras que se mantenga en el uso universitario no podría ejercerse el derecho, sino que ese derecho sólo surgiría cuando se desafectase del servicio público, y no se destinase a servicio universitario, es decir cuando el bien fuera patrimonial por lo que entendemos que ambos derechos de reversión tendrían naturaleza patrimonial y sería posible, en abstracto, realizar una permuta de un derecho de reversión sobre el bien actual por un derecho de reversión sobre el bien futuro aunque este fuera de dominio público. En definitiva, queda la puerta abierta a solucionar el problema de la gestión del patrimonio universitario por esta vía, sin perjuicio de que en un trabajo futuro se desarrollen cuáles son los problemas concretos que genera la opción de la permuta

⁶³ RODRÍGUEZ ARANA, J. “Afectación, desafectación y mutaciones demaniales” en HORGUÉ BAENA, C. (2007:85-111).

V. CONCLUSIÓN

El artículo 80.2 de la LOU establece un derecho de reversión en favor de la Administración de origen cuando el bien de la Universidad deja de destinarse al servicio universitario. Este derecho de reversión se extiende a los bienes que le transmite a la Universidad el Estado o la Comunidad Autónoma en cuanto administración territorial competente en la materia. Esto plantea a las Universidades el problema de que no pueden enajenar su patrimonio inmobiliario de menor utilidad para reinvertir lo obtenido en el servicio universitario sin activar el derecho de reversión, de las Comunidades Autónomas fundamentalmente.

No es factible sostener la posibilidad de realizar estas operaciones basándose en una concepción ilimitada de la autonomía universitaria, no acogida por el Tribunal Constitucional. Y ello porque la propiedad que se reconoce a la Universidad por el citado artículo está sometida a las condiciones que el mismo señala; porque la cesión de la titularidad del bien se articula de manera causal de modo que sólo cobra sentido mientras el bien se destina al servicio universitario; porque no puede decirse que cuando el bien se vende y se reinvierte el bien está siendo utilizado en tal servicio, esto es un sofisma que no puede esconder que lo que se está utilizando es el dinero y no el bien que se cedió para un determinado uso; porque ello supondría una alteración esencial de nuestro régimen de enajenación del dominio público aceptando que la venta de un bien demanial no supone su desafectación si el dinero se reinvierte en el servicio público; porque con ello se degrada la protección del servicio público universitario que ya no contaría con la tutela de la Administración de origen para asegurarse de que los bienes cedidos se emplean en tal fin; y en definitiva porque no es necesario para mantener la libertad académica que es el fundamento de la autonomía universitaria. Tampoco es posible pedir a la Administración de origen que renuncie expresa o tácitamente, a través del otorgamiento de una autorización, pues ello sería contrario a la propia esencial causal de la cesión, al deber de proteger el patrimonio propio que tiene la Administración de “origen” y supondría una transmisión gratuita no admitida en la legislación patrimonial.

Sin embargo, ello no puede derivar en cerrar la puerta a lo que la Universidad tan razonablemente plantea, el deber de procurar una administración eficaz y eficiente del patrimonio en general y del inmobiliario en especial que impone la Ley 33/2003 y el artículo 31 de la Constitución obliga a la Administración de origen y a la Universidad a colaborar para realizar el fin de la modernización del patrimonio universitario hacia elementos de mayor utilidad para las mismas.

Sería posible la solución mediante una reforma ad hoc de la LOU que contemplase un sistema de protección del dominio público universitario que permitiera enajenaciones del mismo por parte de la Universidad con una correlativa garantía

de reinversión en fines públicos, pero que también contemplase la afectación del nuevo bien o derecho adquirido y su sometimiento a la reversión en los términos del artículo 80.2 de la LOU, de modo que el fin público se viera igualmente servido por un nuevo objeto. Sería algo así como una novación objetiva del derecho de reversión, en la que cambiaríamos el derecho de reversión sobre el bien inicial por el derecho de reversión sobre el nuevo bien. En todo caso la regulación debería afrontar una serie de problemas derivados de que desaparecería el objeto del bien de dominio público transformándose, primero, en dinero, y luego, en otro bien, con una ristra de importantes consecuencias que exigen la adopción de una serie de cautelas que se pueden enumerar, sin pretensión de agotarlas, de la siguiente manera: habría que adoptar garantías para que ese dinero se destinara al fin de la nueva construcción; habría que proceder a la determinación de las condiciones de esa construcción nueva, lo que a pesar de que el nuevo edificio deba servir a la Universidad, no excluye que ello deba ser aprobado por el titular de derecho de reversión para que este pueda controlar que el bien es equivalente al sustituido; habría que tomar garantías durante la construcción, afectar el nuevo edificio en el mismo sentido que el anterior; ... etc.

Sin embargo, no considero la reforma legal como imprescindible. La permuta es un esquema jurídico posible con la legislación actual que permite a la Universidad utilizar su patrimonio y a la *“Administración de origen”* velar por el servicio universitario protegiendo su patrimonio. Es evidente que la realización de operaciones concretas supondrá un desafío. Son múltiples los detalles a tener en cuenta para el establecimiento de la equivalencia de derechos de reversión presente y futuro, y las garantías para el buen fin de la operación y los intereses de ambas partes; tampoco será un problema menor el del tipo de bienes o derecho en los que pretenda invertir la Universidad, pero lo cierto es que esos problemas también los debería abordar la nueva normativa. En todo caso, si se me permite, no deja de ser una tarea apasionante en la que hacer orfebrería jurídica con figuras añejas para que la Universidad pueda hacer inversiones innovadoras que permitan un mejor servicio en busca de ofrecer a nuestros jóvenes la mejor de las formaciones posibles. Es una tarea a la que las futuras generaciones de estudiantes nos convocan hoy, aunque probablemente, como cualquier solución imaginativa genere resistencias que, una ley que expresamente tuviera esta finalidad, sin duda, podría vencer con más facilidad.

JURISPRUDENCIA



COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

De nuevo el caso López Ribalda (“Caso Mercadona”) y la videovigilancia en el ámbito de las relaciones laborales: La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019

Antonio Luis Faya Barrios

Letrado de la Junta de Andalucía

Profesor asociado de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. VIDEOVIGILANCIA Y RELACIONES LABORALES EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA PRIMERA SENTENCIA LÓPEZ RIBALDA. 1. Las sentencias del Tribunal Constitucional 98/00 de 10 de abril Casino La Toja y 186/00 de 10 de julio Ensidesa. 2. Videovigilancia y deber de información previa en las sentencias del Tribunal Constitucional 29/2013 de 11 de febrero Universidad de Sevilla y 39/2016 de 3 de marzo Berhska. III. LA PRIMERA SENTENCIA: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE ENERO DE 2018 ASUNTO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA I. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anterior a López Ribalda I. A. Las sentencias Barbulescu I y II B. La Decisión de admisibilidad de 5 de octubre de 2010, Karin Köpke contra Alemania. 2. Los hechos del caso López Ribalda. 3. Los argumentos de la Sentencia López Ribalda I. IV. LA SEGUNDA SENTENCIA: SENTENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 17 DE OCTUBRE DE 2019, CASO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA. V.I.A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA LOPEZ RIBALDA II EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA A VIDEOVIGILANCIA ENCUBIERTA. V. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El presente estudio pretende analizar la doctrina que sobre videovigilancia encubierta resulta de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019 recaída en el caso López Ribalda y otros contra España . La misma deja sin efecto sentencia anterior del Tribunal recaída sobre el mismo caso el 9 de enero de 2018. Frente a la argumentación de esta, la sentencia de la Gran Sala concluye que si bien como regla general ha de existir información previa

al trabajador sobre la existencia y finalidad de la videovigilancia, en determinados supuestos ante sospecha fundada de irregularidad grave la videovigilancia encubierta no constituye vulneración del artículo 8 del Convenio. Se analiza la sentencia en el contexto de la jurisprudencia nacional, singularmente constitucional, existente en la materia así como de jurisprudencia anterior del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, derecho a la protección de datos, videovigilancia, relaciones laborales, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: The present work intends to study the European Court of Human Rights, Grand Chamber, 17th October 2019 Judgement in the case of López Ribalda and Others v. Spain, in particular what the judgement states about covert video-surveillance. It must be said that this judgement changes the Court criteria which had been previously stated in another European Court Judgement (9th January 2018) concerning the same case. The Grand Chamber concludes that as a rule workers have a right to being previously informed about his being monitored by video-surveillance. However, there are circumstances that can justify the lack of previous information such as the existence of reasonable suspicion that serious misconduct has been committed. The Grand Chamber judgement is considered in connection with national cases concerning this matter.

KEYWORDS. Human rights. Data protection rights. Video-surveillance. European Court of Human Rights.

I. INTRODUCCIÓN

De una manera simultánea y progresiva en el ámbito nacional y europeo en los últimos cuarenta años ha pasado a ocupar un lugar de privilegio entre los derechos humanos el derecho fundamental a la protección de datos, que en sí mismo supone una evolución del tradicional derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen para pasar a tutelar, a través de sus derechos instrumentales (inicialmente los llamados derechos ARCO de acceso, rectificación o cancelación para pasar después a incorporar otros tan populares como el llamado derecho al olvido) el bien jurídico

¹ En nuestro Derecho resulta sin duda destacable tanto la previsión expresa del artículo 18.4 de la Constitución, comprensiblemente hija de su tiempo como la interpretación progresiva que el Tribunal Constitucional efectúa del derecho, reafirmando su carácter de derecho fundamental autónomo al tiempo que instrumento para la efectividad de los derechos fundamentales. En el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos el silencio de la Carta se ve compensado por Convenio número 108 de 28 de enero de 1981 para la protección de los individuos respecto al tratamiento automatizado de datos personales y por la interpretación evolutiva de las que las sentencias López Ribalda constituyen un buen ejemplo. En la Unión Europea con anterioridad al Reglamento General son hitos significativos la Directiva de 1995 y sobre todo su incorporación a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

más amplio de la privacidad del individuo, en riesgo indudable en una sociedad tecnológica como la nuestra.

Como cualquier derecho, el ejercicio de este derecho fundamental se sujeta a límites, exige una ponderación con otros derechos o intereses legítimos en presencia. Tal ponderación resulta especialmente difícil en el entorno de las relaciones laborales. Sin duda el trabajador no puede quedar desapoderado de su derecho a la privacidad pero necesariamente tal derecho habrá de modularse a la vista de los deberes que para él se derivan del contrato de trabajo y en general del Derecho laboral, singularmente la sujeción de su actividad laboral al poder de dirección y control del empleador o empresario.

En tal sentido, una de las cuestiones más controvertidas es la de la videovigilancia como instrumento de control por el empresario de la conducta de los trabajadores y la licitud de la utilización ulterior por aquel de las imágenes obtenidas para sancionar conductas ilícitas o incluso para proceder al despido disciplinario del trabajador. No ha existido una regulación específica de esta cuestión hasta que la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales le dedica su artículo 89² y en parte por eso y en parte por el extremo casuismo inherente al problema la jurisprudencia se ha mostrado vacilante.

En ese contexto nos tocará analizar las dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en el caso López Ribalda y otros contra España, tanto la STEDH de 9 de enero de 2018 como muy especialmente la de la Gran Sala de 17 de octubre de 2019 que revocando la anterior considera que no ha existido violación por parte de España del Convenio.

II. VIDEOVIGILANCIA Y RELACIONES LABORALES EN LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA PRIMERA SENTENCIA LÓPEZ RIBALDA

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional 98/00 de 10 de abril Casino La Toja y 186/00 de 10 de julio Ensidesa

Los primeros pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de utilización de videovigilancia como medio de control empresarial parecen distinguir

² El referido precepto tampoco a nuestro juicio deja resuelta más allá de cualquier duda la cuestión, aparte de que seguirá siendo parámetro interpretativo de primer orden la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y más aún el modo en que a su vez la interpreten nuestros tribunales. Muy crítico se muestra Carlos González en GONZALEZ GONZALEZ, C, “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales” en *Aranzadi Digital* núm. 1/2018, p. 17

con nitidez los supuestos de sistemas de control instalados de manera permanente y entendemos que preventiva de aquellos en los que ante la existencia de sospechas previas de conducta ilícita de un trabajador, la empresa instala videovigilancia encubierta.

Al primer supuesto pertenece la STC 98/2000 de 10 de abril que se pronuncia sobre la instalación por parte del Casino de la Toja de un sistema de grabación del sonido (no por tanto videovigilancia) en la ruleta francesa y en la caja. Dicho sistema, se aducía por la empresa, completaría el circuito cerrado de televisión preexistente desde la apertura del casino. Tras un primer pronunciamiento del Juzgado de lo Social favorable a apreciar la vulneración del derecho fundamental, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia consideró conforme a Derecho la instalación del sistema de sonido considerando que no tratándose de espacios como aseos, vestuarios o similares debía entenderse que el derecho a la intimidad del trabajador no se vulneraba.

El Tribunal Constitucional recuerda con cita de jurisprudencia anterior que el trabajador en ningún caso queda desposeído de sus derechos fundamentales durante su jornada de trabajo y que el respeto a los mismos opera como límite a los poderes del empleador, de manera que siendo posible establecer limitaciones y modulaciones

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad. (FJ 7)

El supuesto controvertido no supera, a juicio del Tribunal Constitucional, dicho test de proporcionalidad. Y para llegar a tal conclusión, en línea con lo que señalábamos anteriormente sobre diferente régimen de la vigilancia general o prospectiva, resulta determinante que no existieran sospechas previas de conducta ilícita. En tal sentido, indica la sentencia lo siguiente:

Como acertadamente advierte el Ministerio Fiscal, la instalación de los micrófonos no ha sido efectuada como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad y control anteriormente establecidos sino que, como se deduce del comunicado que la empresa remitió al Comité de empresa dando cuenta de la implantación del sistema de audición, se tomó dicha decisión para complementar los sistemas de seguridad ya existentes en el casino. Es decir, no ha quedado acreditado que la instalación del sistema de captación y grabación de sonidos sea indispensable para la seguridad y buen funcionamiento del casino. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones, tanto de los propios trabajadores, como de los clientes

del casino, constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE.

Precisamente a la previa sospecha de la comisión de un ilícito responde la STC 186/00 de 10 de julio. A raíz de la existencia de un descuadre llamativo en los rendimientos de la sección de textil y calzado del economato y de alguna advertencia sobre posible proceder irregular de algunos cajeros, la empresa Ensidesa instala un circuito cerrado de televisión que se limita a enfocar las tres cajas registradoras y el mostrador de paso de las mercancías sin informar previamente al Comité de Empresa ni a los trabajadores. De las grabaciones resulta que junto a otras irregularidades de menor entidad se detecta que uno de los cajeros sustrae diferentes cantidades de la caja por lo que se procede a su despido.

Tras agotar la vía jurisdiccional ordinaria, el trabajador recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional. Como en la sentencia anterior, el derecho fundamental cuya posible vulneración se analiza es el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución.

En sus razonamientos, el Tribunal Constitucional recuerda que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales exige que la misma se atenga a las exigencias del principio de proporcionalidad. Señala en tal sentido lo siguiente:

A los efectos que aquí importan, basta con recordar que—como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , F. 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, F. 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 8— para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

Entiende el Tribunal Constitucional que en el caso que nos ocupa la medida supera el referido triple juicio de proporcionalidad, resaltando las diferencias respecto al supuesto analizado por la STC 98/00³. Resulta de especial interés a nuestro juicio el modo en que la sentencia resuelve el

³ *Pero es más, como ya quedó advertido, en el caso presente la medida no obedeció al propósito de vigilar y controlar genéricamente el cumplimiento por los trabajadores de las obligaciones que les incumben, a diferencia del caso resuelto en nuestra reciente STC 98/2000, en el que la empresa, existiendo un sistema de grabación de imágenes no discutido, amén de otros sistemas de control, pretendía añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad, sin quedar acreditado que este nuevo sistema se instalase como consecuencia de la detección de una quiebra en los sistemas de seguridad ya existentes y sin que*

tres sanciones de suspensión de empleo y sueldo por la comisión de tres faltas muy graves.

Aparte de recurrirlas ante la jurisdicción social, el trabajador denuncia a la Universidad ante la Agencia Española de Protección de Datos la cual declara en virtud de Resolución 987/2008 de 1 de septiembre que la Universidad de Sevilla ha infringido lo establecido en el artículo 5 de la entonces vigente Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre al procederse a la recogida de datos sin haber informado previamente a los trabajadores de que las imágenes obtenidas por el sistema de videovigilancia podían ser utilizadas como medio de control horario.

En este supuesto el Tribunal Constitucional indica con claridad que va a tomar como canon de constitucionalidad el derecho fundamental a la protección de datos (o a la autotutela informativa, como lo denomina el recurrente en amparo) enraizado en el artículo 18.4 de la Constitución. Y expresamente indica que ello determina la no aplicación al caso de la doctrina contenida en las sentencias antes analizadas 98/00 y 186/00, que se pronunciaron sobre la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar del 18.1.

Se detiene en tomar distancia frente al supuesto resuelto en la 186/00, indicando que esta se refiere a grabación secreta de actividad laboral (recordaremos este matiz más adelante) en tanto que el caso de autos se trata de la utilización de grabaciones para fines distintos de los expresamente declarados; que en el caso del economato se estaba grabando el puesto de trabajo y no como aquí un vestíbulo o lugar público de paso y finalmente lo evidente: que la 186/00 lo que analizó fue la hipotética vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 18.1.

La sentencia resulta ser después bastante rotunda⁵ afirmando con cita de la STC 292/00 de 30 de noviembre que el derecho a la información previa forma parte del núcleo esencial del derecho

⁵ *En el caso enjuiciado, las cámaras de video-vigilancia instaladas en el recinto universitario reprodujeron la imagen del recurrente y permitieron el control de su jornada de trabajo; captaron, por tanto, su imagen, que constituye un dato de carácter personal, y se emplearon para el seguimiento del cumplimiento de su contrato. De los hechos probados se desprende que la persona jurídica titular del establecimiento donde se encuentran instaladas las videocámaras es la Universidad de Sevilla y que ella fue quien utilizó al fin descrito las grabaciones, siendo la responsable del tratamiento de los datos sin haber informado al trabajador sobre esa utilidad de supervisión laboral asociada a las capturas de su imagen. Vulneró, de esa manera, el art. 18.4 CE (RCL 1978, 2836).*

No contrarresta esa conclusión que existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes en el recinto universitario, ni que se hubiera notificado la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos; era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. FJ 8

fundamental a la protección de datos en la medida en que el mismo incluye la facultad de saber en todo momento quien posee los datos personales y para qué fin.

A conclusiones radicalmente diferentes llega la STC 39/2016 de 3 de marzo, sentencia Bershka. En este caso la empresa a raíz de la implantación de un nuevo sistema de control informático de las cajas concibe sospechas sobre la existencia de posibles irregularidades en una tienda y caja concretas. Instala un sistema de videovigilancia de la caja que no comunica a los trabajadores, si bien en el escaparate coloca un distintivo informativo indicando que el lugar está sometido a videovigilancia.

Frente al razonamiento de la STC 29/2013, que exige que la información previa al trabajador incluya la finalidad específica para la que se utilizarán las imágenes grabadas, la STC 39/2016 considera cumplida la obligación de información con la instalación del distintivo informativo en la medida en que el mismo se ajustaba a las exigencias de la Instrucción 1/2006 de 8 de noviembre de la Agencia Española de Protección de Datos. En palabras del Tribunal Constitucional:

Como hemos señalado, en cumplimiento de esta obligación, la empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo, de acuerdo con la Instrucción 1/2006 (RCL 2006, 2206). El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados. FJ 4

Debemos en este punto recordar que también la STC 29/2013 se dictó a la vista de la Instrucción 1/2006 y del criterio de la Agencia Española de Protección de Datos expresado en la sanción impuesta a la Universidad y que esta tenía instalados distintivos anunciando la instalación de cámaras y la captación de imágenes en el recinto universitario. En palabras de la propia sentencia, la doctrina de la AEPD no vincula al Tribunal Constitucional pero ha de considerarse “indicativa”.

Discrepando del parecer mayoritario del Tribunal, el magistrado Valdés Dal-Re efectúa una crítica muy lúcida de la sentencia, lamentando el modo en que se separa sin mayores esfuerzos de argumentación de la 29/2013. Además, la misma a su juicio efectúa una ponderación indebida entre un derecho fundamental y los poderes de dirección del empleador, atribuyendo a estos una naturaleza de la que carecen. Deplora también que el Tribunal Constitucional considere que no existe vulneración

del derecho fundamental incluso si el empresario en ejercicio de su poder de dirección hubiera incumplido sus obligaciones legales o que haya pasado a tomar como canon o parámetro de constitucionalidad una Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos⁶.

También identifica el magistrado discrepante una sutil mutación en el modo en el que el Tribunal pasa a considerar constitucionalmente legítimo el previo juicio de proporcionalidad: el juicio de necesidad que en abstracto señala la sentencia que supone que la medida es necesaria *en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia* se entiende cumplido en el supuesto que nos ocupa simplemente porque *la grabación serviría de prueba de tales irregularidades*. Resulta a nuestro juicio acertada la crítica porque supone admitir que la simple comodidad o mayor facilidad probatoria de una de las partes justifica adoptar una medida restrictiva de un derecho fundamental, sin necesidad de análisis previo de la posible existencia de otras medidas alternativas cuya afección al derecho fundamental resulte menos invasiva.

Con todo, pese a no resultar según lo dicho pacífica, la doctrina contenida en la STC 39/2016 pasa a ser acogida por la jurisdicción ordinaria, singularmente tras hacerla suya el Tribunal Supremo en diversas sentencias como la de 31 de enero de 2017, recaída en el recurso 3331/2015 o 2 de febrero de 2017, recurso de casación para unificación de doctrina 544/2016.

III. LA PRIMERA SENTENCIA: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 9 DE ENERO DE 2018 ASUNTO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA

1. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anterior a López Ribalda I

La sentencia López Ribalda cita diversos pronunciamientos anteriores del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativos al alcance del derecho a la privacidad en el ámbito de las relaciones laborales. Nos referiremos brevemente por su importancia a las sentencias Barbulescu I y II y a la decisión sobre admisibilidad

⁶ *Acaso, el tránsito por camino tan espinoso puede haber sido debido a la desatención hacia la STC 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013, 29), que expresamente recordaba que la Constitución ha querido que la ley, y sólo la ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Pero sea como fuere y más allá de la razón determinante, me resulta imposible admitir que el derecho de los trabajadores a ser informados sobre la suerte de los datos obtenidos por su empleador, derecho este que forma parte del núcleo fuerte del habeas data, pueda concretarse en una mera pegatina con el correspondiente distintivo visible en un cristal, una vez cumplido, eso sí, en contenido y diseño – como recuerda la Ponencia aprobada – el sin duda trascendente Anexo de la Instrucción citada.*

Köpke contra Alemania. Atañen aquellas y esta a dos dimensiones diferentes del derecho a la privacidad del trabajador mientras se encuentra realizando su actividad laboral en el ámbito de la empresa. Las sentencias Barbulescu se centran en la legitimidad de los controles empresariales sobre aquellas comunicaciones privadas que se efectúan en horario laboral usando medios de la empresa en tanto que la decisión Köpke se acerca más al supuesto que nos ocupa al pronunciarse precisamente sobre un caso de videovigilancia encubierta con fines disciplinarios.

A) Las sentencias Barbulescu I y II

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, caso Barbulescu contra Rumanía, correspondiente a la demanda 61496/2008 (Barbulescu I) trae causa de la demanda de un trabajador que como parte de su trabajo como ingeniero de ventas crea una cuenta de Yahoo Messenger para recibir y responder a preguntas de los clientes. Tras algún tiempo de funcionamiento, se le informa por parte de la empresa que con ocasión de la vigilancia de sus comunicaciones entre los días 5 y 13 de julio de 2007 se ha descubierto que ha utilizado con fines personales dicha cuenta, con diversos mensajes sobre cuestiones personales a su novia y a su hermano.

Se le despidió por vulnerar normas internas de la empresa. Quedó acreditado en el proceso que existían unas normas genéricas de la empresa que prohibían el uso personal de ordenadores, teléfonos, fotocopiadoras y otros medios de la empresa. Sin embargo, no se consideró acreditado que además la empresa hubiera dirigido una notificación a los empleados, entre ellos al demandante, indicándoles que serían sometidos a vigilancia y recordando que otro empleado había sido despedido por usar internet, teléfono y fotocopiadora con fines personales.

El Tribunal considera que lo decisivo era apreciar si el demandante podía razonablemente esperar que sus comunicaciones a través de Yahoo Messenger fueran privadas, considerando la existencia de una prohibición general, acreditada como dijimos, del uso de ordenadores y otros recursos de la empresa con fines personales y finalmente concluye que la vigilancia del empleador fue proporcionada y de alcance limitado.

A petición del demandante, el asunto se remite a la Gran Sala, que finalmente resuelve mediante sentencia de 5 de septiembre de 2017 considerando frente a la sentencia anterior que había existido violación del artículo 8 del Convenio⁷.

⁷ Es interesante la interpretación amplia que efectúa del concepto de vida personal y familiar del artículo 8. Con cita de sentencias como Fernández Martínez c. España, Oleksandr Volkov c. Ucrania o Niemietz c. Alemania de 16 de diciembre de 1992 razona cómo *las restricciones establecidas en la vida laboral pueden incluirse en el artículo 8 cuando repercuten en la forma en que el individuo forja su identidad social a través del desarrollo de relaciones con otros.*

En su análisis de los hechos concluye que no parece que el demandante hubiera sido informado con antelación del alcance y la naturaleza de la supervisión efectuada por su empleador o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones. Recuerda en cualquier caso que *las instrucciones de una empresa no pueden anular el ejercicio de la privacidad social en el puesto de trabajo. El respeto a la privacidad y confidencialidad de las comunicaciones sigue siendo necesario, aunque pueden limitarse dentro de las medidas de necesidad* (apartado 80).

Analizando el supuesto concreto y la valoración de que de sus circunstancias realizaron los tribunales nacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que aquellos no comprobaron si efectivamente el empleador había notificado previamente al demandante la posibilidad de que sus comunicaciones en Yahoo Messenger fueran controladas ni desde luego tuvieron en cuenta que no se le había informado del alcance y naturaleza que podía tener la vigilancia. Tampoco valoraron qué motivos concretos justificaban la aplicación de medidas de control ni la posibilidad de utilizar medidas menos intrusivas (apartado 139). Por tanto, se produjo la aducida vulneración del artículo 8 del Convenio.

En consecuencia y según lo dicho, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Barbulescu II* establece que al menos en lo relativo a la posibilidad de vigilar las comunicaciones privadas del trabajador durante su jornada de trabajo se integra en la expectativa razonable de éste el ser informado con carácter previo sobre la existencia de la vigilancia y sobre el alcance de esta. Parece enlazar directamente con la rotundidad de nuestro Tribunal Constitucional en su STC 29/2013 cuando señala que además de cumplir con la instalación del dispositivo informativo y la notificación previa de la creación del fichero a la Agencia Española de Protección de Datos (lo mismo en definitiva que la sentencia *Bershka* poco después pasó a considerar suficiente) era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida.

Restaba por tanto comprobar si tal doctrina garantista iba a acabar trasladándose en bloque al ámbito que nos ocupa, el de la videovigilancia y en particular la videovigilancia encubierta. Es en este sentido que se revela crucial el análisis del precedente específico más parecido que tuvieron a la vista las sentencias *López Ribalda*, la decisión *Köpke*.

B. La Decisión de admisibilidad de 5 de octubre de 2010, *Karin Köpke* contra Alemania.

En este caso resulta de extremo interés examinar con cierto detenimiento los hechos, porque la sentencia *López Ribalda I* hace un considerable esfuerzo argu-

mental para justificar que las circunstancias en ella analizadas son diferentes del caso Köpke, lo que explicaría el diferente sentido del fallo.

La señora Köpke trabaja como cajera en un supermercado en Feldberg, Alemania. La empresa en septiembre de 2002 sospecha la existencia de irregularidades en el departamento de bebidas del supermercado al detectar que las cantidades supuestamente reembolsadas a los clientes que entregan envases retornables no se corresponden con los envases efectivamente retornados. Las sospechas se centran en la señora Köpke y otro empleado.

La empresa contrata a una agencia de detectives que instala un sistema de videovigilancia encubierta limitada al mostrador y área de caja en el periodo comprendido entre el 7 y el 19 de octubre de 2002 (nada se nos dice sobre que se limite a días laborables, por lo que debemos entender que son trece días ininterrumpidos). Como consecuencia de esta vigilancia, la empresa despidió a la señora Köpke por robo al haberse apropiado de unos cien euros del dinero supuestamente destinado a los referidos reembolsos.

La señora Köpke recurre a los tribunales alemanes del orden social hasta agotar instancias, primero y después al Tribunal Constitucional Federal. Se considera que no existe vulneración de su derecho fundamental a la privacidad tras llevar a cabo una valoración de las circunstancias del caso y consiguiente juicio de proporcionalidad no diferente de la que ya a estas alturas nos resulta familiar.

Sí me parece del mayor interés el hecho de que los tribunales alemanes en su ponderación confrontan el derecho a la privacidad, no con los poderes de dirección del empleador como con acierto a nuestro juicio criticó el Magistrado Valdés Dal-Re en su voto particular, sino con el derecho a la propiedad de la empresa, que obviamente se ve vulnerado ante la apropiación indebida de cantidades que son suyas.

Nos parece mucho menos forzada esta ponderación entre derechos y nos preguntamos la razón de que no se efectúe en idénticos términos por nuestro Tribunal Constitucional. Pudiera ser que considere que mal puede confrontar un derecho fundamental de un lado y de otro un derecho que no sólo no responde a esa naturaleza sino que tiene incorporado como elemento consustancial en su ejercicio y desenvolvimiento su función social⁸. Pero más desequilibrado resulta a nuestro juicio sacrificar el derecho fundamental en nombre de unos poderes de dirección del empresario que nacen de un instrumento negocial como la relación laboral.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos constata que en el momento de los hechos no existía una regulación ad hoc en Derecho alemán sobre el tema de la

⁸ Preferimos descartar que la razón auténtica subyacente sea el cierto carácter vergonzante que parece rodear al derecho de propiedad, que determina que tomarlo como elemento de ponderación

videovigilancia en el ámbito laboral, pero que podía entenderse compensada esta circunstancia con la jurisprudencia consolidada en la materia de los tribunales alemanes. Pasa después a examinar el modo en que los tribunales enjuiciaron el caso y sopesaron los intereses en conflicto.

En tal sentido, valora positivamente que existieran sospechas previas de robo, que la vigilancia se centrara exclusivamente en dos empleados, que fuera limitada en el tiempo (dos semanas, dice el Tribunal), que el área fuera limitada y además fuera accesible al público.

Especial énfasis pone el Tribunal en hacer suya la argumentación del tribunal nacional en el sentido de que la protección del derecho de propiedad del empleador sólo podía quedar garantizada si podía hacer copia de pruebas que le permitieran probar la conducta ilícita del empleado, pudiendo conservar los datos durante la pendencia de los procesos judiciales.

Más aún, respalda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la apreciación del tribunal alemán de que no existían otros medios igualmente efectivos de proteger tales derechos de propiedad menos lesivos del derecho a la privacidad del empleado. Se muestra de acuerdo con que el arqueo de cuentas no podía vincular las pérdidas con ningún empleado en particular. Pero sin duda lo más llamativo es que también hace suyo el argumento del juez nacional de que la supervisión por superiores o compañeros o la videovigilancia abierta no tendría las mismas posibilidades de éxito en descubrir un robo encubierto. Parecen aparecer aquí conceptos como eficacia probatoria o facilidad probatoria, cuya emergencia en la STC Bershka también se criticaba en el voto particular.

Con base en estas consideraciones entiende el Tribunal que la queja debe ser rechazada como manifiestamente mal fundada y declara su inadmisibilidad⁹.

2. Los hechos del caso López Ribalda

A estas alturas de trabajo si algo podemos tener ya claro es que los hechos, la ca suística de cada supuesto son determinantes. Pasemos a examinar los del caso López Ribalda, teniendo en mente los de la decisión Köpke, para poder apreciar similitudes y en su caso diferencias.

⁹ Hay con todo un párrafo al final que si bien resulta algo críptico parece abrir la perspectiva de una reconsideración futura por parte del Tribunal. Señala en tal sentido lo siguiente (no hemos localizado copia en nuestro idioma de esta Decisión): *The Court would observe, however, that the balance struck between the interests at issue by the domestic authorities does not appear to be the only possible way for them to comply with their obligations under the Convention. The competing interests concerned might well be given a different weight in the future, having regard to the extent to which intrusions into private life are made possible by new, more and more sophisticated technologies.*

Los hechos de los que parte López Ribalda I podrían resumirse como sigue: a principios de febrero de 2009 la empresa Mercadona comprueba en uno de sus supermercados que existen irregularidades entre las existencias del inventario y las ventas diarias del mismo. Se identifican pérdidas superiores a ochenta y dos mil euros en un periodo de cinco meses.

Ante dicha situación, la empresa instala videocámaras tanto visibles como ocultas. Las cámaras visibles se sitúan en las entradas y salidas del supermercado en tanto que las cámaras ocultas se enfocan sobre la zona posterior de las cajas registradoras. La empresa informó a los trabajadores sobre las cámaras visibles¹⁰ pero ni ellos ni el Comité de Empresa fueron informados sobre las cámaras ocultas.

Nada dice López Ribalda I sobre la duración de la videovigilancia encubierta. En la sentencia López Ribalda II (apartado 92) se indica expresamente que la misma fue de diez días. Este importantísimo dato, como luego se verá, fue por las razones que fueran inexplicablemente soslayado o no tenido en consideración en López Ribalda I.

Citan a los trabajadores sospechosos de robo a una reunión individual donde admiten su participación en los robos en presencia de la representante sindical y de la representante legal de la empresa. De las cinco demandantes, tres eran cajeras que fueron grabadas permitiendo que clientes y compañeros robaran productos o robándolos ellas mismas en tanto que las otras dos habían sido grabadas sustrayendo mercancías con la ayuda de una de las cajeras anteriormente citadas.

Las cinco demandantes son despedidas. De la lectura de Ribalda I se sale con la impresión de que fueron las únicas despedidas, pero en Ribalda II (apartado 15) se pone de manifiesto otra circunstancia fáctica a nuestro juicio relevante: que fueron despedidos por estos hechos un total de catorce empleados aunque obviamente sólo las cinco demandantes acabaron llevando su caso ante el Tribunal de Estrasburgo. Pensar en catorce empleados implicados y unas pérdidas detectadas superiores a ochenta mil euros en cinco meses da idea de la gravedad de los hechos.

Tres de las demandantes firmaron acuerdos transaccionales con la empresa en los que se comprometían a no demandar a su empleador por despido improcedentes a la vez que el empleador se comprometía a no denunciarles por robo.

Las demandantes acuden a la jurisdicción social por despido improcedente, siendo obviamente uno de sus argumentos fundamentales la vulneración de su derecho a la privacidad derivado de la vigilancia encubierta así como su oposición a que

¹⁰ En esa información nos indica la sentencia López Ribalda II (apartado 13) que se trasladó a los trabajadores que la instalación de dichas cámaras visibles traía causa de la sospecha de robos por parte de la dirección.

la misma pudiera ser utilizada como prueba en el proceso. A estos argumentos, las demandantes que firmaron acuerdos transaccionales añadieron la aducida nulidad de los mismos.

En el proceso, junto a las grabaciones constituyeron prueba las declaraciones testificales de compañeras de trabajo despedidas también por su implicación en los robos, del gerente de la tienda, de la representante sindical y de la representante legal de la empresa.

El Juzgado de lo Social primero y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía después consideran procedentes los despidos aplicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que conocemos. Con posterioridad los demandantes recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional, que inadmitió los recursos por “falta de vulneración de un derecho fundamental”.

Para intentar completar este resumen de antecedentes añadamos un par de circunstancias que no indicándose en esta sentencia sí se incluyen en López Ribalda II: en primer lugar, que se siguió un proceso penal contra las demandantes y el resto de empleados, recalificándose en instrucción los hechos como falta y finalmente constatando que se había producido la prescripción de las mismas.

En segundo lugar¹¹, que las demandantes no acudieron a la Agencia Española de Protección de Datos ni ejercitaron la acción civil para reclamar una indemnización por la supuesta vulneración de sus derechos en los términos del artículo 19 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal.

3. Los argumentos de la Sentencia López Ribalda I¹²

El Gobierno en su oposición a la demanda puso de manifiesto la falta de legitimación pasiva del Reino de España en la medida en que la instalación de video-vigilancia encubierta se había efectuado por una empresa privada. A esto aduce el Tribunal que del artículo 8 del Convenio resulta no sólo el deber del Estado de abstenerse de intromisiones ilegítimas en la esfera de privacidad del individuo sino que recaen sobre él obligaciones positivas que *pueden implicar la adopción de medidas destinadas a garantizar el respeto a la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones personales*.

¹¹ El Gobierno español no opuso esta excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en López Ribalda I, alegándolo por primera vez en sus observaciones escritas ante la Gran Sala (apartado 83 López Ribalda II)

¹² Nos centraremos en la aducida vulneración del artículo 8, obviando los pronunciamientos de la sentencia sobre las supuestas vulneraciones del artículo 6.

Sería lógico pensar que tales obligaciones positivas pasan por establecer un marco normativo adecuadamente garantista del derecho fundamental, pero la actuación posterior del Tribunal revela, como en los casos Köpke y Barbulescu, que lo que acaba enjuiciando es la aplicación por los tribunales nacionales de las referidas normas¹³.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incardina con toda naturalidad la protección del derecho fundamental a la protección de datos en un concepto amplio de lo que ha de entenderse por “vida privada” en el artículo 8 del Convenio, en una interpretación evolutiva del mismo que le ha permitido utilizar el mismo precepto para incluir en el ámbito del sistema europeo de derechos humanos el derecho a la protección del medio ambiente como en la famosa sentencia López Ostra c. España de 19 de diciembre de 1994. En lo que hace al derecho a la privacidad que nos ocupa, considera que el concepto de vida privada ha a extenderse a actividades de carácter empresarial o profesional.

Pasando al análisis de los hechos, el Tribunal comienza diciendo que el empresario incumplió la obligación que sobre él pendía de aplicar la legislación nacional¹⁴ y como consecuencia, de informar a las interesadas de la existencia de un medio de recogida y tratamiento de sus datos personales. Tal omisión de su deber de información los tribunales la habían entendido justificada y proporcionada considerando que no existía otro medio igual de eficaz de proteger los derechos del empleador.

A continuación (apartado 67) empieza a marcar distancias con el caso Köpke: cuando sucedieron los hechos del caso Köpke (recordemos, 2002) las condiciones en que un empleador podía recurrir a la videovigilancia para investigar un delito penal no habían sido establecidas legalmente aunque el Tribunal federal alemán había establecido importantes directrices. Pero en este caso, continúa su razonamiento, sí existía legislación que establecía que los interesados debían ser informados por lo que los demandantes tenían una expectativa razonable de privacidad.

Resulta llamativo el argumento. No olvidemos que se está analizando el supuesto incumplimiento por un Estado de sus obligaciones positivas que, sin duda, incluyen establecer un marco normativo garantista y previsible. En 2002 ya llevaba más de quince años en vigor el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1 de octubre de 1985, promovido por el propio Consejo de Europa. La Directiva europea era de

¹³ En el caso Köpke, a falta de normas, la aplicación de la jurisprudencia consolidada en la materia de los tribunales nacionales.

¹⁴ Artículo 5 de la LO 15/99 e Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos relativa a videovigilancia, de cuyo carácter normativo parte el Tribunal sin mayor cuestionamiento.

1995. Luego Alemania podía perfectamente tener regulada en su legislación la videovigilancia encubierta y no lo hizo.

La paradoja es que de tal inactividad no se siguió sentencia condenatoria: se atribuyó a la jurisprudencia del Tribunal federal alemán un valor normativo a estos efectos y se aceptó sin ambages. En cambio en el caso de España el tenerlo regulado es lo que determina su condena porque al parecer una Instrucción de la Agencia Española de Protección de Datos de dudoso carácter normativo es lo que determina una expectativa razonable del trabajador de ser informado pese al claro tenor de la jurisprudencia entonces más reciente del Tribunal Constitucional en el caso Berhška que cuando menos, si no la consideración privilegiada que sí le otorgo a la jurisprudencia del tribunal alemán, le podía haber suscitado dudas al Tribunal de Estrasburgo. Se hace por tanto de mejor condición al Estado que no establece una regulación adecuadamente garantista de un derecho fundamental.

Sigue el Tribunal en el apartado 68 afirmando lo siguiente:

*Además, en el presente asunto y a diferencia de Köpke, la videovigilancia encubierta no estaba motivada por una sospecha previa contra las demandantes y, por consiguiente, no se dirigía específicamente contra ellas sino contra todo el personal encargado de las cajas registradoras, **durante semanas, sin límite de tiempo** (la negrita es nuestra) y durante todo el horario laboral. En Köpke la medida de vigilancia fue limitada en el tiempo – **se llevó a cabo durante dos semanas**– y la medida se aplicó únicamente a dos empleados. Sin embargo, en el presente asunto la decisión de adoptar medidas de vigilancia de basó en una sospecha general contra todo el personal, habida cuenta de las irregularidades reveladas con anterioridad por el gerente de la tienda.*

Efectivamente, las circunstancias de este caso difieren respecto a las de Köpke, aunque tal vez no en el sentido que el Tribunal interpreta. En el caso Köpke efectivamente las sospechas pudieron estar más localizadas porque la irregularidad afectaba al reembolso de los envases retornados y afectar sólo a dos empleados. Pero también es cierto que el quebranto por el que se despidió a Karin Köpke está en torno a los cien euros. Recordemos que en el caso López Ribalda las pérdidas detectadas en un periodo de cinco meses fueron de más de ochenta mil euros.

Lo que ya parece una confusión inexplicable es decir que en este supuesto la videovigilancia encubierta duró semanas, sin límite de tiempo, en tanto que la ejemplar videovigilancia de Köpke sólo duró dos semanas. Como vimos anteriormente, la videovigilancia en López Ribalda duró menos, exactamente diez días.

En cuanto al inciso final, efectivamente en el caso López Ribalda no existían sospechosos previamente identificados. Lo que sí existían eran unas pérdidas en cinco meses ochocientas veces superiores a las que motivaron el despido de la señora Köpke . Y pese a eso, la videovigilancia abierta y encubierta se limitó a los accesos

de entrada y salida y a la línea de cajas. Desconocemos si existía una sospecha general contra todo o parte del personal pero de existir el hecho de que finalmente se siguieran diligencias penales contra catorce empleados puede llevarnos a pensar que podía estar justificada.

De la argumentación del Tribunal la a nuestro juicio paradójica conclusión es que es posible la videovigilancia encubierta frente a pequeños quebrantos con sospechoso identificable pero que si existen robos a gran escala sin un sospechoso identificable la misma debe entenderse que vulnera el derecho a la privacidad.

Concluye el Tribunal (apartado 69) que no puede compartir la opinión de los tribunales nacionales y que el empresario incumplió la obligación de información previa a los trabajadores de la existencia y las características de la videovigilancia. Entiende el Tribunal que los derechos del empresario podrían haberse salvaguardado al menos hasta cierto punto por otros medios, *en especial informando previamente a las demandantes, incluso de manera general, de la instalación de un sistema de videovigilancia y proporcionándoles la información establecida en la Ley de protección de datos personales.*

Por tanto, en el presente caso los tribunales nacionales no alcanzaron un equilibrio equitativo entre el derecho a la privacidad de las demandantes y el interés del empleador en la protección de sus derechos patrimoniales.

La sentencia cuenta con un voto particular disidente del Juez Dmitry Dedov que entiende que el fallo resulta incoherente con la jurisprudencia del Tribunal, indicando que las circunstancias de Köpke eran similares a las del presente asunto. Incluso afirma que la injerencia en el caso Köpke fue más grave porque sólo había cámaras ocultas y el empleado no fue informado en ningún momento de la videovigilancia.

Analiza posteriormente los argumentos de la sentencia resaltando que las cámaras se instalaron en espacios públicos, que la existencia de cámaras visibles revelaba la existencia de videovigilancia y entendiendo que la elevada cuantía de las pérdidas permitía deducir razonablemente que las mismas no podían haber sido causadas por una sola persona.

Concluye señalando que el Convenio no puede entenderse ni interpretarse de manera que permita la comisión de irregularidades.

IV. LA SEGUNDA SENTENCIA: SENTENCIA DE LA GRAN SALA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 17 DE OCTUBRE DE 2019, CASO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA

Recaída la sentencia López Ribalda I, el Gobierno español solicita el 27 de marzo de 2018 la remisión del asunto a la Gran Sala al amparo del artículo 43¹⁵ del Convenio sin duda por considerar que se está en uno de los casos excepcionales a que se refiere el citado precepto. La Gran Sala admite dicha solicitud el 2 de mayo de 2018.

Tras referirse a los antecedentes del caso, la legislación y jurisprudencia nacional y europea aplicable, la sentencia López Ribalda I y los argumentos de las partes, la Gran Sala comienza su valoración a partir del apartado 109, refiriéndose a una cuestión que mencionamos: la aducida falta de legitimación pasiva del Reino de España al tratarse de una conducta imputable a una empresa privada y por tanto, el alcance de las obligaciones positivas que corresponden al Estado demandado.

De manera no diferente a la sentencia López Ribalda I, la Gran Sala comienza indicando cómo si bien el artículo 8 del Convenio conlleva sobre todo el compromiso negativo de no injerencia por parte de los poderes públicos, al tiempo supone la obligación de adoptar medidas que garanticen el respecto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre ellos.

Para discernir si tales obligaciones positivas se han cumplido (apartado 111) *es necesario considerar el justo equilibrio a adoptar entre los diferentes intereses públicos y privados en juego, gozando el Estado en cualquier caso de un margen de apreciación.* De hecho, la concreta elección de las medidas que garanticen la observancia del artículo 8 depende en principio de ese margen de apreciación.

El control del Tribunal, continúa la Gran Sala, se proyecta tanto sobre las leyes como sobre las decisiones que las aplican, incluso si tienen su origen en una jurisdicción independiente. Con todo, la Gran Sala, recordando doctrina previa (casos Peck y Von Hannover) delimita cuales son sus posibilidades respecto al control de los órganos jurisdiccionales nacionales: *no corresponde al Tribunal sustituir a los órganos jurisdiccionales internos, sino que le corresponde verificar, visto el asunto en su conjunto, si las decisiones se concilian con las disposiciones invocadas del convenio.*

En López Ribalda I vimos cómo el Tribunal de Estrasburgo lo que hacía precisamente era enjuiciar de nuevo los hechos y alcanzar su propia conclusión, que para

¹⁵ Como acertadamente señala GARCÍA JIMÉNEZ, MARIA ENCARNA, *El convenio europeo de derechos humanos en los umbrales del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 1998, p. 212 el mecanismo del artículo 43 no constituye una apelación sino un reexamen.

colmo como dijimos parte de una apreciación errónea de hechos tan fundamentales como la duración de la videovigilancia encubierta. La Gran Sala anuncia que va a situarse en una posición diferente respecto a la jurisdicción nacional de manera que su intervención se cifra en valorar la razonabilidad y proporcionalidad de los pronunciamientos de aquella a la vista de las disposiciones del Convenio.

De alguna manera, entendemos, el tribunal velará por conformar un estándar común europeo de protección del derecho a la privacidad en materia de vigilancia de los empleados en el lugar de trabajo que pueda considerarse ajustada al Convenio. Y dicho estándar, con independencia del margen de apreciación de los Estados, en todo caso supone que los tribunales internos garanticen que la aplicación por parte del empleador de este tipo de medidas *sea proporcionada y vaya acompañada de las garantías adecuadas y suficientes contra el abuso* (apartado 114). Por su parte, el apartado 115 con base en la sentencia Barbulescu enuncia los factores que debieran tener en cuenta los tribunales nacionales para garantizar la proporcionalidad en las medidas de videovigilancia en el trabajo.

Nos resulta mas convincente y más ajustado al espíritu del Convenio actuar de esta manera que concluir, como hacía López Ribalda I, que la expectativa razonable y por tanto la protección del derecho sería mayor en Estados donde exista regulación expresa y menor donde la misma falte¹⁶.

A partir del apartado 118, la Gran Sala entra en la aplicación de todos estos principios al asunto que nos ocupa. En el apartado 121 anuncia que va a examinar el tratamiento de la queja de las demandantes de violación de su privacidad por parte de la jurisdicción nacional y en segundo lugar, que analizará si como sostenía el Gobierno español, el Derecho interno ofrecía otras vías de recurso susceptibles de garantizarles una protección adecuada.

Continúa la Gran Sala valorando el análisis del alcance de la medida de vigilancia, considerando razonable que los órganos jurisdiccionales nacionales concluyeran que la medida había sido limitada en cuanto a espacios y personal vigilado (sólo las cajas registradoras que podían ser la causa de las pérdidas) y en cuanto a duración.

Valora también (apartado 125) que las funciones de las demandantes se cumplieran en lugar abierto al público y en contacto permanente con los clientes indicando que la expectativa razonable de privacidad de un empleado varía según el lugar: es muy elevada en lugares por definición más privados como aseos o vestuarios,

¹⁶ Sería relativamente fácil defender lo contrario: que allá donde falte legislación nacional, la expectativa razonable del trabajador de obtener a nivel europeo la garantía de su derecho a la privacidad que no resulta de su ordenamiento interno es mayor.

elevada en espacios de trabajo cerrados como oficinas y *se reduce claramente en lugares visibles o accesibles para los compañeros o, como en el caso, al gran público.*

El apartado 126 entra en la duración de la medida, enmendando la valoración que había efectuado López Ribalda I: la duración del seguimiento de diez días *no parece excesiva en sí misma (comparar con la decisión Köpke, precitada, donde una duración de catorce días no se había considerado desproporcionada).* Continúa el apartado indicando que sólo el gerente, el representante legal y la representante sindical visionaron las grabaciones antes de informar a las demandantes y finaliza el apartado indicando que *A la luz de estos elementos, el Tribunal considera que la intrusión en la intimidad de las demandantes no era de una gravedad muy alta.*

Sigue la sentencia valorando positivamente que las grabaciones no se difundieran públicamente y finalmente en el apartado 128 entra en la valoración por los tribunales internos de que en este caso no existía otro medio que permitiera alcanzar el fin legítimo perseguido y que por tanto la medida era “necesaria”. La Gran Sala parece apartarse a continuación de López Ribalda I, la cual consideraba que los derechos del empresario podían haberse protegido mediante otros medios, en particular mediante un sistema de videovigilancia del que se hubiera informado previamente a los trabajadores, y en tal sentido dice:

*Aunque hubiera sido deseable que las jurisdicciones examinaran más en profundidad la posibilidad del empleador de recurrir a otras medidas menos intrusivas para la vida privada de las trabajadoras, el Tribunal no puede sino constatar que el alcance de las pérdidas constatadas por el empleador podía hacer pensar que los robos habían sido cometidos por varias personas y que informar a cualquiera de los miembros del personal podía poner en riesgo la finalidad de la videovigilancia que era, como señalaron dichas jurisdicciones, descubrir a los posibles responsables de los robos, **pero también obtener las pruebas que pudieran permitirle tomar las medidas disciplinarias correspondientes.***

Frente a López Ribalda I que parece poner el acento en la salvaguarda de los derechos futuros del empleador (posiblemente en el caso que nos ocupa, si se hubiera informado previamente a los trabajadores de que se iban a grabar las cajas registradoras los robos hubieran dejado de producirse o tal vez los implicados hubieran buscado otro modus operandi), López Ribalda II considera legítima la finalidad de hacer acopio de material probatorio para la adopción de medidas ulteriores frente a los responsables de las irregularidades. En ese punto, la Gran Sala no está lejos de los razonamientos de la sentencia Bershka de nuestro Tribunal Constitucional que parece incardinar en el requisito de necesidad no tanto la inexistencia de medios menos invasivos de la privacidad como la expectativa empresarial de allegar pruebas eficaces de cargo.

En cuanto al deber de información previa conforme a la legislación nacional, que en definitiva constituye la ratio decidendi de López Ribalda I, coincide la Gran Sala en el apartado 131 en que la necesidad de dicha información previa resulta de las normas internacionales y europeas y resulta fundamental, en especial en un contexto como el de las relaciones laborales en que el empleador ostenta importantes poderes sobre los trabajadores. No obstante, la sentencia recuerda *que la información proporcionada a la persona objeto de vigilancia y su alcance son sólo uno de los criterios a considerar a la hora de valorar la proporcionalidad de tal medida en un caso determinado. Sin embargo, si falta esa información, las garantías derivadas de los demás criterios serán aún más importantes.*

En el supuesto de autos, es cierto que los tribunales nacionales no tuvieron en cuenta la falta de información previa. El Tribunal señala en este punto que ***sólo un imperativo importante relativo a la protección de los intereses públicos o privados importantes podría justificar la ausencia de información previa.***

Por tanto, sin perjuicio de considerar que en el supuesto que nos ocupa, la aplicación del Derecho por los tribunales nacionales fue en conjunto razonable¹⁷, la Gran Sala establece con claridad que en materia de videovigilancia la regla general ha de ser la información previa y que la videovigilancia encubierta sin dicha información previa sólo resulta admisible excepcionalmente.

En tal sentido, el apartado 134 indica que no basta la mínima sospecha de robos u otras irregularidades para que resulte justificable la instalación de videovigilancia encubierta. Sí puede resultar una justificación seria *la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades y el alcance de los robos.* Frente a López Ribalda I, que considera que al no estar las sospechas centradas en empleados específicos sino ser en sus palabras una sospecha general contra todo el personal la videovigilancia encubierta no estaba justificada, la Gran Sala entiende que es un argumento que puede por el contrario justificar la falta de información previa sobre la videovigilancia el hecho de que *el buen funcionamiento de la empresa estuviera en entredicho no sólo por las irregularidades cometidas por un solo empleado, sino por la acción conjunta de varios empleados, en la medida en que esta situación podía crear en la empresa un clima general de desconfianza.*

Finalmente la sentencia añade que en efecto las demandantes tenían a su disposición otros recursos previstos en la normativa de protección de datos específicamente dirigidos a sancionar los incumplimientos legales o a sustanciar la reclamación de una indemnización por la presunta vulneración de sus derechos, a los que optaron por no recurrir. Unido a las anteriores consideraciones sobre la razonable aplicación

¹⁷ En tal sentido, el apartado 134 señala que *podieron sin traspasar el margen de apreciación de que disponen las autoridades nacionales considerar que la injerencia en la vida privada de las demandantes era proporcionada (véase para una situación similar, Köpke, decisión precitada).*

de las normas que a su juicio efectúan los tribunales nacionales, le lleva a considerar que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del Convenio traspasando su margen de apreciación y que por tanto no se ha producido una vulneración del referido precepto.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA LOPEZ RIBALDA II EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA A VIDEOVIGILANCIA ENCUBIERTA

Tras releer detalladamente con ocasión del presente trabajo la sentencia López Ribalda I continúan las dudas que la misma me suscita sobre su alcance y en particular sobre si debe entenderse que constituye una prohibición absoluta de la videovigilancia encubierta en el trabajo¹⁸.

A favor de esta tesis estaría una cierta rotundidad en sus términos. En el apartado 67 señala que el derecho de todo interesado a ser informado de la existencia, el objetivo y la forma de la videovigilancia encubierta no sólo estaba claramente protegida y regulada por la ley sino que precisamente propiciaba la expectativa razonable de privacidad de las demandantes. En el 69 indica que la videovigilancia del empresario, *que tuvo lugar durante un periodo prolongado* (sic), no cumplió los requisitos del artículo 5 de la LO 15/1999, *en particular la obligación de información previa, de manera explícita, precisa e inequívoca a los interesados sobre la existencia y las características particulares de un sistema de recogida de datos personales*.

Pero por otra parte, la sentencia en ningún momento dice que se aparta de la doctrina de la decisión Köpke y que ha de entenderse que en todo caso la videovigilancia encubierta sin información previa es en todo caso contraria al artículo 8 del Convenio. Todo lo contrario: efectúa su propio juicio de proporcionalidad, sustituyendo el juicio efectuado por los tribunales nacionales y dedica un considerable esfuerzo a argumentar por qué el caso López Ribalda difiere del caso Köpke. Tal esfuerzo no tendría sentido ni sería necesario si lo que pretendía decir es que en ningún caso resulta admisible la videovigilancia encubierta. Por el contrario, implícitamente es tanto como admitir que de haber sido otras las circunstancias (sospechas centradas

¹⁸ A favor de atribuirle esta trascendencia se muestra Carlos González en GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C. (2018:2). Contrarias a la misma y por tanto entendiendo que tras López Ribalda I seguía siendo posible la videovigilancia encubierta, sujeta eso sí a un test de proporcionalidad más exigente, GARCÍA SALAS, A.I., “ El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018 “, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, núm. 2 (2018), p.6 (entiende posible un uso excepcional y muy limitado) así como PEREZ CANET, A., “ De nuevo sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral “, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, num.1 (2018), p. 6.

en uno o dos infractores, duración no superior a dos semanas) podría haberse entendido que no vulneraba el Convenio.

Es de agradecer que la sentencia López Ribalda II resulte en este punto más clara. En el apartado 131, tras resaltar que *en principio* es necesario informar a las personas con claridad y con carácter previo de la recogida de datos y por tanto de la existencia de videovigilancia, sobre todo en el ámbito de las relaciones laborales, continúa señalando que dicha información previa es sólo uno de los criterios a considerar a la hora de valorar la proporcionalidad de la medida en un caso determinado. *Sin embargo, si falta esa información, las garantías derivadas de los demás criterios serán aún más importantes.* Por tanto, es claro que López Ribalda II admite la posibilidad de que exista videovigilancia encubierta.

Pero siendo esto cierto, también lo es que la sujeta a muy exigentes límites. Continúa la sentencia (apartado 134) aseverando que no puede aceptar que la videovigilancia encubierta traiga causa de una mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados. Sí considera una justificación seria la existencia de sospechas razonables de graves irregularidades y el alcance de los robos constatados en el asunto López Ribalda, que habían llegado a poner en entredicho el buen funcionamiento de la empresa.

Por tanto, puede parecer sin duda conforme con la doctrina de López Ribalda II una videovigilancia encubierta que responda a sospechas razonables, que pretenda detectar no cualquier irregularidad sino irregularidades graves y que además tales irregularidades comporten una afección significativa a los intereses de la empresa. Correlativamente constituiría vulneración del derecho fundamental la videovigilancia encubierta que responde a una sospecha mínima.

Más allá de esto persisten dudas. Podríamos entender que una sospecha razonable de una irregularidad menor no justificaría la vigilancia encubierta. Pero surge la duda de qué ha de entenderse por irregularidad menor. ¿ Lo sería haber detectado que faltan unos cien euros en la caja, como lo que motivó el despido de la señora Köpke?. ¿ O diez euros? . ¿ Y si la irregularidad consiste en incumplimientos de la jornada de trabajo, como el caso Universidad de Sevilla?. ¿ O si consiste en hablar de fútbol con los compañeros en el horario laboral? . ¿ Queda completamente excluido el llamado “ hallazgo casual”?. Seguimos sin tener criterios inequívocos y deberá la jurisprudencia continuar con su labor interpretativa y aplicativa en este punto.

Por nuestra parte, entendemos que buena parte de esta incertidumbre no es achacable a la doctrina anterior y presente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A mi juicio el problema en buena medida deriva de la inexplicable ponderación que nuestro Tribunal Constitucional efectúa primando en determinados

supuestos los poderes de dirección del empleador sobre el ejercicio por el trabajador de su derecho fundamental a la privacidad¹⁹.

La ponderación debiera efectuarse, como antes apunté, entre derechos y concretamente en este caso con el derecho de propiedad, de manera que sólo vulneraciones significativas del mismo por robo, daños deliberados a propiedad de la empresa o conductas similares podrían excepcionalmente habilitar el sacrificio al derecho a la privacidad que supone la videovigilancia encubierta.

Ello haría incluso más coherente la jurisprudencia constitucional, permitiendo explicar mucho mejor de lo que a día de hoy puede hacerse que es constitucionalmente ilegítimo utilizar videovigilancia para comprobar si un empleado incumple su jornada laboral (caso Universidad de Sevilla) o pretender grabar las conversaciones en las cajas cuando ya se tiene videovigilancia (Casino La Toja) en tanto que sí puede resultar admisible ante sospecha fundada de robo a la empresa por un cajero (caso Berhska).

¹⁹ No es el objeto del presente trabajo, pero mucho nos tememos que tampoco va a solucionar nada, sino en todo caso a plantear mayores dudas el artículo 89 de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

V. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA JIMÉNEZ, MARIA ENCARNA, *El convenio europeo de derechos humanos en los umbrales del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 1998.

GARCÍA SALAS, ANA ISABEL “ El deber empresarial de informar acerca de la videovigilancia ejercida sobre los trabajadores. Comentario a la STEDH de 9 de enero de 2018 “, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, núm. 2 (2018).

GONZALEZ GONZALEZ, CARLOS, “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, en *Aranzadi Digital* núm. 1/2018.

PEREZ CANET, ALBA., “ De nuevo sobre la videovigilancia como medida de control de la actividad laboral”, en *Editorial Aranzadi, Revista de Información Laboral*, núm. 1 (2018).

NOTAS DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

SUMARIO GENERAL. I. Constitución. A. Fuerza normativa. B. Interpretación. II. Derechos y libertades. A. Derechos fundamentales y libertades públicas. B. Derechos y deberes de los ciudadanos. C. Principios rectores de la política social y económica. D. Garantía y suspensión de estos derechos. III. Principios jurídicos básicos. IV. Instituciones del Estado. A. La Corona. B. Las Cortes Generales. C. El Tribunal Constitucional. D. La Administración Pública. E. El Poder Judicial. V. Fuentes. VI. Organización territorial del Estado. A. Comunidades Autónomas. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. B. Corporaciones Locales. A.1. Autonomía. B.2. Competencias. VII. Economía y Hacienda. A. Principios generales. B. Presupuestos. C. Organización territorial. D. Tribunal de Cuentas. II. Derechos y libertades. B. Derechos y deberes de los ciudadanos.

Sentencia 126/2019, de 31 de octubre (BOE de 06 de diciembre de 2019). Ponente: Pedro José González-Trevijano Sánchez

Preceptos constitucionales: 31.1

otros:

Objeto: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1020-2019, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, respecto de los arts. 107 y 108 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por posible vulneración del art. 31.1 de la Constitución.

Antecedentes Jurisprudenciales citados (SSTC): 233/1999; 26/2017; 37/2017; 59/2017; 72; 2017; 135/2018.

Materias: Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1020-2019, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, respecto de los arts. 107 y 108 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales,

* Subsección preparada por FRANCISCO ESCRIBANO LÓPEZ, Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Sevilla.

aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por posible vulneración del art. 31.1 de la Constitución.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid (recurso núm. 336-2018), acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad con relación a los arts. 107 y 108 TRLHL), por presunta vulneración del principio de capacidad económica, de progresividad y de la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE). El contribuyente adquirió una vivienda en el término municipal de Majadahonda el día 30 de enero de 2003 por importe de 66.111,33 €, que luego transmitió con fecha de 15 de febrero de 2017 por importe de 70.355,00 €, obteniendo una ganancia patrimonial bruta de 4.243,67 €; no obstante, una vez descontados los gastos y tributos soportados la ganancia real neta fue de 3.473,90 €.; presentada la correspondiente declaración del impuesto, se procedió a girarle sobre una base imponible de 17.800,12 € (aplicando un porcentaje de incremento del 44,80 por 100 sobre el valor catastral del suelo de 39.732,41 €, a razón de un 3,2% de incremento por cada uno de los 14 años de permanencia), con una cuota tributaria resultante de 3.560,02 € (al 20 por 100). Teniendo en cuenta que la cuota tributaria liquidada era superior al importe de la ganancia patrimonial neta obtenida, con fecha de 20 de diciembre de 2017 la Sra. del Campo interpuso un recurso de reposición solicitando la anulación de la liquidación con devolución de la cantidad ingresada, con fundamento en la sentencia 519/2017, de 20 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, tras la STC 59/2017 (que declaró la inconstitucionalidad del art. 107.2 y 110.4 TRLHL), consideró que, una vez expulsados del ordenamiento ex origine tales preceptos, no era posible girar liquidación alguna por el impuesto citado. No habiendo obtenido Resolución al correspondiente recurso, se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo, para cuya resolución se dio traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para que alegasen sobre “si las normas que disciplinan el impuesto del incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana [podían] contravenir la doctrina constitucional sobre la capacidad económica, prohibición de no confiscatoriedad y progresividad de los tributos, de tal modo que de la adecuación o no de los artículos 107 y 108 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales de 2004 al artículo 31 de la Constitución, resulta determinante del sentido del fallo que se haya de dictar en los presentes autos”. Planteada la cuestión de inconstitucionalidad, en su Auto de planteamiento, Considera el órgano judicial, sin embargo, que la forma de cálculo de la cuota a pagar por el impuesto sobre incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (ex arts. 107 y 108 TRLHL) es totalmente

ajena al incremento real obtenido, hasta el punto que puede ser incluso superior al propio incremento del valor del terreno. Esto supondría que no es conforme con la Constitución un gravamen que obliga a los sujetos pasivos del impuesto a soportar la misma carga tributaria con independencia de la capacidad económica puesta de manifiesto al momento de su transmisión. Para el órgano judicial, aunque el sistema tributario afecta, lógicamente, a la propiedad privada, sus figuras no pueden “agotar la riqueza imponible” y sin embargo, el impuesto sobre incremento cuestionado tiene alcance confiscatorio en aquellos supuestos en los que la cuota a pagar “es superior al rendimiento que se obtiene”. Esto sin olvidar que la concurrencia de este impuesto con otras figuras tributarias vigentes (el impuesto sobre la renta de las personas físicas) puede llegar a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades, lo que podría resultar confiscatorio en contra de la prohibición prevista en el art. 31.1 CE; considera el órgano judicial a estos efectos que, si existiendo un incremento de valor real por la transmisión de un terreno, la cuota a pagar es superior al mismo, se habría producido una “expropiación de facto”, lo que podría tener carácter confiscatorio. Como se deriva de los Antecedentes, los arts. 107 y 108 TRLHL, podrían ser contrarios a los principios de capacidad económica y de progresividad, así como a la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE), en la medida del sometimiento a tributación de capacidades económicas irreales por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, incluso llegando a agotar la riqueza imponible, lo que podría tener un carácter confiscatorio (porque, si bien el incremento real obtenido por la diferencia entre el precio de adquisición y el de transmisión del inmueble fue de 3.473,90 €, el incremento de valor derivado de aplicar la regla de cálculo prevista en la normativa del impuesto fue de 17.800,12 €, con una cuota tributaria a pagar de 3.560,02 €, superior a aquel incremento. La fiscal general de Estado considera igualmente que, cuando existe un incremento de valor del terreno al momento de la transmisión y la cuota a pagar es superior al incremento realmente experimentado, se estaría tributando, en parte, por una renta inexistente, virtual o ficticia, produciendo un exceso de tributación contraria a los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad (art. 31.1 CE); en supuestos como el que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión, se estaría produciendo una desproporción entre la riqueza realmente obtenida y la efectivamente gravada conforme a las reglas del impuesto, lo que provoca un sacrificio del derecho del contribuyente a tributar con arreglo a su capacidad económica y sin que el tributo tenga un alcance confiscatorio; desde esta perspectiva, los arts. 107.1 y 107.2 a) TRLHL serían inconstitucionales, en la medida en que someten a tributación

situaciones de incrementos de valor que vulneran los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad del art. 31.1 CE; la Abogacía del Estado, en sentido contrario, considera que dado que el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana no pretende gravar la capacidad económica real (la ganancia patrimonial obtenida por el sujeto pasivo por la diferencia entre el precio de adquisición y el precio de venta), sino el beneficio calculado de forma objetiva derivado de la actuación de la corporación local durante un periodo dado, es evidente que la regulación general del tributo no somete a tributación —per se— situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica; a su juicio, ni la prohibición de no confiscación es predicable de cada uno de los tributos del sistema tributario en particular sino de su conjunto, ni en el caso concreto ha quedado acreditado que se haya producido el efecto privativo de toda la renta y del patrimonio del sujeto pasivo con el tributo aplicado o en conjunción con las restantes figuras impositivas; antes al contrario, la base imponible objetivamente calculada conforme a las reglas del tributo era de 17.800,12 €, de manera que al ser la cuota solo de 3.560,02 €, la tributación efectivamente soportada ha estado en torno al 20 por 100. Considerará el TC en atención a los antecedentes jurisprudenciales que el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana es un tributo que, según su configuración normativa, grava el “incremento de valor” que experimenten los terrenos (art. 104.1 TRLHL), “a lo largo de un período máximo de 20 años” (art. 107.1 TRLHL), y que se pone de manifiesto “a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos” (art. 104.1 TRLHL); por su parte, aunque su objeto es el “incremento de valor”, que se cuantifica y somete a tributación a partir del instante de su transmisión, sin embargo, el gravamen no se anuda necesariamente a la existencia de ese “incremento” sino a la mera titularidad del terreno durante un intervalo temporal dado. Será criterio del TC que basta, entonces, con que se haya sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante ese intervalo temporal dado para que el legislador anude a esta circunstancia, como consecuencia inseparable e irrefutable, un incremento de valor sometido a tributación, que cuantifica de forma automática mediante la aplicación al momento de la transmisión sobre el valor que tenga el terreno a efectos del impuesto sobre bienes inmuebles de un porcentaje fijo por cada año de tenencia [art. 107.2 a) y 4 TRLHL]; y esto lo hace con independencia tanto del quantum real del incremento como de la propia existencia del mismo [en este sentido, SSTC 26/2017, FJ 3 (con relación a la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del IIVTNU del territorio histórico de Guipúzcoa); 37/2017, FJ 3 (respecto a la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del IIVTNU del territorio histórico de

Álava); 48/2017, FJ 2 (con referencia a la Norma Foral 46/1989, IIVTNU del territorio histórico de Álava); 59/2017, FJ 3 (en relación con el TR IIVTNU aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo), y 72/2017, de 5 de junio, FJ 3 (en conexión con la Ley Foral 2/1995, de 10 de marzo, de haciendas locales de Navarra)]. Sostendrá el TC que ha señalado en repetidas ocasiones que es constitucionalmente admisible que el legislador establezca impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica, estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza (como, por ejemplo, el derecho de la comunidad a participar en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos que consagra el art. 47 CE); bastará, entonces, con que dicha capacidad económica exista como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que el principio de capacidad económica quede a salvo; sin que en ningún caso puede el legislador establecer tributos tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de una riqueza real o potencial; o, lo que es lo mismo, “en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia” (SSTC 26/2017, FJ 3; 37/2017, FJ 3; 59/2017, FJ 3, y 72/2017, FJ 3); en consecuencia siendo plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto, es importante subrayar que “una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal” (SSTC 26/2017, FJ 3; 59/2017, FJ 3, y 72/2017, FJ 3); se le antojará claro al TC, en consecuencia, que la circunstancia de que el nacimiento de la obligación tributaria se haga depender exclusivamente de la transmisión de un terreno, puede ser una condición necesaria en la configuración del tributo, pero en modo alguno puede erigirse en una condición suficiente en un tributo cuyo objeto es el “incremento de valor” de tal terreno; añadiendo en su argumentación: la necesaria materialización de un incremento de valor del terreno, exponente de una capacidad económica real o, por lo menos, potencial; de este modo, de no haberse producido un incremento real en el valor del terreno transmitido, la capacidad económica pretendidamente gravada dejaría de ser potencial para convertirse en irreal o ficticia, violándose con ello el principio de capacidad económica consagrado en el art. 31.1 CE (SSTC 37/2017, FJ 3; 59/2017, FJ 3, y 72/2017,

FJ 3). Recordará, así, el Tc su reciente doctrina sobre los arts. 107.1, 107.2.a) y 110.4: a la visra de la regulación de los citados preceptos se consideró que “fin[gían], sin admitir prueba en contrario, que por el solo hecho de haber sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante un determinado período temporal (entre uno y veinte años), se revela[ba], en todo caso, un incremento de valor y, por tanto, una capacidad económica susceptible de imposición, impidiendo al ciudadano cumplir con su obligación de contribuir, no de cualquier manera, sino exclusivamente ‘de acuerdo con su capacidad económica’ (art. 31.1 CE). De esta manera, al establecer el legislador la ficción de que ha[bía] tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado, soslayando aquellos supuestos en los que no se ha[bía] producido ese incremento, lejos de someter a tributación una capacidad económica susceptible de gravamen, les estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado artículo 31.1 CE” (STC 59/2017, FJ 3); a tal fin recordará el TC que ya alcanzó la conclusión de que los preceptos cuestionados, en los supuestos de no incremento o, incluso, de decremento en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, estaban gravando una renta ficticia y, por tanto, sometiendo a tributación “situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, lo que contra[decía] frontalmente el principio de capacidad económica que garantiza el artículo 31.1 CE” (STC 59/2017, FJ 3). Se pronunciará el TC, asimismo, sobre las que denomina capacidades económicas parcialmente inexistentes y apreciará que la situación que ahora se somete a su conocimiento no es la del gravamen de una situación de no incremento en el valor de un terreno de naturaleza urbana, ni tampoco la de decremento; concretamente, en el supuesto de hecho que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, frente a una ganancia patrimonial realmente generada de 3.473,90 €, el incremento de valor derivado de la aplicación de la regla del cálculo establecida en el art. 107.4 TRLHL ascendió a 17.800,12 € (aplicando un porcentaje de incremento del 44,80 por 100 sobre el valor catastral del suelo de 39.732,41 €, a razón de un 3,2 por 100 de incremento por cada uno de los 14 años de permanencia para el sujeto pasivo, según lo establecido en la ordenanza fiscal núm. 4 del ayuntamiento de Majadahonda, en la redacción vigente en el momento de la transmisión); aplicando el tipo de gravamen previsto en el art. 108.1 TRLHL (del 20 por 100, de conformidad con la misma ordenanza fiscal núm. 4 del ayuntamiento de Majadahonda), resultó una cuota tributaria de 3.560,02 €; considera el TC que es un hecho

incontrovertible que, en el concreto asunto que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, al aplicarse el tipo de gravamen establecido en el art. 108.1 TRLHL a la base imponible calculada conforme a lo prevenido en el art. 107.4 TRLHL, la cuota tributaria derivada superó el 100 por 100 de la riqueza efectivamente generada; con ello se está exigiendo al sujeto pasivo que cumpla con su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante la imposición de una carga “excesiva” o “exagerada” [en la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, en sentencias de 3 de julio de 2003, asunto Buffalo Srl c. Italia; de 9 de marzo de 2006, asunto Eko-Elda AVEE c. Grecia; de 14 de mayo de 2013, asunto N.K.M. c. Hungría, y de 2 de julio de 2013, asunto R.Sz. c. Hungría), del Tribunal Constitucional alemán (por ejemplo, en las sentencias de 17 de enero de 1957; de 22 de junio de 1995, y de 18 de enero de 2006); o del Consejo Constitucional francés (por ejemplo, en las decisiones 2005-530, de 29 de diciembre; 2012-662, de 29 de diciembre, y 2013-684, de 29 de diciembre)]; sin olvidar, que ya ha sido señalado por el TC “una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal, diferencia esta que es importante subrayar porque, si así fuese, es evidente que el precepto cuestionado sería contrario al principio constitucional de capacidad económica, dado que —como hemos venido señalando— dicho principio quiebra en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el impuesto sea no ya potencial sino inexistente o ficticia” (SSTC 26/2017, FJ 3; 59/2017, FJ 3, y 72/2017, FJ 3); así como también es necesario no descuidar que todo impuesto que someta a gravamen una riqueza inexistente en contra del principio de capacidad económica, o que agote la riqueza imponible so pretexto del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, estaría incurriendo, además, “en un resultado obviamente confiscatorio” (STC 26/2017, FJ 2, y ATC 69/2018, FJ 3); en aquellos supuestos en los que de la aplicación de la regla de cálculo prevista en el art. 107.4 TRLHL (porcentaje anual aplicable al valor catastral del terreno al momento del devengo) se derive un incremento de valor superior al efectivamente obtenido por el sujeto pasivo, la cuota tributaria resultante, en la parte que excede del beneficio realmente obtenido, se corresponde con el gravamen ilícito de una renta inexistente en contra del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad que deben operar, en todo caso, respectivamente, como instrumento legitimador del gravamen y como límite del mismo (art. 31.1 CE). El FJ 5 versa sobre las bases de la declaración de inconstitucionalidad que se

apreciará porque la situación que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad no puede considerarse en modo alguno como excepcional y, por tanto, el efecto negativo que provoca no es posible asumirlo como algo inevitable en el marco de la generalidad de la norma; considerará el TC que antes al contrario, se produce en relación con supuestos generales perfectamente definibles como categoría conceptual, razón por la cual, la legítima finalidad perseguida por la norma no puede prevalecer frente a las concretas disfunciones que genera, contrarias al principio de capacidad económica y a la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE). El TC considera que, en consecuencia, debe estimarse la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, y, en consecuencia, declarar que el art. 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, es inconstitucional por vulnerar el principio de capacidad económica y la prohibición de confiscatoriedad, uno y otra consagrados en el art. 31.1 CE, en aquellos supuestos en los que la cuota a pagar es superior al incremento patrimonial obtenido por el contribuyente. Se detendrá ahora el TC en determinar el alcance de esta declaración: la anterior declaración de inconstitucionalidad no puede serlo, sin embargo, en todo caso, lo que privaría a las entidades locales del gravamen de capacidades económicas reales; en coherencia con la declaración parcial de inconstitucionalidad que hizo la STC 59/2017, el art. 107.4 TRLHL debe serlo únicamente en aquellos casos en los que la cuota a satisfacer es superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente; considera el TC que la inconstitucionalidad así apreciada no puede extenderse, sin embargo, como pretende el órgano judicial, al art. 108.1 TRLHL (tipo de gravamen), pues el vicio declarado se halla exclusivamente en la forma de determinar la base imponible y no en la de calcular la cuota tributaria. Considera el TC necesario llevar a cabo una precisión del alcance concreto del Fallo: Por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y al igual que hemos hecho en otras ocasiones (por todas, SSTC 22/2015, FJ 5, y 73/2017, FJ 6), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme. El TC añadirá en su Sentencia una admonición al propio legislador: es importante señalar que una vez declarados inconstitucionales, primero los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL por la STC 59/2017, y ahora el art. 107.4 TRLHL por la presente

sentencia, es tarea del legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, realizar la adaptación del régimen legal del impuesto a las exigencias constitucionales puestas de manifiesto en una y otra sentencia; no hay que olvidar que, de conformidad con el art. 31.1 CE, los ciudadanos no solo tienen el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, sino también el derecho de hacerlo, no de cualquier manera, sino únicamente “con arreglo a la ley” y exclusivamente “de acuerdo con su capacidad económica”; por otra parte, continúa advirtiendo el TC el principio de autonomía financiera de los municipios (arts. 137 y 140 CE) exige que las haciendas locales dispongan de medios financieros suficientes para poder ejercer las funciones que legalmente les han sido encomendadas, fundamentalmente, mediante tributos propios (art. 142 CE), pero que por estar sometidos al principio de reserva de ley (arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE), corresponde al legislador estatal integrar las exigencias derivadas de esa reserva de ley como medio de preservar tanto la unidad del ordenamiento como una básica igualdad de posición de los contribuyentes [STC 233/1999, FJ 10 c)]; por ello solo al legislador le es dado, entonces, regular esa contribución y la forma de adecuarla a la capacidad económica de cada cual, dado que a fecha de hoy han transcurrido más de dos años desde la publicación de la STC 59/2017, sin que haya acomodado el impuesto a las exigencias constitucionales. Es importante subrayar que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige no solo la claridad y certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, sino también la legítima confianza y la previsibilidad en sus efectos, entendida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 135/2018, FJ 5). En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido:

FALLO: Estimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1020-2019, promovida el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, y, en consecuencia, declarar que el art. 107.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, es inconstitucional, en los términos previstos en la letra a) del fundamento jurídico 5.

En este número comenzamos con la reseña de la Jurisprudencia Constitucional de 2019. Se han consultado las SSTC publicadas en el BOE desde el 14 de enero de 2019 hasta el 6 de diciembre de 2019. Entre ellas, amén de la comentada *in extenso*, son reseñables las relacionadas a continuación, acompañadas de la nota resumen del propio BOE.

Sentencia 1/2019, de 14 de enero de 2019. Recurso de amparo 4421-2017. Promovido por don Antonio Clemente Albaladejo respecto de las sentencias de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo y un tribunal militar territorial, dictadas en proceso sobre delito contra la eficacia del servicio (BOE de 14 de febrero).

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: sentencia absolutoria dictada en proceso resultante de un accidente paracaidista y dimanante de una retroacción de actuaciones que no incurrió en bis in idem procesal ni causó indefensión a la acusación.

Sentencia 2/2019, de 14 de enero de 2019. Recurso de amparo 308-2018. Promovido por don Alberto Mielgo Hernández y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción, respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y un Juzgado de lo Social de Bilbao y las resoluciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social que desestimaron su petición de ampliación del permiso de paternidad. (BOE de 14 de febrero).

Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo: STC 111/2018 (resoluciones administrativas y judiciales que rechazan la equiparación en extensión temporal del permiso de paternidad con el correlativo de maternidad).

Sentencia 4/2019, de 17 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 2255-2016. Interpuesto por el Presidente del Gobierno, representado en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2015, de 21 de julio, del impuesto sobre las viviendas vacías, y de modificación de normas tributarias y de la Ley 3/2012 (BOE de 14 de febrero de 2019 (BOE de 14 de febrero)).

Límites a la potestad tributaria de las comunidades autónomas: impuesto autonómico que no vulnera la prohibición de doble imposición.

Sentencia 5/2019, de 17 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4952-2016. Interpuesto por la Presidenta del Gobierno en funciones en relación con diversos preceptos del Decreto-ley del Gobierno de Aragón 3/2015, de 15 de diciembre, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda (BOE de 14 de febrero).

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación del crédito y legislación procesal: nulidad del precepto autonómico que establece la inembargabilidad de las prestaciones económicas de carácter social (STC 2/2018) y de las disposiciones relativas al código de buenas prácticas para la reestructuración viable de deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual y al procedimiento de embargo de ayudas; interpretación conforme de la regulación legal autonómica sobre suspensión de lanzamientos.

Sentencia 8/2019, de 17 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4752-2017. Interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial (BOE de 14 de febrero).

Competencias sobre vivienda: nulidad de los preceptos legales autonómicos relativos a la expropiación del uso de la vivienda (STC 93/2015).

Sentencia 9/2019, de 17 de enero de 2019. Cuestión prejudicial de validez 3790-2018. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con la disposición final primera de la Norma Foral de las Juntas Generales de Álava 24/2014, de 9 de julio, del impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica (BOE de 14 de febrero).

Principio de seguridad jurídica y retroactividad de las normas tributarias: constitucionalidad de la disposición que sitúa la producción de efectos jurídicos de la norma foral tributaria en un momento anterior a su entrada en vigor.

Sentencia 14/2019, de 31 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4182-2018. Interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado, en relación con el apartado 65 del artículo único de la Ley de las Cortes Valencianas 8/2018, de 20 de abril, de modificación de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de salud de la Comunitat Valenciana (BOE de 22 de febrero).

Competencias sobre condiciones básicas de igualdad y sanidad, libertades de creación y elección de centros docentes: nulidad del precepto legal autonómico que excluye a las universidades privadas de los acuerdos de colaboración para garantizar la docencia práctica y clínica de las titulaciones académicas en materia de ciencias de la salud. Votos particulares.

Segunda. Sentencia 18/2019, de 11 de febrero de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 2861-2018. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto del artículo 86.3, párrafos 2 y 3, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio. (BOE de 19 de marzo).

Principios de seguridad jurídica e igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva y alcance de la reserva de ley orgánica en la creación de secciones funcionales: STC 128/2018 (constitucionalidad del modo de integración del órgano que, en los tribunales superiores de justicia, debe conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas autonómicas). Votos particulares

Sentencia 26/2019, de 25 de febrero de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 3019-2018. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha respecto del artículo 86.3, párrafos 2 y 3, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE de 26 de marzo).

Principios de seguridad jurídica e igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva y alcance de la reserva de ley orgánica en la creación de secciones funcionales: STC 128/2018 (constitucionalidad del modo de integración del órgano que, en los tribunales superiores de justicia, debe conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas autonómicas).

Sentencia 28/2019, de 28 de febrero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4063-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/2017, de 9 de mayo, del impuesto sobre los activos no productivos de las personas jurídicas. (BOE de 26 de marzo).

Límites de la potestad tributaria de las comunidades autónomas: constitucionalidad del impuesto autonómico.

Sentencia 32/2019, de 28 de febrero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4703-2018. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, respecto de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas (BOE de 26 de marzo).

Derechos a la inviolabilidad del domicilio, tutela judicial efectiva, de defensa, a un proceso con todas las garantías y a la vivienda: constitucionalidad de las medidas introducidas para hacer frente a la ocupación ilegal de viviendas. Voto particular.

Sentencia 33/2019, de 14 de marzo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 3903-2016. Interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE de 15 de abril).

Interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, lealtad institucional, estabilidad presupuestaria y reserva de ley orgánica; competencias sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y autoorganización; autonomía política y financiera: constitucionalidad de los preceptos legales que definen los trámites preceptivos para la suscripción de convenios administrativos, así como los requisitos de su validez y eficacia, establecen la necesidad de adaptación de los ya suscritos y vigentes y regulan el registro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación (STC 132/2018).

Sentencia 40/2019, de 27 de marzo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4007-2017. Interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 7/2017, de 28 de abril, por el que se prorroga y modifica el programa de activación para el empleo (BOE 25 de abril).

Competencias en materia de empleo: nulidad de los preceptos legales que atribuyen al Servicio Público de Empleo Estatal el ejercicio de competencias ejecutivas de titularidad autonómica (STC 153/2017). Voto particular.

Sentencia 43/2019, de 27 de marzo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 6367-2017. Interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2017, de 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono (BOE de 25 de abril).

Límites de la potestad tributaria de las comunidades autónomas: nulidad de los preceptos legales que regulan el impuesto sobre el riesgo medioambiental de la producción, manipulación y transporte, custodia y emisión de elementos radiotóxicos (STC 74/2016). Voto particular.

Sentencia 63/2019, de 9 de mayo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 739-2018. Interpuesto por más de cincuenta diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Unidos Podemos-En Comú y Podem-En Marea, en relación con diversos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 10 de junio).

Principios de igualdad y de universalidad presupuestaria; reserva de ley en el ámbito tributario: constitucionalidad de los preceptos legales relativos a la financiación de servicios mediante prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.

Sentencia 76/2019, de 22 de mayo de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 1405-2019. Interpuesto por el Defensor del Pueblo respecto del apartado primero del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (BOE de 10 de junio).

Protección de datos personales, principio de seguridad jurídica, vertiente negativa de la libertad ideológica y derecho a la participación política: nulidad del precepto legal que posibilita la recopilación por los partidos políticos de datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos.

Sentencia 85/2019, de 19 de junio de 2019. Cuestión interna de inconstitucionalidad 4314-2018. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación el artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 25 de julio).

Principio de igualdad ante la ley y derecho a la presunción de inocencia: nulidad de los incisos del precepto legal que regulan la indemnización a quienes hayan sufrido prisión provisional limitándola a los supuestos de inexistencia del hecho imputado o sobreseimiento libre (STC 8/2017). Votos particulares.

Sentencia 89/2019, de 2 de julio de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 5884-2017. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Unidos-Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados, respecto del Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 de la Constitución (BOE de 12 de agosto).

Coerción estatal sobre las comunidades autónomas por incumplimiento de obligaciones constitucionales: carácter subsidiario, extraordinario y temporal; delimitación del ámbito de actuación estatal; nulidad de la previsión de falta de vigencia de las normas o de validez y efectos de los actos, acuerdos o resoluciones publicados en los diarios oficiales de la Generalitat sin autorización o en contra de lo acordado por los órganos o autoridades designados por el Gobierno de la Nación.

BOE 12 DE AGOSTO

Sentencia 90/2019, de 2 de julio de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 143-2018. Interpuesto por el Parlamento de Cataluña respecto del Acuerdo del Pleno del Senado de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno al amparo del artículo 155 de la Constitución, así como de las disposiciones dictadas en desarrollo, complemento o adición de estas medidas.

Coerción estatal sobre las comunidades autónomas por incumplimiento de obligaciones constitucionales: inadmisión del recurso en lo que respecta a las disposiciones dictadas en desarrollo, complemento o adición de las medidas aprobadas por el acuerdo del Senado de 27 de octubre de 2017; pérdida parcial de objeto y declaración de constitucionalidad de las medidas de actuación estatal aprobadas en el acuerdo senatorial (STC 89/2019).

Sentencia 91/2019, de 3 de julio de 2019. Cuestión interna de inconstitucionalidad 688-2019. Planteada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional en relación con la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

Prohibición de la discriminación por razón de sexo: nulidad parcial del precepto legal que, al regular la cuantía de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, incurre en discriminación indirecta.

Sentencia 92/2019, de 15 de julio de 2019. Recurso de amparo 6416-2016. Promovido por don Simeó Miquel Roé en relación con las resoluciones de la dirección provincial de Lleida del Instituto Nacional de la Seguridad Social y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y un Juzgado de lo Social de Lleida, sobre reconocimiento de pensión de jubilación.

Vulneración del derecho a la igualdad ante la ley: resoluciones administrativas y judiciales que desestiman la pretensión como consecuencia de la aplicación del precepto normativo anulado en la STC 91/2019.

Sentencia 93/2019, de 15 de julio de 2019. Recursos de amparo 4104-2017 y 4790-2018 (acumulados). Promovidos por doña Amelia de Lucas Linares respecto de la inadmisión del recurso de revisión y subsidiario de nulidad de actuaciones en expediente de jura de cuentas de abogado.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio de exclusividad jurisdiccional: resoluciones de la letrada de la administración de justicia que impiden el control judicial de lo actuado en expediente de cuenta de abogado (STC 34/2019).

Sentencia 97/2019, de 16 de julio de 2019. Recurso de amparo 1805-2017. Promovido por don Sixto Delgado de la Coba en relación con las sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y de la Audiencia Provincial de Madrid que le condenaron por sendos delitos contra la hacienda pública.

Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: consideración de la denominada “lista Falciani” como prueba lícita de cargo.

Sentencia 98/2019, de 17 de julio de 2019. Impugnación de disposiciones autonómicas 5813-2018. Formulada por el Gobierno de la Nación en relación con diversos apartados de la Resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre, de priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia.

Inviolabilidad y exención de responsabilidad del rey: nulidad de las declaraciones de la resolución del Parlamento autonómico que desconocen la configuración constitucional del titular de la Corona.

Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1595-2016. Planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo respecto al artículo 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

Derechos a la integridad física y moral, a la intimidad y a la protección de la salud, en relación con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad: inconstitucionalidad del precepto legal en la medida en que prohíbe cambiar la mención registral del sexo y nombre a los menores de edad con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad. Voto particular.

Sentencia 100/2019, de 18 de julio de 2019. Conflicto positivo de competencia 259-2019. Planteado por el Gobierno vasco en relación con el Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para móviles del sector público.

Competencias sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y régimen local: nulidad de los preceptos reglamentarios estatales que regulan la actividad administrativa de los parlamentos autonómicos y atribuyen a la Administración General del Estado el ejercicio de funciones ejecutivas de titularidad autonómica; ausencia de carácter básico en distintas disposiciones reglamentarias.

BOE de 14 de octubre

Sala Segunda. Sentencia 104/2019, de 16 de septiembre de 2019. Recurso de amparo 196-2019. Promovido por don Shane Kenneth Looker en relación con el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de diciembre de 2018 que decidió su entrega en extradición al Reino de Tailandia.

Alegada vulneración de los derechos a la vida, a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes y a un proceso con todas las garantías: inadmisión del recurso de amparo interpuesto extemporáneamente y con error en su objeto. Voto particular.

Sentencia 105/2019, de 19 de septiembre de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 344-2019. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 21/2018, de 16 de octubre, de mancomunidades de la Comunidad Valenciana.

Competencias sobre régimen local y autonomía provincial: interpretación conforme de los preceptos legales relativos a la colaboración económica de las diputaciones provinciales con las mancomunidades y que atribuyen carácter prioritario en los planes provinciales de obras y servicios a las inversiones propuestas por estas mismas mancomunidades.

Sentencia 106/2019, de 19 de septiembre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 1461-2019. Planteada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en relación con la disposición transitoria segunda del Decreto-ley del Gobierno de Illes Balears 1/2017, de 13 de enero, de modificación de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, y de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la función pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y de medidas en materia de coordinación de las policías locales de las Illes Balears; y con el art. 41 de la Ley del Parlamento de Illes Balears 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears.

Competencias sobre función pública y policías locales: constitucionalidad de los preceptos legales autonómicos relativos al nombramiento de funcionarios interinos para el desempeño de funciones de policía local.

BOE de 31 de octubre

Sala Segunda. Sentencia 107/2019, de 30 de septiembre de 2019. Recurso de amparo 1588-2017. Promovido por Inves, SA, respecto de la sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid que desestimó su demanda de devolución del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana.

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resolución judicial que rechaza la alegación de minusvalía en la transmisión de un bien inmueble sin entrar a valorar la prueba documental aportada, consistente en las escrituras de compra y venta (Véase comentario a la STC 126/2019 en el número anterior de esta Revista).

Sentencia 110/2019, de 2 de octubre de 2019. Recurso de amparo 6914-2018. Promovido por doña Adriana Lastra Fernández y otros setenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados respecto de los acuerdos de la mesa de la cámara que rechazaron la tramitación por el procedimiento de lectura única de una proposición de ley de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Supuesta vulneración del derecho al ejercicio de los cargos públicos en condiciones de igualdad: carácter no vinculante de la solicitud de consideración de la conveniencia de tramitar una iniciativa parlamentaria por el procedimiento de lectura única e inexistencia

de un uso parlamentario acerca de la potestad del pleno para decidir, sin intermediación del órgano de gobierno de la cámara, sobre la tramitación que deba darse a la iniciativa (SSTC 34/2018 y 44/2018).

Sentencia 111/2019, de 2 de octubre de 2019. Impugnación de disposiciones autonómicas 1741-2019. Formulada por el Gobierno de la Nación, en relación con la resolución del Parlamento de Cataluña 298/XII, de 7 de marzo de 2019, de creación de la Comisión de Investigación sobre la Monarquía.

Inviolabilidad y no sujeción a responsabilidad de la persona del rey: nulidad del acuerdo de creación de una comisión parlamentaria de investigación cuyo objeto es incompatible con el estatuto constitucional del jefe del Estado.

Sentencia 113/2019, de 3 de octubre de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 2882-2019. Interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de los apartados tercero y sexto del artículo único de la Ley 9/2018, de 31 de julio, por la que se modifica la Ley 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Illes Balears.

Competencias sobre medio ambiente y evaluación ambiental: nulidad del precepto autonómico que somete a evaluación ambiental estratégica ordinaria los planes y programas aprobados por el Consejo de Ministros; interpretación conforme de la referencia a las administraciones públicas en la delimitación del ámbito de aplicación de las evaluaciones ambientales.

BOE de 20 de noviembre

Sentencia 114/2019, de 16 de octubre de 2019. Conflicto positivo de competencia 5625-2016. Planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos del Real Decreto 310/2016, de 29 de julio, por el que se regulan las evaluaciones finales de educación secundaria obligatoria y de bachillerato.

Competencias sobre educación: nulidad de preceptos reglamentarios que atribuyen a la administración del Estado el ejercicio de funciones ejecutivas (STC 109/2019).

Sentencia 115/2019, de 16 de octubre de 2019. Recurso de amparo 3846-2018. Promovido por los diecisiete diputados del grupo parlamentario Socialistes i Units per Avançar, del Parlamento de Cataluña, en relación con la calificación y admisión a trámite por la mesa de la cámara de una “Moción subsiguiente a la interpelación al Gobierno sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional”.

Vulneración del derecho al ejercicio de las funciones representativas, en conexión con el derecho de los ciudadanos a la participación política a través de sus representantes: admisión a trámite de una iniciativa parlamentaria que reitera los objetivos de la resolución declarada inconstitucional y nula por la STC 259/2015, de 2 de diciembre. Voto particular.

Sentencia 116/2019, de 16 de octubre de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 2056-2019. Interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados respecto del artículo 50 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca.

Derecho de propiedad y garantías del procedimiento expropiatorio: constitucionalidad del precepto legal autonómico en virtud del cual la aprobación de los planes especiales y proyectos de rutas senderistas conlleva la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios.

Sentencia 117/2019, de 16 de octubre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 2360-2019. Planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Ourense respecto del artículo 110.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Competencias en materia de función pública: constitucionalidad del precepto legal autonómico que regula las consecuencias económicas de los cambios de régimen de personal que no implican la situación de excedencia.

Sentencia 118/2019, de 16 de octubre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Derechos a la integridad física y moral, a la salud y al trabajo: constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral. Votos particulares.

BOE DE 6 DE DICIEMBRE

Sentencia 125/2019, de 31 de octubre de 2019. Recurso de amparo 4035-2012. Promovido por don Mohammed Saeed Akhtar respecto de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional, así como la resolución del secretario de Estado de Justicia que denegaron su petición de indemnización por haber sufrido prisión provisional en causa penal en la que fuera finalmente absuelto.

Vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva: denegación de indemnización resultante de la aplicación del precepto legal anulado por la STC 85/2019, de 19 de junio. Voto particular.

Tribunal Supremo¹

I. ACTO ADMINISTRATIVO

Cese en cargo de libre designación: necesidad de motivación para descartar que obedezca a causas espurias; las razones no son enjuiciables, pero sí su insuficiencia, especialmente cuando se cesa a representantes sindicales; omisión de motivación: indefensión: anulación del cese y retroacción de actuaciones. Solicitud de indemnización: no procede.

“NOVENO.- De esta forma y a los efectos de lo que se ha identificado que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto del cese en un puesto servido por funcionarios de carrera así seleccionados, se declara lo siguiente:

1.º El funcionario de carrera que desempeña un puesto clasificado como de libre designación tiene un mero interés en su permanencia, no un derecho a la inamovilidad en ese concreto puesto, algo propio de los provistos mediante concurso reglado. Ese mero interés trae su causa en que la designación para el puesto se basa en un juicio de libre apreciación, por lo que quien lo designó puede juzgar que las condiciones subjetivas u objetivas, tenidas en cuenta para la designación, pueden haber desaparecido o cambiado, teniendo en cuenta el interés general que se satisface desde el desempeño del puesto.

2.º Como el acto de nombramiento, también el de cese debe ajustarse a exigencias formales obvias como, por ejemplo, que lo acuerde el órgano competente o la adecuada formación -en su caso- de la voluntad si es un órgano colegiado y a tales exigencias formales cabe añadir la motivación si bien con la debida modulación.

3.º Esta motivación ciertamente debe ir más allá de lo previsto en el artículo 58.1, párrafo segundo, del RGPPT, según el cual "la motivación de esta resolución se referirá a la competencia para adoptarla". Por tanto, al funcionario cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese.

¹ Subsección preparada por EDUARDO GAMERO CASADO, Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pablo de Olavide. Se incluyen las sentencias aparecidas en los repertorios entre el 1 de agosto y el 31 de noviembre de 2019, aunque algunas estén fechadas con anterioridad a ese período.

4.º La razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tienen de libre apreciación; ahora bien, es exigible que se explicité evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección. Esta exigencia de motivación se cualifica cuando se trata del cese de quien ejerce funciones de representación sindical.

DÉCIMO.- A los efectos del artículo 93.1 de la LJCA y aplicado lo expuesto a la sentencia impugnada, se estima el recurso por las siguientes razones:

1.º El acuerdo de cese impugnado ante la Sala de instancia no daba razón alguna de la causa. Su silencio dejaba al entonces demandante indefenso a efectos de una eventual impugnación basada en que pudiera haberse incurrido en razones espurias respecto de las exigencias para el desempeño del puesto, puesto funcional no reservado a personal de confianza, y que ocupaba desde hacía quince años”.

(STS 1198/2019, de 19 de septiembre, Sala 3ª, Secc. 4ª. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

II. ADMINISTRACIÓN LOCAL

Ciudad Autónoma de Ceuta: composición del Consejo de Gobierno local: necesidad de que sus integrantes sean diputados de la Asamblea: nombramiento como titular de Viceconsejería a persona que no es diputada: el cargo forma parte del Consejo de Gobierno: anulación.

“CUARTO.- (...) El primero de ellos es el de establecer si el cargo de Viceconsejera de Empleo es o no ajeno al Consejo de Gobierno. (...) El dato formal de la ubicación de los artículos en que se hace referencia expresa al cargo de viceconsejero y el hecho de que, realmente, se contemple la posibilidad de que ejerzan en sustitución la consejería, confirma, a nuestro entender, que fue acertada la conclusión del Juzgado y de la Sala de apelación de que forma parte del Gobierno de la Ciudad Autónoma [que estimaron que la Viceconsejería forma parte del Consejo de Gobierno].

(...) Es verdad que ni Ceuta ni Melilla son solamente municipios, como bien precisa el Consejo de Estado. Pero es igualmente cierto que las Ciudades Autónomas sustituyen a los anteriores Ayuntamientos y, por eso, sus respectivos Presidentes tienen también la condición de alcaldes (artículo 15) y los diputados de sus Asambleas tienen asimismo la condición de concejales (artículo 7.2). Razonando desde la perspectiva en que se sitúa el Tribunal

Constitucional, no parece coherente que mientras en ningún municipio de España, sea grande o pequeño, pueden ejercer el gobierno local personas distintas de los propios vecinos y de quienes hayan sido elegidos por ellos, en Ceuta y Melilla sí pueda estar en manos de personas que no han sido elegidas democráticamente. Sin discutir que hay otras formas de legitimación democrática de los gobernantes distintas de la elección por los ciudadanos, lo cierto es que la Constitución quiere que el gobierno local esté en manos de los vecinos o de quienes han elegido para que les gobiernen.

Considera la Sala que la singularidad propia de las Ciudades Autónomas no puede llegar a excluir la aplicación de una regla sentada claramente por la Constitución. Desde luego, la sola atribución estatutaria a sus Presidentes de la facultad de nombrar libremente a los miembros de su Consejo de Gobierno no basta. Ceuta y Melilla, sin duda, gozan de una autonomía que les garantiza un régimen diferente al que establece el legislador, pero, como hemos dicho, esa autonomía no exime del cumplimiento de las exigencias constitucionales explícitas cuando el texto fundamental no ha previsto ninguna excepción al respecto.

Entiende la Sala que cobra una importancia determinante para alcanzar esa conclusión la diferencia esencial que media entre las Comunidades Autónomas, en las que no es imprescindible contar con la condición de parlamentario para ser miembro del Consejo de Gobierno y las Ciudades Autónomas. Esa diferencia estriba no sólo en la diferente naturaleza de las competencias de unas y otras, sino en un dato estructural. Las Comunidades Autónomas son entes territoriales intermedios, de carácter pluriprovincial o, en todo caso, plurimunicipal. En cambio, las Ciudades Autónomas son entes territoriales inmediatos, de carácter único.

Desde esta perspectiva, no se advierten razones que expliquen por qué no se les ha de exigir a las Ciudades Autónomas a este respecto lo mismo que a los municipios con los que comparten esas características esenciales de la inmediatez y de la unidad territorial y, sin embargo, se las asimile a las Comunidades Autónomas que son estructuralmente diferentes. La proximidad e inmediatez del gobierno local y la propia unidad de la entidad territorial sobre la que recaer, justifican la regla democrática del artículo 140, mientras que no la requiere en esos términos el gobierno de la Comunidades Autónomas, intermedio, no inmediato y complejo, que comprende provincias en unos casos y, siempre, una pluralidad de municipios, todos con autonomía constitucionalmente garantizada”.

(STS 1536/2019, de 28 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva).

VI. CONTRATOS

Anulación de adjudicación de contratos: retroacción de actuaciones: nuevo adjudicatario: tiene derecho a todo el período de duración de la concesión inicialmente previsto, sin detrarle el ya transcurrido durante la sustanciación de los procesos (20 años de un total de 30).

“TERCERO.- (...)

Pues bien, la sentencia de 26 de diciembre de 2007 contiene, por lo que aquí interesa, los siguientes pronunciamientos: "2º Se estiman parcialmente los recursos contencioso administrativos 5106, 5133 y 5192/1994 interpuestos por ATISAE, ITELEVESA e ITA ASUA, SA contra la Resolución del Ilmo. Sr. Director General de Servicios Generales del Departamento de Industria y Energía del Gobierno Vasco, de fecha 19 de noviembre de 1993, por la que se adjudica definitivamente la gestión de la explotación del servicio de Inspección Técnica de Vehículos mediante las estaciones ITV-IAT en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en régimen de concesión, y la desestimación presunta, por silencio administrativo de los recursos de reposición interpuestos contra la misma, así como la resolución de la misma autoridad, de fecha 22 de diciembre de 1994, por la que se resuelven dichos recursos, las cuales se anulan y se dejan sin valor ni efecto alguno.

3º Se retrotraen las actuaciones administrativas al momento anterior a la adjudicación de los contratos para que por la Administración se proceda a efectuar nueva valoración conforme a lo expresado en el fundamento de derecho decimotercero."

Se desprende de ello con claridad, que la resolución de 19 de noviembre de 1993 se anula y deja sin ningún valor ni efecto, es decir, desaparece del ordenamiento jurídico totalmente, sin que esta Sala reconozca ninguna eficacia, ni siquiera transitoria, a la misma, de manera que no puede asumirse el planteamiento de la instancia y de la parte recurrida, que sostiene la eficacia de la misma desde su adopción hasta que se produjo, en 2013, la adjudicación en ejecución de la sentencia.

Por otra parte, la sentencia ordena la retroacción de actuaciones al momento anterior a aquella adjudicación anulada, procediendo a efectuar una nueva valoración conforme a los criterios establecidos por esta Sala, lo que supone el reconocimiento de quien resulte nuevo adjudicatario de su derecho en las mismas condiciones que los demás, incluido el periodo de duración de la concesión, que, como señalan las partes, incluida la recurrida, viene

establecido en el pliego de condiciones, cláusula 5.1, 30 años a computar desde el inicio de la concesión, a cuyo efecto se toma en consideración la adjudicación definitiva del contrato, la cual, como acabamos de indicar solo puede ser la efectuada en ejecución de la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2007 , que anula y deja sin ningún valor ni efecto la llevada a cabo por resolución de 19 de noviembre de 1993.

La ejecución en los términos que se indican en la sentencia recurrida supone, de una parte, desconocer el pronunciamiento anulatorio de la sentencia ejecutada, otorgando una eficacia de hasta veinte años a la resolución anulada y, por otra parte, se desvirtúa el derecho reconocido al nuevo adjudicatario, en las mismas condiciones establecidas en las cláusulas contractuales, quedando reducido a la tercera parte de la duración prevista y remitiendo, genéricamente y sin ninguna concreción, a una eventual indemnización por el periodo restante”.

(STS 1536/2019, de 6 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

VII. CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO

Colegio de Abogados: Reglamentación que excluye del turno de oficio a colegiados mayores de 75 años: desproporcionalidad de la medida, que puede ser legítima, pero no queda suficientemente razonada: anulación.

“QUINTO (...)

En definitiva, establecer un límite máximo de edad en el Turno de oficio, aunque ésta sea elevada -salvo para los recursos de casación y amparo- por la disminución de condiciones físicas que van aparejadas a la edad, cuando no ha quedado justificado que inhabiliten o dificulten una satisfactoria prestación de la actividad a desarrollar por el abogado de turno de oficio, cuando la adscripción es voluntaria, así como la elección del área y del turno, lo que se compadece mal -aunque se trate de la prestación de un servicio público financiado con fondos públicos- con la inexistencia de límite de clase alguna para el ejercicio de la abogacía. No hay un solo dato que evidencie la defectuosa asistencia de los Abogados de más edad, ni las quejas que hayan podido recibirse en sede colegial por parte de los justiciables, extremos importantes que eliminarían toda sospecha de discriminación por razón de edad. Pero, además la actuación del Letrado, tanto en el ejercicio privado de la profesión como en el Turno de oficio, lo que exige, básicamente, son

facultades intelectuales, y, en mucho menor medida, físicas, no siendo éstas, desde luego determinantes, sin que, actualmente, pueda predicarse de la generalidad de los mayores de 75 años, ese menoscabo físico o intelectual que haga necesaria y razonable la medida. Si así fuera, debería establecerse el mismo límite para el ejercicio privado de la abogacía.

Consideramos, por tanto, que el Colegio de Madrid no ha justificado las razones que le llevan a establecer ese límite máximo de edad, ni la verdadera finalidad que se persigue, que podrá ser legítima, pero que no ha sido evidenciada, lo que nos lleva a considerar discriminatorio ese límite máximo de edad que se establece, con carácter general, para el Turno de oficio cuando tal límite de edad no existe para el ejercicio privado de la profesión.

SEXTO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

El establecimiento de un límite máximo de edad -75 años- para pertenecer al Turno de Oficio (con excepción de los turnos especiales de casación y amparo) cuando no existe limitación de edad en el ejercicio de la abogacía y se mantiene - hasta su conclusión- los asuntos previamente turnados, en razón de una eventual disminución de facultades físicas, carece de justificación objetiva lo que impide conocer si la finalidad que persigue es legítima y la limitación proporcionada, requisitos sin los cuales cabe tildar de discriminatoria por razón de edad dicha medida.

Los Colegios de Abogados, Corporaciones de Derecho Público, que, ex art. 22 de la Ley 1/96, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen encomendada la regulación y gestión de dicha asistencia, ostentan competencia para poder fijar, entre otros requisitos, los límites de edad en la prestación del servicio, siempre que, como venimos diciendo reiteradamente, tengan una justificación objetiva y obedezcan a una finalidad legítima”.

(STS 1639/2019, de 27 de noviembre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Inés María Huerta Garicano).

VIII.CULTURA, EDUCACIÓN, PATRIMONIO HISTÓRICO

Currículo de educación primaria en Islas Baleares: enseñanza de Religión: reducción del número de horas semanales de la asignatura: impugnación por sindicato: desestimación del recurso: no se acredita que el número de horas prevista sea insuficiente.

“SEXTO.- (...)”

Aunque se ha reducido el número de horas en que se han de enseñar la "Religión" y su alternativa en la etapa de Educación Primaria a, lo que significa una hora semanal en cada uno de los cursos, se trata también aquí, por prescripción del artículo 18.3 b) de la Ley Orgánica 2/2006 en su redacción vigente, de asignaturas específicas que los alumnos han de cursar obligatoriamente --una y otra-- y son evaluables como las demás que componen el currículo. Por tanto, desde este punto de vista no hay diferencia sino incluso identidad con las demás asignaturas específicas que son el término de referencia.

Es evidente que se ha producido una reducción de horas sobre las previstas en la ordenación precedente. No obstante, es igualmente verdad que en el proceso no se ha aportado ningún elemento de prueba dirigido a acreditar la imposibilidad de desarrollar adecuadamente con el horario previsto en la Orden la asignatura”.

(STS 1457/2019, de 25 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Alojamientos turísticos: viviendas turísticas y de uso turístico: Decreto de la Xunta de Galicia que prohíbe alquiler por habitaciones: inexistencia de razones de interés general para la prohibición: anulación.

“TERCERO.- (...)”

si, conforme a lo razonado, no se aprecia en este caso la concurrencia de razones de interés general que pudieran justificar la prohibición de alquilar viviendas vacacionales en zonas de uso residencial, esta conclusión - por lógica- debe ser predicable tanto del alquiler de la totalidad de la vivienda vacacional como del alquiler por habitaciones.

(iii) Y, en línea con lo expuesto, tampoco podemos acoger la alegación de la recurrente referida a la concurrencia de razones de interés general, vinculadas al orden público, para justificar la prohibición del alquiler por habitaciones, fundada en que la coexistencia en un mismo edificio de viviendas residenciales y de viviendas vacacionales "perturba la convivencia entre el residente habitual con el usuario turístico que está de vacaciones y tiene horarios y costumbres diferentes".

Así, en primer lugar, la recurrente no explica si tales razones de orden público, relativas a la perturbación de la convivencia, concurrirían sólo en el supuesto de alquiler de la vivienda vacacional por habitaciones o si deberían afectar también a la cesión temporal de la totalidad de la vivienda vacacional.

Por otra parte, tampoco justifica la recurrente que esa hipotética perturbación de la convivencia debiera resultar, en todo caso, inevitable e intolerable por exceder de las meras incomodidades que, de manera natural, comporta la vida compartida en el ámbito de una comunidad de vecinos.

Y, finalmente, tampoco ofrece la recurrente explicación alguna sobre el motivo por el que la prohibición propugnada por ella debiera considerarse como la única solución para evitar la indicada perturbación de la convivencia (en el caso de que ésta se llegara a producir). En realidad, dicha parte ni siquiera ha mencionado la posibilidad de que esa eventual perturbación de la convivencia no pudiera ser corregida o neutralizada mediante la adopción de otro tipo de medidas que, pudiendo ser consideradas como remedio idóneo y proporcionado a tal fin, resultarían menos limitativas de la libertad de prestación de servicios.

En consecuencia, este motivo de impugnación debe ser rechazado”.

(STS 1401/2019, de 17 de septiembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Eduardo Espín Templado).

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sanción del CGPJ a magistrado de suspensión por seis meses: falta muy grave de desatención al dictar un auto en una causa pese a estar recusado; infracción del principio de imparcialidad por siete vocales de la Comisión Disciplinaria que no se abstuvieron por la causa 11.ª del artículo 219 de la LOPJ, al haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia: la Comisión Disciplinaria y el Pleno del CGPJ ejercen una potestad administrativa sancionadora y no les son aplicables las causas de abstención de la LOPJ, sino las establecidas en la Ley 40/2015: confirmación de la sanción.

“CUARTO.- (...) Las recusaciones se deben formular de buena fe pero los matices que podría introducir en la doctrina que hemos expuesto abusos manifiestos en el ejercicio de la facultad de recusar no son aplicables a un caso en el que, como ahora se enjuicia, la recusación se formuló en tiempo y forma y ha prosperado. (...)

SEXTO.- (...) La queja se formula porque se sostiene que se habría vulnerado el principio de imparcialidad ya que los siete vocales del Pleno que integran la Comisión Disciplinaria y votaron a favor de la sanción pueden haber intervenido en la resolución del recurso de alzada en el propio Pleno (...).

SÉPTIMO.- Aunque la jurisprudencia constitucional ha extendido con matices los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 CE y 24.2 CE al Derecho administrativo sancionador (cfr., por todas, STC 32/2009, de 9 de febrero, FJ 4) es claro que ni la Comisión Disciplinaria ni el Pleno del CGPJ son "tribunales" y que no resulta aceptable tratar de aplicarles en forma expedita las causas de abstención de la LOPJ, o las garantías del artículo 6 del CEDH.

Se trata de órganos que ejercen, por mandato de la misma Constitución, una potestad sancionadora que es genuinamente administrativa y a la que resultan aplicables las causas de abstención y recusación que establecen los artículos 23 y 24 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre LRJSP, como declara en forma expresa el artículo 580.2 LOPJ. Y es obvio que el artículo 23 de la LRJSP no contempla entre los motivos de abstención el que se aduce, lo que enerva la crítica”.

(STS 1307/2019, de 3 de octubre, Sala 3ª, Secc.6ª. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjeros: permiso de residencia por arraigo familiar: existencia de antecedentes penales por maltrato: denegación procedente del permiso.

“CUARTO.- (...) Esta situación ha sido examinada en reiteradas ocasiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo significativa la sentencia de 19 de septiembre de 2018, asunto C-165/14, aplicada en la instancia, que resuelve cuestión prejudicial planteada por este Tribunal Supremo (...). La interpretación de las normas y valoración de la situación que se establece por el TJUE en dicha sentencia y las que cita, permiten concluir, en relación con las cuestiones que se suscitan en el auto de admisión de este recurso, que ante la solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, formulada por ciudadano de tercer país invocando su condición de progenitor de menor a su cargo, nacional del Estado de acogida, en este caso España, ha de valorarse la concurrencia de circunstancias del caso en relación con

la efectividad de los derechos del menor amparados por el Derecho de la Unión, que puedan justificar el reconocimiento de autorización temporal de residencia al nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de dicho ciudadano, si no como derecho propio, como derivado del derecho del ciudadano de la Unión, cuando, de lo contrario, se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto.

Tal situación, ha de valorarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes, y cabe la posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, que ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal como se enuncia en el artículo 7 de la Carta de Derechos, en relación con la obligación de atender al interés superior del niño, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la Carta, de manera que tal conclusión denegatoria ha de responder a una apreciación concreta, por parte del órgano jurisdiccional, del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (...).

QUINTO.- (...)en este caso, aunque se hace constar el dato del empadronamiento, no se le da la relevancia que merece al hecho de que el interesado solo aparece empadronado en el domicilio familiar el 28 de marzo de 2016, menos de un mes antes de la solicitud de residencia por razones de arraigo, cuando el empadronamiento de los demás miembros de la familia se produjo en 2006 y 2008, lo que refleja la situación familiar en ese momento. Por otra parte, tampoco se valoran convenientemente los antecedentes penales, de 2013, por delito de violencia doméstica y de género, lesiones y maltrato familiar, conductas que inciden directamente sobre el arraigo familiar y especialmente sobre la necesaria protección del menor contra cualquier forma de malos tratos (físicos, psíquicos, emocionales), y que el bien jurídico lesionado es objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico español, mediante una legislación específica, en línea con las actuaciones sobre la materia desarrolladas en el ámbito europeo, (...)

Si esto ha de valorarse, como indicamos en la sentencia dictada en el recurso 6068/2018, en los supuestos de expulsión de ciudadanos europeos, con mayor razón cuando el solicitante de la residencia es un nacional de un tercer

estado que invoca como justificación de su derecho la situación de arraigo (padre de una menor española), que no resulta compatible con determinadas conductas delictivas que inciden negativamente en la situación de arraigo familiar, suponiendo una grave alteración de la convivencia familiar y con ello del ámbito en el que se desarrolla la vida del menor, y que han determinado la imposición de penas, como prohibición de aproximarse a la víctima y de comunicación, que de hecho suponen la ruptura de la convivencia familiar. Todo lo cual adquiere mayor relevancia cuando se está invocando un derecho derivado de los derechos y protección del menor en su ámbito familiar. Por todo ello procede estimar el recurso de casación y denegar la autorización temporal por arraigo familiar que se solicitó”.

(STS 1270/2019, de 30 de septiembre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Exhumación de los restos mortales de Francisco Franco: Decreto-ley: extraordinaria y urgente necesidad: no excluye razones políticas, que corresponde valorar al Gobierno, y que en este caso se aprecian; carácter singular de la disposición: es evidente por la persona de quien se trata, lo cual no la invalida; vulneración del derecho a la intimidad: inexistencia; vulneración de la libertad religiosa: inexistencia; inviolabilidad de la Basílica del Valle de los Caídos reconocida en los Acuerdos con la Santa Sede: no puede sobreponerse a las Leyes: inexistencia; infracción de la legalidad urbanística: inexistencia; infracción de la legislación mortuoria: autorización sanitaria para traslado de restos cadavéricos: innecesaria cuando tengan más de 5 años, incluso si estuvieren embalsamados: inexistencia; designación del cementerio de El Pardo-Mingorrubio para la reinhumación, en lugar de la Catedral de la Almudena como deseaba la familia, (rechazada por el Gobierno por razones de seguridad), sin que se ofrezca por los allegados otro lugar alternativo: conformidad a Derecho.

“QUINTO.- El juicio de esta Sala (...)

antes de expresar el criterio de la Sala, se debe señalar que ese Real Decreto-Ley contiene un artículo único que añade al artículo 16 de la Ley 52/2007 el apartado 3 --que limita a los fallecidos a consecuencia en la Guerra Civil la sepultura en el Valle de los Caídos-- e incorpora una nueva disposición adicional, la sexta bis, con el procedimiento a seguir para la exhumación y traslado de los restos de las personas allí enterradas que no fallecieron a consecuencia de la Guerra Civil. (...)

[Sobre la extraordinaria y urgente necesidad] Esa explicación comprende el cumplimiento de una proposición no de ley del Congreso de los Diputados que consideró preferente y urgente la actuación habilitada por el Real Decreto-Ley, la atención a indicaciones procedentes de instancias de la ONU y, sobre todo, la idea de que el cumplimiento de los objetivos fijados por la propia Ley 52/2007 requería reservar la sepultura en la Basílica del Valle de los Caídos a los restos de quienes fallecieron como consecuencia de la Guerra Civil y establecer el procedimiento recogido en la disposición sexta bis. El Informe de la Comisión de Expertos para el futuro del Valle de los Caídos (documento n.º 20, folios 52 y siguientes) sobre este extremo es bien significativo. De otro lado, el propósito de poner fin sin más demora a una situación prolongada durante décadas, en sintonía con el que el Gobierno entiende que es el sentir mayoritario de la sociedad, completa esa justificación.

No puede decirse, por tanto, que no exista ni que sea artificiosa la ofrecida. Sí es cierto que puede atribuírsele un marcado significado político pero el Gobierno es el órgano constitucional llamado, bajo el control de las Cortes Generales, a dirigir la política interior y exterior, según los artículos 97 y 66.2 de la Constitución, y esa naturaleza no priva de idoneidad a la explicación ofrecida pues la necesidad política no está excluida de las que puede considerar el Gobierno siempre que revista entidad suficiente.

(...) Dicen los recurrentes que el proyecto de exhumación adolece de graves deficiencias y se esfuerzan en explicarnos que la actuación material necesaria para extraer los restos mortales consiste en una obra mayor y no menor, por lo que debe cumplir las exigencias a las que según la normativa urbanística están sometidas las de aquella clase. A partir de esta premisa, descalifican el informe favorable del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial.

Sucede, sin embargo, que las operaciones necesarias para extraer los restos mortales del sepulcro en que se encuentran, según el proyecto presentado por el Patrimonio Nacional -- que se ocupa de las actuaciones de mantenimiento y rehabilitación del recinto monumental del Valle de los Caídos-- obrante en el expediente, no parecen presentar particular dificultad. Al fin y al cabo, se trata de levantar una losa, extraer los restos y reponer el solado original, revirtiendo así el pavimento de la Basílica a su estado anterior a 1975. (...)

[Sobre el carácter singular de la norma] No nos parece que sea necesaria una especial explicación para poner de relieve el carácter único del caso. Las circunstancias que se reúnen en torno a la persona de cuyos restos mortales se está debatiendo lo manifiestan con absoluta claridad. Fue el Jefe

del Estado surgido de la Guerra Civil y ocupó una posición central en el ordenamiento presidido por las Leyes Fundamentales del Reino que dieron forma al régimen político por él encabezado y se caracterizó por negar la separación de poderes y el pluralismo político y social fuera del Movimiento Nacional. La extraordinaria singularidad de su figura la convierte, efectivamente, en un caso único en el sentido de que no hay otra en la que desde el punto de vista público se reúnan las mismas circunstancias: la forma de acceder al poder, su permanencia en él durante décadas y la manera en que lo ejerció no tienen parangón.

Por tanto, no nos parece desproporcionado, arbitrario ni contrario al principio de igualdad que se haya tenido especialmente en cuenta a la hora de establecer que, en el Valle de los Caídos, conjunto monumental de titularidad pública estatal, solamente reposen quienes murieron a consecuencia de la Guerra Civil --decisión en sí misma no cuestionada-- se haya tenido especialmente en cuenta que sus restos yacen allí en un lugar destacado. Ni, por las mismas razones, vemos exceso en que, a partir de las nuevas previsiones legales, el primer procedimiento en seguirse haya sido el que nos ocupa.

(...) la aducida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. El hecho de que el Consejo de Ministros haya tenido que dictar los dos acuerdos recurridos después de seguir el procedimiento previsto en la disposición adicional sexta bis de la Ley 52/2007 y la existencia de este proceso ponen de manifiesto que ni los preceptos introducidos por el Real Decreto-Ley 10/2018 son autoaplicativos, ni vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes. Además de intervenir en el procedimiento, han podido recurrirlos ante el Tribunal Supremo y hacer valer ante esta Sala sus alegaciones y pretensiones respecto del Real Decreto-Ley 10/2018, incluidas estas que estamos examinando sobre su constitucionalidad. No parecen necesarias más explicaciones al respecto. (...)

[Sobre la afectación al derecho a la intimidad] No cabe, pues, apreciar que el Real Decreto-Ley, que sí es consciente de la posición de los familiares y les atribuye la facultad de elegir el destino de los restos de conformidad con la Ley 52/2007, incurra en inconstitucionalidad por infringir el artículo 18.1 del texto fundamental ya que la limitación que establece a ese derecho se ajusta a las condiciones en que el artículo 8 del Convenio de Roma admite la injerencia de la autoridad pública en el mismo. Esto es, su previsión por la Ley, constituir una medida necesaria en una sociedad democrática, responder a una finalidad legítima y no ser desproporcionada. (...)

[Sobre la vulneración de la libertad religiosa] Ciertamente, tiene naturaleza política la finalidad perseguida con esa exhumación e, incluso, posee una dimensión ideológica, pero ni una ni otra se proyectan sobre las convicciones religiosas. En efecto, no se pretende más que retirar del primer plano, desde luego en un lugar de titularidad estatal, cuanto signifique, represente o simbolice el enfrentamiento civil. Ese propósito no es incompatible con la libertad religiosa ni supone negar o desconocer las creencias de nadie. Su respeto no impide, por tanto, las exhumaciones y el traslado de restos en general y, tampoco, en este caso particular en el que, debemos reiterarlo, la significación pública, esencialmente política del fallecido y las características de su sepultura son determinantes. (...)

SEXTO.- (...)

[Sobre la inviolabilidad de la Basílica] A juicio de la Sala, la inviolabilidad reconocida por el acuerdo internacional suscrito con la Santa Sede no excluye la vigencia y aplicabilidad de las leyes en el interior de la Basílica. Esa inviolabilidad, dice el artículo 1.5) del Acuerdo de 3 de enero de 1979, es "con arreglo a las Leyes" y esas "Leyes" no pueden ser otras que las españolas. De otro lado, es preciso señalar de nuevo que la Basílica, el conjunto del Valle de los Caídos, es un bien de titularidad pública estatal integrado en el Patrimonio Nacional, aunque se haya confiado su administración a la Comunidad Benedictina.

Parece claro que la inviolabilidad en este contexto no puede ir en contra de la aplicación de las "Leyes" cuando en ellas no haya nada que afrente, coarte o impida el pleno ejercicio de la libertad religiosa. Y no la afrenta la actuación recurrida pues no está movida por ningún propósito antirreligioso sino por la significación extrarreligiosa del monumento de titularidad estatal en que yacen los restos a exhumar y por la que, inevitablemente, acompaña a estos últimos (...)

[Sobre la legalidad urbanística]: Sucede, sin embargo, que las operaciones necesarias para extraer los restos mortales del sepulcro en que se encuentran, según el proyecto presentado por el Patrimonio Nacional -- que se ocupa de las actuaciones de mantenimiento y rehabilitación del recinto monumental del Valle de los Caídos-- obrante en el expediente, no parecen presentar particular dificultad. Al fin y al cabo, se trata de levantar una losa, extraer los restos y reponer el solado original, revirtiendo así el pavimento de la Basílica a su estado anterior a 1975. (...)

[Sobre infracción de la legalidad en materia de sanidad mortuoria] Aunque no lo cita expresamente, esa normativa se halla en el Reglamento sobre

Sanidad Mortuoria aprobado por el Decreto 124/1997, de 9 de octubre, cuyo artículo 26.3 exime del requisito de la autorización sanitaria la exhumación de restos cadavéricos. Su artículo 2 define a estos últimos como "todo lo que queda del cuerpo humano terminados los fenómenos de destrucción de la materia orgánica, una vez transcurridos los cinco años siguientes a la muerte real". Debe precisarse, además, que el Reglamento define el embalsamamiento y establece reglas para los cadáveres embalsamados, pero no los excluye del concepto de restos cadavéricos. (...)

SÉPTIMO.- [Sobre la designación del cementerio de El Pardo-Mingorrubio para la reintermentación, en lugar de la Catedral de la Almudena como deseaba la familia, rechazada por el Gobierno por razones de seguridad, sin que se ofrezca por los allegados otro lugar alternativo] (...) Pues bien, sobre estas consideraciones nada nos dice la demanda y tampoco el escrito de conclusiones de los recurrentes, salvo reiterar que les asiste el derecho a decidir el lugar de reintermentación de los restos de su abuelo y tachar de desproporcionada la negativa del Gobierno a que sea en la Cripta de la Catedral de La Almudena. Sobre lo primero ya nos hemos manifestado: no gozan los familiares de una facultad incondicionada de elección del lugar de enterramiento de sus deudos. No forma parte ni del derecho a la libertad religiosa ni del derecho a la intimidad personal y familiar tener siempre la última palabra sobre el lugar de sepultura de los parientes. Sobre lo segundo, hay que decir que la decisión gubernamental es coherente con la Ley 52/2007 y, además, tiene el fundamento que le ofrecen las razones de seguridad esgrimidas. Ambos argumentos justifican que se dé preferencia a los intereses públicos expresados por ese texto legal frente a las pretensiones de la familia a la que, sin embargo, se le ha garantizado el cumplimiento efectivo de las prescripciones de la disposición adicional sexta bis de ese texto legal sobre el respeto a la dignidad de los restos y sobre la protección de la intimidad en todas las actuaciones de exhumación e inhumación que se lleven cabo.

En definitiva, no apreciamos arbitrariedad ni desproporción en la decisión del Consejo de Ministros. (...)

Es significativo, en fin, que en sus extensos escritos de demanda y de conclusiones, fuera de las consideraciones de seguridad de los expertos que elaboraron el informe presentado con ella y de alegar su derecho a elegir el lugar de enterramiento, derecho que ya hemos dicho que no es incondicionado, tampoco nos hayan dicho los recurrentes por qué no les parece aceptable la inhumación de los restos de su abuelo en el Cementerio

de El Pardo-Mingorrubio, donde, como subraya el acuerdo de 15 de marzo de 2019, descansan los de su abuela.

Así, pues, no se ha producido ninguna infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva, ni el acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de marzo de 2019 les ha privado del derecho que les reconoció la Ley 52/2007 a señalar el lugar de inhumación de los restos a exhumar”.

(STS 1279/2019, de 30 de septiembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Pablo Lucas Murillo de la Cueva).

XI. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES

Extranjería: existencia de antecedentes penales: reitera jurisprudencia anterior, que impide concesión de residencia de larga duración a quien los tenga; pero la matiza en el sentido de que ello no excluye una ponderación basada en el principio de proporcionalidad, a la vista de las circunstancias de arraigo socio-laboral y familiar.

“TERCERO.- Respuesta a la cuestión interpretativa planteada por el auto de admisión:

Con base en lo que acaba decirse, la respuesta es que la existencia de antecedentes penales durante los últimos cinco años, impide, en principio y con arreglo a nuestro ordenamiento, la concesión de residencia de larga duración, respuesta que ha de ser matizada en el sentido de que ello no excluye, una previa ponderación, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, a la vista de las concretas y acreditadas circunstancias de arraigo socio-laboral y familiar.

CUARTO.- Resolución de las cuestiones que el recurso de casación suscita y pronunciamiento sobre costas:

1.- En este caso consta: a) El solicitante fue condenado por conducir sin carnet a una pena leve de 30 días de trabajo en beneficio de la comunidad (pena ya cumplida; b) Queda acreditado, también, su arraigo socio-laboral y familiar: tiene una hija de muy corta edad, nacida en España (y, como tal, ciudadana europea), con la que convive junto con la madre y pareja, circunstancias que, conforme a la interpretación que acaba de realizarse y desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, constituyen una excepción a la denegación de residencia de larga duración por razón de los concretos antecedentes penales aquí concernidos, lo que determina la

desestimación del recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado”.

(STS 1398/2019, de 21 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Inés Huerta Garricano).

XIII. FUENTES

Reglamentos: declaración de nulidad: reviviscencia de las normas derogadas: no es homogénea y automática en todo caso: criterios de aplicación: doctrina legal

“CUARTO: (...)

Se plantea así el alcance o efectos de la declaración de nulidad de una disposición general, que ha suscitado controversia en cuanto su equiparación o no a la derogación, ello tanto respecto de los efectos que se proyectan sobre los actos administrativos dictados a su amparo -pervivencia de actos firmes, art. 73 LJCA, que no es el caso- como de la situación en que queda el ordenamiento jurídico, a la que alude la cuestión indicada en el auto de admisión. A tal efecto se viene manteniendo de forma reiterada en numerosas sentencias, muchas ellas referidas a la anulación de planes urbanísticos en cuanto participan de dicha naturaleza de disposición general, que se trata de una declaración de nulidad de pleno derecho, que produce efectos *ex tunc* y que alcanza la totalidad de la disposición general, incluidas las disposiciones derogatorias, de manera que al no tener efectos dicha derogación revive la vigencia de la norma anterior. A semejante conclusión cabe llegar, cuando existe una declaración judicial de nulidad de pleno derecho, desde la previsión del art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impone a los Jueces y Tribunales el deber de no aplicar los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa, por cuanto, de mantenerse la derogación de la norma anterior por la disposición declarada ilegal, se reconocería a ésta última un efecto sustancial en el ordenamiento jurídico, cual es la eliminación del mismo de aquella norma y la creación de un vacío normativo, y ello de manera ilegal según declaración judicial. (...)

A la reviviscencia de una disposición general por la declaración de nulidad de una posterior se refiere la sentencia de 21 de marzo de 2006 (rec. 154/2003) y numerosas sentencias, como la de 27 de febrero de 2007, relativas a los efectos de la STC 61/1997 en cuanto la reviviscencia del Texto Refundido

de 1976 y los reglamentos correspondientes, como el de Planeamiento Urbanístico.

Ello no significa que tal efecto se produzca de manera homogénea y automática en todo caso, puesto que habrá de valorarse en cada caso y entre otras circunstancias: el alcance de la declaración de nulidad, si afecta a las disposiciones derogatorias; la existencia de una normativa previa sobre la materia, pues en caso negativo la consecuencia será la existencia de un vacío normativo que habrá de integrarse por los medios jurídicos aplicables en dichos supuestos; el alcance de la regulación preexistente a la norma anulada y, en su caso, las razones que han llevado a su modificación o derogación, en cuanto puedan suponer la superación de aquella norma anterior al margen de la norma anulada.

En este caso, la citada sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 confirma la sentencia de instancia por la que se declara la nulidad del Estatuto del Colegio de Procuradores de Madrid, aprobado por Acuerdo adoptado en Junta General Extraordinaria, celebrada el día 15 de julio de 2010 y publicado en el BOCAM de 25 de enero de 2011, nulidad que afecta la totalidad del mismo, incluida la disposición derogatoria, según la cual: "Quedan derogados los Estatutos del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, cuya publicación en el BOLETÍN OFICIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID dispuso la Resolución de 19 de julio de 2007, de la Dirección General de Política Interior y Cooperación con el Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria sexta."

De manera que la declaración de nulidad incluye la privación del efecto derogatorio pretendido, que además incidía sobre una previsión como es la del art. 73.1.c) sobre las causas de pérdida de la condición de colegiado que se reproducía prácticamente y semejantes términos en el Estatuto anulado de 2011, de manera que no cabe hablar de una nueva regulación distinta y justificada por razones temporales o de otra naturaleza que hagan jurídicamente inviable el mantenimiento de la causa apreciada en las resoluciones impugnadas, por el contrario, su previsión resulta congruente por lo dispuesto en el artículo 20.1.c) del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, en los términos que antes se han expuesto sobre el alcance y proyección respecto de los Estatutos de los distintos Colegios de procuradores.

En estas circunstancias resulta de aplicación el referido criterio jurisprudencial, que da respuesta a la cuestión planteada en el auto de

admisión en el sentido de considerar que la anulación de los Estatutos del ICPM de 2011 por sentencia de este Tribunal Supremo revive la vigencia de los anteriores Estatutos aprobados por Orden de 22 de mayo de 2007 y, en consecuencia, las previsiones establecidas en el art. 73.1.c) otorgan cobertura normativa a los acuerdos de baja colegial por impago de las cuotas colegiales establecidas reglamentariamente”.

(STS 1210/2019, de 23 de septiembre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Octavio Juan Herrero Pina).

XIII. FUENTES

Ordenanza municipal reguladora de las condiciones urbanísticas de instalación en equipos de radiocomunicación del Rincón de la Victoria: omisión de informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado exigido por la Ley General de Telecomunicaciones: nulidad; competencias concurrentes: necesidad de articular instrumentos de coordinación que salvaguarden la protección de los intereses generales confiados a cada Administración pública.

“SEXTO.- (...) a la vista del anterior contenido normativo reglamentario, es obvio que el Ayuntamiento recurrente debió cumplir con los mandatos establecidos en el artículo 26 de la LGT .

De su análisis se deducen tres mandatos legales:

1º. Que los operadores tienen derecho, en los términos establecidos en la Ley a la ocupación del dominio público, en la medida en que tal ocupación resulte necesaria para el establecimiento de la red pública de comunicaciones electrónicas.

2º. Que, como consecuencia de la titularidad estatal competencial en materia de las citadas comunicaciones (en los términos que hemos establecido, y vamos a sintetizar en el Fundamento siguiente) las Administraciones competentes para la redacción de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, están obligadas ("deberán recabar") de la Administración General del Estado el oportuno informe sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Y,

3º. A consecuencia de tal informe (insistimos, obligatorio y con la finalidad expresada), las Administraciones competentes en materia de urbanismo y ordenación territorial, "deberán recoger las necesidades de redes públicas

de comunicaciones electrónicas contenidas en los informes emitidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología".

Somos conscientes de los reiterados conflictos competencial surgidos como consecuencia del ejercicio competencias urbanísticas y medioambientales, de una parte, y de las de sanidad y telecomunicaciones, de otra; e, igualmente, somos conscientes de la dificultad existente para el establecimiento de límites claros, habiendo sido necesaria, en este ámbito jurisdiccional, la intervención del Pleno de la Sala (STS de 29 de enero de 2013, RC 4490/2007) y del Tribunal Constitucional (STC 8/2012, de 18 de enero). Pero, igualmente, somos conscientes que un intento de coordinación y acuerdo entre las Administraciones implicadas, hubiera contribuido a clarificar la intrincada situación competencial surgida.

Ni la Administración General del Estado puede imponer, sin más, las redes de comunicación sin tomar en consideración las peculiares características urbanísticas y medioambientales ---al margen de las sanitarias--- de cada municipio, ni, en justa correspondencia competencial, estas Administraciones están legitimadas para establecer limitaciones ---al amparo de competencias autorizatorias, urbanísticas o medioambientales--- a las redes estatales de comunicación. Y ello, porque, unas y otras competencias, van encaminadas a la protección de los intereses generales.

En este marco, la exigencia del informe que nos ocupa ---previsto en el artículo que se considera infringido, 26.2 LGT--- se nos presenta como un instrumento eficaz y necesario para la necesaria coordinación de las Administraciones implicadas. Estamos, una vez más, ante la consecuencia real de nuestro sistema constitucional, autonómico con competencias medioambientales, de una parte, y, por otra, reconocedor de la autonomía local en materias como la urbanística; esto es, ante un reflejo de la invocada "distribución territorial del poder", debiendo recordarse que, ya antes, incluso, de la STC 61/1997, de 20 de marzo, la doctrina apelaba a mecanismos de cooperación entre las diversas Administraciones implicadas, y, refiriéndose, en concreto, a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se exponía que se estaba ante una situación de competencias compartidas "que obliga en cualquier caso a ambos órdenes de poderes a adoptar una actitud extremadamente prudente y a intensificar los mecanismos de comunicación, información y colaboración recíprocas", añadiéndose que "la coordinación efectiva de todas las acciones con incidencia en el territorio constituye a partir de ahora el gran reto que todos los poderes públicos deben afrontar, ya que ninguno de ellos aisladamente dispone de todos

los resortes de la acción territorial". Como veremos enseguida, ha sido el Tribunal Constitucional el que, en situaciones como las que nos ocupan, ha apelado a fórmulas de "cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución". (...) Esta doctrina avala nuestra decisión, debiendo rechazarse una interpretación, semántica y literal, del contenido y alcance del concepto "instrumentos de planeamiento y de ordenación territorial", así como una concepción que limitada el ámbito de los planes al de un instrumento exclusivo de la delimitación del contenido del derecho de propiedad".

(STS 1368/2019, de 15 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Rafael Fernández Valverde).

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Real Decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, que modificó el Reglamento General de gestión e inspección tributaria: art.197 bis apdo.2º: comunicación al juez o fiscal en cualquier momento de la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción: inexistencia de cobertura legal: nulidad.

CUARTO.- (...) La previsión contenida en el repetido artículo 197.bis no es ya solo, a nuestro juicio, que carezca de habilitación legal suficiente, sino que se opone de manera radical a los preceptos legales que disciplinan la forma en que debe conducirse la Administración Tributaria cuando aprecia que un contribuyente ha podido cometer un delito contra la Hacienda Pública.

A fuerza de ser repetitivos, debemos insistir en algo obvio: la ley no contempla que se pase el tanto de culpa o que se remitan al Fiscal unas actuaciones de comprobación después de haberse dictado una liquidación administrativa; y mucho menos después de haberse sancionado la conducta infractora tras el oportuno expediente sancionador.

Ha de notarse al respecto que la previsión reglamentaria según la cual -en estos casos- "se suspenderá la ejecución de las liquidaciones y sanciones ya impuestas" resulta también contradictoria con la previsión legal contenida en los artículos 250 y 251 de la Ley General Tributaria, pues éstos no solo impiden sancionar cuando se ha remitido al juez penal el procedimiento (sea o no posible dictar una liquidación), sino que imponen a la Administración el deber de abstenerse de incoar un procedimiento sancionador sobre esos

hechos o, incluso, "el archivo" del procedimiento sancionador eventualmente iniciado.

Y esta previsión legal -obvio es decirlo- es algo completamente distinto de la suspensión de la ejecución de la liquidación y de la sanción que el precepto reglamentario impugnado establece. (...)

Este carácter *contra legem* sería suficiente para anular la norma reglamentaria en estudio, pues -insistimos no hay un solo precepto legal que contemple (no ya expresa, sino ni siquiera tácitamente) una potestad como la conferida a la Administración en el artículo 197.bis.2 del Reglamento General.

Pero es que, además, entendemos también que una regulación como la contenida en la norma reglamentaria impugnada compromete seriamente los principios de confianza legítima y prohibición del *ne bis in idem*".

(STS 1246/2019, de 25 de septiembre, Sala 3ª, Secc.2ª. Ponente: Jesús Cudero Blas).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Requisitos de interposición del recurso contencioso-administrativo: Entidades Locales: recursos contra otras Administraciones públicas: necesidad de informe previo de Letrado: inexistencia: requisito subsanable: no subsanación: inadmisión del recurso.

“TERCERO.- (...) La no aportación al procedimiento del informe o dictamen jurídico previo al ejercicio de acciones por el Ayuntamiento de As Naves, es un dato pacífico y admitido por las partes. La alegación de inadmisibilidad del recurso por el recurrido Ayuntamiento de Arbo ante la omisión de este documento en su contestación a la demanda, no es una realidad controvertida, y la reiteración de la inadmisibilidad por el recurrido en su escrito de conclusiones, y su no subsanación por el recurrente a lo largo del procedimiento tampoco es algo discutido.

La necesidad de aportación de informe o dictamen previo al ejercicio de acciones no es una cuestión discutida, dada la claridad y rotundidad del art. 54,3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y el artículo 221 del Real Decreto 2568/1986 antes citados, y de la jurisprudencia sobre el mismo.

La controversia se centra entonces en la subsanación del defecto de omisión que ha tenido lugar, si requería o no acuerdo de la Sala concediendo plazo para ello, unido a la admisión a trámite por la Secretaria del recurso sin advertencia sobre dicha omisión. (...)

Sin desconocer que este Tribunal Supremo ha dictado sentencias en sentido contrario (así, entre otras, las de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3165) 9 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1401) 19 de diciembre de 2006 (RJ 2006 , 9929) 0 26 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2631) y las que en ellas se citan), pero también otras coincidentes con la que ahora se dicta (así, por ejemplo, las de 21 de febrero y 5 de septiembre de 2005, 27 de junio de 2006 (RJ 2006, 4540), 31 de enero de 2007 (RJ 2007, 289) ó 29 de enero de 2008 (RJ 2008, 443), es la respuesta afirmativa la que debe imponerse en un supuesto definido y delimitado por actos procesales como aquellos de los que dimos cuenta en el fundamento de derecho primero de esta sentencia.

Aquel artículo 138 diferencia con toda claridad dos situaciones. Una, prevista en su número 2, consistente en que sea el propio órgano jurisdiccional el que de oficio aprecie la existencia de un defecto subsanable; en cuyo caso, necesariamente, ha de dictar providencia reseñándolo y otorgando plazo de diez días para la subsanación. Y otra, prevista en su número 1, en la que el defecto se alega por alguna de las partes en el curso del proceso, en cuyo caso, que es el de autos, la que se halle en tal supuesto, es decir, la que incurrió en el defecto, podrá subsanarlo u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación. Y termina con otra norma, la de su número 3, que es común a aquellas dos situaciones, aplicable a ambas, en la que permite sin más trámite que el recurso sea decidido con fundamento en el defecto si éste era insubsanable o no se subsanó en plazo”.

(STS 1291/2019, de 1 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego).

XV. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Ejecución de sentencias: art.108.3 LJCA: emplazamiento de terceros de buena fe cuando se ordene la demolición de un inmueble: es potestad jurisdiccional, pero se puede designar a un agente o funcionario de la administración condenada, como comisario de ejecución, sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos.

“SEXTO.- (...) debe destacarse, en este momento, como el artículo 108.1.a) de la LRJCA contempla la triple posibilidad con que cuenta el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución de la sentencia para proceder a la materialización de la misma en los supuestos ---sin duda más significativos--- en los que el mandato contenido en la misma la sentencia consistiere en la condena a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto. En dicho precepto se señala que el Juez o Tribunal puede, en primer lugar, (1) recurrir para la ejecución de la a sus propios medios judiciales, pero, dejando abierta la posibilidad (2) de proceder al requerimiento de la colaboración de las autoridades y agentes de la propia Administración condenada o, incluso, en su defecto, (3) de proceder al requerimiento de colaboración de otras Administraciones Públicas, si bien con la observancia de los procedimientos establecidos al efecto. Pues bien, puesto que el precepto permite, en segundo lugar, el requerimiento no solo a las autoridades sino, incluso, a los "agentes de la Administración condenada" , no tendría obstáculo legal alguno para que el órgano jurisdiccional encargado y competente para la ejecución de la sentencia la encomienda de la materialización de la misma ---cual comisario de la ejecución--- a algún agente o funcionario de la Administración condenada, como pudiera ser cualquiera de los altos funcionarios de la misma que actuaría con la concreta habilitación jurisdiccional y sin necesidad de decisión o acuerdo alguno de los órganos de gobierno municipales o autonómicos”.

(STS 1421/2019, de 23 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Rafael Fernández Valverde).

XVI. MEDIO AMBIENTE

Ordenanza municipal reguladora de ruidos y vibraciones: prohibición de uso de determinada maquinaria de construcción en los meses de verano: conformidad a Derecho.

“SÉPTIMO:- (...) el horario de trabajo de las máquinas picadoras será el siguiente:

Uno.- "a) En los meses de julio y agosto no se podrán usar máquinas picadoras, sin que esto implique la prohibición de obras, edificaciones y trabajos en la vía pública, que podrán continuar ejecutándose dentro del horario de trabajo, pero sin el uso de las mencionadas máquinas”.

Esta norma de la Ordenanza no prohíbe la actividad de edificación, y expresamente así lo dice el precepto.

Afecta la limitación de uso de las máquinas picadoras a una fase, la inicial de un proceso de edificación, pero no a "la actividad de edificación", y durante dos meses.

Se trata del no uso de máquinas picadoras en los meses de julio y agosto, meses de intensa actividad turística en un municipio declarado todo su término zona turística. No es una prohibición de la actividad de edificación durante dos meses.

La DA única del RD 212/2002 traslada al Derecho interno el primer párrafo del art. 17 de la Directiva 2000/14/ CE: "Las disposiciones de la presente Directiva no obstarán para que los Estados miembros tengan la facultad de establecer, con pleno respeto del Tratado:

- medidas para reglamentar el uso de las máquinas a que se refiere el apartado 1 del artículo 2 en zonas que consideren sensibles, incluso por lo que se refiere a la posibilidad de limitar las horas de funcionamiento de las máquinas".

La Ley CAIB 1/2007 antes citada, en su artículo 48.1.a) determina que el Ayuntamiento otorgara autorización expresa con limitación del horario en que se pueda ejercer esta actividad (trabajos realizados en la vía pública, otras públicas y edificaciones). En la misma redacción, art. 9.3 del Decreto CAIB 20/1987, de 26 de marzo.

Este precepto se refiere a la "actividad", no a concretas máquinas, como expresamente se ha expuesto antes.

La no utilización de máquinas picadoras en los meses de julio y agosto, se insiste, los meses turísticos por excelencia, es una limitación total del horario de trabajo con estas máquinas, o si se quiere, una prohibición de uso de dichas máquinas en dos meses, que por todo lo antes expuesto, se considera conforme al artículo 17 de la Directiva 2000/14/CE y DA Única del RD 212/2002, atendidos los derechos fundamentales que tal limitación/prohibición de uso de las máquinas picadoras protege, y su incidencia en la fase inicial de la actividad de edificación, que puede ser llevada a efecto adecuando el plan de la obra a esta limitación de no uso de las máquinas picadoras en julio y agosto, mediante una planificación del plan de la obra".

(STS 1516/2019, de 31 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Francisco Javier Borrego Borrego).

XVI. MEDIO AMBIENTE

Evaluación de impacto ambiental: autorización de edificación de un chalé dentro de la Red Natura sin previa evaluación de impacto: nulidad de pleno Derecho, por infracción total y absoluta del procedimiento establecido.

“PRIMERO.- (...) El nuevo sistema impone preceptivamente, en supuestos como el aquí contemplado, la iniciación de ese procedimiento de evaluación de impacto ambiental simplificado, en el que el que el documento ambiental que habrá de acompañar al proyecto debe tener un contenido predeterminado con minuciosidad en el art. 45. Su presentación se realiza ante el órgano sustantivo competente para autorizar la instalación eléctrica y las obras de restauración de los edificios, naves y capilla y el cierre perimetral, y, una vez comprobado por éste que se cumplen los requisitos que la correspondiente legislación sectorial exige (en otro caso inadmitirá el proyecto motivadamente), el órgano ambiental consultará el documento ambiental presentado con las Administraciones Públicas afectadas y las personas interesadas, concluyendo con informe de impacto ambiental que resolverá sobre la necesidad de someter el proyecto a una evaluación de impacto ambiental ordinaria, o, sobre la inexistencia de esa necesidad, si dicho proyecto no tiene efectos significativos sobre el medio ambiente, y, a su vista, el órgano sustantivo resolverá acerca de la aprobación -o no- del proyecto.

De la sumaria descripción del procedimiento, aunque pueda perseguir una finalidad similar al estudio caso a caso del derogado art. 5 de la Ley CAM 2/12 -cribado de los proyectos-, es mucho más riguroso, incluyendo trámites específicos nuevos y predeterminando (Anexo III de la Ley 21/13) los criterios técnicos a los que ha de ceñirse el órgano ambiental al emitir ese informe de impacto ambiental, lo que evidencia que no son equivalentes.

A la vista de todo ello, la conclusión no puede ser otra que la nulidad de pleno derecho de las resoluciones administrativas recurridas, en cuanto son la conclusión de un procedimiento derogado (inexistente por tanto), en la fecha de presentación del proyecto completo, que es la que ha de ser considerada a efectos de solicitud, luego estamos ante el supuesto del art. 62.1.e): actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (en este caso procedimiento de evaluación de impacto ambiental simplificada, arts. 45 a 50 en relación con el 7.2.b) de la tan citada Ley)”.

(STS 1335/2019, de 9 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: Inés Huerta Garricano).

XVIII. PERSONAL

Nombramiento de asesor por el Defensor del Pueblo: concurso de méritos entre funcionarios: desviación de poder: anulación.

“CUARTO.- Conforme a tales hechos y al margen de los concretos motivos de impugnación, el planteamiento del demandante se resume así: la convocatoria estaba inicialmente pensada para la elección de doña Sabina, cuyo padre fue ministro y que coincidió en el gobierno con la que en ese momento era Defensora del Pueblo. Sin embargo, tras la fase de valoración de méritos, quedó en cuarto lugar, luego fuera de la terna. Ante esto y a partir del escrito de la Técnica Jefa del Área, exponiendo unas cargas de trabajo inexistentes, se decidió aumentar la convocatoria en una plaza sin que hubiere circunstancias objetivas que evidenciasen esa necesidad, lo que acordó la Comisión de valoración en una reunión que nunca llegó a celebrarse; al aumentarse en una plaza se pasa de terna a cuaterna, incluyendo en último lugar por puntuación a doña Sabina, hecho lo cual se la nombra para esa segunda plaza. (...)

DECIMOCUARTO.- Por razón de lo dicho se incurrió en desviación de poder al ejercerse la potestad de elección de un asesor técnico en unos términos contrarios a fin propuesto que era, por supuesto, hacer un nombramiento de libre designación, pero sujeto a un procedimiento competitivo, público, apreciando méritos contrastados con datos objetivos (exigencia de un perfil, examen del *curriculum*, elaboración de un informe), del que resulta una terna sujeta al orden de puntuación de la que se elegiría libremente a un candidato. En su lugar se alteraron los términos de la convocatoria para ejercer la potestad de libre designación -que, repetimos, no se discute- para la elección directa de una candidata predeterminada, excluida de la terna, para la que se aumentó la convocatoria en una plaza más. En definitiva: no cabe autolimitarse con tal procedimiento, creando en los aspirantes el derecho a que la elección se hará conforme a ese procedimiento, para obviarlo cuando no entra en terna la persona deseada y ejercer de esta manera tal potestad al margen de esas reglas”.

(STS 1326/2019, de 8 de octubre, Sala 3^a, Secc.4^a. Ponente: José Luis Requero Ibáñez).

XVIII. PERSONAL

Medidas de discriminación positiva en materia de igualdad de género: otorgamiento de puntuación positiva para la convocatoria de plazas de catedráticos de Universidad en áreas de conocimiento deficitarias: no se concede puntuación adicional a las mujeres para obtener la plaza, sino para establecer la prelación de las áreas en las que se convocarán las plazas con independencia de quien finalmente las ocupe: no vulneración del art.14 CE.

“SEXTO.- (...) la universidad no se excede de su ámbito de competencias cuando toma en consideración, como uno de los criterios para la determinación de la estructura de su plantilla y de las áreas de conocimiento y departamentos, en los que se van a crearse nuevas plazas, la presencia de catedráticas en dichos departamentos, mediante la comparación del número de catedráticas y de catedráticos en los mismos, asignando una puntuación en función de dicha proporción.

Es más, la selección de las candidaturas para que se convoque una plaza en un área determinada se hace en función de diversos criterios, no sólo del ahora controvertido. (...)

La configuración de las plantillas introduciendo, entre los criterios de experiencia investigadora, experiencia docente y antigüedad en la acreditación, un criterio nuevo relativo a la estructura de la plantilla que se encontraría mediatizada o condicionada por la asignación de puntos en función de la infrarrepresentación o no de las catedráticas, no excede el ámbito de la autonomía universitaria, ni se encuentra excluido de la acción de las universidades al fijar su plantilla, ni, en fin, resulta infundado cuando se refiere a colectivos tradicionalmente en situación de desventaja. Tampoco resulta lesivo del mérito y capacidad (artículo 103.3 de la CE) de unos futuros solicitantes de alguna de las plazas, pues ahora ni siquiera se conocen quienes serán. Ahora tan sólo se está determinando la plantilla, las plazas que se crearán, pero se ignora quienes serán los que decidirán presentarse al concurso cuando se convoque. Pero lo que sí se sabe es lo esencial, que en esa fase posterior, cuando se convoque cada cátedra, todos concurrirán en condiciones de igualdad. Nadie llevará una mochila con puntos adicionales.

No estamos ahora, por tanto, ante las habituales medidas de discriminación positiva, que ante méritos equivalentes se confiere preferencia a la mujer, como colectivo tradicionalmente preterido. Ni tampoco se trata de atribuir puntos, insistimos, a la candidata del sexo infrarrepresentado, frente a un competidor del sexo opuesto. En el caso examinado no hay ninguna cátedra

convocada, ni hay ningún concurso que deba cubrirse. Simplemente se trata de determinar los departamentos o áreas de conocimiento dónde se crearán, donde se ubicarán, esas 22 plazas existentes, y para determinar ese lugar de creación, entre los cuatro criterios fijados, puede incluirse el de "estructura de plantilla", que atiende a la existencia de mayor o menor número de catedráticas en cada área o departamento.

De manera que la única ventaja que introduce esa variable de género, es que en aquellos departamentos o áreas de conocimiento donde no haya ninguna catedrática, o tenga un número reducido de éstas, hay más posibilidades de que se cree allí una cátedra, a la que posteriormente concurrirán en igualdad de condiciones los profesores y las profesoras”.

(STS 1383/2019, de 16 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: María del Pilar Teso Gamella).

XVIII. PERSONAL

Oposiciones y concursos: causas de abstención de los miembros de los tribunales: doctrina casacional sobre el momento de su impugnación: debe hacerse desde que se conozcan las causas: desestimación del recurso.

“QUINTO.- (...) Lo que ahora se plantea, en la fijación del interés casacional, es si cuando se incurre en alguno de estos vicios en la selección y nombramiento de los miembros del Tribunal calificador, en qué momento ha de impugnarse esa composición viciada. Si ha de hacerse tras la publicación del Tribunal calificador, cuando ya se conoce, por tanto, la identidad de los mismos (1). O si puede hacerse también al finalizar el proceso selectivo, cuando ya se conoce a los seleccionados (2). Y en fin, si puede solicitarse, como ha sucedido en este caso, la revisión de oficio, al amparo del artículo 102 de la Ley 30/1992, cuando no recurrió ni tras publicarse la composición del Tribunal calificador, ni al final del proceso selectivo, sino cuando se entera, meses después, al leer una sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo que, al parecer, estima un recurso interpuesto contra la composición irregular de un tribunal calificador.

Con carácter general, este tipo de vicios, sobre la válida constitución de los órganos de selección, han de esgrimirse una vez que se conoce la identidad de los miembros del Tribunal calificador. Y, desde luego, no puede mantenerse, en este caso, que hay sistema de elección a carta para que el interesado elija, estratégicamente, el momento de la impugnación, según le

resulte más oportuno o más propicio a sus intereses, según calibre o evalúe las posibilidades que tiene de obtener finalmente la plaza convocada. De modo que si se frustran sus expectativas siempre podrá recurrir ese resultado adverso al final del proceso selectivo. Lo decisivo, en definitiva, a juicio de esta Sala, es que ha de estarse a cada caso en concreto, para determinar el momento en el que el interesado conocía la concurrencia de un vicio en la composición del órgano de calificación. Lo que ahora no suscita dudas pues la interesada sabía de las concretas circunstancias de los nombrados, desde el mismo nombramiento y publicación de los miembros del Tribunal calificador”.

(STS 1385/2019, de 16 de octubre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: María del Pilar Teso Gamella).

XVIII. PERSONAL

Concursos y oposiciones: fecha de referencia para valoración de los méritos: principio de igualdad: cuando las bases de la convocatoria no la determinen, ha de ser la fecha tope establecida para presentación de instancias.

“OCTAVO.- (...) La ausencia de conocimiento del momento temporal en que se cierra la valoración de los méritos supone alterar la legítima confianza del participante en el concurso-oposición respecto a que el procedimiento de selección se desarrolle con plena garantía de un trato igualitario para todos los firmantes.

Las reglas del juego de valoración de la fase de concurso no pueden quedar inciertas e indefinidas en el tiempo.

Un comportamiento que no fije una fecha tope de valoración desde el momento de la convocatoria puede conllevar un trato privilegiado a favor de algún participante permitiendo la obtención de méritos fuera de la fase inicial en que, independientemente de su acreditación documental, deberían haber sido obtenidos por todos los concurrentes.

Una actuación distinta supondría un quebranto del principio de igualdad por desconocerse qué fecha va a decidir el tribunal de selección fijar como límite para la obtención/valoración de los méritos.

Cuestión distinta es que dicha fecha tope venga prefijada como posterior en la propia convocatoria, pues, a su vista, decidirán los participantes si la reputan equilibrada, para todos o no. Mas, en tal supuesto, será de conocimiento público por todos.

NOVENO.- (...) dando respuesta a la cuestión sometida a interés casacional, se declara que cuando las bases de la convocatoria guarden silencio sobre la determinación de la fecha tope a tener en cuenta para valorar los méritos de los aspirantes en pruebas de procesos selectivos convocados por el sistema de concurso oposición los tribunales de selección no pueden fijarla en un momento posterior a la fase de oposición, sino que deben establecer como fecha tope la establecida en la convocatoria para la presentación de las instancias”.

(STS 1594/2019, de 15 de noviembre, Sala 3ª, Secc.4ª. Ponente: Celsa Pico Lorenzo).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Prueba: criterios de valoración: revisión judicial de procedimiento arbitral en el que no se sustanciaron nuevas pruebas respecto de la fase administrativa previa: no cabe limitarse a aportar una valoración probatoria distinta en vía judicial, sin basarla en la infracción de una norma o en errores o arbitrariedades en la valoración.

“SEGUNDO.- (...) En definitiva, cuando ningún otro material probatorio se incorpora en vía judicial, y lo que se pone en cuestión es la valoración de la prueba realizada por la Junta Arbitral necesariamente el posible éxito de la impugnación pasa por basarse esta o en la infracción de una norma, con cita y justificación expresa de la infracción denunciada, o en errores o arbitrariedades en la valoración que igualmente debe detallarse y justificarse, lo que en modo alguno puede prosperar, es, como aquí sucede, basar la impugnación en exclusividad en aportar una versión distinta de la valoración probatoria realizada por la Junta Arbitral; este Tribunal considera que la valoración de la prueba realizada por la Junta Arbitral con apoyo a las normas dispuestas al efecto, resulta correcto y suficiente para llegar a la conclusión sobre la determinación del domicilio fiscal del Sr. Jesús Luis en los períodos controvertidos, resultando innecesario volver a valorar las mismas pruebas que ya fueron objeto de examen y valoración por la Junta Arbitral, en tanto que legalmente es esta una facultad atribuida a la misma y cuyo control pasa por haber incurrido en alguno de los defectos o incorrecciones antes apuntadas y no en sustituir aquella valoración por la ofrecida por la parte interesada”.

(STS 1570/2019, de 12 de noviembre, Sala 3ª, Secc.2ª. Ponente: José Antonio Montero Fernández).

XIX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Iniciación del procedimiento mediante solicitud: plazo de subsanación de requisitos exigibles para la iniciación: posibilidad de subsanar antes de que se dicte resolución definitiva, aunque haya vencido el plazo de subsanación concedido por la Administración.

“CUARTO.- (...) El artículo 71 de la Ley 30/1992 afirma:

"1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42".

En consecuencia, podemos afirmar que no hay inconveniente para admitir una interpretación amplia del inciso final del artículo 71 LRJPAC, acorde con el principio antiformalista que inspira el ordenamiento, que permita entender que salvo cuando concurran otros intereses protegibles y mientras que no tenga lugar la declaración expresa de desistimiento en los términos del artículo 42 de la Ley 30/1992, el solicitante puede cumplimentar el requerimiento y subsanar el defecto advertido inicialmente, dando lugar a la iniciación y tramitación del procedimiento.

Por ello, en respuesta a la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consistente en determinar si una solicitud, que, a juicio de la Administración, no cumple con los requisitos que considera exigibles, puede o no ser subsanada por el solicitante antes de que se dicte la resolución definitiva. La respuesta ha de ser afirmativa admitiéndose, de conformidad con lo previsto en el art. 71.1 de la Ley 30/1992 y la jurisprudencia sentada en las SSTs nº 1862/2018, de 20 de diciembre (rec. 369/2018) y 1342/2018, de 19 de julio (rec. 3662/2017), la subsanación de los defectos advertidos y la aportación, de documentos a tal fin antes de que se dicte la resolución definitiva, sin que la Administración al dictar su resolución puede desconocer o prescindir de la documentación añadida o incorporada”.

(STS 1526/2019, de 5 de noviembre, Sala 3ª, Secc.3ª. Ponente: Diego Córdoba Castroverde).

XX. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento de la Administración de Justicia: prisión preventiva: consecuencias derivadas de las SSTC 8/2017, 10/2017 y 85/2019; anulación del inciso final del art.294.1 LOPJ; en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización.

“SÉPTIMO.-

A la hora de resolver el presente recurso, tenemos que partir de un hecho sumamente trascendente, en cuanto el Tribunal Constitucional en sentencia 85/2019 de 19 de junio ha estimado por mayoría la cuestión interna de inconstitucionalidad, planteada por el Pleno respecto a los incisos "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder, por vulneración de los arts. 14 y 24.2 de la Constitución.

La sentencia señala que «circunscribir el ámbito aplicativo del art. 294 de la LOPJ a la inexistencia objetiva del hecho establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto de los inocentes absueltos por no ser autores del hecho al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia al excluir al absuelto por falta de prueba de la existencia objetiva del hecho».

Para el Constitucional, no existe motivo para diferenciar entre absueltos por hechos que nunca existieron y absueltos por falta de pruebas con hechos que sí han existido. El sacrificio y el daño en ambos casos ha sido el mismo, por lo que no existen motivos para dar un tratamiento jurídico diferenciado en un caso y en otro.

La sentencia explica dicho argumento: «el sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente».

El Tribunal, que recoge la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las SSTC 8 y 10/2017, considera que los incisos del art. 294.1 de la LOPJ "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y

legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia.

En consecuencia, la redacción final del art. 294.1 LOPJ, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente: «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

No obstante y pese a que una interpretación literal del precepto así depurado permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional daría lugar a una indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Sin embargo, advierte el Tribunal que «los presupuestos y el alcance de la indemnización prevista en el art. 294.1 LOPJ habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la Administración y, en último término, los órganos judiciales», esto es, la resolución del Constitucional deja claro que de su sentencia no debe derivarse la conclusión de que la indemnización es automática en todos los supuestos.

Por tanto, «la doctrina de esta sentencia no sólo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al quantum indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños».

OCTAVO:

Pese a la advertencia de la falta de automatismo en la indemnización, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha procedido de hecho a dar una nueva redacción al precepto, que pasa a tener el siguiente tenor literal «Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios», esto es, salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado, esto es, aunque el Tribunal Constitucional defiera a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, en la que desaparece la mención «por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado

auto de sobreseimiento libre», en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización.

NOVENO:

A la cuestión que presenta interés casacional objetivo, debemos responder que, tras la STC 8/17 de 19 de enero, tomando en cuenta la nueva redacción del art. 294.1 LOPJ en la que desaparece la mención «por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre», en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”.

(STS 1348/2019, de 10 de octubre, Sala 3ª, Secc.5ª. Ponente: César Tolosa Tribiño).

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía¹

III. BIENES PÚBLICOS

Minas. Prorroga de concesiones. Cuestiones procedimentales condicionadas al Planeamiento Urbanístico.

Se dirige el presente recurso frente a la desestimación por silencio de la solicitud presentada en-fecha 26 de abril de 2013, por la que se interesaba la declaración expresa de caducidad de la concesión de explotación para recursos de la sección C), denominada " *Sierra de Morón* ", número 7200, situada en el término municipal de Morón de la Frontera (Sevilla), cuyo titular es la entidad SIDEMOSA S.L., y suspensión de la tramitación del procedimiento de solicitud de prórroga, y que fue ampliado frente a la resolución de 19 de febrero de 2014 de la Dirección General de Industria, Energía y Minas sobre el expediente de solicitud de prórroga de vigencia de la anterior, contra la resolución de 17 de marzo de 2014 de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, de corrección de errores de la resolución anterior, y contra la resolución de 18 de febrero de 2015 del Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de desestimación del recurso de alzada interpuesto con fecha 20 de octubre de 2014 formulado frente a las resoluciones de prórroga, así como frente a la Declaración de Impacto Ambiental emitida en fecha 22 de octubre de 2013 por la Delegación Territorial en Sevilla de la Consejería de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, en el seno del mencionado expediente de solicitud de prórroga.

El primer argumento de la demanda suscita la caducidad de la concesión minera por aplicación de los artículos 86.1 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de minas y 109.i) del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería, pues con fecha 6 de diciembre de 2012 expiró el plazo de vigencia inicial de 30 años de la concesión minera dado que la notificación de su otorgamiento inicial se produjo el 6 de diciembre de 1982. En este sentido, se añade que hay que tener en cuenta que esa solicitud de prórroga tenía que haber sido solicitada con tres años de antelación (06/12/2009) a la fecha de expiración de la vigencia,

¹ Subsección preparada por JOSÉ LUIS RIVERO YSERN. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla.

Se incluyen las Sentencias aparecidas en los repertorios entre el 1 de agosto y el 30 de noviembre de 2019, aunque algunas estén fechadas con anterioridad a ese período.

por imperativo del artículo 81.1 RGRM, de modo que la Administración dispuso de tres años para resolverla. Si llegada esa fecha no fue resuelta, debe entenderse la misma inadmitida o bien rechazada.

Sobre la naturaleza de este plazo, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de julio de 2018, RC 526/2017. Se dice " *Son esas consideraciones las que permiten concluir que el mencionado plazo ha de considerarse esencial y, por tanto, condiciona el ejercicio del derecho a la prórroga, con independencia de las circunstancias que en cada supuesto concurran. Esa esencialidad del plazo, como ya se dijo, comporta que deba hacerse abstracción de las peculiaridades del caso en concreto, porque su mera vulneración comporta la ineficacia del acto de parte, del concesionario.*

Se viene con ello a aplicar la regla general que se establece en la Disposición Adicional Segunda del Reglamento, conforme a la cual " todos los plazos que se fijan en este Reglamento serán improrrogables y fatales", norma reglamentaria que no comporta "ultra vires" o exceso reglamentario, conforme ya se razona en la sentencia de instancia en orden a la facultad que se confiere al Reglamento en nuestra Doctrina y el carácter procedimental que la regla comporta. (...)

Conforme a lo razonado en el anterior fundamento se ha de considerar que el plazo de tres años que establece el artículo 81.7 ° del Reglamento General para el Régimen de la Minería, para solicitar la prórroga de la concesión minera en curso, es esencial y para acceder a dicha prórroga, sin perjuicios de otros requisitos que se impone en la legislación sectorial, dicha petición ha de realizarse en un periodo de, como mínimo, tres años antes del vencimiento de la conclusión de la vigencia de la prórroga en curso, siendo dicho plazo esencial y, por tanto, el mero incumplimiento del plazo hace decaer el derecho a la prórroga. (...)"

Pues bien, como se expone por las codemandadas, el primer periodo de treinta años de duración de la concesión expiraba el día 6 de diciembre de 2012 y la solicitud de prórroga fue presentada el día 10 de enero de 2008, esto es, con más de tres años de antelación con respecto a la fecha prevista y por lo tanto, al menos formalmente, dentro del referido plazo.

La STS anterior ha venido a destacar no solo la esencialidad del citado plazo, sino además que "(...) *la actuación de la Administración, al pronunciarse sobre la prórroga, es de mera comprobación, ahondando nuevamente en la necesidad de una actividad administrativa que, como ya antes se dijo, requiere un periodo de tiempo prudencial para que la Administración la puede llevar a cabo. En efecto ya dijimos que el artículo 81 del Reglamento no se limita a una mera petición de prórroga, sino que exige acompañar con dicha petición, realizada en tiempo oportuno, "un informe detallado suscrito por el Director facultativo responsable, en el que deberá demostrarse la continuidad del recurso explotado o el descubrimiento de uno nuevo, cálculo de reservas, proyecto general de explotación para el siguiente período y técnicas de explotación, tratamiento y beneficio adecuadas al progreso*

tecnológico". Y no se trata de un mero formalismo como se sostiene por la defensa de la recurrente, porque lo que impone el precepto es que, sobre la base de esa información suministrada por la concesionaria solicitante de la prórroga y la "confrontación sobre el terreno del nuevo proyecto de explotación", unido al informe, de indudable carácter técnico, es cuando la Administración "dictará la correspondiente resolución", resolución que obviamente puede ser denegatoria de la prórroga, siempre que se motive, con fundamento en esos informes, que no resulta procedente su otorgamiento. {...)". En este caso, como se expone en la demanda, constan hasta cuatro documentos de solicitud de la prórroga con contenidos y extensión diferentes, según se deriva de los documentos 9024_01.pdf, 9040_03.pdf, 9006_83.pdf y 9013_03.pdf del expediente administrativo. Se dice así en estos documentos que la solicitud de prórroga se acompaña de Informe Técnico y con las menciones a que se refiere la I.T.C. 07.1.02, así como el apartado correspondiente a " *Parámetros Ambientales* ", proyecto de explotación para el nuevo periodo solicitado, derivado el plan de restauración aprobado el 29 de abril de 2002 y adaptado igualmente a la I.T.C. 07.1.02 demostrativo de la existencia de recursos mineros y en el que figuran los mismos " *Parámetros Ambientales* ", estudio de estabilidad de taludes, plan de restauración, aprobado el 29 de abril de 2002, certificado de control de producción y planos.

Es cierto que la diferente extensión de la documentación presentada impone compartir las dudas que se suscitan acerca del verdadero contenido de la solicitud de prórroga, aspecto este último que se revela fundamental con arreglo a la tesis que incorpora aquella jurisprudencia. Pero también lo es que la conclusión que vincula estas dudas con la extemporaneidad de la solicitud y la consiguiente caducidad de la concesión se antoja en este caso excesivamente rigurosa dada en cualquier caso la constancia de las diversas solicitudes en el expediente administrativo; y, ello sin perjuicio de la incidencia que los defectos o la insuficiencia de esta solicitud pudiere tener en la resolución definitiva de las cuestiones que se suscitan sobre su procedencia.

Por último, debe además ser objeto de análisis la crítica que articula la recurrente acerca del sentido negativo del silencio por la falta de resolución expresa en plazo de aquella solicitud, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente entonces), en relación con la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Sin embargo/una vez admitida formalmente la presentación de la solicitud de prórroga no puede perderse de vista que el eventual transcurso del plazo máximo para resolver sin hacerlo, en el caso de que el sentido del silencio fuere negativo y de conformidad con el artículo

43.3.b) de la citada Ley 30/1992, no vinculaba la posterior resolución expresa.

No cabe por ello aceptar bajo esta primera perspectiva el fundamento de la demanda que tiende a destacar la caducidad formal de la concesión, así como el relativo a la paralización inmediata de la actividad extractiva, que precisamente se ampara en la finalización de su vigencia en fecha 6 de diciembre de 2012.

Por otra parte, alega la actora la incompatibilidad del proyecto de prórroga con el planeamiento urbanístico de Morón de la Frontera. Esgrime a estos efectos un informe de incompatibilidad urbanística de 25 de abril de 2013, (documento 1 de la demanda) e informe urbanístico de fecha 20 de marzo de 2013 (documento Ibis), ambos del Arquitecto Municipal, de los que se deduce que el Proyecto de Explotación de la prórroga de SIDEMOSA es incompatible con el PGOU vigente de Morón, porque la mayor parte de la superficie afectada por ese Proyecto está clasificada como Suelo No Urbanizable de Especial Protección por Planificación Urbanística (SNU-PU) Categoría Iª Conservación Prioritaria Grado 1 Frondosas, y según el artículo 0.2.42 del PGOU, en ese tipo de suelo están prohibidas de manera general " *cualquier actividad constructiva o transformadora del medio*", y expresamente prohibidos " *los usos industriales*", " *las actividades extractivas* " y " *los movimientos de tierra* ", sin que se den ninguna de las excepciones previstas en dicho precepto. Sostiene así esta parte que el expediente EIA/SE/077/2013 se inició el 15 de marzo de 2013, debiendo tomarse en cuenta esta fecha para definir el régimen jurídico aplicable, pues además el ámbito al que se extendía la prórroga no correspondía con la realidad física existente y comportaba una ampliación respecto al proyecto anterior. Resultaba por ello aplicable la vigente en aquella fecha Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, aunque el procedimiento sustantivo se hubiera iniciado formalmente el 10 de enero de 2008.

Se oponen las codemandadas a la tesis expuesta y estiman que la DÍA se tramitó correctamente siguiendo lo prevenido por la Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección Ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que era la norma en vigor a la fecha de la presentación de la solicitud de prórroga de la concesión, con arreglo a la disposición transitoria segunda de la Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental.

Expuesta la controversia en estos términos, la identificación del régimen jurídico aplicable para la resolución de la solicitud de prórroga se configura como premisa fundamental, y obliga a valorar, en atención a las concretas

circunstancias que se produjeron, un cúmulo de aspectos que van más allá de su consideración meramente formal.

En la resolución de esta problemática no debe obviarse que el objeto de pleito gira en torno al reconocimiento del derecho de la concesionaria a la obtención de una prórroga para la realización de una actividad extractiva; y, sin perjuicio de su trascendencia social y económica, se han destacado por nuestra jurisprudencia sus singulares características y la relevancia de su significación en lo que hace a la protección de los valores ambientales. La STS de 28 de noviembre de 2017, RC 2365/2015, sostiene que "(...) *La actividad extractiva conlleva una gran incidencia ambiental, de modo que aún cuando se extremen las medidas para limitar su impacto, como se infiere, sin duda, de la especial consideración que a la referida actividad se hace en su regulación correspondiente, lo cierto es que resulta insuficiente atendida la naturaleza y características ambientales de la zona, el impacto de la actividad y la lesión de las zonas con valor medioambiental.* (...)".

Por otra parte, la STS de 28 de julio de 1997, Recurso: 2188/1989, cuya doctrina trae a colación la recurrente en su demanda a efectos de identificar el régimen jurídico aplicable para resolver acerca de la procedencia de la prórroga, ofrece una tesis que si bien no constituye una regla general, sí impone una ponderación de las concretas circunstancias concurrentes en cada supuesto, "(...) *es decir, la que permite el ejercicio de las funciones de control propias de toda actuación administrativa de intervención, como acontece en el caso del otorgamiento o denegación de autorizaciones, ante el órgano investido en este caso por norma con rango de Ley de la competencia para tramitar el expediente, comprobar la plenitud de su contenido y, previo informe de otros órganos -las Consejerías de Sanidad e Industria-, adoptar la decisión procedente en derecho.*"

Se acomoda plenamente a esta posición la sentencia de la Sección Segunda de esta misma Sala, de fecha 20 de octubre de 2011, Recurso: 507/2009, que también cita la recurrente en su demanda y que fue confirmada por la STS de 25 de junio de 2014, RC 6288/2011. Se recoge en aquella, con arreglo a exigencias derivadas del derecho comunitario y los principios de cautela y de acción preventiva, la exigencia de una Evaluación de Impacto Ambiental de un plan de sectorización aun cuando al tiempo del inicio de su trámite no había entrado en vigor la Ley 7/2007, de 9 de julio de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, rechazando el informe jurídico que en aquel caso postulaba "... *la aplicación de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 7/2007, pues el instrumento exigido por la nueva normativa para el plan de sectorización, como se ha expuesto, no es la Autorización Ambiental Unificada (AAU), sino la Evaluación Ambiental (EA), de ahí, que no proceda el uso de la indicada disposición. Otro tanto cabe decir de la Disposición Transitoria Segunda, debido a que la misma se refiere a la regulación de procedimientos de evaluación ambiental,*

iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2007, a los que autoriza la continuación con arreglo a la normativa antigua, lo que no ocurre en el supuesto presente, pues como se ha dicho se ha prescindido de procedimiento de evaluación ambiental, por lo que no procede la aplicación de la disposición. La exigencia de la evaluación ambiental de la Ley 7/2007, no supone una aplicación retroactiva de la misma con respecto al Plan General de la Rinconada, antes al contrario, deviene en la aplicación de la normativa en vigor y con carácter prospectivo respecto del plan de sectorización, aprobado inicial, provisional y definitivamente con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa".

Más aún, debe nuevamente traerse a colación la doctrina casacional recogida en la citada STS de 9 de julio de 2018, RC 526/2017, que destaca la necesidad de formular la solicitud de prórroga en tiempo, pero también con el contenido adecuado para que la Administración competente pueda desarrollar adecuadamente sus funciones de comprobación al respecto. Y, razona:"(..) Ya se dijo que con la petición de prórroga han de presentarse una serie de documentos que el mismo precepto impone, que no es una cuestión irrelevante, porque pretenden poner de manifiesto no solo la "continuidad" de la explotación, sino la posibilidad de extenderla a nuevos recursos, sin desconocerlas técnicas de explotación, etc. Pues bien, es indudable que la Administración necesita un tiempo para examinar esa documentación -" informe detallado", exige el precepto- y poder adoptar la decisión sobre la posibilidad de la prórroga. Debe tenerse en cuenta que la prórroga no es un derecho incondicionado del titular de la explotación, como parece sostenerse por la defensa de la recurrente, sino que ese derecho está condicionado a la "correspondiente resolución" de la Administración, que deberá adoptarse conforme a un previo informe, elaborado a la vista de la documentación presentada por el concesionario y un examen sobre el terreno del nuevo proyecto. (..)".

Se pone así de manifiesto una tesis que destaca la necesidad de ponderar en orden a identificar el régimen jurídico aplicable para resolver acerca de las solicitudes de autorización y de concesiones las concretas circunstancias concurrentes. Y, se apunta a tales efectos el de la complejidad del contenido de aquellas solicitudes; tiempo en que la Administración puede desarrollar de un modo efectivo y con suficiencia de criterio sus funciones de comprobación al respecto y sobre todo en aquellos supuestos en que la actividad a desarrollar estuviese llamada a prolongarse ampliamente en el tiempo. En definitiva, si bien es cierto que la regla general que rige en la determinación de la normativa aplicable para resolver las solicitudes de autorización atiende a la fecha de su presentación; también lo es que esta regla no permite desconocer las circunstancias que acaecen en cada uno de los supuestos, cuya valoración impone nuestra jurisprudencia.

En el contexto que ha quedado señalado, debe recordarse que en el caso que nos ocupa constan hasta cuatro documentos de solicitud de la prórroga con contenidos y extensión diferentes. Y, si bien ello no ha impedido tener por formulada en tiempo la solicitud de prórroga, se impone alcanzar una

conclusión contraria acerca de su suficiencia para el ejercicio adecuado por la Administración de sus funciones de comprobación.

Así, es constatable la falta de justificación de la solicitud de prórroga presentada inicialmente por la recurrente en fecha 10 de enero de 2008. Al margen de las dudas acerca de su contenido, consta la práctica de diversos requerimientos de complemento y subsanación de la documentación inicialmente presentada, de los que son ejemplo los de fecha 3 de enero de 2011, que se mostraba además en términos tan extensos y complejos que obligó a la concesionaria a pedir una ampliación del plazo para cumplimentarlos, en virtud de escritos presentados el 11 de enero y 10 de febrero siguientes, y que llevó a la definitiva presentación de la documentación necesaria el 11 de marzo de 2011. Como indica además la recurrente, la concesionaria no acompañó la solicitud de prórroga del Estudio de Impacto Ambiental, con arreglo al artículo 2.1 del Decreto 292/1995, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Evaluación de Impacto Ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuya necesidad además se puso de manifiesto en la propia Declaración de impacto ambiental de 22 de octubre de 2013 o en la resolución de prórroga de 19 de febrero de 2014.

En la valoración de estas premisas, no puede desconocerse la ausencia en principio de premura para la presentación de la solicitud de prórroga cuando la misma se llevó a cabo, pues el plazo de antelación expiraba el 6 de diciembre de 2009. Y, por otra parte, tampoco es desdeñable la apariencia que refleja la presentación de la solicitud apenas unos días antes de la entrada en vigor de la Ley 7/2007 GICA, la cual, comportaba un profundo cambio de régimen orientado, como señala su propia Exposición de Motivos, a reforzar la protección e impulso de la acción institucional en materia de medio ambiente.

Todo ello se orienta a la formación de una convicción que resulta acorde con la tesis de la recurrente y que obliga a tomar en cuenta la regulación aplicable al tiempo en que la solicitante de la prórroga puso a disposición de la Administración competente la documentación precisa para resolver con suficiencia de criterio sobre su procedencia. Y, sin que pueda objetarse la eventual falta de responsabilidad de la concesionaria en la cumplimentación de la adecuada justificación de la solicitud y la demora en la práctica de los requerimientos por parte de la Administración competente. En primer término, porque solo puede ser imputable a la solicitante de la prórroga su presentación de modo incompleto, a pesar de que contaba con tiempo suficiente para hacerlo de un modo adecuado; y, por otro lado, en la medida

que en la necesaria ponderación de los *intereses* en presencia nuevamente surge como parámetro indudable de interpretación la incidencia ambiental de la actividad extractiva, que obliga a priorizar los intereses generales vinculados con el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el mandato dirigido a los poderes públicos con el fin de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, como principios rectores de alcance constitucional (arts. 45,1 y 5 CE); y, máxime tomando en cuenta que el título cuya prórroga se pretendía habilitaba la continuación de la actividad extractiva durante otros treinta años.

Se impone por lo tanto de manera inexorable la aplicación de la doctrina recogida en la jurisprudencia más arriba transcrita y la necesidad de ponderar la incidencia de aquella falta de justificación de la solicitud de prórroga, que si bien pudiere estimarse formalmente presentada, no permite determinar la identificación del régimen jurídico aplicable en su resolución.

Las resoluciones impugnadas hacen de este modo una aplicación incorrecta de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 7/2007 ; norma que sí resultaría aplicable y cuyo tenor y exigencias apuntan precisamente en sentido contrario a la resolución favorable de la solicitud de prórroga formulada.

Por una parte, tomando en cuenta la necesidad de una autorización ambiental unificada. Esta exigencia se deriva del Anexo 1.1.1 de la esta norma, que la exige para las" *Explotaciones y frentes de una misma autorización o concesión a cielo abierto de yacimientos minerales y demás recursos geológicos de las secciones A, B, C y D cuyo aprovechamiento está regulado por la Ley de Minas y normativa complementaria, así como aquellas modificaciones y prórrogas que impliquen un aumento de la superficie de explotación autorizada, excluyéndose las que no impliquen ampliación de la misma "*. La necesidad de someter el proyecto de la prórroga a un nuevo *procedimiento de prevención ambiental fue destacado expresamente en la Declaración de impacto ambiental 22 de octubre de 2013, que vino a encabezar sus consideraciones con una mención expresa relativa a que según* informaba el órgano sustantivo con fecha 23 de enero anterior, el proyecto de prórroga presentado suponía una superficie de actuación superior a la del proyecto original aprobado en fecha 18 de octubre de 1999 y recogía la necesidad de someter a nueva Declaración de Impacto Ambiental la actividad minera autorizada. En el mismo sentido, la propia resolución de prórroga de 19 de febrero de 2014. En ambos casos se pone de manifiesto la presencia de valores ambientales susceptibles de amenaza por la actividad extractiva.

El resto de los documentos que esgrime a tales efectos la recurrente apuntan en el anterior sentido; sobre todo, los oficios de 21 de enero de 2013 de la Delegada Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente (documento

9013_131.pdf del expediente administrativo) y de 28 de enero de 2013 del Jefe del Servicio de Industria, Energía y Minas (9013_134.pdf del expediente administrativo), en los que se expone la ampliación de la superficie del proyecto aprobado en fecha 18 de abril de 1999 y la presencia de valores ambientales como determinantes para una nueva Declaración de Impacto Ambiental o sometimiento del proyecto al correspondiente procedimiento de prevención ambiental.

Y, por otra parte, dada la manifiesta incompatibilidad urbanística de la prórroga con arreglo al planeamiento aplicable, el PGOU de Morón de la Frontera, con Adaptación Parcial a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía y las condiciones de uso que para el suelo no urbanizable de especial protección se establecen en su artículo 0.2.41.2. Así, no debe obviarse que la autorización ambiental unificada debe venir acompañada de un informe de compatibilidad con el planeamiento urbanístico emitido por la Administración competente en cada caso, máxime en aquellos supuestos en que se introduzcan alteraciones sobre la actividad previamente autorizada y evaluada, siendo esta autorización independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible (artículo 31.2.b) de la Ley GICA). Y, en cualquier caso, es jurisprudencia antigua y reiterada (entre otras, SSTs de 19 de abril de 1980, 4 de noviembre de 1981 y 16 de octubre de 1996), la que concluye que la calificación de los terrenos no resulta una cuestión neutra o inocua a la hora de que por la Administración se otorguen los títulos, de intervención minera, debiendo ser objeto de valoración la compatibilidad de dicho uso con la especial protección de los suelos que pudiere derivar del planeamiento aplicable. Esto es, resulta preciso constatar la plena competencia de la Administración autonómica en la resolución de las concesiones mineras y sus prórrogas para la ponderación y análisis de la compatibilidad urbanística de la actuación, máxime cuándo con ello se toman en cuenta valores ambientales, cuya presencia en este caso queda fuera de toda controversia, tal y como se recoge en la propia Declaración de Impacto Ambiental y resultaba aún más exigible si cabe en el caso de una AAU.

Como insiste en destacar la recurrente, no es posible obviar el contenido de Informe de Incompatibilidad Urbanística de 25 de abril de 2013, que se acompañaba a la demanda, firmado por el Alcalde y realizado en base a la superposición del Plano nº51 de FASES de EXPLOTACIÓN del Proyecto de Explotación para la Prórroga (página 5 del 9013_84.pdf) con el Plano de Clasificación de Suelo de la normativa urbanística vigente en Morón; documento que señala que la normativa urbanística vigente es

el PGOU, Adaptación parcial de las Normas Subsidiarias (NNSS) a la LOUA, aprobado por el Pleno del 23/03/09 y publicada dicha aprobación en BOP de 01/07/09 y que la explotación está situada completamente en zona clasificada Suelo No Urbanizable (SNU) de Especial Protección (EP) por Planificación Urbanística (PU), y en su mayor parte calificada de Conservación Prioritaria y en una pequeña parte al este de la zona, como Área de Servidumbre, y que están prohibidas las actividades extractivas.

De este modo, la incompatibilidad urbanística de la prórroga con arreglo al planeamiento aplicable se impone con evidencia. Y, ello sin necesidad de acudir a pruebas periciales de índole interpretativo o alcance jurídico, como la que se propone por la entidad recurrente, pues aquel precepto prohíbe manera general para esta categoría de suelos "cualquier actividad constructiva o transformadora del medio", y expresamente "los usos industriales", "las actividades extractivas" y "los movimientos de tierra". Esta regulación pone además de manifiesto la insuficiencia de la licencia municipal otorgada en 1991 o del resto de los documentos previos que no ponderaron la situación resultante de la misma.

Por lo demás, no cabe apreciar excepción alguna en la aplicación del anterior precepto del planeamiento general aplicable. Deja este a salvo de la prohibición de actividades extractivas aquellas que cuenten con previa autorización para la extracción de la Administración sectorial competente en materia de minas, cumplan las prescripciones y limitaciones que dichos órganos impongan y finalicen conforme a los condicionantes establecidos en las citadas autorizaciones y sean implantadas en la subcategoría de 2.2, Mantenimiento de Usos: Área de Regadío y Área de Olivar. Sin embargo, no puede compartirse que concurra esta última premisa en este supuesto, que no se corresponde desde luego con la naturaleza del área de implantación que exige aquel presupuesto.

Por lo demás, es preciso descartar la incidencia que las codemandadas atribuyen a la impugnación de la DÍA y que llevó a la inadmisión del recurso de alzada formulado por la recurrente frente a la misma, así como la eventual desviación procesal en que incurriría con su impugnación en la demanda. Si bien es cierto que aquella es un acto de trámite (STS 13 de octubre de 2003, RC 4269/1998), ello no impide que pueda impugnarse, como hace en este caso la recurrente, con ocasión del recurso que se formulare frente a la resolución aprobatoria de la prórroga de la concesión, de la que aquélla constituye parte fundamental, pues pondera y valora la trascendencia ambiental de la actividad

a la que se refiere, lo cual se constituye en definitiva en el fundamento sustancial de la pretensión que ahora se deduce.

Tampoco puede acogerse la crítica que se ampara en la aprobación provisional del Plan General de Ordenación Urbana en el año 2017, dado que no se hallaba vigente siquiera al tiempo de la resolución de la solicitud de prórroga.

Y, en el mismo sentido, debe desestimarse el argumento relacionado con la eventual nulidad de pleno derecho que se predica de la adaptación parcial de las NNSS en el año 2009 y que ampara igualmente la concesionaria codemandada en sendos informes emitidos por los arquitectos municipales. Articula esta parte este motivo de su contestación a la demanda a modo de reconvencción implícita tras la desestimación del recurso contencioso-administrativo que formuló frente a la anterior disposición y cuya falta de legitimación activa para instar la revisión de oficio fue apreciada en sentencia de la Sección Segunda de esta misma Sala de fecha 7 de junio de 2018, recurso número 771/2016 . De la misma manera que en aquel supuesto invoca ahora esta parte la nulidad de la Adaptación Parcial de las Normas Subsidiarias, porque estima que establece determinadas limitaciones concretas a los usos fijados por las Normas Subsidiarias de Planeamiento, creando novedosamente un régimen general de usos del suelo no urbanizable de preservación del carácter natural o rural que impone mayores restricciones respecto a la regulación precedente, lo cual proscribe el artículo 3.3.c) del Decreto 11/2008, de 22 de enero, por el que se desarrollan procedimientos dirigidos a poner suelo urbanizado en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas.

Esta tesis no puede sin embargo compartirse a partir de los datos que se ofrecen en este supuesto. Sin perjuicio de la plena vigencia de la adaptación parcial de las NNSS al tiempo de la resolución de la prórroga, aquella norma que esgrime la codemandada regula los procedimientos orientados a la adaptación de los instrumentos de planeamiento pero con una finalidad determinada, que no guarda relación con el supuesto al que se refiere la presente controversia. Esto es, como se recoge en su preámbulo el Decreto se dicta con la finalidad de contribuir a una adecuada adaptación de los planes a la legislación urbanística actual y regular un procedimiento de urgencia para la tramitación, ejecución y gestión de los instrumentos de planeamiento en lo relativo a las reservas de terrenos para la constitución o ampliación de los patrimonios públicos de suelo, destinadas mayoritariamente a vivienda protegida, en desarrollo del artículo 74.3 de la citada LOUA. Sus determinaciones deben entenderse referidas, como señala en su primer

artículo, a la regulación de los procedimientos dirigidos fundamentalmente a poner suelo en el mercado con destino preferente a la construcción de viviendas protegidas, lo cual no excluye por lo tanto la presencia de otras regulaciones o supuestos de hecho, que respondan como se expresaba en la Exposición de Motivos de aquella norma, a un régimen flexible y generoso para la adaptación del planeamiento actualmente en vigor a esta Ley, que es el que se recoge con carácter general en su disposición transitoria segunda y sin perjuicio de la aplicación directa de las determinaciones contenidas al respecto por la LOUA con arreglo a su disposición transitoria primera.

De este modo, la premisa fundamental sobre la que se asienta la tesis que formula la codemandada acerca de la eventual concurrencia de una causa de nulidad para eludir la aplicación de las previsiones contenidas en el planeamiento aplicable no puede ser compartida. Y, por todo ello, debe ser estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo y deben ser anuladas las resoluciones autorizatorias de la prórroga de la concesión.

(St. de 17 de julio de 2019. Sala de Sevilla. Ponente Roas Martín).

III. BIENES PUBLICOS

Aguas fluviales. Normativa aplicable a las concesiones y títulos habilitantes. Retroactividad de solicitudes tramitadas antes del Plan Hidrológico. Motivación. Anulabilidad.

Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de fecha 19 de mayo de 2016, dictada por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, en el expediente con referencia NUM000, por la que se denegó la solicitud de concesión de aguas públicas, como consecuencia de la imposibilidad de emitir un pronunciamiento acerca de su posible compatibilidad con la planificación hidrológica de la cuenca.

La actora solicita la nulidad de la resolución impugnada, o, subsidiariamente, que se emita una resolución positiva sobre la solicitud, con base en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

En fecha de 29 de abril de 2015 la Comunidad de Regantes presentó solicitud de concesión en relación con el riego de 3000 hectáreas por goteo de olivar con dotación de 4.5 hectómetros cúbicos procedentes de la presa de Siles (río Guadalimar) en el término de La Puerta de Segura.

A pesar de la motivación contenida en la resolución impugnada, acerca de la existencia de un escenario prematuro y la necesidad de esperar el necesario desarrollo de prestaciones futuras -que, supuestamente, impediría un pronunciamiento de compatibilidad respecto de la concesión planteada- razona la demandante que, precisamente, el Real Decreto 1/2016, que se publicó con anterioridad al dictado de la resolución controvertida, regula de manera expresa la presa de Siles, y prevé un máximo de 6.1047 hectómetros cúbicos en su distribución anual reservados para regadío. Habida cuenta que la solicitud de la actora es inferior al citado límite máximo, argumenta que la resolución no se ajusta al ordenamiento jurídico.

En su expositivo segundo, transcribe el artículo 62 de la Ley 30/92, aplicable en el momento en que se presentó la solicitud, y entiende que concurre una causa de nulidad de pleno derecho como quiera que la resolución combatida implica un grave perjuicio para la Comunidad de Regantes, toda vez que pone en peligro la viabilidad y continuidad de la Comunidad así como el medio de vida de sus integrantes.

Por la representación legal de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir se solicitó la íntegra desestimación del recurso y en apoyo de su posición procesal esgrimió, en resumen, los siguientes argumentos:

Trascribe parcialmente el contenido del informe emitido por la Oficina de Planificación Hidrológica, de fecha 10 de diciembre de 2015, y añade que el día 23 de febrero de 2016 se solicitó informe de ratificación con base en lo establecido en la Disposición transitoria segunda del RD 1 /2016, que efectivamente se materializó el día 6 de abril de 2016.

La resolución aplicó la normativa que se encontraba en vigor en el momento en que se dictó, en cuya virtud no es posible, por el momento, resolver que el aprovechamiento vaya a ser compatible con el Plan Hidrológico de Cuenca.

Finaliza su escrito indicando que no concurre ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la Ley 30/92.

Con carácter preliminar, hemos de aclarar que a pesar de que la solicitud se presentó bajo la vigencia del anterior Plan Hidrológico de Cuenca, en reiteradas ocasiones esta sala y sección ha mantenido que las concesiones y demás títulos habilitantes en esta materia deben otorgarse conforme a la normativa y la planificación hidrológica que se encuentra en vigor en la fecha en que se dicta la resolución, con total abstracción del momento en que se presentó la solicitud.

Como indica la STS Sala 3ª, sec. 5ª, S 6-6-2003, rec. 6377/1997" *En este campo el retraso de la Administración en resolver no puede determinar que la concesión deba decidirse según el estado de*

cosas existente en el momento en que se dedujo la petición. Toda concesión ha de otorgarse teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos (artículo 57.2 LA), lo que supone la necesidad de atenerse a unas previsiones sujetas a alteraciones imponderables. Por ello el título concesional no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos (artículo 57.2 "in fine" LA) y las concesiones pueden ser revisadas cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento (artículo 63.1. a) LA). Si esto es así respecto a concesiones ya otorgadas tanto mas habrá de atenderse a los supuestos de hecho condicionantes de la concesión respecto a las peticiones de aprovechamiento aun no resueltas por la Administración".

Y la STS Sala 3ª, sec. 5ª, S 7-10-2011, rec. 4455/2007, expresamente invocada en la resolución administrativa impugnada, expresa lo siguiente: *"No cabe invocar un derecho subjetivo previo al otorgamiento de una concesión de uso privativo de aguas para riegos. El otorgamiento de una concesión demanial de aguas concede a quien la obtiene el derecho a un uso privativo del agua según los artículos 52 y 59 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (en adelante LA) vinculado al interés público, que es distinto de los usos comunes de cualquier ciudadano (artículo 50 LA). Sin embargo, antes de obtener la concesión el solicitante no goza de derecho alguno a su otorgamiento, sino un mero interés legítimo individualizado a que se resuelva su petición por la Administración en un correcto ejercicio de su discrecionalidad y atendiendo al interés público. Por ello carece de consistencia postular la aplicación a estas solicitudes de la prohibición de retroactividad del artículo 9.3 CE. Las concesiones deben otorgarse conforme a la normativa vigente en el momento en que se resuelve y según las previsiones de los planes hidrológicos (artículo 59.4 LA)".*

En este sentido, la STSJ Galicia Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 23-2-2012, nº 176/2012, rec. 4214/2009, con argumentos que compartimos plenamente, razona *" como también dijimos en nuestra sentencia de 21 de julio de 2011 dictada en el recurso 4198/2009, y procede repetirlo ahora, "en lo que concierne a la aplicación retroactiva del Plan Hidrológico de 1998, ante todo hay que tener en cuenta que, según establece el artículo 40.4 de la Ley de Aguas, "los planes hidrológicos serán públicos y vinculantes, sin perjuicio de su actualización periódica y revisión justificada, y no crearán por sí solos derechos en favor de particulares o entidades, por lo que su modificación no dará lugar a indemnización"; y que el artículo 59.4 de la misma Ley dispone: "toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años. Su otorgamiento será discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público". Es por lo tanto claro que la naturaleza y fines de la planificación hidrológica exigen que una concesión tenga que ser otorgada de acuerdo con el Plan que esté en vigor en el momento del otorgamiento".*

Y en la reciente sentencia de este tribunal de 5-10-2017, nº 1988/2017, rec. 979/2014, en relación con la aplicación retroactiva de los planes hidrológicos, se razonó que *" El segundo motivo alegado en la demanda, referente a la indebida aplicación de un plan hidrológico que al tiempo de formularse la solicitud de la concesión no se hallaba en vigor, ha de ser resuelto, como expone el Sr. Abogado del Estado, de acuerdo a la doctrina sentada por el Tribunal*

Supremo en sentencias de 8 de marzo de 2012, de 22 de marzo de 2012, de 21 de mayo de 2013, en las que se sostuvo lo siguiente: "Tampoco este motivo puede prosperar. Ya esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre esta cuestión en supuestos idénticos al presente, -así por todas sentencias de la Sección Quinta de tres de noviembre de 2.005, recurso de casación número 5616/2.002, y 22 de marzo de 2.012, recurso de casación número 2.283/2.009. En esta última y con apoyo en la anterior dijimos: "En el Plan Hidrológico del Júcar, cuyas determinaciones normativas fueron publicadas en el Boletín Oficial del Estado de 27 de agosto de 1999, en virtud de la Orden de 13 de agosto de ese año, se establece en su artículo 24.B).4.b), por lo que ahora importa, y en relación con el Acuífero de la Mancha Oriental, que las superficies de regadío transformadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, y anteriores a la fecha de 1 de enero de 1997, se regularizarán mediante la tramitación de la correspondiente concesión, que se otorgará de acuerdo con las condiciones que determina este Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar, y con las limitaciones que, en su caso, establezca el plan de explotación.

En el apartado c) de ese artículo 24.B).4 se dispone que no podrán autorizarse nuevas concesiones de agua con destino a regadío en dicho acuífero que no estuviesen solicitadas antes del 1 de enero de 1997, excepto aquellas que no supongan un incremento de volumen de extracción o supongan la culminación de expedientes anteriormente iniciados.

Pues bien, no se vulnera el artículo 9.3 de la CE por la sentencia de instancia al considerar aplicables las determinaciones citadas del Plan Hidrológico del Júcar como se ha dicho, aun cuando las solicitudes de los recurrentes de concesión administrativa de aguas subterráneas se habían formulado con anterioridad a la vigencia de ese Plan, toda vez que la retroactividad prohibida en ese artículo 9.3 es, por lo que ahora importa, la de las normas que sean restrictivas de derechos individuales, "pero por derechos individuales no cabe entender los meramente hipotéticos, basados sólo en la existencia de una norma de que podría derivarse su reconocimiento; sino, más bien, los ya perfeccionados; situación ésta que, en principio o como regla general, no es la predicable de quien no es aún concesionario y sí sólo mero pretendiente a obtener una concesión de dominio público", como ha señalado esta Sala en casos análogos al aquí planteado, en las SSTS de 3 de noviembre de 2005 (casación 5616/2002) y 7 de abril de 2006 (RC43/2003). En esta misma STS se citan —al margen de esta de 3 de noviembre de 2005, RC 5616/2002 - otras cuatro SSTS de fecha 30 de marzo de 2006 (RRCC 8482/2002 , 290/2003,441/2003 y 470/2003).

Siendo esto así, por el principio de unidad de doctrina y de igualdad en la aplicación de la Ley, procede reiterar lo que en ellas se dijo.

En la primera de estas sentencias, la Sala de instancia declaró, como en la sentencia ahora recurrida, que "(...) el actor nunca ha tenido un derecho preexistente al aprovechamiento solicitado, pues en caso contrario sí sería aplicable el principio de irretroactividad de normas restrictivas de derechos individuales". A propósito de la alegada vulneración del principio de irretroactividad — sobre la base he la: doctrina constitucional y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo (SSJC 27/1981, 6/1983, 42/1986, 99/1987 y 227/1988, entre

otras; y SSTS de 24 de marzo de 1997; 150 abril de 1997, 26 de febrero de 1999 y 17 de mayo de 1999, entre otras—, igualmente señalamos "que no existe una interdicción general de la retroactividad de las normas y que la retroactividad prohibida incluso para las normas reglamentarias, no alcanza a todos los grados de retroactividad que la doctrina y jurisprudencia suelen distinguir. De aquel artículo 62.2 (de la Ley 30/1992) se desprende, en el particular o en el extremo que ahora interesa, que la retroactividad prohibida es ya de las normas que sean restrictivas de derechos individuales; pero por derechos individuales no cabe entenderlos meramente hipotéticos, basados sólo en la existencia de una norma de la que podría derivarse su reconocimiento; sino, más bien, los ya perfeccionados; situación ésta que, en principio o como regla general, no es la predicable de quien no es aún concesionario y sí sólo mero pretendiente a obtener una concesión del dominio público".

En aplicación de esta doctrina, no puede verse la vulneración aducida de contrario, pues aunque el Plan Hidrológico en que se basa la Administración para denegar la concesión es aprobado por Real Decreto 355/2013, de 17 de mayo, con entrada en vigor el 22 de mayo de 2013, posterior por tanto a la fecha de la solicitud, la retroactividad de esta norma no se halla proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución".

De esta manera, concluimos que en atención a la fecha de la resolución impugnada resulta de aplicación el Plan Hidrológico de Cuenca aprobado por el RD 1/2016, vigente al momento en que se dictó.

Sentado lo anterior, la resolución combatida reproduce literalmente el contenido del informe de fecha 10 de diciembre de 2015 (folio 61 y 62 del expediente administrativo) que dispone lo siguiente *en la distribución de los recursos envasados de la presa de Siles, se han de atender demandas de agua relativas a diferentes usos, para los que se requiere de otras obras e infraestructuras complementarias, quedando dichas actuaciones a expensas del desarrollo del programa de medidas del nuevo plan hidrológico en los escenarios futuros.*

De forma prioritaria sobre el regadío, se deberá atender la necesidad del abastecimiento deficitario en poblaciones de la Comarca de la Sierra de Segura, estando previsto que en el horizonte 2021 se le asignen recursos desde el embalse, una vez se acometan las obras de distribución para el abastecimiento.

Por otra parte, como requerimiento ambiental y para corregir la alteración producida en el ciclo hidrológico, la entrada en servicio de la presa requerirá reservar importantes volúmenes destinados a mantener el régimen de caudales ecológicos.

Por último, como paso previo al otorgamiento de concesiones para aprovechamientos de riego, a través de la iniciativa pública o autoridad competente en materia de agricultura e infraestructuras hidráulicas, se deberán desarrollar los trámites necesarios para la definición y la formación de la zona o área regable del embalse de Siles.

Por tanto, estando ante un escenario prematuro y en espera del necesario desarrollo de actuaciones futuras, no es posible un pronunciamiento de compatibilidad respecto a la solicitud de concesión planteada. En cualquier caso, las Comunidades de Regantes que formen parte de la zona regable deberán ceñirse a

las previsiones del Plan Hidrológico vigente, RD 355/2013 o de otra norma análoga que pueda sustituirle".

Como hemos visto, el citado informe se dictó bajo la vigencia del RD 355/2013, y habida cuenta la entrada en vigor del nuevo Plan Hidrológico de Cuenca durante la sustanciación del expediente, aprobado por el RD 1/2016, resulta de aplicación la disposición transitoria segunda que indica *"En la tramitación de expedientes que todavía se encuentren pendientes de resolución final, la Oficina de Planificación de la correspondiente Confederación Hidrográfica o la unidad que desempeñe esas funciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco dentro de su ámbito competencial deberá ratificar aquellos informes de compatibilidad con el plan hidrológico que hubiera realizado con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto. En caso de no ratificación, deberá emitirse un nuevo informe de compatibilidad, procediéndose según el caso de conformidad con el artículo 108.3 y 4 del RDPH"*.

De su lectura se desprende que, una vez que entró en vigor el nuevo real decreto, las correspondientes Oficinas de Planificación deberían ratificar el anterior informe de compatibilidad, o bien, en caso contrario, emitir un nuevo informe al amparo de lo previsto en el artículo 108.3 y 4 del RDPH.

En el presente recurso, consta que mediante informe de fecha 6 de abril de 2016 la Oficina de Planificación Hidrológica (folio 65 del expediente) se limitó a ratificar el anterior informe de compatibilidad, que, finalmente, fue reproducido literalmente en la resolución denegatoria de la solicitud.

Sin embargo, asiste la razón al recurrente respecto de que en los citados informes, cuyo contenido es asumido **íntegramente por el acto administrativo combatido, no se contiene** ningún tipo de alusión a las previsiones contenidas en el nuevo RD 1/2016 respecto de la zona donde se solicita el aprovechamiento.

En efecto, en el Apéndice 8.7.1, se indica que para el Embalse Siles se reserva un volumen máximo de 25,61 hectómetros cúbicos anuales para abastecimiento urbano; y una Zona Regable de 6,19 hectómetros cúbicos al año. Asimismo, en el apéndice 10 relativo a los objetivos medioambientales, se señala que el Embalse Siles se encuentra en buen estado, lo que implica, conforme a la aclaración contenida en el citado apéndice, un buen estado ecológico y químico en la masa de agua natural, así como buen potencial ecológico y químico en masas de agua muy modificadas, como es el caso.

Por la actora, sin que nada se haya opuesto de contrario, se hace referencia al Anejo número 4 relativo a las restricciones al uso, prioridades de usos y asignación de recursos del Plan Hidrológico, que establece un máximo de 6,1047 hm³ en su Tabla 89, sobre distribución mensual de la demanda agraria para el horizonte 2021.

En consecuencia, como quiera que el nuevo Plan Hidrológico de Cuenca aprobado por el RD 1/2016 contenía previsiones expresas respecto del Embalse de Siles, en las que, entre otros aspectos, se define la zona regable y se prevé una asignación de recursos de 6,1047 hm³ anuales para riego, conforme a los datos expuestos por el recurrente -que no han sido controvertidos- entendemos que no bastaba con la ratificación del informe realizado bajo la vigencia del Plan anterior. Al contrario, el estándar mínimo de motivación exigible a todos los actos administrativos precisaba, en el supuesto concreto, una cumplida justificación de las razones por las que, pese a que la solicitud de la actora era de 4,5 hectómetros anuales -así pues, inferior al límite máximo supuestamente establecido para la zona regable con carácter anual, de 6,1047 hm³- continuaba siendo imposible, conforme al tenor de la resolución impugnada, un pronunciamiento de compatibilidad respecto de la concesión solicitada.

Asiste la razón al abogado del Estado respecto de que no concurre ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62 de la Ley 30/92, y es evidente que el aludido "grave perjuicio para el perjudicado" no integra una causa de nulidad o anulabilidad de los actos administrativos. Sin embargo, la falta de motivación de las resoluciones constituye una irregularidad de carácter procesal, de conformidad con los artículos 54 y 63.2 de la Ley 30/92, aplicable al momento en que se inició el expediente administrativo, que puede dar lugar a la anulabilidad del acto impugnado en caso de que genere una indefensión real y efectiva al recurrente. Y en el supuesto analizado, en atención a los datos que arroja el expediente administrativo y los autos judiciales, se aprecia un claro déficit de motivación en la resolución impugnada, que ha impedido al recurrente conocer fundadamente la razones de hecho y de derecho que han justificado la denegación de la solicitud; se insiste, a pesar de que en el nuevo Plan Hidrológico de Cuenca, cuya aplicabilidad al supuesto de autos no ha sido discutida, se prevé una asignación de recursos y se define una zona regable en el Embalse de Siles, con unos parámetros que harían teóricamente viable la solicitud pretendida.

Finalmente, hemos de precisar que la primera pretensión de la Comunidad de Regantes recurrente consiste en que se acuerde la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, pronunciamiento que abarca, lógicamente, su declaración de anulabilidad. Y la solicitud planteada por la actora con carácter subsidiario, consistente en la concesión de la solicitud, implicaría el otorgamiento de casi un 75% del límite máximo previsto para la demanda agraria de la zona -como quiera que impetra 4,5 hm³ sobre un total de 6,1047- que habría que compatibilizar, en su caso, con otros potenciales usuarios o demandantes de agua para riego, circunstancia que pone de relieve la evidente complejidad de su otorgamiento. En todo caso, como quiera que la pretensión principal será

atendida, huelga el análisis del pronunciamiento formulado con carácter subsidiario.

Por cuanto antecede, procede declarar la anulabilidad del acto administrativo impugnado.

(St. de 11 de junio de 2019. Sala de Sevilla. Ponente Pardo Castillo)

X. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Vertidos de aguas residuales sanción leve. Responsabilidades concurrentes. Vicios procedimentales.

Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de fecha 28 de enero de 2016, que desestimó la reclamación previa a la vía contencioso-administrativa formulada por el Consorcio para el Desarrollo de la Vega Sierra Elvira contra la Resolución del indicado órgano, de fecha 9 de noviembre de 2015, que le impuso la sanción de multa de 909,00 € y la obligación de indemnizar los daños al dominio público hidráulico en la cifra de 33,24 €, como responsable de la infracción, de carácter leve, tipificada en el artículo 116.3 a), c) y g) del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en relación con los artículos 100 y 315 i) y I) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y le "requirió para que corrigiera inmediatamente el vertido denunciado, por los siguientes hechos:"... *Realizar un vertido de aguas residuales procedentes de la Urbanización Loma Verde, al cauce público de Las Presas, en las coordenadas UTM (Huso 30) ETRS89, X.442.204, Y.4.122.481, incumpliendo para los parámetros DB05. Sólidos en Suspensión los valores límites de emisión impuestos en el condicionado de la autorización que tiene otorgada por este Organismo de cuenca y resultando, a la vista del resultado analítico obtenido, un vertido contaminante con capacidad de afección a la calidad de las aguas, en el T.M. de Albolote (Granada)*".

La parte actora aduce, en primer lugar, la ausencia de culpabilidad en los hechos que le imputan por no contar con las infraestructuras necesarias al incumplir la Junta de Andalucía los convenios suscritos.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por esta Sala. Así, esta Sección en su sentencia 1212/2014, de 5 de mayo de 2014 (recurso 542/2009), dejó dicho al respecto en su fundamento jurídico tercero cuanto sigue: "es cierto y consta en el expediente que la Agencia Andaluza del Agua se comprometió a la elaboración y aprobación de los proyectos, contratación y ejecución de los mismos, en virtud del convenio suscrito en fecha 6 de

octubre de 2006 entre ésta, los consorcios implicados y los ayuntamientos de la vega de Granada, en aplicación del Plan General de Saneamiento de la Vega de Granada, que además se encuentran en ejecución. Pero ello, como decimos, ni exime a la Autoridad del cumplimiento de sus obligaciones ni justifica la renuncia al ejercicio de una de las competencias atribuidas por la ley (las competencias de las Administraciones Públicas son irrenunciables, artículo 12 de la Ley 30/92), pues ello es lo que se pretende en definitiva al remitir al proyecto que elabore la Agencia Andaluza del Agua. Por otra parte la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, es conocedora de estos relevantes extremos, y es destinataria de las normas del artículo 266 RDPH que establece el procedimiento de intervención en instalaciones de depuración: "7. El Organismo de cuenca practicará las inspecciones pertinentes en las instalaciones de depuración de aguas residuales correspondientes a un vertido autorizado. Cuando de esas inspecciones resulte el mal funcionamiento de una estación depuradora de aguas residuales, y sin perjuicio de la incoación del procedimiento sancionador, podrá requerir al titular para que tome las medidas necesarias que permitan el correcto funcionamiento de las instalaciones, en el plazo determinado en cada caso si el titular no atiende el requerimiento, el Organismo de cuenca propondrá al órgano competente la suspensión cautelar y temporal de las actividades que producen el vertido.

2. El Organismo de cuenca podrá hacerse cargo directa o indirectamente, por razones de interés general y con carácter temporal, de la explotación de las instalaciones de depuración de aguas residuales, cuando no fuera posible la paralización de las actividades que producen el vertido y se derivasen graves inconvenientes del incumplimiento de las condiciones autorizadas.

En este supuesto, el Organismo de cuenca reclamará del titular de la autorización, incluso por vía de apremio:

- a) Las cantidades necesarias para modificar o acondicionar las instalaciones en los términos previstos en la autorización.
 - b) Los gastos de explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 107 del texto refundido de la Ley de Aguas.
3. Cuando el Organismo de cuenca se haga cargo de modo indirecto de la explotación de las instalaciones, podrá contar para ello con la colaboración de las empresas de vertido, o de cualquier otro ente público o privado que considere idóneo, corriendo a cuenta del titular de la autorización los gastos que se deriven de tal colaboración".

[...] La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 24 de enero de 2013 señalaba que la competencia municipal se conserva sea cual sea la evolución fáctica y normativa y "la existencia de dicho Convenio no exonera al Ayuntamiento de sus obligaciones ni le priva de sus competencias por tanto, si considera que la falta de la ampliación de la EDAR es determinante de los hechos de autos, tiene sus acciones al respecto y destacable es que la negligencia que invoca de estas Administraciones se corresponde con la propia ya

que ninguna actuación ha podido acreditar en reclamación de su cumplimiento puesto que incide, como hemos visto, en el marco de sus competencias y no sólo esto sino que estima de tal trascendencia, según sus propias alegaciones, que le hace inviable su adecuado cumplimiento".

Este Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, en su sentencia de 13 de febrero de 2012 establece -aunque relativa a un procedimiento sancionador- que: el Ayuntamiento recurrente es el responsable del tratamiento de las Aguas residuales urbanas de acuerdo con el RD-L 11/1995 al objeto de poder cumplir con las normas de emisión contenidas en la autorización de vertidos. Esa responsabilidad implica necesariamente el conocer y regular los vertidos que se producen en su red de saneamiento, realización de inspecciones, toma de muestras etc.

La falta de control por parte de esa Administración local en este caso se pone de manifiesto en el propio escrito de demanda, del que se desprende que ya desde el inicio del funcionamiento de la EDAR conoce su incapacidad para asumir y depurar los caudales que recibe, y con independencia de quien fuera el autor del diseño de la EDAR, la falta de agilidad en la actuación del Ayuntamiento y sobre el control en materia de vertidos, ha provocado que la Confederación demandada decidiera intervenir al objeto preservarla calidad de las aguas continentales. Existe por tanto una evidente responsabilidad propia en el control de vertidos producidos en la red de saneamiento municipal, y la omisión de actuaciones necesarias por parte del Ayuntamiento para impedir vertidos contaminantes a las redes de saneamiento de que estipulan que motivó que se produjera a través de una instalación de titularidad municipal un vertido altamente contaminante que ha producido daños al dominio público hidráulico. [...] En este sentido el RD-Ley 11/1995 que establece las normas aplicables al tratamiento de aguas residuales urbanas, atribuye al Ayuntamiento la responsabilidad del tratamiento de las aguas residuales urbanas que entran en los sistemas colectores, correspondiendo por tanto al Ayuntamiento el control de la normativa interna sobre vertidos, y siendo responsable de todos estos hechos el Ayuntamiento..., organismo titular y encargado de la explotación de las instalaciones de depuración, conforme se deriva de las obligaciones de competencia municipales dispuestas en los artículos 25 f) (protección del medio ambiente), h) (protección de la salubridad pública) y I) (suministrpde:agu0 alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales) y 26 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, por todo lo que no puede atenderse la pretensión del Ayuntamiento de eludir sus responsabilidades a fin de imputárselas a la propia Confederación.

También la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 16 de noviembre de 2012 destaca que por otro lado la culpabilidad se desprende del hecho de que corresponda al Ayuntamiento la obligación legal de depurar las aguas (artículo 25:21LBRL 7/1985), sin que pueda hacer dejación de sus funciones por el hecho de que concurran otras Administraciones

en su auxilio, con lo que existe título de imputación suficiente de acuerdo con lo dispuesto el art. 130 de la Ley 30/1992.

Así pues, es responsabilidad de las corporaciones locales el proveer a todas las aglomeraciones urbanas situadas en su municipio del preceptivo sistema de evacuación de aguas residuales, siendo la Corporación Local la titular del servicio y de la autorización y en este sentido debemos recordar que la Directiva 91/271/CEE del Consejo de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, establece dos obligaciones claramente diferenciadas, en primer lugar, las "aglomeraciones urbanas" deberán disponer, según los casos, de sistemas colectores para la recogida y conducción de las aguas residuales y, en segundo lugar, se prevén distintos tratamientos a los que deberán someterse dichas aguas antes de su vertido a las aguas continentales o marítimas, siendo responsabilidad de los Municipios el proveer de dichos sistemas de evacuación".

En definitiva, no puede acogerse ninguna causa de exoneración de culpabilidad de la demandante por no haberse producido una delegación de la competencia de saneamiento y depuración de las aguas residuales a la Agencia Andaluza del Agua por la suscripción de un convenio de colaboración entre la misma y los distintos Consorcios y Ayuntamientos y ser la competencia, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Bases de Régimen Local, del municipio o del consorcio que tenga delegadas estas competencias, como es el caso.

En segundo lugar, la parte actora alega la vulneración de la Orden MAM/85/2008, por la que se establecen las normas reguladoras de la toma de muestras y análisis de los vertidos de aguas residuales.

Concretamente, se refiere al hecho de que el procedimiento se iniciara por personal que no puede realizar actuaciones que impliquen el ejercicio de autoridad.

Este motivo, cual el anterior, claudica, pues el acuerdo de incoación, de fecha 11 de diciembre de 2014, está suscrito por el Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (folios 7 y 8 del expediente administrativo). No hay, pues, defecto formal por incompetencia.

En tercer lugar, la parte actora arguye la ausencia de prueba de los hechos sancionados, ya que el análisis efectuado vulnera frontalmente el procedimiento legalmente establecido, destacadamente se refiere a los requisitos para la conservación de las muestras y el tiempo en que debe realizarse el análisis, concluyendo que el resultado de éste está desvirtuado, ya que su realización debe tener lugar dentro de un período de tiempo que evite el deterioro de la muestras (Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre).

Dicho motivo, así bien, perece. Sobre la mentada queja en nuestra sentencia 695/2018, de 12 de abril de 2018 (recurso 820/2015), hemos dicho que: *"Tampoco el hecho de que el certificado de análisis se encuentre firmado por el empleado de un laboratorio externo implica que se haya incurrido en ningún defecto causante de indefensión, pues como ello no obstó a que la parte hoy actora pudiera combatir el resultado obtenido mediante la realización de un análisis contradictorio. El que la toma de muestras o la analítica posterior no se efectuara por funcionario y, por tanto, no goce del valor probatorio que el art. 137.3 de la Ley 30/1992 reconoce a los hechos constatados por funcionarios, no priva a aquellos del valor probatorio suficiente para fundarla prueba de cargo, máxime cuando el propio recurrente no ha practicado prueba contradictoria efe la muestra que se le ofreció para desvirtuarla, por lo que no se estima por ello vulnerado su derecho a la presunción de inocencia*

Se imputan a continuación una serie de vicios a la realización de la toma de muestras, que según la consideración del recurrente vulneran lo dispuesto en la Orden MAM 85/2008, y que en realidad no resultan convenientemente concretados. De la lectura de la demanda únicamente puede desprenderse que se cuestiona que se cumplieran los plazos que rigen para cada uno de los parámetros analizados, esto es, que se excediera el tiempo de que se disponía para someterla muestra a análisis. Sin embargo, habida cuenta de que el actor, que se hizo cargo de una muestra que se le ofreció durante la inspección, no hizo un análisis contradictorio de la misma que evidenciara que se había alterado la cualidad de los antedichos parámetros por el excesivo transcurso del tiempo entre su envasado y su análisis por parte del laboratorio de la Administración, lo que se hubiera podido deducir de haberse obtenido unos resultados diversos y de haberse acreditado por el expedientado que se practicó el análisis por su parte de acuerdo a las normas que invoca, tampoco puede atenderse a esta alegación.

En definitiva, el consorcio sancionado no ha visto imposibilitado su derecho a la defensa, al poder desvirtuarlos resultados de laboratorio derivados de la toma de muestras practicada por funcionarios públicos, y no haberlo hecho".

Conviene precisar que la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de mayo de 2010 (recurso de casación 2398/2006) dice lo que sigue: *"...ésta Sala viene manteniendo una doctrina contraria a la tesis que postula la recurrente. Así es, en Sentencia de 17 de julio de 2009, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 140/2007, y en STS de 28 de febrero de 2006, dictada en el recurso de casación núm. 272/2003 . En la primera de ellas, por cierto, también fue parte el Ayuntamiento recurrente, declaramos que (...) seguimos nosotros ahora el fijado en la posterior Sentencia de esta Sala de fecha 16 de enero de 1996 (recurso 530/1993), fundamento jurídico segundo, en la que se consideró innecesaria la toma de las tres muestras, a que se refirieron ambas Órdenes ministeriales, para probar el hecho del vertido y su naturaleza contaminante, dado que dicho procedimiento tiene carácter imperativo y que lo relevante es que conste demostrada la toma de muestras y su correspondiente análisis, según hemos apuntado en nuestra reciente sentencia de 22 de diciembre de 2003 (recurso de casación 2527/2000, fundamento jurídico sexto), al declarar*

que lo decisivo es que haya quedado plenamente acreditada la realidad y existencia del daño al dominio público hidráulico por haberse comprobado los vertidos contaminantes.

En el orden jurisdiccional penal, al enjuiciarse en casación la condena por delito contra el medio ambiente por vertidos contaminantes, la Sala Segunda de este mismo Tribunal, en su Sentencia, de fecha 24 de abril de 2002 (recurso de casación núm. 2767/2000, fundamento jurídico primero), al haberse denunciado por uno de los recurrentes en casación la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia porque las muestras del vertido se habían tomado sin observarlas prescripciones establecidas en la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 23 de marzo de 1960, declaró que las normas reglamentarias citadas tenían un objeto diferente al de comprobar la realidad de un vertido contaminante que pudiera ser constitutivo de delito, mientras que la investigación penal tiene por objeto reconstruir un hecho delictivo para su acreditación y, en su caso, depuración de la responsabilidad penal conforme al Código penal, jurisprudencia penal esta de significado equivalente a la sostenida en esas últimas Sentencias dictadas por esta nuestra Sala Tercera, en las que se ha declarado que lo fundamental y decisivo es que conste probado el vertido con las muestras correctamente obtenidas y analizadas.

El Tribunal Constitucional, al examinar en su Sentencia 42/1999, de 22 de marzo, si se conculcaron el derecho a la presunción de inocencia y las garantías necesarias en la actividad probatoria por vertidos contaminantes, constitutivos de un delito contra el medio ambiente, debido a que el recurrente en amparo alegó que la toma de muestras de aguas residuales y posteriores análisis de las mismas no se verificaron en presencia del Juez y del recurrente ni éste pudo someter a contradicción el resultado de los análisis, dado que no se le facilitaron las muestras para poder realizar el contraanálisis, declara que no hubo vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni de las garantías necesarias en la actividad probatoria porque "las declaraciones realizadas en el juicio oral por los agentes de la Policía Judicial que tomaron las muestras sobre el lugar en el que se produjeron, el procedimiento e incidencias de las mismas y las condiciones de su remisión a la Sociedad de Aguas de Barcelona para que fueran analizadas, así como las declaraciones de los acusados, que admitieron haber realizado los vertidos en el lugar donde se tomaron las muestras, han de ser consideradas, desde la perspectiva constitucional, pruebas de cargo suficientes para acreditar de forma razonable el vertido de las aguas residuales", e "igualmente, ha de entenderse que las declaraciones efectuadas en el juicio oral por quienes emitieron los informes periciales obrantes en autos constituyen, desde la perspectiva de nuestro enjuiciamiento, prueba de cargo suficiente sobre la composición química de los vertidos y el carácter altamente tóxico de los mismos, debido, entre otros, a la elevada concentración de metales.

De esta doctrina constitucional se deduce también que lo relevante en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado por vertidos contaminantes de las aguas es, según ha declarado esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus referidas Sentencias de 16 de enero de 1996 y 22 de diciembre de 2003; que haya quedado plenamente acreditada la realidad y existencia del vertido y su naturaleza contaminante,

independientemente de que en la toma de muestras y subsiguientes análisis se haya observado o no el procedimiento establecido en las repetidas Ordenes del Ministerio de Obras Públicas de 23 de marzo de 1960 y 9 de octubre de 1962".

A propósito de la toma de muestras, esta Sección, en su sentencia 1532/2017, de 11 de julio de 2017 (recurso 808/2013), en su fundamento jurídico cuarto, entre otras cosas; dejó dicho:

«En relación con las supuestas deficiencias en la toma de muestras, esta cuestión ya fue analizada por esta sala en la STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 mayo de 2009, en la que expusimos lo siguiente "alega también la recurrente que las tres tomas se han realizado en el mismo sitio, contraviniendo la OM de 23-3-1960 y la OM de 9-10-1962. Opone, en esencia, en este punto, la Administración recurrente, la vulneración de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 23 de marzo de 1960, la cual exige la toma de tres muestras, la primera de ellas en el mismo vertido, la segunda en el cauce receptor, aguas arriba del punto de vertido, y la tercera aguas abajo del punto del vertido, sin que estos requisitos se hayan verificado en el presente supuesto. Pues bien, en este punto cabe citar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2006, la cual señala que, si bien es cierto que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 15 de junio de 1990, consideró vigentes los procedimientos para la toma de muestras regulados en dicha Orden Ministerial, cuyo incumplimiento, por conculcar el derecho de defensa, fue considerado determinante de, la anulación de la sanción impuesta, sin embargo se aparta del referido criterio, con cita de la sentenciare 16 de enero de 1996, en la que consideró innecesaria la toma de las tres muestras a las que se refieren las Órdenes Ministeriales, para probar el hecho del vertido y su naturaleza contaminante, dado que dicho procedimiento no tiene carácter imperativo y que lo relevante es que conste demostrada la toma de muestras y su correspondiente análisis [...]. De cuya doctrina constitucional deduce la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006 que también lo relevante en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado por vertidos contaminantes de las aguas es, conforme a las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 1996 y de 2 de diciembre de 2003, que haya quedado debidamente acreditada la realidad y existencia del vertido y su naturaleza contaminante, independientemente de que la toma de muestras y subsiguientes análisis se haya observado o no el procedimiento en las Órdenes Ministeriales de 23 de marzo de 1960 y de 9 de octubre de 1962.

A mayor abundamiento, y siguiendo el criterio de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de fecha 12 de mayo de 2006, la toma de muestras se efectuó de manera correcta en el punto donde se produce el vertido, es decir, en la lavadora de aceituna de la fábrica, siendo irrelevante la calidad de las aguas cauce arriba y cauce abajo del punto de vertido, pues lo relevante es la toma de muestras que sirva para analizar los componentes del vertido en el momento de su entrada en el dominio público hidráulico.

En definitiva, aunque ni la Ley de Aguas ni el Reglamento del Dominio Público Hidráulico establecen un procedimiento de tomas de muestras como ocurre en otros ámbitos sectoriales administrativos, lo

cierto es que en el presente caso la toma de muestras se ha llevado a cabo con las debidas garantías y respeto al derecho de contradicción, al haberse efectuado en presencia del interesado y entregársele una de las muestras obtenidas. En consecuencia, la parte demandante tuvo la oportunidad de contradecir las conclusiones alcanzadas por la Administración mediante la aportación de sus propios análisis o la propuesta de la correspondiente prueba pericial, lo que no se ha verificado. La consecuencia ha de ser la de entender desvirtuado el principio de presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución, habiéndose acreditado la existencia de un vertido contaminante con la consecuencia de haberse causado daños al dominio público hidráulico, los cuales aparecen debidamente cuantificados en el expediente administrativo constitutivo de la infracción imputada por la Administración. Además de todo lo expresado, el procedimiento de toma de muestras establecido en la O.M. de 23 de marzo de 1960, reguladora del vertido de aguas residuales, antes referido, en modo alguno puede ser invocado toda vez que la mentada Orden Ministerial se encuentra expresamente derogada por el Real Decreto 2473/1985, que también deroga expresamente la O.M. de 9 de octubre de 1962 que la modificaba, por lo que la parte recurrente no puede fundar en ella la solicitud de nulidad de la sanción impuesta"». En igual sentido, se puede citar la más reciente SAN Sala de lo Contencioso-Administrativo de 20 octubre 2016.

Por último, la parte actora aduce la prescripción y caducidad del procedimiento sancionador, aunque no queda claro a qué instituto se refiere. En cualquier caso, agotaremos ambas cuestiones. La Sala tiene que subrayar que resulta de aplicación el plazo de seis meses establecido en el artículo 132 de la Ley 30/1992, previsto para las infracciones leves.

Pues bien, con vista del expediente administrativo, hemos de rechazar que la infracción esté prescrita, puesto que los hechos se constataron el día 9 de julio de 2014 mediante visita de inspección, fecha que aparece en el acta de constancia y toma de muestras, y existe constancia de que el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, de fecha 11 de diciembre de 2014, se notificó el día 15 de diciembre de 2014 (folio 12 del expediente administrativo), cuando aún no habían transcurrido los seis meses que establece la ley.

En lo que atañe al transcurso del plazo de dos meses previsto en el artículo 6.2 del Real Decreto 1398/1993, entre el inicio del procedimiento y la notificación de este acuerdo, lo que debería conllevar el archivo de las actuaciones, tampoco podemos acoger este motivo, pues, como se ha visto, se notificó el día 15 de diciembre de 2014, esto es, cuatro días después de ser dictado el acuerdo.

En definitiva, consta que no ha transcurrido el plazo de seis meses previsto para las infracciones leves en el artículo 327 del Real Decreto 849/1986, que

se remite al artículo 132 de la Ley 30/1992, ni el plazo de caducidad de un año previsto en la Disposición Adicional sexta del Real Decreto Legislativo 1/2001, por cuanto el acuerdo de inicio se dictó, como se ha visto, el 11 de diciembre de 2014 y la notificación de la resolución sancionadora se hizo el día 11 de noviembre de 2015 (folió 66 del expediente administrativo), lo que comporta el perecimiento del motivo.

Por lo que se refiere a la vulneración del principio de tipicidad que la parte actora basa en que, dado que los daños para el dominio público hidráulico no existen, se está infringiendo el artículo 315 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, al no ser calificada la conducta infractora como infracción leve del artículo 315 a) del citado texto reglamentario.

Añade la actora que, en la valoración de los daños, la Administración actuante no concreta en expediente sancionador, los hechos y circunstancias que le llevan a la valoración efectuada de los daños causados al dominio público, ni las medidas reparadoras susceptibles de paliar los supuestos desperfectos, convirtiendo la cuantificación del daño en un mero acto recaudatorio sin destino reparador determinada, vulnerando la exigencia de suficiente motivación del artículo 54.1 de la Ley 30/1992.

El mentado motivo fenece. Dicho informe de valoración está suficientemente motivado y se atiene a la Instrucción de la Comisaría de Aguas de 18 de septiembre de 2012 (BOE de 28 de febrero), que no ha sido combatida eficazmente por la parte demandante, que establece los criterios generales y coeficientes particulares a utilizar para estimar los daños al dominio público hidráulico producidos por el vertido, que es conforme a (o establecido en el artículo 117.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y 326 ter del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. En dicho informe se explicita, así bien, tanto el caudal del vertido como su duración.

En suma, los hechos fueron calificados correctamente por la Administración, existiendo prueba suficiente, mínima y de cargo con capacidad enervadora del interino principio de presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) que *ab initio* amparaba al denunciado, por lo que la sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir en la precitada resolución, por la comisión de la susodicha infracción, es conforme a derecho, todo lo cual conduce, derechamente, a la desestimación del presente recurso contencioso- administrativo.

(St. de 30 de mayo de 2019. Sala de Granada. Ponente Rivera Fernández)

XIV. HACIENDA PÚBLICA

Conjunto de transmisiones patrimoniales. Adjudicación de bienes en subasta. No procedencia de justificar su incorporación a activo circulante en un momento posterior a la adjudicación.

Se dirige el presente recurso contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía sede de Málaga de fecha 30 de noviembre de 2017, por la que se estima las reclamación económico administrativa 29/00486/2017 frente a la liquidación complementaria 0022292898661, en concepto de impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas por la adquisición de una vivienda por adjudicación en subasta en el marco de un proceso de ejecución judicial, liquidación por importe de 9.450 euros.

Razona la Administración autonómica en su recurso que en base a una interpretación de la norma de aplicación que proscribe la ulterior acreditación de la efectiva incorporación del bien al activo circulante de la compañía cuando no se ha hecho constar esta intención al momento de presentar la autoliquidación del impuesto, así como la proscrita la aportación de documentos justificativos no traídos a la vía administrativa.

La Abogacía del Estado se opone a la estimación del recurso y sostiene la corrección de la resolución impugnada en base a sus propios fundamentos, e insiste en la posibilidad de acreditar la concurrencia de los requisitos necesarios para hacerse aplicación del beneficio fiscal estudiado en un momento posterior al de la presentación de la autoliquidación del impuesto.

La mercantil demandada sostiene que debe admitirse la posibilidad de justificar la incorporación del inmueble adquirido en subasta judicial al activo circulante en un momento posterior al de la autoliquidación. Que en el caso de autos formuló una declaración notarial jurada en la que manifestaba tal intención.

La cuestión planteada por la la representación recurrente ya ha sido abordada y resuelta en sentencia del pleno de la Sala de fecha 21 de noviembre de 2018 (rec. 25/18) en la que se expresa como parecer mayoritario de la Sala que para disfrutar del beneficio fiscal reconocido en el art. 25 del recientemente derogado DLeg 1/2009, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de tributos cedidos, consistente en la aplicación de un tipo impositivo reducido del 2% en la liquidación del

impuesto sobre las transmisiones patrimoniales onerosas, a profesionales del sector inmobiliario que adquieran el bien objeto de la operación traslativa para su ulterior reventa, mediante adjudicación en un proceso de ejecución judicial, es requisito formal ineludible manifestar al momento de efectuar la autoliquidación del impuesto la intención de incorporar dicho bien a su activo circulante, sin que sea posible justificar dicha incorporación en un momento ulterior.

Se puede leer en la sentencia referida que "Con tales antecedentes, pretende la actora no aplicar el tipo impositivo reducido del 2% del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, que viene fijado por el artículo 25 del Decreto Legislativo 1/2009, de 1 de septiembre, por no resultar acreditado que la vivienda adquirida en la operación gravada esté destinada a su posterior reventa.

Para resolver dicha cuestión, acudimos con carácter previo a la sentencia dictada por este Tribunal de fecha 22 de mayo de 2013 (rec. 227/2010), en la que ya indicábamos que la aplicación de un tipo reducido a los profesionales del sector inmobiliario exige el cumplimiento de un determinado catálogo de requisitos previstos en el apartado primero del art. 25 del DLeg 1/2009, antes art. 12 de la Ley 10/2002, que prescribe que la vivienda adquirida por un profesional inmobiliario a efectos de reventa deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) Que la persona física o jurídica adquirente incorpore esta vivienda a su activo circulante, b) Que la vivienda adquirida sea objeto de transmisión dentro de los dos años siguientes a su adquisición con entrega de la posesión de la misma, y siempre que esta transmisión esté sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Cuestión distinta es la relativa a la acreditación de las condiciones precisas para beneficiarse de este tipo reducido, en este punto el artículo 25.3 del Decreto legislativo 1/2009, que aprueba el texto refundido de la Ley en materia de impuestos cedidos a la Junta de Andalucía, previene que la acreditación del cumplimiento de los requisitos necesarios para la aplicación del tipo de gravamen reducido previsto en el apartado 1 del presente artículo se efectuará de acuerdo con las siguientes normas:

- a) La circunstancia de ser un sujeto pasivo al que resultan aplicables las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad del Sector Inmobiliario se acreditará mediante certificación de encontrarse en situación de alta en el epígrafe correspondiente de la Clasificación Nacional de Actividades

Económicas. Dicha certificación deberá presentarse junto con la autoliquidación del impuesto y podrá sustituirse por la inscripción en el censo correspondiente de la Consejería de Economía y Hacienda.

- b) La circunstancia prevista en el párrafo a) del apartado 1 de este artículo requerirá que el sujeto pasivo haga constar en el documento que formalice la transmisión su intención de incorporar el inmueble a su activo circulante. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la comprobación administrativa que pueda efectuarse.
- c) El cumplimiento del requisito previsto en el párrafo b) del apartado 1 de este artículo se entenderá cumplido con el otorgamiento de la escritura pública de compraventa.

En nuestro caso la problemática se suscita en torno a la acreditación del requisito de la incorporación de la finca adquirida al activo circulante de la entidad mercantil.

Como quiera que la adquisición se verificó por medio de adjudicación en el marco de un proceso de ejecución judicial, no quedó constancia de la intención de efectuar dicha incorporación al activo circulante de la sociedad en documento público alguno. Para estos supuestos la instrucción 2/2003, de 17 de febrero de la Dirección General de Tributos, contemplaba la alternativa de efectuar una declaración ante el funcionario en el momento de presentar la autoliquidación o bien acompañar una declaración jurada al impreso de la autoliquidación, al efecto de revelar el destino del inmueble y su inmediata incorporación al activo circulante de la mercantil.

En el caso de autos, resulta evidente el incumplimiento del requisito referenciado, pues no consta propósito o intención de incorporar el inmueble en cuestión, adquirido mediante auto de adjudicación judicial por subasta, a su activo circulante, en el documento que se formalizó la transmisión, en atención a la interpretación literal de las normas, consagrada en el artículo 3 de nuestro Código Civil. De las actuaciones, resulta claro que nada impidió que la mercantil manifestase, al tiempo de formular su oferta, ante el Juzgado que se tramitaba las actuaciones, que la adquisición iría destinada a incorporar el inmueble a su activo circulante.

De esta forma, no se ha cumplido con el requisito previsto en el citado artículo 12 de la Ley 10/2002 (actualmente artículo 25 del Decreto Legislativo 1/2009), pues la intención de la entidad de destinar a su activo circulante el bien inmueble adquirido por subasta, en virtud de auto de adjudicación, no se hizo constar en el documento que se formalizó dicha transmisión. Ante el

incumplimiento de uno de los requisitos exigidos, no es posible la aplicación, como pretende la parte demandada, del tipo impositivo reducido; pues esa flexibilización de los requisitos formales solo se circunscriben a los medios de prueba (declaración jurada o escrito de manifestación aportado ante el Juzgado al efecto de revelar su incorporación al activo circulante de la entidad mercantil o cualquier prueba admisible en derecho) pero en ningún caso dicha flexibilización alcanza al momento o fecha límite en que debe efectuarse dicha declaración o aportación de la prueba en cuestión, dado que el momento procedimental para acreditar el citado requisito es cuando se realice la presentación en el órgano gestor del documento judicial junto con el impreso de la correspondiente autoliquidación.

Por último, añadir que el requisito esgrimido por la Administración recurrente para la denegación de la aplicación del tipo reducido no se puede configurar como un requisito formal, sino como un requisito sustancial, cuyo incumplimiento implica la denegación de la aplicación del citado tipo. Es preciso tener en cuenta que este tipo reducido, en cuanto que medida de fomento económico de una determinada actividad empresarial, representa una excepción al régimen general de tributación, por lo que se debe ser exigente en el modo de cumplimentar la prueba del agotamiento de los requisitos subjetivos y objetivos que permiten la aplicación de la medida excepcional.

En consecuencia, entendemos que dicho requisito formal, indudablemente ha de ser cumplido, en la medida que la obtención de todo beneficio fiscal se encuentra condicionada al cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que taxativamente establezca su regulación legal. De esta forma, el cumplimiento de los requisitos formales en el ámbito del impuesto tiene suma importancia, porque constituye la garantía jurídica necesaria para la correcta tributación.

Precisar que en idéntico sentido se han pronunciado recientes Sentencias dictadas por esta Sala, de fecha 27 de noviembre de 2017 (recurso número 123/2016), de fecha 8 de marzo de 2017 (recurso número 171/15), y de fecha 10 de octubre de 2018 (recurso número 738/2017), entre otras. No obstante, hay que dejar constancia que existen Sentencias de esta misma Sala, que ante idénticas circunstancias, han confirmado la actuación administrativa.

Todo lo razonado conduce a la estimación del recurso planteado, anulando la resolución recurrida por no ser ésta conforme a derecho."

Por razones relacionadas con el principio de seguridad jurídica y por la propia coherencia interna de los pronunciamientos de la Sala, debe seguirse esta misma argumentación.

(St. de 12 de julio de 2019. Sala de Málaga. Ponente García de la Rosa)

XVIII. PERSONAL

Asistencia sanitaria por entidad concertada. Reintegro de gastos. Causas excepcionales.

- El objeto del presente recurso es la Resolución de 29 de julio de 2015 recaída en expediente n^o 4B1G1100/LCO/acg dictada por el Subdirector General de Recursos e Información Administrativa de la Delegación regional del ISFAS que desestimaba el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución del Subdirector de prestaciones de 15 de enero de 2015 que desestimaba la solicitud del actor de reintegro de gastos sanitarios ocasionados por la asistencia sanitaria recibida por Don Lucio , esposo de la recurrente, en centro no concertado, el Hospital Universitario San Cecilio adscrito al SAS, durante el ingreso hospitalario el día 9 de agosto de 2014 hasta su fallecimiento el 16 de agosto de 2014.

La resolución impugnaba denegaba el reintegro solicitado porque no concurren ninguna de las excepciones contempladas en la norma como susceptibles de reintegro de gastos por asistencia sanitaria en centro ajeno, ya que no se aprecia urgencia vital o denegación injustificada de asistencia.

El Real Decreto Legislativo 1726/07 por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas establece en el artículo 62 que:

"1. Cuando el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados, abonará, sin derecho a reintegro, los gastos que puedan ocasionarse, excepto en los supuestos previstos en los párrafos siguientes:

- a) En los casos de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, procederá el reintegro de los gastos, siempre que se constate que no pudieron utilizarse oportunamente los servicios sanitarios adscritos a este Régimen especial, y que tal utilización no constituya una práctica desviada o abusiva de esta excepción.

- b) También procederá el reembolso de gastos, cuando la utilización de los centros o servicios ajenos esté motivada por una denegación injustificada de la asistencia sanitaria que este Régimen de Seguridad Social está obligado a prestar.
2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, las condiciones y requisitos necesarios para que proceda el reintegro de gastos en los dos casos previstos en este artículo, se establecerán en las disposiciones de desarrollo de este reglamento, o en los convenios que se suscriban con los órganos competentes de la Sanidad Militar o de otras Instituciones públicas o privadas, para la prestación de asistencia sanitaria a los afiliados del ISFAS".

El Concierto suscrito por el ISFAS con Entidades de Seguro para la asistencia sanitaria de titulares y beneficiarios durante el año 2014 establece en la cláusula 4.1 que cuando un beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utilice medios ajenos a la entidad, deberá abonar, sin derecho a reintegro, los gastos que se puedan ocasionar, excepto en los casos de denegación injustificada de asistencia y en los de asistencia urgente de carácter vital, únicos supuestos que justificarían la utilización de servicios distintos a los asignados, conforme se recoge en el artículo 62 del Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Y el Reglamento General de Mutualismo Administrativo aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, señala en su art. 78 que:

- "1. El beneficiario que, por decisión propia o de sus familiares, utilice servicios sanitarios distintos de los que le correspondan, abonará, sin derecho a reintegro, los gastos que puedan ocasionarse, sin perjuicio de lo previsto en los párrafos siguientes:
- a) Cuando la mutualidad facilite directamente la asistencia sanitaria y el beneficiario utilice servicios sanitarios distintos de los que tenga asignados por denegación injustificada de asistencia sanitaria o por asistencia urgente de carácter vital, competirá a aquélla dictar resolución con el fin de proceder, en su caso, al reintegro de gastos, siempre que en el segundo caso se notifique a la mutualidad el comienzo de dicha asistencia en el plazo de 15 días.
- b) Cuando un beneficiario esté adscrito a una entidad privada concertada por la mutualidad podrá utilizar servicios sanitarios distintos de los de dicha entidad en las siguientes circunstancias:
- Iª Si la asistencia sanitaria solicitada le ha sido denegada por parte de dicha entidad y esta denegación ha sido injustificada, de acuerdo con lo estipulado en los concertos vigentes en cada momento. En este supuesto podrá hacer

uso de servicios sanitarios distintos de los que le correspondan y reclamar el reintegro de los gastos ocasionados por éstos.

2ª Si la utilización de dichos servicios sanitarios ha sido debida a una asistencia urgente de carácter vital. En este caso, el interesado podrá reclamar el reintegro de los gastos ocasionados por ésta, siendo indispensable que se notifique el comienzo de la asistencia sanitaria a la entidad de adscripción del beneficiario en los plazos, términos y condiciones que se establezcan en los oportunos conciertos.

En caso de discrepancia sobre la procedencia del reintegro en las circunstancias previstas en los dos supuestos anteriores, corresponde a la mutualidad su apreciación y resolución, sin perjuicio de los posibles procedimientos de reclamación por parte de los beneficiarios previstos en los respectivos conciertos.

2. No obstante, cuando un beneficiario esté adscrito a efectos de asistencia sanitaria a un organismo público y haga uso de servicios sanitarios distintos de los que le correspondan, estará sujeto a lo que la normativa legal y de procedimiento del correspondiente organismo disponga para las situaciones de utilización de medios ajenos, así como a su régimen jurisdiccional".

Del expediente administrativo se desprende que el esposo de la recurrente residente en Montefrío, fue trasladado el 9 de agosto de 2014 por los servicios de urgencia del SAS asignados a dicha localidad según el Convenio del ISFAS con la Junta de Andalucía, por presentar insuficiencia cardiorespiratoria, y por decisión de derivación del facultativo del dispositivo de apoyo del Centro de Salud de Montefrío, permaneciendo internado el enfermo hasta el día 16 de agosto de 2014 en que falleció.

La cuestión controvertida se centra en determinar si la asistencia recibida por el actor se encuentra en alguno de los supuestos que conforme al concierto entre ADESLAS e ISFAS permiten la utilización de medios no concertados, y en concreto en este caso se alega la situación de urgencia del paciente.

Y en este caso la situación de urgencia vital del paciente se desprende del informe del facultativo del dispositivo de apoyo del Centro de Salud de Montefrío, que derivó al enfermo al Hospital Clínico San Cecilio según consta al folio 8 del expediente.

Así se desprende del escrito de 22 de octubre de 2014 del referido facultativo - folio 42 del expediente- que explica que fue el quien tomó la decisión de derivarlo en medios sanitarios públicos del Hospital Clínico Universitario de Granada, decisión que sin duda adoptó no por capricho, sino tras valorar

la grave situación del paciente y la urgencia de su atención, todo ello con estricto criterio médico.

Así lo reconoce el propio ISFAS en el acta de la Comisión mixta provincial de 3 de noviembre de 2014, y resulta acreditado a presencia judicial mediante la prueba practicada el 22 de mayo de 2017 de la que se desprende que ante la situación del ahogo del paciente, el facultativo derivó al paciente considerando urgente la situación.

Frente a ello contraponen las demandadas el contenido del informe médico de exitus del paciente que obra al folio 19 del expediente, que expresa en la historia "rechaza traslado al H. De la Salud y se deriva a urgencias". Sin embargo tal contenido además de insuficiente para desvirtuar la prueba de decisión del facultativo que lo atendió, es que contrasta con la situación del enfermo que no era compatible con la toma de decisión que se le atribuye. Así se desprende del escrito de 22 de octubre de 2014 del facultativo que indica que el enfermo presentaba un claro síndrome confusional, y del resultado de la prueba testifical practicada con éste quien señaló que el enfermo estaba confuso, sin capacidad de discernimiento y desorientado.

Resulta erróneo entender como lo hace el informe del folio 60, que fue el rechazo del paciente, lo que llevó al facultativo a indicar el traslado al Servicio de urgencias del hospital universitario, y resulta claramente acreditado que fue estricto criterio médico profesional el que determinó por el estado del paciente y la urgencia de la situación, el traslado al centro del SAS, sin que pueda tacharse la decisión de irrazonable dada la situación de urgencia, por lo que concurría la excepción de urgencia vital prevista en las normas citadas y procede el reintegro solicitado.

(St. de 30 de mayo de 2019. Sala de Granada. Ponente Galindo Sacristán)

XXII. URBANISMO Y VIVIENDA

Anula la Sala la Sentencia del Juzgado que anuló la aprobación de un proyecto de Rehabilitación declarado ilegal en vía penal. Motivación.

El presente recurso de apelación tiene por objeto la sentencia de 8 de mayo de 2018, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número Uno de Almería en el procedimiento 562/2016, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio contra Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Tíjola de 6 de abril de 2016. Este acuerdo aprobó el Proyecto de Actuación

promovido por D. Cesar y Da Lourdes para la instalación de una escuela de apicultura ecológica en las parcelas catastrales 57 y 58 del Polígono 11 del catastro del t.m. de Tíjola.

La estimación del recurso se justificaba, en esencia, en que la finalidad del proyecto de actuación impugnado era en realidad legalizar la construcción ilegal que los actores había promovido en las mencionadas parcelas. Actuación que fue objeto de enjuiciamiento por el Juzgado de lo Penal número Uno de Almería en el procedimiento 268/2015 que finalizó con sentencia condenatoria de 18 de abril de 2016 .

SEGUNDO .- Se apoyan los recursos de apelación -que son idénticos- en varios motivos, referidos a la incongruencia de la sentencia apelada así como al error en la valoración de la prueba en que incurre el juzgador de instancia. Así, estiman los apelantes que no resulta lógico que, afirmándose en la sentencia recurrida que los argumentos utilizados por el Ayuntamiento de Tíjola para justificar el interés público de la escuela de apicultura son " loables y verosímiles", acabe sin embargo anulando el proyecto de actuación por considerar que "... podría estar amparando la legalización de una construcción que podría no ser susceptible de legalización". En conexión con ello, y como hemos dicho, se invoca el error en la valoración de la prueba, pues en modo alguno puede entenderse que el proyecto de actuación autorizado induzca a la formación de nuevos asentamientos ni que sea contrario a la ordenación urbanística.

A juicio de esta Sala el motivo debe estimarse y con ello el integro recurso de apelación. Señala el artículo 52.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA) 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 ", señalando el artículo 42.1 del mismo texto legal que " Son actuaciones de interés público en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable las actividades de intervención singular, de promoción pública o privada, con incidencia en la ordenación urbanística, en las que concurren los requisitos de utilidad pública o interés social, así como la procedencia o necesidad de implantación en suelos que tengan este régimen jurídico. Dicha actuación habrá de ser compatible con el régimen de la correspondiente categoría de este suelo y no inducir a la formación de nuevos

asentamientos. Dichas actividades pueden tener por objeto la realización de edificaciones, construcciones, obras e instalaciones, para la implantación en este suelo de infraestructuras, servicios, dotaciones o equipamientos, así como para usos industriales, terciarios, turísticos u otros análogos, pero en ningún caso usos residenciales ". De otro lado, y en cuanto a la consideración del interés público y utilidad social que pueden legitimar actuaciones en suelo no urbanizable, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo la discrecionalidad de los entes locales para la identificación del mismo, discrecionalidad que no exime, como es lógico, de la necesaria motivación a fin de no convertirla en arbitrariedad. Habiendo además declarado -vb. gr. sentencia de 19 de enero de 2016 -que la motivación del planificador general"... ha de ser tanto más precisa e intensa cuanto más reducido sea el ámbito territorial afectado por la ordenación". Pues bien, en el caso que nos ocupa, la justificación de la implantación de la escuela de apicultura ecológica en la parcela propiedad de los apelantes resulta suficiente y razonable -y así lo entendió el juzgador de instancia- afirmándose, en relación a la misma que "... el proyecto propuesto de implantación en el municipio de Tíjola de una Escuela de Apicultura Ecológica, que tiene como objetivo potenciar proyectos de carácter agroambiental de manera educativa tanto para la población escolar como también a los profesionales del sector...visto que la ubicación óptima para estas instalaciones es el propio medio natural, y que esta iniciativa pretende atender la creciente demanda de campamentos para niños, granjas escuelas y turismo rural que experimenta la comarca, además de aportar beneficios para el municipio, tales como de visitantes interesados en la belleza de los paisajes como del patrimonio de la zona, el desarrollo de actividades relacionadas con la naturaleza, la creación de empleo, todo ello contribuye a la dinamización de la economía local, por lo que dicho proyecto resulta muy interesante para el desarrollo del municipio, siendo Tíjola uno de los municipios con más apicultores y colmenas censados de la provincia ". Sin que pueda obstar a la suficiencia de la motivación aportada por la corporación la circunstancia -sin duda reprobable- de que la construcción fuera en su origen ilegal. Más aun a la vista de que no existe sobre la misma orden de demolición acordada en sentencia penal o en procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, sin que tampoco se haya acreditado -más allá de su mera alegación- la existencia de un riesgo cierto de que el proyecto induzca a la formación de nuevos asentamientos o sea contrario a la ordenación urbanística. Y todo ello sin perjuicio, como es lógico, de que además del proyecto de actuación sea necesaria la obtención del resto de licencias o autorizaciones exigidas por la normativa urbanística o sectorial; y

sin perjuicio, igualmente, de la facultad de control sobre la utilización de las instalaciones para la finalidad prevista en el proyecto de actuación.

(St. de 31 de mayo de 2019. Sala de Sevilla. Ponente López- Barajas Mir.)

CRÓNICA PARLAMENTARIA

Sobre la comisión parlamentaria de investigación de la FAFFE y sus comparecientes mudos

Víctor J. Vázquez Alonso

Creo que puede decirse que la comisión de investigación es una de las instituciones de derecho parlamentario con peor implantación en nuestra cultura democrática, siendo este un juicio que no se basa en criterios puramente cuantitativos, sino en la propia escenificación y en los resultados de las hasta ahora llevadas a cabo. No han sido extrañas, en este sentido, las comisiones de investigación en las que se ha producido una suerte de modificación en los papeles propios de tal instituto, convirtiéndose los parlamentarios en el objeto de control de los comparecientes y desdibujándose así, ante la opinión pública, los contornos propios de un instrumento capital para la rendición de cuentas. Desde luego, a esta disfuncionalidad en la práctica parlamentaria ha colaborado una cierta indefinición jurídica en aspectos no poco relevantes de su regulación, indefinición que se agudiza cuando descendemos al ámbito parlamentario autonómico. A este respecto, la Comisión de investigación creada en el Parlamento Andaluz el día 25 de febrero de 2019, con la aquiescencia de todos los grupos parlamentarios y sobre el Fondo de Formación y Empleo (FAFFE), ha puesto sobre la mesa una de las cuestiones más controvertidas sobre este asunto que es la del alcance de la obligación de comparecencia por parte de aquellos que son requeridos por las cámaras.

Desde luego, hay un elemento cronológico al que es necesario hacer mención para contextualizar la suerte de estampida o enmudecimiento sobrevenido que se ha producido con respecto a algunos de los comparecientes requeridos por el Parlamento andaluz, y es el de que, con el acuerdo de los grupos parlamentarios que en la actualidad conforman la coalición de gobierno andaluza, se citara a declarar a antiguos cargos políticos del partido socialista justo la semana en la que se celebraban las elecciones generales al Parlamento español. Una circunstancia que, se entiende, podría empañar la neutralidad institucional del Parlamento con respecto al procedimiento electoral en curso. En cualquier caso, ante esta situación podemos distinguir tres comportamientos diferenciados por parte de los comparecientes requeridos.

En primer lugar, algunos de ellos no han comparecido porque ha resultado imposible notificarles la citación. Se trata, en este caso, de la expresidenta Susana Díaz y del expresidente José Griñán, “ilocalizables” ambos, a los efectos de proceder con la pertinente notificación de su citación parlamentaria.

En segundo lugar, otros citados sí han comparecido si bien negándose a someterse a las preguntas de los distintos portavoces de los grupos parlamentarios. A este respecto, el expresidente Manuel Chaves aprovechó su comparecencia para hacer pública su oposición a la forma en la cual se había procedido por parte de la Comisión subrayando la circunstancia de que “tres expresidentes, dos expresidentes y una expresidenta, y una ministra del Gobierno de España han sido citados 72 y 48 horas antes del día 10, que es el día de la fecha electoral”, algo que en su opinión era “contrario a la neutralidad política del parlamento”. Además de esto, el expresidente Chaves se acogió a su derecho a guardar silencio, rechazando en los siguientes términos su oposición a que se le realizara cualquier pregunta por parte de los portavoces de los grupos parlamentarios:

“tengo el derecho a guardar silencio y tengo también derecho a no declarar. Y tengo también el derecho a que no se me violente en mi derecho a guardar silencio en esta comisión. En consecuencia, si se va a proceder al turno de las preguntas, las preguntas considero que constituyen una violación de mi derecho a guardar silencio”

También se acogió a su derecho a guardar silencio el exconsejero Ramírez Arellano, en su comparecencia del día 8 de noviembre, justificando su opción en unos términos que, dada su brevedad, creo que vale la pena reproducir íntegramente:

“comparezco ante esta comisión de investigación por haber sido consejero de Economía, Hacienda y Administración Pública entre junio de 2018 y enero de 2019, es decir, poco más de seis meses, varios de los cuales, como les consta a sus señorías, han sido en funciones. En ese tiempo no tuve conocimiento sobre la materia que es objeto de esta comisión de investigación, ni me consta que así haya sido entre mis colaboradores más cercanos. Estoy seguro, por otro lado, porque es información material que esta comisión pudiera requerir, que seguro que puede, en fin, que puede producirse, podrá ser atendida por el actual consejero de Hacienda, señor Bravo, al que entiendo que también llamarán a esta comisión. Por lo demás, y dicho eso, me acojo a mi derecho de no responder a las preguntas de sus señorías y doy por cumplida mi obligación de comparecer ante esta comisión”

Esa misma sesión, también abandonó la comparecencia Javier Carnero Sierra, acogiéndose a su derecho a no declarar, tras afirmar que:

“...no existe ni razón jurídica ni razón práctica que justifique de ninguna manera la imperiosa necesidad de celebrar las sesiones precisamente los días que han sido convocadas, del mismo modo que no existe ni fundamento jurídico ni razón práctica para justificar el cambio de orden de las comparecencias, o tampoco existe ni fundamento jurídico ni razón práctica para alterar el orden natural de intervenciones de los grupos parlamentarios.”

Un caso distinto es el de la actual Ministra de Hacienda, María Jesús Montero, quien informó por escrito al Parlamento que no acudiría a la comparecencia requerida, al considerar, como se insistirá al final, que hay precedentes suficientes para negar la obligación de comparecencia de los miembros del ejecutivo estatal en las comisiones de investigación autonómicas.

Como señalábamos al comienzo, esta cuando menos caótica comisión de investigación ha situado en un primer plano la cuestión del alcance de la obligación de comparecer en dichas comisiones. El marco normativo de la cuestión, parte, como es conocido, del artículo 76 de la propia Constitución que establece lo siguiente:

1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.
2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/ 1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras, desarrolló esta obligación en los siguientes términos:

1. Todos los ciudadanos españoles y los extranjeros que residan en España están obligados a comparecer personalmente para informar, a requerimiento de las Comisiones de Investigación nombradas por las Cámaras Legislativas.
2. Las Mesas de las Cámaras velarán por que ante las Comisiones de Investigación queden salvaguardados el respeto a la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales.

Y el Código Penal, en términos expresamente extensivos al ámbito parlamentario autonómico, establece en su artículo 502¹, que serán castigados como reos del delito de desobediencia.

1. Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma...

¹ Reforma introducida por la Ley Orgánica 19/1995 de 23 de noviembre.

La creación de comisiones de investigación está prevista por el Estatuto de Andalucía que en su artículo 106.3, al referirse al “control sobre la acción del Consejo de Gobierno y sobre la acción de la Administración situada bajo su autoridad”, y en donde se establece “se podrán crear, en su caso, comisiones de investigación, o atribuir esta facultad a las comisiones permanentes”.

El Reglamento del Parlamento Andaluz, por lo que aquí interesa, prevé en el número 2 del Artículo 52 que:

“Las Comisiones de Investigación elaborarán un plan de trabajo y podrán nombrar Ponencias en su seno, así como requerir la presencia, por conducto de la Presidencia del Parlamento, de cualquier persona para que sea oída. Los extremos sobre los que deba informar la persona requerida deberán serle comunicados con quince días de antelación, salvo cuando, por concurrir circunstancias de urgente necesidad, se haga con un plazo menor, que en ningún caso será inferior a tres días. En la notificación, dicha persona será informada de sus derechos y obligaciones conforme a lo dispuesto en este Reglamento, y podrá comparecer acompañada de quien designe para asistirle”.

Delimitado el marco normativo, cabe hacer una breve reflexión sobre la necesidad de atender a los matices que diferencian el comportamiento de unos y otros, a la hora de poder circunscribir mejor cuál puede ser el alcance jurídico de las responsabilidades de uno y de otro.

A este respecto, y en relación a quienes se han acogido a su derecho a no declarar, cabe subrayar que dicho derecho, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, es un derecho de naturaleza netamente procesal. En este sentido, es por lo menos dudosa su invocación en un ámbito, como el de las comisiones de investigación parlamentaria, donde no se depuran responsabilidades jurídicas sino puramente políticas. No obstante, no puede descartarse que dicho derecho despliegue sus efectos cuando alguna de las personas cuya comparecencia es requerida sea a su vez objeto de un proceso o investigación judicial, tal y como era el caso de Manuel Chaves. Fuera de estos casos la invocación del artículo 24 creo que resulta desubicada. Cabe plantearse, en cualquier caso si el mero silencio durante las comparecencias es equiparable a la incomparecencia, sancionada por el artículo 502 del Código Penal como un delito de desobediencia específica, y ello en tanto, no son sino quienes han sido requeridos por cualquier cámara los que pueden desobedecer de esta forma típica. Desde luego, no puede ser una mera crónica como la que aquí se lleva a cabo el lugar para dar una respuesta concluyente a esta pregunta, no obstante, parece evidente que de aceptarse de forma normalizada la posibilidad de guardar silencio en este tipo de comisiones cuando se cuestione la pertinencia de su creación o de la propia citación parlamentaria, se estaría devaluando de forma letal la comisión de investi-

gación como instituto de control parlamentario. A este respecto, las causas motivadas de silencio vienen establecidas, como se ha visto, por la propia ley Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, y se concretan en la intimidad y el honor de las personas, el secreto profesional, la cláusula de conciencia y los demás derechos constitucionales. Esta apelación final a “los demás derechos fundamentales” sirve como manto para la propia indemnidad del artículo 24.2, evitando que a través de las mismas se puedan ver afectados los derechos de defensa de quien se encuentre inmerso en algún tipo de proceso, pero no creo que de la misma se pueda deducir una salvaguarda general del derecho a no declarar, o por lo menos, no sin un profundo menoscabo de este instrumento parlamentario de control. No conviene olvidar que es la propia Constitución la que quiere que una de las funciones de las cámaras de representación democrática sea la de poder cotejar en beneficio del interés público aquellos asuntos que estas consideren, instando desde la propia Constitución a la sanción de quien desobedezca el requerimiento de comparecencia de la Cámara.

En cualquier caso, algunos precedentes recientes dejan ver cierta deferencia hacia la licitud del comportamiento de los comparecientes mudos. Así, la fiscalía de Madrid ha rechazado recientemente llevar a cabo acciones legales frente a una compareciente que se negó a declarar ante la Comisión de Investigación sobre partidos políticos constituida en el Senado, al entender que esta conducta está amparada por el artículo 24.2 de la Constitución y por lo tanto no es constitutiva de delito². Del mismo modo, existe un precedente en propio Parlamento andaluz, cuando en la Comisión de Investigación de los ERE, el que fuera delegado de Empleo de la Junta en Sevilla, Antonio Rivas, se negó a responder acogándose igualmente a seste derecho procesal. Una conducta que según el informe los servicios jurídicos de la Cámara no era constitutiva de delito de desobediencia.

Para concluir, ha de hacerse mención a la incomparecencia anunciada por la ministra Montero. Como ha ocurrido en otras experiencias autonómicas, y siempre sobre la base de diversas decisiones del Consejo de Estado³, la incomparecencia de altos cargos del Estado en comisiones de investigación autonómicas se legitima a partir de una interpretación de estas comisiones de investigación como instrumentos de control circunscritos de forma estricta al gobierno y a la administración autonómica. Una interpretación que confirma, por un lado, la dificultad con la que la lógica que se deduce del artículo 76 de la Constitución se traslada al ámbito parlamentario autonómico, y, al mismo tiempo, la devaluación general de este instituto dentro del sistema político español.

² No se ha podido tener acceso al documento de la fiscalía, parece que sí pudo eldiario.es

¹ https://www.eldiario.es/politica/fiscal-negarse-declarar-comision-investigacion_0_865464139.html

³ DCE 406/2013; DCE 406/2017.

CRÓNICAS Y DOCUMENTOS



“Novedades y características del recurso especial en materia de contratación pública”¹

José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho

Funcionario con Habilitación Nacional

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y MARCO LEGAL DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. Regulación comunitaria. III. NOVEDADES DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE EL RECURSO ESPECIAL. IV. NOTAS PROPIAS Y PECULIARIDADES DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. 1. Rasgos esenciales. A) Potestativo-Preceptivo. B) Eficaz. C) Rápido. D) Especial. E) Excluyente y alternativo: La calificación del recurso. F) Paralizante del procedimiento. G) Supervisor-Revisor. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea garantiza desde sus tratados fundacionales² una serie de derechos a ciudadanos y empresas buscando un desarrollo del Estado de Derecho asentados sobre los pilares básicos que representan los principios generales. Entre ellos destacan en el sector de la contratación pública la libertad de competencia³ y la no discriminación que permiten participar y acceder a cualquier proveedor y prestador de servicios de un Estado miembro, a esa competencia a escala europea y

¹ Este trabajo forma parte de la tesis doctoral con el título “EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN AL LICITADOR Y MECANISMO DE VIGILANCIA A LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA” defendida en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca de la Universidad de Castilla-La Mancha, el 12 de junio de 2019.

² ARIÑO ORTÍZ, G., y DE LA CUÉTARA, J.M., “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, Enero-abril, (2000), p.19.

³ LINDE PANIAGUA, E., “El sistema competencial de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea, (UNED)*, núm. 9-2º semestre, (2005), p.94 y DE LA CUADRA-SALCEDO, T., “Constitución y modelo económico liberalizador”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, Enero-abril, (2000), p.42.

Recibido: 02/09/2019

Aceptado: 08/11/2019

disfrutar de igualdad de oportunidades para presentar una oferta y ser adjudicatario de contratos públicos. Este sector de la contratación pública está fuertemente marcado por la regulación comunitaria que advirtió MORENO MOLINA⁴ es “uno de los ámbitos en los que el desarrollo del Derecho comunitario ha llegado más lejos, al considerarse por las instituciones europeas como un sector clave para la plena consecución del mercado interior entre los países miembros, que tiene además un gran significado económico y social”.

En el presente trabajo se analizará esta normativa europea en forma de Directivas y su trasposición en España mediante la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, junto a su interpretación y aplicación tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁵ por el decisivo papel que su jurisprudencia ha tenido en el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública que “aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero “*corpus iuris*” sobre contratos públicos”⁶ como de los Tribunal administrativos de contratos públicos.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y MARCO LEGAL DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Regulación comunitaria

Para la regulación comunitaria del recurso especial hay que tener presente dos Directivas (Directivas “vías de recurso”): la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso para la adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras (Diario Oficial [1989] L 395/33) y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades adjudicadoras que operen en

⁴ MORENO MOLINA, J.A., “La decisiva influencia del Derecho comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público” en COLÁS TENAS, J., y MEDINA GUERRERO, M., (coord.), “*Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*”, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institución “Fernando el Católico”, 2009, p.13 y 16.

⁵ MARTÍN REBOLLO, L., “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Mayo-agosto, (2016), pp. 173-192.

⁶ GALLEGO ANABITARTE, A., “La influencia extranjera en el Derecho Administrativo desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, (1999).

los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (Diario Oficial [1992] L 76/14).

La Directiva 89/665, se justificó por la necesidad de velar en el ámbito comunitario de los contratos públicos, por el respeto a los principios de la libre competencia y libertad de empresas y de circulación, presentando la necesidad de un instrumento jurídico fundamental, como fue el recurso especial que fuera rápido y eficaz, a interponer en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos, remediando la ausencia de mecanismos eficaces propios en algunos Estados miembros, que generaba una corriente de abandono y desánimo de empresas comunitarias a optar a contratos públicos. Siendo necesario que se dispusiera de un sistema recursos ad hoc en la contratación pública (STJUE de 28 de octubre de 1999 (Alcatel), es un sistema que tiene que ser eficaz como bien recordó la Sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03) pues era fin de las Directivas 89/665 y 92/13, “proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse”.

A partir de las SSTJUE de 15 de mayo de 2003, en lo relativo a la necesaria extensión de la aplicación de la normativa de contratos, en ciertos casos, a las entidades de derecho privado y la insuficiencia del sistema de tutela cautelar contencioso-administrativa y de 3 de abril de 2008 (Asunto C-444/86), al entender que el TRLC de 2000 contradecía la D. 89/665 «al no prever un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notifique la decisión de adjudicación a todos los licitadores», estas Directivas a su vez sufrieron la modificación instada por la Directiva 2007/66/CE debido a que “los mecanismos contemplados en la Directiva 89/665/CEE, y también la 92/13/CEE, no siempre permiten velar por el cumplimiento de las disposiciones comunitarias, en particular en una etapa en la que aún podrían corregirse las infracciones. Así pues, para la Comisión, el problema central es la ausencia de un plazo entre la decisión de adjudicación de un contrato y su celebración, plazo dentro del cual podría interponerse un recurso eficaz, cuya resolución tendría lugar antes de que se produjera la perfección del contrato impugnado”⁷. Se trataba de una Directiva 2007/66/CE que obligaba a que “los ciudadanos dispongan de medios de recurso eficaces y rápidos contra decisiones adoptadas por poderes adjudicadores y entidades contratantes” así como la accesibilidad del recurso “como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado con-

⁷ NOGUERA DE LA MUELA, B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de contratos del sector Público , a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 10, (2008), p.298 y 300.

trato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. Y la novedad fundamental de la Directiva de 2007 radica en que estos procedimientos de recurso en materia de contratos públicos deben ser resueltos por un órgano distinto y además independiente, que puede ser jurisdiccional o no⁸, así como importantes “novedades respecto de la llamada «ineficacia», el plazo suspensión, la suspensión automática cuando la decisión recurrida sea la de adjudicación y los plazos de recurso⁹”. Mecanismo pues para el que se regularon las condiciones de legitimación para interponerlo y la existencia de un órgano para su resolución que provocó un debate jurídico para dilucidar su naturaleza jurídica: administrativo o jurisdiccional¹⁰.

La Directiva 89/665 fue objeto de distintos pronunciamientos del Tribunal de la Unión Europea que nos ayudan a interpretarla para su mejor aplicación por sus destinatarios, los Estados miembros. En base a ello y con mención en el pronunciamiento de la STJUE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GmbH), cuando una norma comunitaria establece previsiones incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665. Doctrina jurisprudencial a seguir una vez advertidos de la importancia de conocerla por GIMENO FELIÚ¹¹ por ser “auténtica fuente del derecho y dinamizadora en la plasmación efectiva de los principios referidos en esta materia. Por ello, su análisis detallado es necesario para poder alcanzar conclusiones que, en modo alguno, pueden conducirnos a interpretaciones contrarias a dicha doctrina”.

Directiva que hubo de incorporarse por los Estados miembros y adaptarla al ordenamiento jurídico interno, según la STJUE de 28 octubre de 1999, Alcatel. C-81/98 (apartado 33) y de 11 de agosto de 1995, Comisión/Alemania, C- 433/93 (apartado 23) para garantizar su aplicación efectiva en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, poder disponer de un instrumento como es el recurso especial para aplicarse en la fase en la que las infracciones de dichas disposi-

⁸ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., “ Contratos públicos y recursos”, www.obcp.es, de 16/01/2012

⁹ RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., “Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-I, Enero-Abril, (2018), p.197.

¹⁰ MORENO MOLINA, J.A. “La reciente jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, Enero-abril, (2000), p. 328-329.

¹¹ GIMENO FELIÚ, J.M., “Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 10, (2008), p.18.

ciones aún pueden corregirse. De esta manera que sea un medio eficaz, que no se cumplirían si se supeditara el acceso a los procedimientos de recurso al sometimiento previo del asunto a una comisión de conciliación (STJUE de 19 de junio de 2003, Fritsch. C-410/01, apartado 31).

Es objetivo de la Directiva 89/665 únicamente coordinar los mecanismos existentes en los Estados miembros para que el respeto del Derecho comunitario en materia de contratos públicos sea efectivo, de manera que no contiene ninguna disposición relativa al momento decisivo para apreciar la legalidad del acuerdo por el que se cancela una licitación al ser función que desempeña el ordenamiento nacional, siempre y cuando las normas nacionales aplicables no sean menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil, el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) ((STJUE de 18 de junio de 2002, Hospital Ingenieure. C-92/00. apartado 66); también SSTJUE de 20 de septiembre de 2001, Banks, C-390/98, apartado 121 y Courage y Crehan, C-453/99, apartado 29, de 6 de mayo de 2010, Club Hotel Loutraki y otros, C145/08 y C149/08, apartado 74 citada por la STJUE 12 de marzo de 2015, asunto C538/13, apartado 39).

Pues bien tras el breve análisis y recorrido por las Directivas europeas de contratación que inciden en el recurso especial en materia de contratación, las actuales regulaciones comunitarias en la materia son la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que no tiene precedente en la regulación comunitaria; la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública y la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

Este conjunto normativo es fundamental para entender la actual regulación española representada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero

de 2014 (LCSP2017). Directivas en fin que tenían que ser traspuestas en nuestro ordenamiento jurídico por obligación imperativa del artículo 288.3 TFUE y que se impuso a todas las autoridades, incluidas las judiciales¹². Para ello se asumió, con reticencias, en España la obligación de la trasposición resultando sin embargo como aclaró MORENO MOLINA¹³ que “más allá de esta obligación de transposición, se trata de una excelente oportunidad para llevar a cabo una reforma sustancial de nuestro sistema de contratación pública y aprobar una nueva regulación que de forma decidida simplifique e impulse el cumplimiento de los principios esenciales de la contratación pública y permita una uniformidad jurídica en todos los contratos del sector público español”. Destacándose novedades respetuosas con estos principios como medidas para lograr la transparencia y control de la corrupción en la contratación, ser más garantista y con sustanciales reformas para la perfección del sistema de contratos públicos, sobre el control de la contratación pública mediante el recurso especial.¹⁴

Estas Directivas de “cuarta generación”¹⁵ han ido aportando resultados muy favorables como la seguridad jurídica en la interpretación y aplicación por los operadores jurídicos, una regulación que busca el respeto en la preparación y adjudicación de los contratos públicos, así como garantía de mayor la publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación (STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2015 y Dictamen n° 283/2010, de 6 de mayo del Consejo Consultivo de Canarias).

III. NOVEDADES DE LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE EL RECURSO ESPECIAL

Traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico las nuevas Directivas 2014/23, 2014/24 y 2014/25¹⁶ y advertidas carencias para conseguir los objetivos marcados

¹² MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford, (2015), p.104-105.

¹³ MORENO MOLINA, J.A., “Las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español”, *Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (GABILEX)*, núm. extraordinario, Mayo, (2015), p. 230-231.

¹⁴ FARNÁNDEZ MALLOL, A.L., “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”, *núm. 2*, Julio-diciembre, (2014), p.2.

¹⁵ PFLUEGER TEJERO, E., “Aspectos más destacados de las nuevas Directivas sobre adjudicación de contratos de concesión y sobre contratación pública, Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 21, Enero-junio, (2014), p.131 a 148.

¹⁶ GIMENO FELIÚ, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública”, *Revista*

en la Estrategia Europa 2020 tras la tramitación del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público¹⁷, merece nuestra atención la actual regulación del recurso especial con objetivos como modernizar la contratación pública, su seguridad jurídica y agilidad, incrementar la eficiencia del gasto público, facilitar la participación de las PYMES, lograr objetivos sociales e implementar políticas públicas¹⁸.

Ya el proyecto desde la dimensión de la lucha contra la corrupción¹⁹, fue criticado por GIMENO FELIÚ²⁰, pues no mostraba mecanismos para un mejor control, abría “puertas” al fantasma de la corrupción alejada de la buena administración y específicamente “pese a la exitosa experiencia del recurso especial que ha permitido actuar preventivamente y ha avanzado en seguridad y predictibilidad jurídica, se limita su aplicación “en exclusiva” a contratos de importe armonizado (y ello pese a que el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2015 permitía y aconsejaba rebajar los umbrales del recurso especial). Proyecto que tras su publicación, se observa sin embargo, respecto a la regulación del recurso especial que prevé un mayor control pues se ampliaba la legitimación y el objeto del recurso especial (que incluye ahora a los 'rescates' de concesiones)” para convertirse en mecanismo de control que permite “reparar y corregir” de forma eficaz actuaciones contrarias a las normas de contratación.

Resulta novedoso en la nueva regulación la posibilidad, en contratos de prestaciones directas a ciudadanos en el ámbito sanitario o social²¹, adoptar medidas de licitación más «específicas» en forma de cláusulas sociales como criterios de adjudicación de los contratos “amparadas tanto en la normativa nacional como en la europea, hablándose en este contexto precisamente de “contratación pública socialmente responsable” (Resolución nº 101/2016, de 25 de agosto del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias (TACPCan). Advertir además el reconocimiento

Española de Derecho Administrativo, núm.147, (2010), p. 517 y ss.

¹⁷ El anteproyecto fue aprobado en Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015 y el proyecto de ley remitido a las Cortes el 25 de noviembre de 2016.

¹⁸ BERNAL BLAY, M.A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 10, (2008), p. 211-252.

¹⁹ VILLAREJO GALENDE, H., y CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, Septiembre, (2018), p.58-62.

²⁰ GIMENO FELIÚ, J.M., “La “debilidad” del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en su actual tramitación parlamentaria desde la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas”, <http://www.obcp>, de 17 de julio de 2017.

²¹ MORCILLO MORENO, J., “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, (2016), p.180-209.

de la inclusión de estos criterios de adjudicación de índole social tanto en Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, nº 16/2015, de 4 de noviembre y nº 1/2015, de 17 de marzo, como en las Resoluciones nº 16/2016, de 3 de febrero y nº 17/2017, de 18 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid (TACPCM), con la finalidad de lograr “objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, inserción de personas discapacitadas, etc.”.

Criterios sociales en la nueva contratación (artículo 1.3 y 145.2 LCSP2017) que, siguiendo las disposiciones de la normativa de la Unión Europea, han encontrado respuesta normativa. Es el caso del Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Gobierno andaluz por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía; en Aragón, la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario o en Extremadura en la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable de Extremadura en vigor desde el 1 de Enero de 2019.

Nueva regulación justificada por estar en tiempos de cambios que obliga como bien formulara GIMENO FELIÚ²² “a reformas en profundidad de la normas administrativas y en concreto las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad”. Por tanto siendo la contratación pública uno de los instrumentos claves para lograr los objetivos de crecimiento inteligente, sostenible e integrador y básico de la racionalidad económica de los fondos públicos (Estrategia Europa 2020²³) y no pudiendo restringirse la libertad de competencia²⁴ (artículos 1.1 y 132 LCSP2017), se configuran en ele-

²² GIMENO FELIÚ, J.M., “Reflexiones y Propuestas en torno a la nueva normativa Comunitaria sobre contratación pública”, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 44, (2015), p.51.

²³ GIMENO FELIÚ, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, núm. 30, (2016).

²⁴ LOZANO CUTANDA, B., y SORIANO GARCÍA, J.E., “Guía de la Comisión Nacional de la Competencia sobre contratación pública y competencia”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm.108, (2011), p. 48 y VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P., “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española”, <http://www.obcp>, de 11 de marzo de 2013.

mentos claves los pliegos de cláusulas administrativas para perfilar adecuadamente el régimen jurídico respecto de cada contrato (Recomendación nº 2/2013, de 25 de noviembre, de la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón) y entre los que la consideración de aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato no hace sino seguir la línea comunitaria para convertir la contratación pública en lo que GIMENO FELIÚ²⁵ denomina una “perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas. Renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública”.

Novedades de la LCSP2017 que refuerza e incluye de forma notable como ad- virtiera MORENO MOLINA²⁶ “consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo“, asumiendo aportaciones de informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado o de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y sugerencias de la doctrina²⁷ para extender el recurso especial a todos los contratos y a la fase de ejecución, incluso en algunos ámbitos se insta a universalizar la legitimación con una acción pública.

Analizando la nueva normativa destacar como primeros cambios, que aunque se mantiene el régimen de invalidez de los contratos, mientras en el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público 3/2011 (TRLCSPP) se regulaba de manera separada el recurso especial y las causas de nulidad contractual (artículo 37), éstas pasan a estar incluidas en la figura del recurso especial, pudiendo hacerse valer mediante el propio recurso especial; se opta por una legitimación amplia (artículo 48.2 LCSP2017) al extenderla expresamente a “*organizaciones sindicales y organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados*”; desaparece el arbitraje en esta sede contractual; se cambia la horquilla de cuantía de las multas que pasan de 1.000 y 15.000 euros a 1.000 y 30.000 euros por temeridad o mala fe, determinándose su cuantía también según el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, añadiéndose ahora, apreciar en este *cálculo, el beneficio obtenido y que el importe de la multa impuesta se ingresará en todo caso en el Tesoro Público* (artículo 58.2 LCSP2017); se elimina por su inutilidad, el anuncio previo de quien

²⁵ GIMENO FELIÚ, J.M., (Dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018 y GAMERO CASADO, E. y GALLEGO CÓRCOLES, I., (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público. 3 Vols.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

²⁶ MORENO MOLINA, J.A., “*Novedades en relación con los principios generales de la contratación pública*”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid) núm. 23, diciembre, (2017), p.2805.

²⁷ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “*Propuestas básicas para la mejora del texto en tramitación para mejora en integridad y eficiencia social. ¿Es conveniente que la nueva Ley de Contratos del Sector Público entre en vigor en 2017?*”, <http://www.obcp.es>, de 1 de febrero de 2017.

se propusiese interponer el recurso y se pasa a un sistema electrónico para las comunicaciones y el intercambio de documentación (artículo 54 LCSP2017); se varían ciertos plazos de impugnación de los pliegos (artículo 50 LCSP2017). Novedades que también se han producido en los aspectos orgánicos y del objeto de recurso: así pueden los Ayuntamientos de los municipios de gran población y las Diputaciones Provinciales crear un órgano especializado y funcionalmente independiente que ostentará la competencia para resolver los recursos (artículo 46.4 LCSP2017). Se trata de una previsión que considero errónea por sus posibles consecuencias como generarse asimetrías, no se logrará una unificación en la práctica por los tribunales, dificultará consolidar prácticas objetivas e imparciales que exige la seguridad jurídica afectándose la imparcialidad, resultando además que en función de los datos de volumen de recursos interpuestos y la reducción de la litigiosidad contencioso-administrativa, no parece necesario tal potestad creadora en estas Administraciones locales. Esta opción de tribunales de contratos para los municipios de gran población y Diputaciones provinciales es trascendental. Al respecto es destacable la aportación de MORA RUIZ²⁸ que analizando medios de control a las Entidades locales se plantea dudas sobre la cuestión competencial en la materia de las CCAAs para crear su Tribunal Administrativo de contratos. Poniendo la profesora de manifiesto que quedará debilitada tanto esta competencia autonómica, por brindarse la posibilidad al ente local de crear su tribunal, como la necesaria independencia de este órgano local por su nivel de cercanía, que hacer dudar la efectividad de su autonomía funcional, mostrando opción por los tribunales administrativos de recursos autonómicos o por crearse, acertadamente, en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) una sección especial para la resolución del recurso especial contra las actuaciones de órganos de contratación locales.

Por su ámbito objetivo se extiende el recurso especial para extenderse “a los contratos no sujetos a regulación armonizada, en todo caso y como mínimo cuando aquellos se celebren por poderes adjudicadores”, muestras de los intentos por ser medio efectivo de control de la legalidad en la contratación pública (Consejo de Estado (Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016). También se amplía pues habilita recurrir las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación, la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales y los acuerdos de rescate de concesiones, abandonando

²⁸ MORA RUIZ, M., “*El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*”, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

así su carácter de recurso precontractual²⁹ (artículo 44.2, d/, e/ y f/ LCSP2017). Y además se acaba³⁰ con la dualidad jurisdiccional y se recupera la teoría de los actos separables, a resultas de esto, las cuestiones de preparación y adjudicación, al margen del importe y la naturaleza del poder adjudicador, se residen en el orden contencioso-administrativo.

En este mismo sentido resultaba muy conveniente la mejora en la regulación del recurso especial como mecanismo de control previo rápido e independiente, en aras de una mayor garantía del principio de buena administración, la preservación de la transparencia en la contratación pública y evitación de casos de corrupción. En este sentido iba dirigida la propuesta que desde el Observatorio de Contratación Pública de 30 de enero de 2017³¹ se lanzó como “principios exigibles en cualquier tipo de contrato público, al margen de su importe sin que resulte admisible una interpretación “relajada” por tal circunstancia. Habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración (Informe de la Comisión europea sobre la eficacia de las Directivas sobre procedimientos de recursos contractuales (COM/2017/028 final)”, instando, como ya señalé, a que se incorporase en este mecanismo de control y garantía que es el recurso especial, la figura de la acción pública, así como, haciéndose eco de la Declaración de Cracovia (que contenía las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior de 2011) y la Recomendación de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2017, para impulsar la necesaria profesionalidad en el sector de la contratación pública mediante una mejor formación en la línea señalada por el Dictamen del Consejo de Estado (n° 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016) que consideró que “la contratación pública es uno de los sectores de la economía en el que se reflejan con mayor intensidad las prácticas antiéticas y por el Parlamento Europeo, en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, indicó que “el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea”.

²⁹ GIMENO FELIÚ, J.M., “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. “*La contratación pública: problemas actuales*”, Consejo Consultivo de Madrid, (2013), 99. p.83-140.

³⁰ MORENO MOLINA, J.A., “*El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación*”, <http://www.obcp.es>, de 20 de abril de 2015.

³¹ “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)”, <http://www.obcp.es> de 6 de febrero de 2017.

Otras novedades de la LCSP2017 que directa o indirectamente aparecen vinculadas al recurso especial que pueden citarse son: se profesionaliza la composición de la Mesa de Contratación local, prohibiéndose que en su formación aparezcan cargos públicos representativos (artículo 326), salvo en el ámbito local donde se limitan los cargos electos y sin que en ningún caso pueda suponer más de un tercio del total (Disposición adicional segunda, apartado 7); con objeto de facilitar el acceso a la contratación pública a las pymes, se prevén medidas como que los contratos menores (artículo 118) sean más transparentes y se modifica a la bajan sus cuantías: contrato de obras de cuantía inferior a 40.000 euros y 15.000 euros para los contratos de suministro o de servicios y se prevé como regla general la división en lotes de los contratos que sean susceptibles de fraccionamiento (artículo 99); en la adjudicación se sigue el criterio de mejor relación calidad-precio, sustituyendo el de adjudicación de la oferta económica más ventajosa (artículo 145); se podrá pagar directamente por la Administración a los subcontratistas (artículo 215); por lo que hace a la potestad de modificación, se pretende una mayor firmeza para evitar se generen sobrecostes y evadir controles y procedimientos de Derecho público, de manera que, si se prevé en los pliegos, la modificación se puede realizar hasta un máximo del 20 por ciento del precio inicial y de no estar previstas, se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 203 y su cuantía no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, resultando obligatorias para los contratistas (artículos 203-207); desaparece la figura del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y el contrato de gestión de servicio público pasa a denominarse contrato de concesión de servicios (artículo 15); para la adjudicación, se regula un procedimiento abierto simplificado y uno super simplificado y se elimina el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía (artículo 159).

IV. NOTAS PROPIAS Y PECULIARIDADES DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. Rasgos esenciales

A. Potestativo

El recurso especial es potestativo a pesar de las “disfunción procesales”³² que este rasgo puede generar sugerido por el Consejo de Estado (Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016). Reconociendo el artículo 44.7 LCSP017 que “*la interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes*”.

³² MARTÍNEZ TRISTÁN, G., “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”, en *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, (2013), p. 45-54.

Potestativo para que la impugnación de un acto en vía administrativa o contenciosa sea alternativa y de esta manera que se deje a la intención o voluntad del afectado. Se ha defendido esta posibilidad porque se asimila en este aspecto al recurso de alzada, pues es una carga y hay que acudir posteriormente a la vía jurisdiccional. Este carácter potestativo considero sin embargo limita su eficacia que se conseguiría de ser obligatorio. Está demostrada que el recurso especial está descongestionando la jurisdicción contencioso-administrativa en materia de contratación pública y por tanto se pierde una posibilidad de lograr mayor seguridad jurídica en este ámbito público pues si ya se dispone de tribunales profesionalizados en este sector y procedimientos específicos para abordar el control que se logra con el recurso, otorgarle carácter preceptivo como requisito imprescindible para acudir al contencioso-administrativo, hubiera concedido mayor referencia y reconocimiento al recurso especial tanto por la Administración como por los empresarios, por los efectos jurídicos en la defensa que esta institución logra.

Siendo potestativo la opción entre un recurso u otro es muy relevante en términos prácticos, porque puede comprometer la viabilidad de la acción impugnatoria. Esto es debido a que el hecho de formular el recurso especial contra una decisión en materia de contratación convierte a ésta en un acto administrativo no impugnabile en vía contenciosa, esto es, impide formular el recurso contencioso contra la misma. Esto cobra mucha importancia en el supuesto que fuera inadmitido, porque en este escenario podrá impugnarse la resolución de inadmisión mediante un recurso contencioso, pero no cabrá interponer este recurso contra la decisión primera³³.

Son señaladas ventajas por importante sector de la doctrina³⁴ para que el recurso especial fuera obligatorio:

a) No merma las garantías de los interesados, al queda expedita la impugnación judicial.

b) Calidad de las resoluciones y acuerdos de los tribunales de recursos por la categoría e imparcialidad de sus miembros.

c) Confianza en el sistema en la rapidez a la hora de resolver y que no supone un farragoso, pesado y costoso procedimiento.

³³ MELÓN PARDO, C., "La opción por el recurso especial en materia de contratación no tiene vuelta atrás en vía contencioso administrativa", <http://www.obcp.es>, de 15 de octubre de 2018.

³⁴ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "El Recurso Especial en materia de Contratos Públicos: En la senda del derecho a una Buena Administración", en LÓPEZ RAMÓN, F., (coord.), *Las Vías Administrativas de Recurso a debate*, XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 2016.

d) De ser potestativo supone que sean los interesados quienes dan cumplimiento a aquellas exigencias de la UE recurriendo el cumplimiento efectivo de la normativa de UE. De acudir al contencioso-administrativo no se aplicará este procedimiento ad hoc para garantizar el efecto útil de las Directivas de recursos. Ha de ser el sistema el que garantice el efecto útil del Derecho europeo y no, en cada caso, la voluntad de los recurrentes.

e) Carácter potestativo que puede hacer “tambalearse la seguridad jurídica por los problemas procesales y procedimentales” que puede hacer resentirse la correcta ejecución del contrato. Diferencias procesales para la interposición de 15 días hábiles del recurso especial y dos meses para el recurso contencioso-administrativo. Y para las medidas cautelares, mientras para el contencioso será previa valoración de todos los intereses que podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y para la suspensión del acto recurrido la interposición del recurso especial cuando el acto que se recurre es el de adjudicación, se produce la suspensión del expediente de contratación. Esta suspensión es automática y tiene lugar “ope legis” hasta tanto el órgano de recursos no se pronuncie expresamente acordando el levantamiento de la suspensión dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, o bien hasta que se dicte resolución que resuelva el recurso especial, y que no se observa tan automáticamente de interponerse un recurso contencioso-administrativo, donde la medida cautelar puede denegarse cuando de su adopción pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, aspecto que habrá de ponderar el juez.

f) De ser potestativo del recurso puede provocar que en relación con un mismo procedimiento contractual se abran distintos mecanismos de impugnación. Siendo posible darse el caso que los que concurran impugnen distintos actos o incluso el mismo acto, utilizando para ello vías diferentes. Dificultades mitigadas si fuera obligatorio, pues aunque se impugnasen distintos actos todos los recursos se conocerían por el mismo órgano.

B. Eficaz

Otra nota a señalar de este recurso especial es su eficacia³⁵ como guía de actuación administrativa. Esta nota de eficacia³⁶ se materializa en medidas la regulación por los Estados de un órgano independiente encargado de su resolución, en el plazo de interposición, en la motivación del escrito de interposición, en la duración de su tramitación respecto a la seguridad jurídica para las partes interesadas, en la existencia de sanciones por no respetar el plazo entre la adjudicación y la formalización o en su efecto suspensivo.

Eficacia o utilidad del recurso que materializa el derecho a la tutela judicial efectiva, que como señalara SANTAMARÍA PASTOR³⁷ “alude a la idoneidad genérica del modelo normativo de procedimiento que se establezca para conseguir, en circunstancias normales, que el recurrente puede impugnar las decisiones que le lesionen y obtener un fruto real de la resolución si fuera estimatoria” y que hace que la eficacia desemboque en un actuar de los poderes públicos conforme a Derecho a favor de los ciudadanos (STS de 11 de junio de 1991). Efectividad de la protección a los licitadores como uno de los objetivos de la regulación comunitaria del recurso especial de las Directivas 89/665 y 92/13, para “garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse” (STJUE de 3 de marzo de 2005, Fabricom (C-21/03 y C-34/03).

C. Rápido

Se alude a la rapidez como característica del recurso especial a la luz de la regulación de los plazos. De esa manera, ésta nota unida a la eficacia, velan por la seguridad jurídica. Rapidez que supone saber la extensión de los plazos y el tiempo previsto para la resolución, y así velarse por los intereses tanto de todos los licitadores como de la propia Administración.

Plazos que demuestran esta característica de rapidez como el previsto en el artículo 49.2 LCSP2017, pues el órgano competente para resolver el recurso, decide motivadamente sobre las medidas provisionales a adoptar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en que se soliciten, así como que el ór-

³⁵ VAQUER CABALLERÍA, M., “El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Septiembre-diciembre, (2011), p.101.

³⁶ GIMENO FELIÚ, J.M., “El sistema de recursos está permitiendo una mejor gestión en la administración”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 130, (2014).

³⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Pamplona, (2015), p.74.

gano decisorio, en el mismo día en que se reciba la petición de la medida provisional, comunicará la misma al órgano de contratación, que dispondrá a su vez de un plazo de dos días hábiles, para presentar las alegaciones sobre la adopción de estas medidas solicitadas o a las propuestas por el propio órgano decisorio.

Rapidez pues del recurso especial como componente enormemente favorable para el uso de esta figura, en contraste con la vía contencioso-administrativa, pues el tiempo medio de resolución es de un mes natural, que contrasta con la larga y costosa duración del proceso en el contencioso-administrativo que está por encima de los 500 días³⁸.

D. Especial

Estamos ante una configuración del recurso especial delimitada por su objeto “doblemente especial por ir referido al ámbito concreto de la contratación pública y por referirse sólo a los actos de licitación y adjudicación”³⁹. La nueva regulación de la LCSP2017 abandona la configuración legal de recurso precontractual⁴⁰ por ampliarse su ámbito objetivo al ser recurribles las actuaciones enumeradas en el artículo 44.2 LCSP2017, que infrinjan la normativa comunitaria de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa (STJUE de 14 de junio de 2003, Asunto C-249/01 y STJCE de 28 de octubre de 1999, asunto C-81/98 y STJCE 23 de enero de 2003, Asunto C-75/01). Por eso que se criticara la previsión del TRLCSP/2011 por COLÁS TENAS⁴¹ que “frente al avance que supone la configuración de este recurso especial, lo cierto es que distorsiona el régimen general de recursos, ya que el mencionado recurso sólo está previsto para determinados actos, dictados por el órgano de contratación en el seno de procedimientos sujetos a regulación armonizada, pero no para esos mismos actos adoptados en contratos no sujetos a regulación armonizada”.

³⁸ VÁLCARCEL FERNÁNDEZ, P. (2016, p.312).

³⁹ ALENZA GARCÍA, J. F., “Las reclamaciones en materia de contratación pública en Navarra”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 288, Septiembre-diciembre, (2010), p. 237.

⁴⁰ GALLEGO CÓRCOLES, I., “El recurso especial en materia de contratación en la doctrina de las Juntas Consultivas”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 108, (2011), p.2 y GIMENO FELIÚ, J.M., “Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público”, ??, <http://www.obcp.es>, 23 de enero de 2017 y “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública”, ??, <http://www.obcp.es>, 23 de octubre de 2017.

⁴¹ COLÁS TENAS, J., “La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas”, *Revista Cuadernos de Derecho Local* núm. 21, Octubre, (2009), p.47 y “El recurso especial en materia de contratación: principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 205, (2017).

Esta era la finalidad de las propuestas del Observatorio de Contratación Pública⁴² para modificar y mejorar al proyecto al advertir que “la no extensión del recurso especial a cualquier contrato con indiferencia de su importe y su limitación a los contratos de importe armonizado con carácter exclusivo, impide corregir las debilidades detectadas de nuestro modelo de contratación pública”, “habilitar un escenario de no control eficaz en vía administrativa para los contratos no armonizados es un error desde la perspectiva del derecho a una buena administración. Y justificar la no extensión desde motivos presupuestarios es un error pues un buen y efectivo control es una inversión (y no un gasto). Esta propuesta encuentra su aval, por lo demás, en el reciente Informe de la Comisión europea sobre la eficacia de las Directivas sobre procedimientos de recursos contractuales (COM/2017/028 final)”. A resulta de estas previsiones para ser efectivo y eficiente nuestro ordenamiento precisa “mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos”.

Este cambio y extensión del ámbito del objeto del recurso especial se observa al habilitarse también su interposición contra las actuaciones referidas en las letras d/, e/ y f/ del artículo 44.2 LCSP2017:” d) *Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.* e) *La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.* f) *Los acuerdos de rescate de concesiones*”. Ámbito, empero, que no cumple todas las exigencias de la Directiva 89/665 para extender el objeto de recurso a aspectos como la subcontratación o la resolución del contrato o concesión.

Y finalmente especial es el recurso, por el órgano encargado de su resolución. Órgano con caracteres propios, que ha generado debate doctrinal⁴³ sobre su naturaleza jurídica, siendo las posturas divergentes en clasificarlo como *órgano de naturaleza administrativa*, “cuasi-jurisdiccionales” o jurisprudencial. Analizando la STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, que traía causa en una cuestión prejudicial plantada por el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, ya apuntó VALCARCEL FERNÁNDEZ la naturaleza administrativa es-

⁴² Observatorio de Contratación Pública: “Propuesta de modificaciones y mejora al Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por el que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados 2 de diciembre de 2016)”, Proyectos de investigación concedidos por Ministerio de Economía y Competitividad, de 30 de enero de 2017.

⁴³ VALCARCEL FERNÁNDEZ, P. (2016, pp.22 a 27).

pecial de estos órganos “que los acerca a las características propias de los órganos jurisdiccionales stricto sensu”. Cuestiones prejudiciales previstas en los artículos 19.3 b) del TUE y 267 del TFUE que refieren que estas cuestiones deben plantearse por un “órgano jurisdiccional. Pues bien, vista la cuestión prejudicial planteada “para el Derecho europeo estos órganos y tribunales son *órganos jurisdiccionales. Aunque para nuestro Derecho interno no forman parte, obviamente, del Poder Judicial, la similitud de las funciones que desempeñan estos órganos con las atribuidas a los jueces y tribunales, hace necesario remarcar el status particular que tienen en comparación con la generalidad de los órganos administrativos*”. Órgano además caracterizado por ser su composición eminentemente *técnica, meritoria y especializada para lograr otra de sus notas características, la independencia funcional y con ella, la objetividad de sus decisiones y la igualdad de trato de los licitadores.*

E. Excluyente y alternativo: La calificación del recurso

El recurso especial es excluyente en los términos de los artículos 44.5 del LCSP2017 que establece: “*Contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios*” y 44.6: “*Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*”.

Exclusividad que podemos enmarcar en varias direcciones: una dirigida a los recursos administrativos ordinarios; otra hacia el recurso contencioso-administrativo y su consecuencia inmediata, la reducción de la litigiosidad en la vía jurisdiccional y una tercera sobre la vía administrativa. Es postura del TACRC analizando si procedía el recurso extraordinario de revisión contra las resoluciones de este Tribunal, que sólo cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo. Se debe entender por tanto que el recurso extraordinario de revisión entra dentro de la exclusión general de todos los recursos (Resoluciones nº 47/2016, de 22 de enero, nº 200/2016, de 11 de marzo, nº 319/2017, de 31 de marzo y nº 82/2017, de 27 de enero) resultando excluida pues la posibilidad de interposición de cualquier otro recurso administrativo del tipo que sea y, entre ellos, del extraordinario de revisión, para concluir que “si este recurso no se regula en la Ley de Contratos, se debe precisamente a que se excluye tajantemente su aplicación”.

Respecto a la exclusividad el recurso especial es clave para reducir la litigiosidad contencioso-administrativa. Con esta realidad además de respetarse de manera inmediata derechos constitucionales como la tutela judicial efectiva por la rapidez en la justicia impartida, se afirma el verdadero y eficaz control en sede de contratos

públicos. Así que el recurso especial aparezca como alternativo al recurso contencioso, supone de manera inmediata, tener muy presente la opción a emplear pues quedará comprometida la viabilidad de la acción impugnatoria (SSTSJ de Madrid de 5 de marzo de 2015 (confirmada por la STS de 13 de febrero de 2017) y de Canarias de 16 de abril de 2018)⁴⁴.

Y finalmente otro efecto de la exclusividad del recurso especial es en relación con la vía administrativa, lo que no impedirá la impugnación prevista en el artículo 59 LCSP2017 en vía contencioso-administrativa. Si bien conviene acreditar su carácter excluyente al estipularse que *“no procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. Tampoco estarán sujetos a fiscalización por los órganos de control interno de las Administraciones a que cada uno de ellos se encuentre adscrito”* (artículo 59.3 LCSP2017). Y como consecuencia de ello según el artículo 60.1 LCSP2017 *“cuando contra una resolución del órgano competente para la resolución del recurso se interponga recurso contencioso administrativo, aquel, una vez recibida la diligencia del Tribunal jurisdiccional reclamando el expediente administrativo, procederá a emplazar para su comparecencia ante la Sala correspondiente al órgano de contratación autor del acto que hubiera sido objeto del recurso y a los restantes comparecidos en el procedimiento”*.

La exclusividad se observa y produce una vez dado a conocer el recurso especial de que se trate. Sin embargo, puede que en su calificación se hubiera producido algún error. Contemplada esta eventualidad en la calificación por el interesado, se permite al órgano competente para la resolución del recurso *“rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos, incluida la resolución del recurso”* (artículo 59.3 LCSP2017), (abordado de manera particular en el artículo 314 LCSP2017 en materia de subsanación de errores y corrección de deficiencias para el contrato de servicios que consista en la elaboración íntegra de un proyecto de obra) y con repercusiones en la tramitación o no del procedimiento encauzado mediante el recurso especial, por lo que de calificarse un recurso especial como recurso administrativo ordinario, que en caso de acreditarse su error deberá ser admitido. De esta manera que el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, establezca que *“el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”* (también previsto en el artículo 32 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre).

Realidad que la doctrina del TACRC advirtió en sus Resoluciones n^o 331/2017, de 6 de abril y n^o 281/2015, de 30 de marzo, en la que examinando la legalidad de una modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares una vez había ya finalizado el plazo originalmente señalado para la presentación de ofertas, y habiéndose presentado proposiciones a la licitación, aclaró que la rectificación de

⁴⁴ MELÓN PARDO, C. (2018).

errores materiales, aritméticos o de hecho debe seguir un criterio restrictivo y limitada a “aquellos casos cuya corrección no implica un juicio valorativo” o bien “meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas”, de lo que colegir que la rectificación de errores no es el medio idóneo, apto y natural para eliminar un supuesto problema interpretativo de los pliegos. Criterio seguidos en los Acuerdos nº1/2011 y nº75/2014, de 2 de diciembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA) para garantizar los principios de libertad de acceso de los licitadores, no discriminación e igualdad de trato de los candidatos.

Forma de abordar errores en la calificación que fundó la doctrina también del TARCR (Resoluciones nº 892/2014 y nº 463/2014) seguido por Tribunales autonómicos (Resolución nº63/2015, de 24 de febrero del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (TARCAnd); Resolución nº 57/2015, 15 de abril, del TACPCMad ; Acuerdo nº 50/2015, de 20 de abril de 2015, del TACPA o Acuerdo nº 44/2014, de 6 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra (TACPNav), para intentar paliar un excesivo formalismo, que resultaría contrario a los principios de la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, buscándose la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos, y el límite que supone que la modificación de la oferta, en alguno de sus extremos, exceda de lo que en el trámite de aclaración se puede permitir, caso de implicar una ruptura del principio de inmutabilidad de la oferta del licitador y una quiebra del principio de igualdad de trato a los licitadores. Razón por la que se concluyera “no acceder a una subsanación que pretendía o pudiera variar los términos de la oferta presentada, y admitirse de tratarse de la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas cuando no supongan variación de las mismas”.

Error en la calificación del recurso como recurso de reposición que ocurrió en el TARCAnd (Resolución nº84/2013, de 5 de julio) y que advertido, continuó su tramitación remitiéndolo al órgano competente y que la Resolución nº 104/2013, de 14 de marzo, del TARCR) explica el espíritu de esta regulación, pues “se trata, en último término, de una aplicación del principio “pro actione”, que aboga por dar a la pretensión de los interesados la calificación “tendente a favorecer su tramitación y el ejercicio de su acción” (Dictamen del Consejo de Estado de 24 de febrero de 1994).

En definitiva, para admitirse el error material o de hecho *éste* deberá ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo (STS de 19 de abril de 2012) y que según la STC nº 69/2000, de 13 de marzo, se define por ser un “mero desajuste

o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica que no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente”. A fin de cuentas se busca, por citar la feliz expresión de la STS de 4 de diciembre de 1939 que “la impropiedad del léxico no estrangule la acción”.

F. Paralizante del procedimiento

Se regula este efecto con una mayor extensión respecto a la precedente, en el artículo 53 LCSP2017 (y artículo 21 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre) al disponer: “Una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3”. La finalidad que se persigue con el recurso especial en materia de contratación y el sistema especial de medidas cautelares es, en palabras de PULIDO QUECEDO⁴⁵ “garantizar que el control del procedimiento de adjudicación sea rápido y eficaz, de modo que las incidencias que puedan plantearse se tramitan y resuelvan antes de celebrarse el contrato. Esa conveniencia de rapidez y eficacia en la resolución de las incidencias del procedimiento de adjudicación resulta extensible a cualquier tipo de contrato, esté o no sujeto a regulación armonizada”. Así mismo debemos dar cuenta de la decisión del Comité de las Regiones al acoger positivamente la modificación de las Directivas de «Recursos» y albergar la propuesta de un sistema de recurso eficaz y más transparente para mejorar la protección de los proveedores, lo que llevó a que sea de esperar se mejore también la disposición a presentar ofertas⁴⁶.

Recordar sobre el régimen de ejecutividad de las resoluciones en materia de contratación que hayan sido objeto de recurso, el Informe nº 58/11, de 1 de marzo de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Pública (JCCA), que optó por remitirse a lo ya resuelto en sus Informes nº 54/11, de 1 de marzo de 2012 y nº 19/11, de 25 de noviembre y a la Resolución de 24 de febrero de 2011 del TACRC, resolviendo en su consideración jurídica 3 que “la interposición de recurso especial en materia de contratación comporta la suspensión automática de la adjudicación, y una vez resuelto el recurso, la resolución del mismo no será ejecutiva hasta que sea firme por el transcurso del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, o bien, en el caso de interposición de dicho recurso, hasta que el órgano de la

⁴⁵ PULIDO QUECEDO, M., “Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual”, *Documentación Administrativa*, núm. 288, Septiembre-diciembre, (2010), p. 75.

⁴⁶ PÉREZ ROLDÁN, M., “El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, Mayo, (2008).

Jurisdicción decida sobre la suspensión solicitada. La única excepción a esta regla de la suspensión automática del acto recurrido contemplada por el precepto, interpretado a “sensu contrario”, es el supuesto de que la resolución del recurso especial sea totalmente estimatoria del recurso y no hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente. Por lo tanto, y aplicada la citada doctrina a la consulta formulada, al haber sido desestimado de forma íntegra el recurso especial en materia de contratación formulado contra el acto de adjudicación, ello comporta la suspensión automática de ésta hasta que la resolución del recurso sea firme o bien, en el caso de interposición de recurso contencioso-administrativo, hasta que decida sobre la suspensión el órgano de la Jurisdicción”; ”en consecuencia, suspendida la eficacia del acto de adjudicación, y en tanto no transcurra el plazo de dos meses desde la resolución del recurso o bien se pronuncie el órgano jurisdiccional sobre la suspensión, no podrán ejecutarse los actos subsiguientes a la adjudicación, incluida la formalización del contrato, por lo que el contrato objeto de consulta no debería haberse formalizado”.

G. Supervisor-Revisor

Esta característica se hace patente al ejercitarse el análisis y comprobación por el órgano encargado de la resolución de la legalidad de una determinada decisión adoptada por los órganos de contratación susceptible del recurso especial.

Encontramos esta misma nota en los recursos de alzada y potestativo de reposición, no obstante lo cual, en éstos ,caso de ser estimados, el órgano competente (el superior jerárquico en el recurso de alzada o el mismo órgano que dictó el acto recurrido en el recurso potestativo de reposición) puede resolver sobre el fondo y dictar nuevo acto que sustituya al acto objeto del recurso, pues se trata de recursos en los que, nace la obligación para el órgano al que se dirige de dictar resolución expresa⁴⁷.

Este efecto no se produce en el recurso especial pues el órgano competente para resolverlo, el Tribunal administrativo de contratos respectivo, no sustituye al órgano de contratación, sino que se limita a supervisar la adecuación a la ley de los actos y decisiones de este órgano. Y en su caso, este mismo órgano de contratación, será el que dicte nuevo acto, según la resolución adoptada por aquél, acordando la retroacción, caso de la exclusión de un licitador (Resolución nº110/2015), que se redacten nuevos pliegos por ser anulados o se acuerde la ilegalidad de la adjudicación. Por este carácter revisor que no se aceptara una pretendida subsanación pues este procedimiento de recurso especial tiene "naturaleza impugnatoria, y no es su finalidad ofrecer a los licitadores un trámite de subsanación de los defectos u errores de sus proposiciones que han fundamentado que el órgano de contratación tomara una

⁴⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Procedimiento Administrativo*, Cívitas, Madrid, 2002, p.562.

decisión de exclusión cuya legalidad el recurrente ni siquiera discute (Resoluciones nº 236/2011 del TACRC y nº 006/2018, de 15 de enero del Organismo Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC)).

Destacar otra novedad de la nueva regulación, pues según el artículo 57.2 LCSP2017: *”En todo caso, la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”*. Revisión que es compatible con la discrecionalidad técnica de la Administración en la aplicación de los criterios no valorables mediante fórmula y el carácter discrecional de su apreciación, pues el Tribunal administrativo de contratos ha de limitarse a comprobar si se han seguido los trámites procedimentales y de competencia, analizar si se ha incurrido en error material y si se han aplicado formulaciones arbitrarias o discriminatorias (Resoluciones nº 176/2011, de 29 de junio, nº 189/2012 ,nº 159/2012 ,nº 93/2012, nº 573/2014, de 24 de julio y nº 689/2014, del TACRC) quedando delimitada la competencia del Tribunal en ser una función revisora de los actos recurridos y sin que pueda sustituir, como decimos, aquella facultad del órgano de contratación, con competencia para dictar el acto de adjudicación, pues en este supuesto nos encontraríamos ante un caso nulo por incompetencia material (Resolución nº 191/2012, de 12 de septiembre, del TACRC).

“La función del Tribunal sería meramente de control del cumplimiento de los principios y de los trámites legales, no siendo posible la sustitución del juicio técnico del informe ni de la decisión sobre la posibilidad de cumplimiento que como ya se ha dicho corresponde exclusivamente al órgano de contratación. Los elementos de control serían además del cumplimiento de las formalidades jurídicas, que exista motivación y que la misma resulte racional y razonable excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad” (Resolución nº 55/2018, de 14 de febrero, FD5, del TACPCMad). Función revisora, cuya doctrina reiteró el TACRC en sus Resoluciones nº 288/2012, de 5 de diciembre y nº 334/2011, de 27 de diciembre, que resolvió limitar las funciones del Tribunal contractual, al examen de la legalidad del acto recurrido, lo que le impide completar o redactar de nuevo, actos administrativos de trámite o definitivos dictados en el seno del procedimiento. El Tribunal puede, en consecuencia, en el ámbito de sus competencias, “verificar si la tramitación del procedimiento de contratación se ajustó o no a Derecho, pero no puede sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, modificando la redacción de los informes de los órganos técnicos o formulando propuestas de adjudicación, en este caso del órgano de contratación, único al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical”.

Naturaleza revisora que supone en doctrina del TACRC que “siendo su cometido el de revisar los actos recurridos para determinar si se hallan incursos en vicios de legalidad, y de ser así, anularlos y ordenar en su caso la reposición de actuaciones al momento anterior a aquellos, en ningún caso puede sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación” (Resoluciones nº 503/2017, de 8 de junio, nº 161/2017, de 10 de febrero, nº 267/2017, de 10 de marzo, nº 58/2016, nº 367/2016, nº 920/2016, nº 367/2016, de 13 de mayo) y así que “solo en aquellos casos en que la valoración deriva del error, la arbitrariedad o el defecto procedimental cabe entrar, no tanto en su revisión, cuanto en su anulación, seguida de una orden de práctica de una nueva valoración de conformidad con los términos de la resolución que la acuerde” (Resolución nº189/2012).

En definitiva guiándose la actuación administrativa por el principio de eficacia, también en la función revisora del órgano encargado de la resolución del recurso, deberá darse una interpretación y aplicación de los principios generales de forma “restrictiva, no discriminatoria, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo” (SSTJUE de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, de 31 de marzo de 1993, Kraus, C19/92, apartado 32, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C- 243/01, apartados 64 y 65).

Función revisora por tanto conectada con el respeto de la igualdad, no discriminación y la transparencia. Igualdad que como principio de la contratación pública, fue aseverado con rotundidad por MORENO MOLINA⁴⁸ ser “fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos, caracterizados por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias, prevaleciendo hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación”. Y que a efectos del control administrativo y su transparencia⁴⁹ mediante el recurso especial, recordó la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 8 de septiembre de 2005, C-129/04; 11 de enero de 2005, C-26/03 y 12 de febrero de 2004, C-230/2002) supone que las personas afectadas por un contrato público tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les concierne el ordenamiento jurídico comunitario; tutela judicial que engarza con

⁴⁸ MORENO MOLINA, J.A., “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm.45, Enero-junio, (2008), p.47 y 71.

⁴⁹ VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P., “Transparencia y contratación pública”, *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, núm. 6, diciembre, (2013).

la prohibición de discriminación asentada tanto por el Derecho originario como el derivado⁵⁰.

V. CONCLUSIONES

Nuestro Estado de Derecho se fundamenta en el respeto y protección por los poderes públicos de los principios y derechos reconocidos en nuestro texto constitucional. En el sector de la contratación pública se dispone de un instrumento eficaz para salvaguardar estos principios generales y hacer efectivo los derechos de las partes contratantes. Es el recurso especial de origen comunitario previsto en la Directiva 89/665, que vela por la legalidad y la seguridad jurídica en materia de contratación pública (STJUE de 8 de julio de 2015, as C-536/11).

Por lo que hace a la nueva regulación en la nueva LCSP2017 se contemplan los principios generales actuando como “imprescindibles elementos unificadores del derecho público de los contratos”⁵¹. Principios que enmarcan toda la actividad contractual para hacer realidad la eficacia del recurso especial vinculada a la posibilidad de obtener la anulación de la actuación del órgano de contratación que sea contraria a las norma de contratación articulada a través de un específico procedimiento que los Estados miembros están obligados a poner a disposición de los interesados (SSTJUE de 28 de octubre de 1999 (As. C-81/98, Alcatel Austria y otros, apdo. 43), y de 3 de abril de 2008 (As.C-444/06, Comisión /España, apdo. 37).

Recurso especial que siendo rápido y eficaz protege además el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, resultando que la Directiva 89/665 debe interpretarse “necesariamente a la luz de los derechos fundamentales recogidos en esta Carta, en particular, a la tutela judicial efectiva” (SSTJUE de 11 de diciembre de 2014, Ryneš, C-212/13, apartado 29 y de 6 de octubre de 2015, Orizzonte Salute, C- 61/14).

En el trabajo se han analizado las novedades de la nueva regulación de la contratación pública a la luz de la Ley 9/2017 así como las notas propias del recurso especial sin perder de vista los principios generales así como su interpretación y aplicación por la jurisprudencia comunitaria, por haber sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien ha formulado los grandes principios administrativos del Derecho comunitario siendo guía de “la actuación tutelante de los intereses públicos

⁵⁰ REQUENA CASANOVA, M., “La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* núm. 40, Septiembre-diciembre ,(2011), p.768.

⁵¹ MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford, (2015), p.17-27.

en el actuar administrativo”. Así que en esta vinculación disponemos hoy⁵² de un mecanismo fundamental para proteger a los licitadores y controlar a la Administración siempre que se hagan realidad sus notas capitales: eficaz, rápido, especial, excluyente y paralizante del procedimiento, y que los órganos encargados de su resolución, con una función revisora, estén efectivamente compuestos de profesionales especialistas que disponen de independencia funcional para garantizar el derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial⁵³.

Pues bien el recurso especial merece un respaldo y apoyo como instrumento ideado desde las instancias comunitarias. Supone un intento de que los parámetros de control que brinda, no sean solo de legalidad sino también de eficiencia y buena administración aplicados por los Tribunales administrativos de recurso contractuales para que licitadores y Administración, vayan tomando una confianza progresiva en esta institución.

En definitiva si la contratación pública está presidida por el principio de inalterabilidad del fin de interés público, esto obliga a asegurar la eficacia y eficiencia en la gestión contractual y la eliminación de posibles corrupciones, para cuya erradicación existe el recurso especial en materia de contratación pública cuya aplicación conecta el principio de la seguridad jurídica con la transparencia en la actuación pública, clave en la contratación pública como sector en el que la intervención de la Administración se muestra con todos sus privilegios y donde gracias a este recurso se mejora la protección de la legalidad y el respeto de las actuaciones administrativas de manera rápida y eficaz.

⁵² GIMENO FELIÚ, J.M., "El recurso especial en la LCSP: ¿Adecuación a su finalidad?", *Documentación Administrativa*, num.274-275, Enero-agosto, (2006), p.383.

⁵³ HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., "El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión", *Revista de Jurisprudencia*, Lefebvre, ElDerecho, núm. 4, 24 de noviembre de 2011.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTÍZ, G., y DE LA CUÉTARA, J.M., “Algunas ideas básicas sobre regulación de sectores estratégicos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm.9, Enero-abril, (2000).

BERNAL BLAY, M.A., “Hacia una contratación pública socialmente responsable: Las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 10, (2008).

COLÁS TENAS, J.,” La contratación en las entidades locales tras la Ley de contratos del sector público: aspectos prácticos e informes de las juntas consultivas”, *Revista Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21, Octubre, (2009), p.47 y "El recurso especial en materia de contratación: principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista de Estudios Locales*, núm.205, (2017).

DE LA CUADRA-SALCEDO, T., “Constitución y modelo económico liberalizador”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 9, Enero-abril, (2000).

FARNÁNDEZ MALLOL, A.L., “La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma (REALA, Nueva Época)*, núm. 2, Julio, diciembre, (2014).

GALLEGO ANABITARTE, A., “La influencia extranjera en el Derecho Administrativo desde 1950 hasta hoy”, *Revista de Administración Pública*, núm.150, (1999).

GALLEGO CÓRCOLES, I., “El recurso especial en materia de contratación en la doctrina de las Juntas Consultivas”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 108, (2011).

GAMERO CASADO, E. y GALLEGU CÓRCOLES, I., (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público. 3 Vols.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GIMENO FELIÚ, J.M., “Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº Extra 10, 2008.

GIMENO FELIÚ, J.M., "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm.147, (2010).

GIMENO FELIÚ, J.M., "El recurso especial en la LCSP: ¿Adecuación a su finalidad?", *Documentación Administrativa*, núm. 274-275, Enero-agosto, (2006).

GIMENO FELIÚ, J.M., “La "debilidad" del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público en su actual tramitación parlamentaria desde *la perspectiva del control efectivo y de la prevención de la corrupción y de las exigencias europeas*”, <http://www.obcp.es>, de 17 de julio de 2017.

GIMENO FELIÚ, J.M., “Reflexiones y Propuestas en torno a la nueva normativa Comunitaria sobre contratación pública”, *Revista Derecho y Sociedad*, núm. 44, (2015).

GIMENO FELIÚ, J.M., “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), Universidad Complutense de Madrid, núm.30, (2016).

GIMENO FELIÚ, J.M., (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del sector público*, Aranzadi , Cizur Menor (Navarra), 2018.

GIMENO FELIÚ, J.M., “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”, en libro col. *La contratación pública: problemas actuales*, Consejo Consultivo de Madrid, (2013), 99.

GIMENO FELIÚ, J.M., “El sistema de recursos está permitiendo una mejor gestión en la administración”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 130, (2014).

GIMENO FELIÚ, J.M., “Principales novedades del Proyecto Ley Contratos Sector Público”, www.obcp.es, de 23 de enero de 2017 y “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: una ventana de oportunidad para recuperar el liderazgo institucional público con y desde la contratación pública”, <http://www.obcp.es>, de 23 de octubre de 2017.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Manual de Procedimiento Administrativo*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

HERNÁNDEZ DEL CASTILLO, A., “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación”, en GUTIERREZ COLOMINA, V., (dir.), *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre)*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., “El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión”, *Revista de Jurisprudencia*, Lefebvre, ElDerecho, núm. 4, el 24 de noviembre de 2011.

LINDE PANIAGUA, E., “El sistema competencial de la Unión Europea en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 9-2º semestre, (2005).

LOZANO CUTANDA, B., y SORIANO GARCÍA, J.E., “Guía de la Comisión Nacional de la Competencia sobre contratación pública y competencia”, *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm.108, (2011).

MARTÍN REBOLLO, L., “Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del Derecho europeo y su control”, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Mayo-agosto, (2016).

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., “Propuestas básicas para la mejora del texto en tramitación para mejora en integridad y eficiencia social. ¿Es conveniente que la nueva Ley de Contratos del Sector Público entre en vigor en 2017?”, <http://www.obcp.es>, de 1 de febrero de 2017.

MARTÍNEZ TRISTÁN, G., “¿Es el recurso especial la solución o el problema?”, en *La contratación pública: problemas actuales*, Jornada sobre contratación pública, Consejo Consultivo de Madrid, 25 de abril de 2013.

MELÓN PARDO, C., "La opción por el recurso especial en materia de contratación no tiene vuelta atrás en vía contencioso administrativa", <http://www.obcp.es>, de 15 de octubre de 2018.

MORCILLO MORENO, J., “Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 47-48, Zaragoza, 2016.

MORA RUIZ, M., *El control de la contratación pública local: construcción sistemática. Análisis del marco teórico y práctica del sistema de recursos posibles ante la contratación de las entidades locales*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018.

MORENO MOLINA, J.A., “La decisiva influencia del Derecho comunitario en la Ley 30/2007, de contratos del sector público” en COLÁS TENAS, J., y MEDINA GUERRERO, M., (coord.), *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Institución “Fernando el Católico”, 2009.

MORENO MOLINA, J.A. “La reciente jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 151, Enero-abril, (2000).

MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Chartridge Books Oxford, Oxford, 2015.

MORENO MOLINA, J.A., “Las nuevas Directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español”, *Revista del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (GABILEX)*, núm. extraordinario, Mayo, (2015).

MORENO MOLINA, J.A., “Novedades en relación con los principios generales de la contratación pública”, *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid) núm. 23, diciembre (2017).

MORENO MOLINA, J.A., ”Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Navarra*, Enero-junio, núm. 45, (2008).

NOGUERA DE LA MUELA , B., “El recurso especial en materia de contratación y las medidas cautelares en la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de contratos del sector Público , a la vista de la Directiva 2007/66/CE, por la que se modifica la Directiva 89/665/CEE”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 10, (2008), p.298 y 300.

PÉREZ ROLDÁN,M., ”El recurso administrativo especial en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 15, Mayo, (2008).

PULIDO QUECEDO, M., ”Competencias y legitimación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración de los supuestos de nulidad contractual”, *Revista Documentación Administrativa*, núm. 288, Septiembre-diciembre, (2010).

PFLUEGER TEJERO, E., “Aspectos más destacados de las nuevas Directivas sobre adjudicación de contratos de concesión y sobre contratación pública, Directiva 2014/23/UE y Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 21, Enero-junio, (2014).

RAZQUIN LIZARRAGA,M.M., “Los poderes de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 110-I, Enero-Abril, (2018), p.197.

RAZQUIN LIZARRAGA,M.M.,“ Contratos públicos y recursos”, <http://www.obcp.es>, de 16/01/2012.

REQUENA CASANOVA, M., ”La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, Septiembre-diciembre ,(2011).

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Los recursos especiales en materia de contratos del sector público*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p.74.

SÁNCHEZ MORÓN, M., "Nuevas Garantías de Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Mayo-agosto, (2014).

VAQUER CABALLERÍA, M., "El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 186, Septiembre-diciembre, (2011).

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española", <http://www.obcp>, de 11 de marzo de 2013.

VÁLCARCEL FERNÁNDEZ, P., "El Recurso Especial en materia de Contratos Públicos: En la senda del derecho a una Buena Administración", en LÓPEZ RAMÓN, F.,(coord), *Las Vías Administrativas de Recurso a debate*, XI Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Zaragoza, 2016. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, (2016).

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Transparencia y contratación pública", *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, núm. 6, diciembre, (2013).

VILLAREJO GALENDE, H., y CALONGE VELÁZQUEZ, A., "Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público", *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, septiembre, (2018).

Las retribuciones complementarias del personal de las Fuerzas Armadas¹

Supplementary remunerations for Armed Forces personnel

Ana M^a Moreno Márquez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Acreditada como Profesora Titular de Universidad

Departamento de Derecho Social e Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. LA NECESARIA ADAPTACIÓN DEL SISTEMA RETRIBUTIVO DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO COMO PUNTO DE PARTIDA. II. EL COMPLEMENTO DE EMPLEO. 1. La diferencia con respecto al complemento de destino y su fundamento. 2. El empleo ostentado como elemento uniformador en cuanto a la atribución del complemento de empleo y sus posibles excepciones. III. EL COMPLEMENTO ESPECÍFICO. PROYECCIÓN DEL EMPLEO EN SU REGULACIÓN Y EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA. 1. El componente general del complemento específico y su percepción en función del empleo. 2. El componente singular del complemento específico. A. Vinculación al puesto de trabajo. B. ¿Hasta qué punto tiene relevancia el empleo en la práctica? C. El efectivo desempeño del puesto. D. La valoración de los factores que determinan la asignación del componente singular. IV. EL COMPLEMENTO DE DEDICACIÓN ESPECIAL. 1. El especial rendimiento, la actividad extraordinaria o la iniciativa y su determinación en el ámbito militar. 2. El carácter subjetivo del complemento de dedicación especial y su atribución. 3. La incidencia de determinados factores en su percepción y/o su cuantía. V. LA GRATIFI-

¹ Este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto de Investigación “El salario en el contexto de la globalización, las nuevas formas de organización empresarial y la economía digital” (RTI2018-096674-B-C22).

Recibido: 03/10/2019

Acrptado: 08/11/2019

CACIÓN POR SERVICIOS EXTRAORDINARIOS. 1. La necesidad de que los servicios se realicen fuera de la jornada normal de trabajo. 2. Los servicios extraordinarios como actividades no exclusivamente militares. VI. VALORACIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: A pesar de que el sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas es el previsto para los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, con determinadas adaptaciones, lo cierto es que existen claras diferencias en el tratamiento de ambos colectivos en esta materia, en particular, con respecto a los complementos retributivos. En el presente trabajo se analizan de forma detallada estos complementos, en qué términos se han producido esas adaptaciones y, sobre todo, los problemas que se han venido planteando en la práctica, junto a las consecuencias derivadas de los mismos y las posibles soluciones; unos problemas que van más allá de su cuantía, y que, a pesar del interés que han venido suscitando para el colectivo, han sido escasamente estudiados.

PALABRAS CLAVE: adaptación normativa, retribuciones complementarias, Fuerzas Armadas.

ABSTRACT: Although the remuneration system for Armed Forces personnel is intended for civil servants of the General Administration of the State, with certain adaptations, the fact is that there are clear differences in the treatment of both groups on this subject, in particular with regard to supplementary remunerations. This paper analyses in detail these remunerations, in what terms these adaptations have occurred and, above all, the problems that have been raised in practice, together with the consequences arising therefrom and the possible solutions; problems that go beyond their amount, and which, despite the interest they have been arousing for the collective, have been poorly studied.

KEY WORDS: normative adaptation, supplementary remunerations, Armed Forces.

I. LA NECESARIA ADAPTACIÓN DEL SISTEMA RETRIBUTIVO DE LOS FUNCIONARIOS CIVILES DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO COMO PUNTO DE PARTIDA

Si bien es cierto que el art. 25 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (LOFFAA)², señala que el sistema retributivo de este colectivo será el de los funcionarios civiles de la

² BOE de 28 de julio de 2011.

Administración General del Estado, también lo es que establece su adaptación “a las características de las Fuerzas Armadas, a las peculiaridades de la carrera militar y a la singularidad de los cometidos y funciones que tienen asignados”; tal y como ya se contemplaba en el art. 152 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de régimen del personal de las Fuerzas Armadas (LRPFFAA)³. Además, por lo que aquí interesa, con respecto a dicha adaptación, el citado art. 25 de la LOFFAA hace referencia a las retribuciones complementarias para indicar que por medio de las mismas “se atenderán las características del ejercicio de la profesión militar, especialmente la responsabilidad, los diferentes grados de disponibilidad, el horario, la preparación técnica y las singularidades de determinados cometidos”; del mismo modo que ya se establecía en el art. 152 de la LRPFFAA, si bien este último no mencionaba aspectos como la disponibilidad y el horario, aunque, como se verá, se han venido considerando a la hora de proceder a la referida adaptación. En este sentido, hay que tener en cuenta que el personal de las Fuerzas Armadas tiene encomendada la Defensa nacional, función que se contempla en el art. 8 de la Constitución Española (CE) como el deber de “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional” y que, precisamente, es “la razón de ser de los Ejércitos”⁴, es decir, se trata de una función estatal que se materializa a través de las citadas Fuerzas Armadas. Una función, por tanto, que, a su vez, precisa “una específica forma de organización y un régimen jurídico singular”⁵, esto es, una organización fuertemente jerarquizada, en la que predomina la disciplina y la unidad (arts. 7 a 10 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en adelante, RDRROO)⁶, dirigida al cumplimiento de la misma, y un régimen jurídico específico en el que se contemplan adaptaciones y limitaciones de derechos que obedecen a la necesidad de preservar dicha función (art. 12 del RDRROO).

De ahí que tanto en el art. 152 de la LRPFFAA, como en el art. 25 de la LOFFAA se haya venido haciendo referencia a la necesaria adaptación del sistema retributivo de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado. Adaptación que en la actualidad se refleja en su regulación en el Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas (RD 1314/2005)⁷, que derogó el Real Decreto 662/2001, de 21 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones de dicho personal

³ BOE de 19 de mayo de 1999.

⁴ Tal y como se señalaba en el art. 3 la Ley 85/1987, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas (BOE de 12 de enero de 1979), actualmente derogada.

⁵ Cfr. STC 107/1986, de 24 de junio.

⁶ BOE de 7 de febrero de 2009.

⁷ BOE de 5 de noviembre de 2005.

(RD 662/2001)⁸, en el que precisamente se puede apreciar cómo, de acuerdo con lo señalado, el legislador ya ha tenido en cuenta para ello diferentes aspectos tales como la disponibilidad permanente de los miembros de las Fuerzas Armadas para el servicio; el hecho de que, en ocasiones, realicen su labor en condiciones de penosidad física y riesgo personal; su estructura fuertemente jerarquizada y la progresión en la carrera militar, en concreto, el empleo, la responsabilidad y las singularidades de ciertos cometidos.

Como se puede comprobar, se trata de una regulación en la que no se establece un modelo retributivo totalmente alternativo, por el contrario, se puede observar cómo las retribuciones de los militares han venido siguiendo la misma estructura que la prevista para los funcionarios civiles de la Administración General del Estado⁹. Ahora bien, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo (TS), también se puede constatar cómo en la función pública militar “las retribuciones giran fundamentalmente en torno al empleo militar que se ostenta, mientras que en la función pública civil las retribuciones se determinan en mucha mayor medida por el puesto de trabajo que se desempeña”¹⁰; lo que implica que, a pesar de que, como se ha indicado, las retribuciones siguen esa misma estructura, en realidad no existe una identidad entre el sistema retributivo militar y el civil.

Así, el legislador distingue entre retribuciones básicas, esto es, sueldo, trienios y pagas extraordinarias, para las que existe una coincidencia con respecto a las previstas para los citados funcionarios civiles, con alguna particularidad, ya que, a efectos retributivos, se parte de los empleos militares y se establecen unas equivalencias con respecto a los funcionarios civiles (art. 2 del RD 1314/2005); y retribuciones complementarias. Pues bien, es en cuanto a estas últimas en las que verdaderamente se puede apreciar que el legislador ha realizado la citada adaptación y, por tanto, ha establecido unas claras diferencias que se reflejan en la propia denominación de algunos de los complementos retributivos. En concreto, toma como referentes los complementos de destino y de productividad, para contemplar en este caso, respectivamente, el complemento de empleo y el complemento de dedicación especial; no modifica la denominación del complemento específico, pero, como se verá, en su regulación se pueden detectar singularidades para este colectivo, como el hecho de

⁸ BOE de 23 de junio de 2001. *Vid.* SALVADOR CENTELLES, V., “La reforma del sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41 (2005), pp. 333-348.

⁹ Con respecto a esta estructura, *vid.* ORTUÑO NAVALÓN, M.C. y MANZANA LAGUARDA, R.S., *Las retribuciones de los empleados públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; y LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *Retribuciones de los Funcionarios Públicos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

¹⁰ Cfr. SSTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de junio de 2005 (rec. 46/2003) y de 25 de febrero de 2002 (rec. 1619/2000).

que en el mismo se integre un componente general y un componente singular, y, en particular, que se ponga de manifiesto la diferente caracterización jurídica de la carrera profesional con respecto al ámbito civil. En general, como se verá, se puede afirmar que la adaptación va más allá de la modificación de su denominación o de la estructura del complemento en su caso, ya que obedece a un fundamento y a una lógica que difieren, en mayor o menor medida, de aquellos de los que se parte en el ámbito civil.

II. EL COMPLEMENTO DE EMPLEO

Tal y como se ha indicado, el denominado complemento de empleo en el ámbito militar se corresponde en el civil con el complemento de destino (art. 3.1 del RD 1314/2005). En este sentido, en la práctica, se ha cuestionado si la referencia que hace el legislador en dicho artículo a la correspondencia entre uno y otro complemento conlleva su equiparación, o, por el contrario, no es posible interpretarla en esos términos.

1. La diferencia con respecto al complemento de destino y su fundamento

Tanto el complemento de destino como el de empleo forman parte de las retribuciones complementarias. En el ámbito civil, como señalaba el art. 23.3 a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública (LMRFP)¹¹, el complemento de destino se contemplaba como el “correspondiente al nivel de puesto que se desempeñe” y, en la actualidad, de acuerdo con lo establecido en el art. 24 a) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)¹², aunque el legislador no hace una referencia expresa al mismo, está vinculado a “la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa”¹³, mientras que en el ámbito militar para proceder a la adaptación a la que se ha hecho referencia se ha partido precisamente de la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas y la correspondiente responsabilidad; unos criterios a los que tradicionalmente se ha venido recurriendo¹⁴. De modo que, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.2 del RD 1314/2005, este complemento retribuye “la distinta

¹¹ BOE de 3 de agosto de 1984.

¹² BOE de 31 de octubre de 2015.

¹³ Con respecto al complemento de destino, *vid.* ORTUÑO NAVALÓN, M.C. y MANZANA LAGUARDA, R.S. (2008: 62-73).

¹⁴ *Vid.* art. 5.2 del RD 662/2001 y la regulación vigente establecida en el art. 3.2 del RD 1314/2005.

responsabilidad según el empleo militar que se tenga, derivada del ejercicio de la profesión militar” y responde a la citada estructura; si bien “los empleos de teniente y alférez” tienen el mismo complemento. Desde este punto de vista, se parte de la distribución y las cuantías previstas para los funcionarios civiles para trasladarla a la normativa militar, por lo que se aprecia esa correspondencia que señala el legislador, pero también se produce una adaptación.

En concreto, en el ámbito militar, para fijar su importe se parte de los establecido en el ámbito civil para los niveles de complemento de destino asignados a los puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios del Estado, de modo que, como se puede comprobar en el anexo II del RD 1314/2005, cada empleo tiene un nivel (excepto algunos empleos superiores y los que tienen el mismo nivel, como sucede con el empleo de alférez y teniente). Así, al empleo de coronel se le asigna el nivel 29 y a partir del mismo va descendiendo el nivel a la vez que se reduce la retribución por este concepto hasta llegar al empleo de soldado/marinero. Pues bien, aunque pueda parecer, teniendo en cuenta esa distribución por niveles y el correspondiente importe, que se aprecia una cierta identidad, en realidad no es así. El complemento de destino en el ámbito de la Administración civil está vinculado al puesto de trabajo, de modo que tiene carácter objetivo¹⁵, mientras que en el ámbito militar el complemento de empleo se encuentra ligado a la graduación jerárquica del militar, esto es, al empleo, al margen del puesto que ocupe, y, desde este punto de vista, tiene carácter personal o subjetivo en el sentido de que dependerá de la posición que tenga el sujeto en la citada jerarquía a partir de los ascensos que haya obtenido; sin que se tengan en cuenta otras circunstancias subjetivas que puedan concurrir, como pueden ser la capacitación del sujeto, su formación, su preparación técnica, etc; u otras que pueden tener carácter objetivo, como ocurre, como se ha indicado, con el concreto puesto, pero que se vinculan a otros complementos. Por tanto, aunque la distribución sea similar, el fundamento en cada caso es diferente. Mientras que para determinar el complemento de destino en el ámbito civil se tiene en cuenta el nivel del puesto de trabajo desempeñado, o consolidado por haber desempeñado otros puestos anteriores, en el caso del complemento de empleo, para los militares se concreta en función del empleo alcanzado en el desarrollo de su carrera militar¹⁶.

Además, en relación con lo señalado, hay que considerar que en el ámbito civil habitualmente existen puestos de trabajo que se adscriben para funcionarios de diferentes grupos, lo que ha conllevado una superposición de los distintos niveles del

¹⁵ Vid. CASTILLO BLANCO, F.A., *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 188.

¹⁶ Vid. SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de mayo de 2019 (rec. 25/2017), de 16 de mayo de 2018 (rec. 635/2016), y de 17 de octubre de 2017 (rec. 523/2016).

complemento de destino que pueden recibir funcionarios de diferentes grupos¹⁷; algo que, salvo en el caso del empleo de alférez y el de teniente, no ocurre en el ámbito militar ya que se diferencian los niveles por empleos en función de una relación de carácter jerárquico. Lo que obedece al carácter personal del complemento de empleo que, como se ha indicado, se percibe teniendo en cuenta el empleo alcanzado y con independencia del puesto de trabajo. En todo caso, por lo que aquí interesa, a la vista de lo señalado, la correspondencia entre el complemento de empleo y el complemento de destino no debe interpretarse como equiparación o equivalencia entre uno y otro concepto retributivo¹⁸, ya sea en términos conceptuales o normativos¹⁹.

2. El empleo ostentado como elemento uniformador en cuanto a la atribución del complemento de empleo y sus posibles excepciones

Como se ha indicado, el complemento de empleo en realidad está vinculado a la responsabilidad según el empleo militar alcanzado por el sujeto, aun así es importante analizar si caben excepciones al respecto teniendo en cuenta otros factores. Pues bien, como regla general, a igualdad de empleo no es posible atribuir un complemento de empleo distinto, con independencia de las características personales o del puesto; distinto por el hecho de que no existe una uniformidad desde el punto de vista de la cuantía, sino que, por el contrario, se establecen claras diferencias teniendo en cuenta el concreto empleo obtenido, con la excepción señalada para el empleo de alférez y teniente, de modo que el complemento de empleo será más o menos elevado que el que pueda percibir otro militar si se considera la específica relación jerárquica que se pone de manifiesto entre empleos. De esta forma, el complemento opera en los mismos términos, aunque no todos los miembros de la Fuerzas Armadas orienten su labor a las mismas funciones, ni tengan la misma especialización técnica, es decir, en este sentido actúa como un elemento uniformador a partir del concreto status del sujeto en la organización, ya que estos aspectos no influyen a la hora de determinarlo²⁰.

¹⁷ Vid. SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de mayo de 2019 (rec. 25/2017), de 16 de mayo de 2018 (rec. 635/2016), y de 17 de octubre de 2017 (rec. 523/2016): “la existencia de puestos de trabajo adscritos indistintamente para funcionarios de diferentes grupos se ha traducido en una superposición de los niveles del complemento de destino que pueden percibir funcionarios de grupos diferentes (de 22 a 30 en grupos A; de 18 a 26 en grupo B, de 14 a 22 en grupo C y de 12 a 18 en grupo D)”.

¹⁸ STSJ de Andalucía, Granada, (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de febrero de 2012 (rec. 1659/2007).

¹⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de octubre de 2017 (rec. 523/2016).

²⁰ Vid. BAÑÓN MARTÍNEZ, R., “La racionalidad de las políticas de remuneraciones y el diseño de la organización militar española”, en *Revista Internacional de Sociología*, núm. 43 (1985), p. 291.

No obstante, hay que tener en cuenta que en algunos casos el militar puede ocupar una vacante que no está vinculada a un único empleo, sino que podría ser cubierta, indistintamente, por personal de diferentes empleos, como, por ejemplo, en el caso de un sargento primero que ocupa una vacante que es posible cubrir tanto por sujetos con este empleo como por subtenientes, brigadas o sargentos, es decir, por suboficiales, por lo que cabría cuestionarse qué complemento de empleo debe percibir, ya que, no todos tienen el mismo nivel, sino que el empleo de subteniente se sitúa en el nivel 22 y va descendiendo, respectivamente, hasta llegar al nivel 19 para el sargento, atribuyéndose el nivel 20 al sargento primero y el 21 al brigada; lo que es importante, puesto que la retribución que perciben los sujetos en cada caso también disminuye a medida que se sitúan en un lugar inferior en la jerarquía militar, descendiendo así el nivel. En este sentido, podría plantearse si el sujeto debe percibir el complemento de empleo que corresponde al empleo superior, en este supuesto la que recibiría como subteniente, o al inferior, o a uno de los intermedios como es brigada que sería inferior al del sujeto, o la prevista para su empleo, o incluso podría plantearse si debería percibir la media de las diferentes cantidades prevista para los distintos empleos a los que se ha hecho referencia. Pues bien, en la práctica, es posible comprobar cómo, en algunos casos, el militar reclama la cuantía correspondiente al empleo superior de los que pueden ostentarse al efecto; lo que no se ha admitido y tiene sentido si se considera que, en realidad, el complemento de empleo no se encuentra vinculado a la vacante o al puesto de trabajo ocupado por el militar, sino que está ligado al empleo efectivamente ostentado²¹. De este modo, en el supuesto indicado, no cabe reclamar la cuantía correspondiente a este complemento para el citado empleo superior, sino que debe percibir el complemento de empleo previsto para sargento primero.

En relación con lo señalado, también hay que considerar que en el capítulo IV del RD 1314/2005, se hace referencia a las retribuciones e indemnizaciones en casos particulares, y, por lo que aquí interesa, se ha planteado esta cuestión para los miembros de las Fuerzas Armadas que ocupen puestos de trabajo incluidos en las relaciones de puestos de trabajo del Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos. Pues bien, el art. 11 del RD 1314/2005 establece que recibirán las retribuciones complementarias asignadas al puesto que desempeñen. De este modo, aunque del art. 3.2 del RD 1314/2005 se pueda extraer que el complemento de empleo está vinculado al empleo que ostente el sujeto dentro de la jerarquía militar, y no al puesto de trabajo que pueda desempeñar de forma efectiva, cuando un militar ejerza las funciones correspondientes a un puesto de trabajo incluido en las citadas relaciones de puestos de

²¹ *Vid.* SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de julio de 2008 (rec. 621/2005, 622/2005, 685/2005) y STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de febrero de 2012 (rec. 1659/2007).

trabajo del Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos, distinto del empleo que ostente, se le debe reconocer el complemento de empleo asignado a ese puesto de trabajo, ya que forma parte de las retribuciones complementarias señaladas²². No obstante, puede ocurrir que el importe que corresponda al nivel del complemento de destino del puesto sea inferior a la cuantía prevista para el complemento de empleo asignado a su empleo, pues bien, en ese caso, tal y como establece el art. 11 del RD 1314/2005, recibirá la que se contemple para este último.

III. EL COMPLEMENTO ESPECÍFICO. PROYECCIÓN DEL EMPLEO EN SU REGULACIÓN Y EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

En la actualidad, el legislador al regular las retribuciones complementarias en el EBEP no menciona expresamente el complemento específico, si bien es posible constatar cómo reproduce, en mayor o menor medida, lo establecido en el art. 23.3.b) de la LMRFP, en el que se definía como un complemento "destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad". En concreto, el art. 24.b) del EBEP hace referencia a la mayor parte de esos factores, de modo que lo vincula a una "especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo", si bien ya no menciona aspectos como la peligrosidad o la penosidad que se contemplan en la LMRFP, sino que opta por una fórmula mucho más amplia en la que pueden incluirse estos últimos factores, en concreto, hace referencia a "las condiciones en que se desarrolla el trabajo". En todo caso, como se puede comprobar, la percepción de este complemento no se encuentra vinculada a las características del funcionario, es decir, a sus concretas condiciones subjetivas, sino al puesto de trabajo que este desarrolla. En este sentido, hay que tener en cuenta cómo, en la regulación prevista en la LMRFP²³ y, en la actualidad, en el EBEP en los términos indicados, se pone de manifiesto la opción del legislador de vincular la retribución, en concreto, por lo que

²² *Vid.* SSTSJ de Cantabria (Sala de los Contencioso-administrativo) de 25 de junio de 2008 (rec. 794/2007). En los mismos términos, con respecto a la regulación prevista al respecto en el art. 15 del RD 662/2001, SSTSJ de Cantabria (Sala de los Contencioso-administrativo) de 21 de diciembre de 2005 (rec. 787/2004) y de 24 de octubre de 2005 (rec. 786/2004).

²³ *Vid.* al respecto, CASTILLO BLANCO, F.A. (2002: 200-217).

aquí interesa, el complemento específico, al puesto de trabajo, en la medida en la que existan determinadas circunstancias objetivas²⁴, y no a la carrera²⁵.

Pues bien, este complemento también se contempla en la regulación que se aplica a los miembros de las Fuerzas Armadas²⁶. En este supuesto, el legislador para proceder a la adaptación parte de lo establecido en el art. 23.3 b) de la LMRFP, pero, como se analizará, no lo vincula única y exclusivamente al puesto de trabajo, como se ha señalado, sino que también tiene en cuenta el empleo del sujeto; lo que ha quedado reflejado en la normativa sobre retribuciones de las Fuerzas Armadas²⁷, y, en concreto, en la actualidad, en el art. 3.3 del RD 1314/2005 en el que se puede comprobar cómo en este caso, aunque el legislador mantiene la denominación prevista para los funcionarios civiles, en realidad esto no implica que se equipare, ya que, como se ha indicado, no existe una identidad entre el sistema retributivo militar y el civil, lo que se pone de manifiesto con respecto a este complemento, y no solo por el hecho, como se puede observar, de que para el personal de las Fuerzas Armadas en el mismo se integren, de un lado, un componente general y, de otro, un componente singular, sino fundamentalmente por “la diferente caracterización jurídica del llamado “complemento específico” en uno y otro sector de la función pública”²⁸.

1. El componente general del complemento específico y su percepción en función del empleo

A pesar de que en el caso de la función pública civil el complemento específico está vinculado al puesto de trabajo y, en concreto, a las circunstancias que concurren en el mismo, el legislador a la hora de adaptar la regulación prevista al efecto para

²⁴ Vid. CASTILLO BLANCO, F.A., “Los derechos retributivos de los empleados públicos”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 258.

²⁵ Vid. PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, S.L., Madrid, 2016, p. 399: este complemento “es el instrumento técnico imprescindible para la implantación de un régimen basado en todo o en parte en la valoración de puesto de trabajo, opuesto al de carrera o de cuerpos”. Un complemento que debe incluirse en las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones Públicas, tal y como ya se establecía en el art. 15 de la LMRFP y como, en la actualidad, se contempla en el art. 74 del EBEP.

²⁶ Y, al igual que se indica en el EBEP, en el art. 17.2 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar (LCM), BOE de 20 de noviembre de 2007, se establece que en las relaciones de puestos militares se especificarán, entre otros aspectos, sus retribuciones complementarias entre las que, como se ha indicado, también se encuentra el citado complemento específico.

²⁷ Vid. art. 4.3 Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, BOE de 13 de abril de 1989; art. 4.3 del Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, BOE de 15 de octubre de 1991; art. 5 apartados 2.2º y 3.1º del RD 662/2001.

²⁸ SSTs (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de junio de 2005 (rec. 46/2003) y de 25 de febrero de 2002 (rec. 1619/2000).

este colectivo ha tenido en cuenta las citadas singularidades que concurren en las Fuerzas Armadas, en particular, su estructura jerarquizada y las peculiaridades de la carrera militar, de modo que ha establecido el denominado componente general del complemento específico. En concreto, el art. 3.3 del RD 1314/2005 señala que “el componente general es la parte del complemento específico que se percibe en función del empleo que se tenga, siguiendo un orden jerárquico dentro de cada categoría”²⁹. De este modo, como se puede constatar, el citado componente no se vincula al puesto de trabajo, sino al empleo del sujeto, se percibe con independencia del destino que ocupe y, de forma indirecta, conecta con la responsabilidad que este tiene por haber alcanzado un empleo. Así, aunque tanto en la función pública civil como en la militar se haga referencia al complemento específico, este componente determina que no compartan la misma naturaleza jurídica, sobre todo si se tiene en cuenta que lo relevante en el ámbito civil es el puesto de trabajo³⁰.

Como se puede comprobar, la regulación actual no es la misma que se venía aplicando. En la regulación prevista en el RD 662/2001, el componente general venía escalonado por empleos dentro de cada categoría (oficiales, suboficiales, y tropa o marinería), y entre categorías, si bien la lógica de su variación según el empleo alcanzado y su progresión en el mismo no se reflejaba en todos los supuestos al aplicar la regulación prevista en el art. 5.2.2º del RD 662/2001, ya que, en algunos casos, las cuantías que percibían los sujetos con los empleos más altos de la categoría inferior eran superiores a las asignadas a los primeros empleos de la categoría superior³¹. Esto determinaba que no existiese una clara progresión entre el avance en la carrera militar y el incremento en la cuantía del citado componente, por lo que no se podía afirmar que se percibiese con absoluta regularidad; de hecho, como señalaba la norma, en la atribución de este complemento no existía “una relación directa con el orden jerárquico”. Sin embargo, tras la entrada en vigor del RD 1314/2005 se puede apreciar cómo cambia esa situación ya que, aunque sigue vinculado al empleo alcanzado por el sujeto, se establecen nuevas cuantías y una relación con el orden jerárquico, de forma que la retribución obedece en mayor medida a la progresión de la carrera profesional.

²⁹ Una norma que vino a modificar la regulación prevista al respecto en el art. 5.2º del RD 662/2001, en el que se contemplaba este componente también “como parte del empleo ostentado”, aunque en esta norma se establecía que esto no suponía “una relación directa con el orden jerárquico”, y también se indicaba que no lo percibiría “el soldado profesional de tropa y marinería con menos de dos años de servicios”.

³⁰ SSTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de junio de 2005 (rec. 46/2003) y de 25 de febrero de 2002 (rec. 1619/2000).

³¹ *Vid.* SALVADOR CENTELLES, V. (2005: 336).

Es cierto que, tal y como se ha analizado, determinados puestos de trabajo pueden ser desempeñados indistintamente por personal con diferentes empleos (por ejemplo, subteniente, brigada, sargento primero o sargento), ahora bien, al igual que se ha observado para el complemento de empleo, en este caso no cabe exigir un componente general vinculado a un empleo superior de los que puedan ostentarse para ocupar una vacante, sino al efectivamente ostentado³². Por tanto, en este sentido, no es posible equiparar la regulación de este complemento en la función pública civil y en la militar, y, en concreto, en este supuesto en el que precisamente se pone de manifiesto la adaptación de la primera a las peculiaridades de la carrera militar y a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas. Lo que tampoco cabe es vincular en este caso, de forma excepcional, el componente general del complemento específico al puesto de trabajo ocupado y no al concreto empleo, de modo que se parta de la similitud de funciones que se llevan a cabo por sujetos que tienen diferentes empleos y se exija por esta vía la percepción del componente general previsto para un empleo superior, como puede ser el caso de un cabo primero que realiza funciones similares a las de un sargento³³.

De todos modos, también hay que tener en cuenta, como se ha señalado, que los miembros de las Fuerzas Armadas pueden ocupar puestos de trabajo incluidos en las relaciones de puestos de trabajo del Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos, de forma que, de acuerdo con lo establecido en el art. 11 del RD 1314/2005, recibirán las retribuciones complementarias asignadas al puesto que desempeñen. Así, en este supuesto, aunque el componente general del complemento específico esté vinculado al empleo del sujeto, lo relevante a estos efectos será el puesto de trabajo ocupado³⁴.

2. El componente singular del complemento específico

Como se ha indicado, otro de los componentes del complemento específico es el componente singular y tiene como finalidad retribuir las especiales condiciones del puesto de trabajo. Un componente que, tal y como se establece en el preámbulo del RD 1314/2005, se venía vinculando al empleo, si bien, tras la entrada en vigor

³² Vid. STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de febrero de 2012 (rec. 1659/2007); SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de julio de 2008 (rec. 615/2005, 221/2005, 622/2005, 685/2005) de 28 de julio de 2008 (rec. 686/2005) y STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 26 de junio de 2009 (rec. 1559/2007).

³³ Vid. STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de diciembre de 2009 (rec. 268/2008).

³⁴ Vid. SSTSJ de Cantabria (Sala de los Contencioso-administrativo) de 25 de junio de 2008 (rec. 794/2007). En los mismos términos, con respecto a la regulación prevista al respecto en el art. 15 del RD 662/2001, SSTSJ de Cantabria (Sala de los Contencioso-administrativo) de 21 de diciembre de 2005 (rec. 787/2004) y de 24 de octubre de 2005 (rec. 786/2004).

de esta norma, pasó a convertirse en un elemento retributivo destinado a compensar “las características y circunstancias específicas del puesto desempeñado”.

A. Vinculación al puesto de trabajo

El art. 3.3 del RD 1314/2005 indica que el componente singular del complemento específico retribuye “las particulares condiciones de responsabilidad, preparación técnica, peligrosidad y penosidad del puesto”. De este modo, la norma recoge algunos de los factores establecidos en el art. 23.3.b) de la LMRFP y en el art. 24.b) del EBEP, a los que ya se ha hecho referencia, y, en particular, la peligrosidad y la penosidad del puesto; factores que igualmente se pueden incluir en la referencia genérica prevista en este último artículo, esto es, “las condiciones en que se desarrolla el trabajo”. En este sentido, teniendo en cuenta lo anterior, es importante recordar que el TS ha señalado las características fundamentales del complemento específico partiendo de lo establecido en el art. 23 b) de la LMRFP. En particular, de un lado, “la concreción”, ya que “se fija atendiendo precisamente a las características de “un” puesto de trabajo”, y, de otro, “la objetividad”, puesto que “se atiende a las condiciones particulares de ese puesto de trabajo y no a los cuerpos o escalas de los funcionarios que las desempeñan”; así, “es el contenido del puesto de trabajo el que determina el complemento específico”³⁵. En este supuesto, se puede afirmar que este componente tiene una clara naturaleza objetiva, ya que son las características del puesto las que van a determinar su asignación y su cuantía; lo que supone que queda al margen a estos efectos la concurrencia de determinados aspectos de carácter subjetivo vinculados a la persona que desempeña el puesto de trabajo, como puede ser el hecho de que el funcionario que lo ocupa tenga una mayor o menor preparación. Por tanto, lo relevante en este caso son las peculiaridades y las características del puesto de trabajo³⁶. En definitiva, la percepción del componente singular de este comple-

³⁵ Vid. SSTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de julio de 1994 (rec. 9074/1992), de 4 de julio de 1994 (rec. 7922/1992), y de 22 de diciembre de 1994 (rec. 600/1993).

³⁶ Vid. SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de junio de 2011 (rec. 522/2010): “a pesar de que los puestos señalados que ha venido ocupando no precisaban del Título/Diploma referenciado, al punto que no ha realizado el correspondiente curso de especialización, desde su presentación en la Unidad el 5 de Octubre de 2004 por parte del Mando de la misma se le ordena pasar a prestar servicios de Suboficial Operador de los referidos sistemas, turnándose para ello con los distintos Oficiales que ocupaban puestos con exigencia del mencionado título y desarrollando las mismas funciones y tareas que éstos, pese a lo cual percibía una cuantía inferior en concepto de componente singular del complemento específico lo que supone un agravio comparativo sin justificación objetiva y razonable dada la naturaleza objetiva del referido complemento que retribuye las especiales características que concurren en cada puesto en cuestión”; y de 10 de febrero de 2012 (rec. 520/2010): “Es, pues, un concepto retributivo que tiene una clara naturaleza objetiva, en tanto que son las características del puesto de trabajo las que determinan su procedencia y cuantía. Ello significa, por una parte, que es totalmente ajeno a todo matiz subjetivo derivado de la persona titular del puesto que lo desempeña, por tanto, resulta indiferente a los efectos que en este interesa el grado de preparación en concreto que posea el funcionario que en un mo-

mento no se encuentra vinculada a las características del funcionario, es decir, a sus concretas condiciones subjetivas, sino al puesto de trabajo que este desarrolla³⁷, como sucede en el ámbito civil con respecto al complemento específico.

Ahora bien, si solo se hace referencia a los mencionados factores, por lo que aquí interesa, en principio, no parece que existan muchas diferencias entre la regulación anterior contenida en el art. 5.3.1º del RD 662/2001, en la que se establecía que “retribuye las especiales condiciones en que la unidad de destino desarrolle su actividad, así como dentro de la misma, las particulares o singulares condiciones de determinados destinos, la especial responsabilidad, preparación técnica, peligrosidad o penosidad”, y la regulación vigente, sin embargo la realidad es otra. Es cierto que el art. 5.3 del RD 662/2001 ya venía señalando esos factores, y, por tanto, desde ese punto de vista, el componente también se venía vinculando al puesto, de hecho, el TS ya destacaba en este sentido la existencia de “una sustancial identidad” entre esa parte del complemento, a la que hacía referencia en términos de “complemento específico “singular” militar” y el específico en el ámbito de la función pública civil regulado en el art. 23 de la LMRFP, al señalar que “ambos se definen por los mismos parámetros”³⁸; si bien, en la práctica este componente se vinculaba, de forma indirecta, al empleo, puesto que se establecían cuatro tipos por cada empleo y su cuantía variaba, precisamente, según el empleo³⁹. Así, la regulación prevista en el RD 1314/2005 supone un cambio ya que, en la actualidad, el componente singular se vincula al puesto. Es decir, los puestos pueden tener asignado un componente singular de los previstos en el anexo IV del RD 1314/2005, cuyas cuantías pueden ser modificadas por la Comisión Superior de Retribuciones Militares, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, que compensa las características

mento determinado ocupe el puesto de trabajo, o los cursos que se le pudieran exigir para ocuparlo. En definitiva, se trata de un complemento que se refiere a peculiares y concretas características del puesto de trabajo, no a la mayor o menor preparación del funcionario que lo ocupa”. *Vid.* OBSERVATORIO DE LA VIDA MILITAR, *Memoria Informe año 2016*, 2017, en <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/informes.html>, pp. 171 y 172, en concreto, Anexo I (Componente singular del complemento específico: criterios generales de valoración del puesto y asignación de niveles).

³⁷ STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de junio de 2011 (rec. 522/2010): “para su asignación ha de haber una decisión administrativa en el sentido de asignar el mismo al puesto de trabajo. Asignación del componente singular del complemento específico, de carácter objetivo y ajeno de todo punto a criterios subjetivos de los que ocupen un determinado puesto de trabajo. Por tanto, el proceso de asignación, por su propia naturaleza, además de singular prescinde de los titulares de cada uno de los puestos de trabajo, estos no forman ni conforman el proceso de asignación, que por ser una decisión discrecional de la Administración resulta ajeno a los titulares de cada puesto de trabajo”.

³⁸ SSTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de junio de 2005 (rec. 46/2003) y de 25 de febrero de 2002 (rec. 1619/2000).

³⁹ Un componente, además, cuya cuantía venía siendo muy escasa y, en algunos casos, inexistente, lo que se ha podido comprobar en los empleos más inferiores de cada categoría *Vid.* SALVADOR CENTELLES, V. (2005: 337).

y circunstancias singulares del puesto y figura en la relación de puestos militares, siendo su percepción independiente del empleo del militar que ocupe el puesto. Por tanto, aunque la finalidad de este componente sigue siendo la misma, no lo es su estructura, ni tampoco las cuantías. En concreto, en el citado anexo se establece un listado de 35 posibles valores de este componente, desvinculándose del empleo o de los empleos que se exijan en la plantilla de destinos para su ocupación, de forma que el puesto puede tener establecido uno de esos valores. De este modo, en todo caso, la percepción de este componente dependerá del puesto de trabajo desempeñado⁴⁰.

B. ¿Hasta qué punto tiene relevancia el empleo en la práctica?

Hay que tener en cuenta que ciertos factores, como sucede con la responsabilidad o con la preparación técnica, estarán vinculados a determinados empleos, por lo que no es posible afirmar que no existe una relación entre el empleo y este tipo de componente, ya que, habitualmente, una mayor responsabilidad está asociada a los empleos superiores⁴¹. Desde este punto de vista, se puede comprobar cómo en la práctica se proyecta de nuevo el empleo a la hora de concretar la cuantía del complemento. De hecho, ya en el año 2005 se podía apreciar cómo se establecía una progresión en el incremento de la cuantía dependiendo de los niveles y cómo ascendía de manera considerable en los niveles superiores. Es cierto que esos niveles se asignan por puestos, por lo que el hecho de que no exista una progresión uniforme en los niveles inferiores y superiores no debería plantear un problema, sin embargo se genera cuando se puede observar que se parte de una valoración previa en la que el factor relativo a la responsabilidad predomina de forma especial a la hora de efectuarla, sobre todo por el hecho de que, como se ha señalado, la responsabilidad se vincula al empleo y este ya se retribuye con el complemento de empleo, así como con el componente general a los que se ha hecho referencia.

Como contrapartida, también se ha cuestionado hasta qué punto debe percibir el funcionario este componente cuando realiza las mismas funciones teniendo en cuenta el tramo de empleos, es decir, cuando las funciones son iguales pero los empleos varían. Si bien, dada la naturaleza del componente singular y ya que lo im-

⁴⁰ Vid. STSJ Cantabria (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de junio de 2008 (rec. 794/2007).

⁴¹ Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 18 mayo 2012 (rec. 466/2011): “las condiciones de los puestos a que se asignan el componente singular del complemento específico de nivel 12 (de subteniente a sargento primero) o de nivel 14 (de subteniente a brigada) difieren tanto en lo relativo al grado de responsabilidad profesional (superior cuanto mayor sea el empleo), como a la entidad, especialización y carácter de las funciones desempeñadas (pues las que tienen asignada el componente singular del complemento específico de nivel 14 son las adecuadas a puestos de Jefatura de la Oficina Técnica, de Jefatura de Equipo de Control de Producción, o de Control de Calidad, entre otros; distintas a las que corresponden al puesto de trabajo ocupado por el actor)”.

portante son los trabajos realizados, aunque no exista una coincidencia en cuanto a los empleos, si los trabajos son iguales el funcionario debe percibirlo⁴². No obstante, lo recibirá mientras desempeñe el puesto⁴³, de forma que la asignación de un nuevo puesto no puede ser interpretada a efectos retributivos como una modificación de las características retributivas del puesto que venía ocupando, sino que en ese caso dejará de percibir el componente singular del complemento específico vinculado al mismo y se le asignará, en su caso, el correspondiente al nuevo puesto de trabajo, sin que quepa exigir, en el supuesto en el que este último sea inferior, que se le abonen las diferencias con respecto al que hasta ese momento venía percibiendo⁴⁴.

C. El efectivo desempeño del puesto

El hecho de que el componente singular del complemento específico retribuya “las particulares condiciones de responsabilidad, preparación técnica, peligrosidad y penosidad del puesto” (art. 3.3 del RD 1314/2005) conlleva que “su percibo se halla vinculado al efectivo desempeño del puesto de trabajo de que se trate, de tal suerte que, producido el cese, deja de cobrarse”⁴⁵, lo que, a su vez, supone que no se tendrá derecho a percibirlo cuando no se desempeñe un puesto cuyas características sean consideradas para asignarlo. Ahora bien, con respecto a lo señalado, se ha cuestionado si debe percibirse este componente singular en función del puesto efectivamente desempeñado cuando este se ocupe con carácter interino. En este sentido, cabe destacar cómo los Tribunales Superiores de Justicia han dictado sentencias favorables al abono del mismo, al margen de que el puesto se desempeñe de forma interina⁴⁶; su-

⁴² Cfr. SSTSJ de la Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 17 de mayo de 2012 (rec. 334/2011): “las funciones de cada una de las personas no varía, siendo en este caso, las propias de un especialista en Mantenimiento de Aeronaves (MAERN), independientemente de en que tramo de empleos se anuncie y cubra la vacante que se ocupe y, por tanto, las funciones a desarrollar en los diversos puestos de subteniente a sargento primero del Cuerpo de Especialistas, de la especialidad fundamental MAERN, son coincidentes con las de los puestos de subteniente a brigada del mismo cuerpo y especialidad fundamental” y de 27 de junio de 2012 (rec. 325/2011).

⁴³ *Vid.* OBSERVATORIO DE LA VIDA MILITAR (2017: 95): “goza de estabilidad temporal en tanto en cuanto no se cambie de destino”.

⁴⁴ *Vid.* SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 29 de enero de 2014 (rec. 455/2011): “La consideración como nuevo destino del asignado al recurrente, rechazándose que se haya producido la modificación de una de las cualidades del anteriormente ocupado, hace caer por su base todas las argumentaciones de la demanda, que tienen como presupuesto una modificación en las características retributivas del puesto de trabajo que se ocupaba, cuando, se insiste, lo que se ha producido es la asignación de uno nuevo, que posee otras, entre las que figura un componente singular del complemento específico inferior”.

⁴⁵ Cfr. STSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 13 de mayo de 2016 (rec. 106/2015).

⁴⁶ Entre otras, cabe destacar STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de mayo de 2013 (rec. 883/2011); SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de abril de 2016 (rec. 94/2015); de 13 de septiembre de 2018 (rec. 260/2017); de 9 de octubre de 2018 (rec. 188/2017); de 8

puesto en el que se ha venido negando por parte de la Administración su percepción, para lo que se ha recurrido a lo establecido en el apartado sexto, párrafo segundo, de la Orden Ministerial 189/2001, de 10 de septiembre, por la que se dictan normas para la aplicación del componente singular del complemento específico⁴⁷, en el que se indica que “no se modificará la percepción de este complemento aunque se esté desempeñando de manera accidental, interina, en funciones, por ausencia o por cualquier otra circunstancia, otro destino que tenga distinto tipo de componente singular del complemento específico”. Sin embargo, no hay que olvidar que, a diferencia de la regulación prevista para este componente en el RD 662/2001, en la contenida en el RD 1314/2005 este componente no se vincula directamente al empleo, sino, como se viene señalando, a las características y circunstancias concretas del puesto que desempeña el sujeto. Por tanto, si el citado componente retribuye las condiciones particulares del puesto de trabajo y se devenga por el efectivo desempeño del puesto⁴⁸, el funcionario debería percibirlo, de otro modo la situación resultaría contraria al principio de igualdad; a igual trabajo no recibiría la misma retribución tal y como contempla la norma⁴⁹.

Con respecto a lo señalado en la citada Orden se ha indicado que esta no tiene una verdadera naturaleza normativa, ya que se dictó por el Ministro de Defensa para determinar los criterios de asignación de este componente y con el objetivo de que el Consejo de Ministros aprobara la relación inicial de destinos con derecho al complemento⁵⁰. Y, además, se ha considerado que, aunque la tuviera, si se tiene en cuenta lo establecido en el último párrafo del apartado sexto de dicha Orden, en el que se indica que “cuando un militar desempeñe en comisión de servicio un destino que se encuentre vacante, sin pérdida del destino anterior, percibirá las retribuciones

de noviembre de 2018 (rec. 283/2018); de 26 de diciembre de 2018 (rec. 160/2017); de 4 de marzo de 2019 (rec. 187/2018); de 19 de marzo de 2019 (rec. 529/2017) y de 29 de marzo de 2019 (rec. 201/2018).

⁴⁷ Boletín Oficial de Defensa (en adelante, BOD) de 12 de septiembre de 2001.

⁴⁸ Sin que sea necesario que el sujeto pruebe que ha realizado efectivamente la totalidad de las funciones, *vid.* SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de abril de 2016 (rec. 94/2015), de 8 de noviembre de 2018 (rec. 283/2018), de 4 de marzo de 2019 (rec. 187/2018) y de 19 de marzo de 2019 (rec. 529/2017): “en el concreto caso del personal militar tal exigencia vendría referida a la de un hecho negativo pues las Reales Ordenanzas (art. 55.2) establecen que la responsabilidad en el mando “no es renunciable ni puede ser compartida”, de modo que el pleno ejercicio del mando de la Unidad o Dependencia es un hecho amparado por una presunción legal que no precisaría de acreditación por el interesado sino, al contrario, el incumplimiento de tal obligación, por parte de la Administración”. Por tanto, se invierte de este modo la carga de la prueba.

⁴⁹ Cfr. SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de octubre de 2018 (rec.188/2017), de 8 de noviembre de 2018 (rec. 283/2018), de 9 de octubre de 2018 (rec. 169/2017) y STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de diciembre de 2012 (rec. 2343/2008).

⁵⁰ Cfr., entre otras, SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 9 de octubre de 2018 (rec. 188/2017); de 9 de octubre de 2018 (rec. 169/2017), de 8 de noviembre de 2018 (rec. 283/2018); de 26 de diciembre de 2018 (rec. 160/2017) y de 29 de marzo de 2019 (rec. 201/2018).

que correspondan al destino mejor retribuido y en las cuantías correspondientes al empleo que ostenta”, en este caso podría aplicarse al tratarse de un supuesto análogo, lo que se justifica por la naturaleza del componente singular específico que queda vinculado al puesto que se desempeña⁵¹. De otro modo, “se produciría un enriquecimiento injusto para la Administración”⁵² en perjuicio del funcionario⁵³.

Pues bien, con el fin de armonizar lo dispuesto en la normativa a la que se ha hecho referencia con los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, por Resolución 434/193/2019, del subsecretario de Defensa, de 11 de octubre, se han establecido criterios para la asignación del componente singular del complemento específico que corresponde por el desempeño del puesto de forma interina, tal y como se establece en la misma. De este modo, el personal militar “percibirá el componente singular del complemento específico establecido para ese puesto que ocupe con carácter interino, siempre que sea superior al que estuviera percibiendo” (segundo). Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso de desempeño de funciones de forma accidental, de modo temporal, cuando el puesto a cubrir esté ocupado y sea preciso asumir las funciones por motivos de su cesión de mando, no se percibirá el citado componente singular del complemento específico asignado a dicho puesto (tercero).

⁵¹ *Vid.* al respecto, STSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 28 de mayo de 2013 (rec. 883/2011); SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 7 de abril de 2016 (rec. 94/2015); de 13 de septiembre de 2018 (rec. 260/2017); de 9 de octubre de 2018 (rec. 169/2017); de 9 de octubre de 2018 (rec. 188/2017); de 8 de noviembre de 2018 (rec. 283/2018); y de 29 de marzo de 2019 (rec. 201/2018).

⁵² *Cfr.* STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de diciembre de 2012 (rec. 2343/2008): “en la medida en que el coste por el desempeño del puesto ha sido inferior al que se hubiera tenido que asumir en el caso de que se hubiera cubierto el puesto vacante, lo que da lugar a una situación abusiva, desconocedora de los derechos estatutarios de los funcionarios, que el Derecho no puede amparar, pues no solo se vulnerarían derechos sociales fundamentales de los trabajadores en la medida en que a igual trabajo no se percibiría igual salario, sino que se crearía un marco fáctico reiterado y pernicioso que permitiría los abusos derivados de la utilización de este tipo de mecanismos de sustitución en caso de vacantes o cuando, por las razones que sean, su titular no desempeñe el puesto”.

⁵³ *Vid.* SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de octubre de 2018 (rec. 188/2017); de 9 de octubre de 2018 (rec. 169/2017); de 8 de noviembre de 2018 (rec. 283/2018); de 26 de diciembre de 2018 (rec. 160/2017) y de 29 de marzo (rec. 201/2018): “lo que no es posible es que la Administración que no provee un puesto vacante con arreglo a derecho (lo que comportaría el abono del correspondiente complemento específico) obtenga un beneficio de ello en perjuicio del funcionario que lo desempeña de hecho”. Ahora bien, lo que no cabe es pretender percibir el mismo componente singular cuando las condiciones particulares de desempeño de los puestos son diferentes teniendo en cuenta los factores a los que hace referencia la norma.

D. La valoración de los factores que determinan la asignación del componente singular

Es importante recordar, por lo que aquí interesa, que, de acuerdo con lo previsto en el art. 17.2 de la LCM, en las relaciones de puestos militares se especificarán la descripción de cada puesto, su asignación por cuerpos y escalas, empleos y especialidades, sus retribuciones complementarias y las condiciones y requisitos para su ocupación; lo que se corresponde con lo establecido en el art. 74 del EBEP en el que se indica que las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. En este sentido, hay que tener en cuenta que el TS ha señalado que las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza de actos administrativos y no de reglamentos⁵⁴. Desde este punto de vista, la relación de puestos de trabajo “no es un acto ordenador, sino un acto ordenado mediante el que la Administración se autoorganiza, ordenando un elemento de su estructura como es el del personal integrado en ella”⁵⁵, por lo que no es la relación de puestos la que regula los deberes y derechos de los funcionarios, estos vienen regulados en las normas, “siendo la configuración del puesto de trabajo definido en la relación de puestos de trabajo simplemente la singularización del supuesto de hecho de aplicación de dichas normas”⁵⁶.

De este modo, la valoración de los factores que determinan la asignación del componente singular del complemento específico entra dentro de la potestad discrecional de autoorganización de la Administración. Ahora bien, tal y como ha señalado el TS con respecto a este complemento en el ámbito civil, “esto no quiere decir que la Administración goce de un apoderamiento totalmente discrecional, desligado de los conceptos legales que justifican las distinciones que pueda introducir”⁵⁷; “discrecional no es sinónimo de arbitrariedad”⁵⁸. Esa potestad debe ser ejercida en el marco de lo establecido en la norma, es decir, la Administración debe valorar la asignación del componente singular del complemento específico, teniendo en cuenta los criterios

⁵⁴ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 5 de febrero de 2014 (rec. 2986/2012).

⁵⁵ Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 5 de febrero de 2014 (rec. 2986/2012) y STSJ de la Rioja (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 24 de enero de 2018 (rec. 293/2017).

⁵⁶ *Vid.* STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 15 de mayo de 2015 (rec. 475/2012).

⁵⁷ *Vid.* STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27 de septiembre de 1994 (rec. 81/1990).

⁵⁸ *Vid.* STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de noviembre de 2018 (rec. 152/2017); SSTSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 23 de marzo de 2017 (rec. 683/2015) y de 7 de abril de 2016 (rec. 94/2015).

previstos en la misma y las circunstancias de cada puesto⁵⁹. De esa forma, se delimita esa potestad y se establecen elementos que van a fundamentar y determinar la asignación de las retribuciones en este caso del componente singular. En este sentido hay que recordar que, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (TC), la Administración Pública “en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con una interdicción expresa de arbitrariedad (art. 9.3 CE)” y, “como sujeto público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la Ley que, como hemos declarado, constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales”⁶⁰; lo que comprende un trato retributivo idéntico respecto al aplicado a los funcionarios que estén en condiciones iguales a las del afectado. Así, a iguales condiciones debe corresponder el mismo componente⁶¹, por lo que, en estos casos, “ante supuestos de hecho idénticos, cualquier diferencia de trato retributivo deberá estar objetivamente justificada, ya que de lo contrario será discriminatorio y, en consecuencia, lesivo del derecho consagrado en el art. 14 CE”⁶². En este caso, como se ha señalado, este componente tiene una naturaleza objetiva, puesto que son las características del puesto las que van a determinar su asignación y su cuantía. Esto conlleva que una atribución discrecional del mismo debe centrarse única y exclusivamente en esta naturaleza, de modo que no cabe introducir una diferencia de trato retributivo teniendo en cuenta la concurrencia de ciertos aspectos de carácter subjetivo vinculados a la persona que desempeña el puesto de trabajo; si así fuese sería discriminatoria⁶³.

IV. EL COMPLEMENTO DE DEDICACIÓN ESPECIAL

En el ámbito militar se puede observar cómo en el art. 3.4 del RD 1314/2005, al igual que en normas anteriores, como en los derogados art. 4.4 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas⁶⁴, art. 4.4 del Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el reglamen-

⁵⁹ Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 2 de junio de 2011 (rec. 522/2010).

⁶⁰ SSTC 161/1991, de 18 de julio, FJ 1; 2/1998, de 12 de enero, FJ 3; y 34/2004 de 8 marzo, FJ 3.

⁶¹ Vid. STSJ de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 30 de noviembre de 2018 (rec. 152/2017); SSTSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017 (rec. 683/2015) y de 7 de abril de 2016 (rec. 94/2015).

⁶² STC 161/1991, de 18 de julio, FJ 1.

⁶³ Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 10 de febrero de 2012 (rec. 520/2010).

⁶⁴ BOE de 13 de abril de 1989.

to general de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas⁶⁵ y art. 3.3.2º del RD 662/2001, se hace referencia al complemento de dedicación especial, en lugar de denominarlo de productividad como en el ámbito civil, con el fin de adaptar la propia denominación a las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas⁶⁶.

1. El especial rendimiento, la actividad extraordinaria o la iniciativa y su determinación en el ámbito militar

En concreto, este complemento retribuye “el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o la iniciativa con que se desempeñe el puesto” (art. 3.4 del RD 1314/2005), siendo el Ministerio de Defensa el que aprueba los criterios de asignación, así como las cuantías por abonar. En este sentido, se puede comprobar cómo el legislador prácticamente reproduce lo previsto en el art. 23.3.c) de la LMRFP⁶⁷, como ya lo hacía en el citado RD 662/2001; lo que, en la actualidad, se corresponde con la retribución complementaria que se contempla en el art. 24.c) del EBEP que obedece a factores como “el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con el que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos”.

Pues bien, aunque, en mayor o menor medida, hay una coincidencia en cuanto a los factores que se tienen en cuenta, lo cierto es que existen ciertas particularidades en el ámbito militar que han de considerarse y que van más allá de la denominación que se contempla para este complemento. No tanto en el caso de la realización de funciones de carácter administrativo, en las que no se aprecia realmente una diferencia con las que pueda llevar a cabo un funcionario civil, sino en la actividad específica de los ejércitos, vinculada a aspectos tales como la preparación del personal, o el uso de la fuerza, lo que, a su vez, se asocia a los fines que justifican su propia existencia y al hecho de que se exija a sus miembros una concreta disciplina y una disponibilidad permanente para el servicio, “incluso con la entrega de la vida cuando fuera necesario” (art. 6 de la LOFFAA); un aspecto que puede dificultar la propia determinación de la contraprestación económica en función de los factores que señala la norma. Sin olvidar que el legislador hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados como

⁶⁵ BOE de 15 de octubre de 1999.

⁶⁶ *Vid.* al respecto, JANÉ ROCA, P., *La evaluación de la productividad del empleado público: El caso de la Administración de la Generalitat de Cataluña (2009-2014)*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2017, en www.tesisenred.net/handle/10803/457563#page=1, pp. 161 y ss.

⁶⁷ *Vid.* PALOMAR OLMEDA, A., “Los límites jurisprudenciales sobre la fijación del complemento de productividad de los funcionarios: a propósito de las últimas sentencias sobre la materia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 662 (2005), BIB 2005\686, p. 2: “se trata de una regulación especialmente parca de cara a construir una doctrina general fundada y completa sobre el mismo; CASTILLO BLANCO, F.A. “Luces y sobras del complemento de productividad ¿un concepto retributivo inapicado?”, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 8 (2000), pp. 5-24; y CASTILLO BLANCO, F.A. (2002: 219 y ss.).

son “especial rendimiento”, “actividad extraordinaria” o “iniciativa con que se desempeñe el puesto”⁶⁸, como elementos que han de concurrir y ser objeto de valoración; lo que determinará que el sujeto tenga o no derecho a percibir el complemento.

En todo caso, hay que tener en cuenta, tal y como ha señalado el TS, por una parte, que este complemento “está dirigido a lograr una intensificación y calidad del trabajo”, por lo que “su fijación dependerá de la productividad y de la mejora de resultados que individualmente se hayan obtenido en el desempeño de la función o trabajo, siendo esta la única causa motivadora de su devengo”; y, por otra, que tiene carácter “subjetivo o individualizado”, no está vinculado al empleo, de modo que retribuye aspectos subjetivos “y no otro tipo de aspectos de carácter objetivo ligados al puesto de trabajo”⁶⁹. Si bien, también hay que considerar que es la Orden Ministerial 190/2001, de 10 de septiembre, la que contiene normas para la aplicación del complemento de dedicación especial (en lo sucesivo, OM 190/2001)⁷⁰. En particular, establece los criterios que se deben tener en cuenta a la hora de determinar quien debe percibir este complemento, como son el desarrollo de una jornada laboral superior a la establecida⁷¹; los trabajos que requieran una permanente localización; las actividades adicionales a desarrollar, o desarrolladas; el excepcional rendimiento; y la actividad extraordinaria e iniciativa en el desempeño del destino.

Como se puede constatar, estos criterios son bastante genéricos, sobre todo porque no se especifica, ni se indican las circunstancias que han de darse para aplicarlos al personal de las Fuerzas Armadas y que pueden determinar que perciba o no este complemento. No obstante, hay que tener en cuenta que en el apartado séptimo de la OM 190/2001 se autoriza al Subsecretario de Defensa a dictar las correspondientes normas de desarrollo de la misma. De este modo este dicta una Instrucción, por la que se autorizan los importes a abonar cada año en concepto de complemento de dedicación especial a los Ejércitos y otros organismos, y en la que también se recogen normas para su aplicación. Pues bien, uno de los problemas que se ha planteado al respecto ha sido el propio acceso a las Instrucciones, ya que se ha considerado que

⁶⁸ Vid. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 18 de julio de 2008 (rec. 1114/2007).

⁶⁹ Vid. SSTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) 23 de mayo de 2008 (rec. cas. 672/2007), de 3 de julio de 2006 (rec. 2710/2001) y de 7 de marzo de 2005 (rec. 4246/1999).

⁷⁰ BOD de 12 de septiembre de 2001.

⁷¹ En este sentido, se ha cuestionado si es posible considerar a estos efectos la prestación de servicios en turnos rotatorios, o en jornada festiva, o que se realice trabajo nocturno. Lo cierto es que la OM 190/2001 hace referencia a una jornada laboral superior a la establecida, pero el hecho de prestar servicios en esas circunstancias no implica necesariamente que sea así y que por ello exista una especial dedicación en términos de rendimiento, actividad extraordinaria e iniciativa. Vid. SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 2 de junio de 2011 (rec. 522/2010) y de 10 de febrero de 2012 (rec. 520/2010).

se trata de información que tiene carácter auxiliar o de apoyo, de acuerdo con lo establecido en el art. 18.1 b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno⁷², en el que se indica que “se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes” de acceso a la información pública que “referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas”. Sin embargo, no cabe entender que las Instrucciones dictadas por el Subsecretario de Defensa se deban considerar como documentos auxiliares o de apoyo, por diferentes razones, entre las que cabe destacar que el acceso a su contenido es fundamental “para conocer cómo se distribuye y se percibe” este complemento, así como “la cuantía a distribuir en función del crédito aprobado para ello”; no se puede estimar que son documentos secundarios a estos efectos, ni que tienen “un carácter exclusivamente interno por el simple hecho de que sus efectos jurídicos- que claramente los produce- se circunscriben a un ámbito limitado, en este caso el de la Organización en la que son de aplicación”; además, teniendo en cuenta lo establecido en dichas Instrucciones, los sujetos a los que se les aplica podrán o no percibir esa retribución⁷³. En resumen, para determinar si se percibe el complemento por el hecho de que concurren los criterios previstos en el RD 1314/2015, es decir, “el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o la iniciativa con que se desempeñe el puesto”, habrá que considerar los criterios que se establecen en la OM 190/2001 y su desarrollo en la correspondiente Instrucción.

En este sentido, se puede comprobar cómo, al margen de la dificultad para poder acceder a estas Instrucciones, el desarrollo varía de unas a otras, si bien, en todo caso, se puede constatar que se introducen determinados aspectos que van a condicionar la posibilidad de que el personal de las Fuerzas Armadas pueda percibir este complemento, como, por ejemplo, la realización de una determinada jornada, y/o un concreto horario⁷⁴. Con respecto a lo señalado, hay que recordar que en la

⁷² BOE de 10 de diciembre de 2013.

⁷³ En cuanto a las razones señaladas, cfr. Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Resolución 705/2018, de 19 de febrero de 2019. N/REF: R/0705/2018; 100-001936.

⁷⁴ Tal y como se puede observar en la Instrucción 263/2001, de 14 de diciembre (Instrucción 263/2001), BOD de 18 de diciembre de 2001. En esta se establecieron dos modalidades de este complemento; modalidades que no se podían percibir de forma simultánea. De un lado, la de especial rendimiento, prevista para retribuir el “especial rendimiento, interés, e iniciativa” (punto tercero Instrucción 263/2001), aunque se limita el colectivo de sujetos que pueden percibirlo vinculándolo a la jornada y horario de especial dedicación, y estableciendo como condición la realización de una jornada de entre 8 y 12 horas semanales en horario de tarde, salvo, como en la citada Instrucción se indica, en el periodo en el que se implante la jornada de verano, sin perjuicio, por necesidades del servicio, del incremento horario que ocasionalmente sea preciso o de la fijación individualizada de la jornada vespertina, además de demostrar ese especial rendimiento, interés e iniciativa; y, de otro, la modalidad de actividad extraordinaria, vinculada a la eficacia en el desempeño de las labores (punto quinto Instrucción 263/2001), condicionando su percepción al hecho

Orden DEF/1363/2016, de 28 de julio, por la que se regula la jornada y el régimen de horario habitual en el lugar de destino de los miembros de las Fuerzas Armadas (ODEF 2016)⁷⁵, se establecen distintos tipos de jornada, como la jornada general de trabajo, o la jornada especial, que en este caso conlleva la obligación de realizar una jornada de trabajo superior a la jornada general, sin olvidar la jornada de verano, a la vez que se contempla el horario de trabajo para las mismas y se indica, en algunos casos, la posibilidad de incrementarlo por necesidades del servicio (arts. 6 y 9). Aunque, es posible introducir adaptaciones al respecto por razones como el destino, o las necesidades específicas de determinadas unidades, bien a partir de determinadas remisiones o bien porque se permite que ciertos sujetos las establezcan (art. 5 de la ODEF 2016); lo que, a su vez, conlleva que se contemplen, según los casos, diferentes jornadas de trabajo u/y horarios. Además, tal y como se reconoce en la propia Exposición de Motivos de la ODEF 2016, también es posible que sea necesario que el personal militar preste servicios más allá de su horario habitual, lo que se deriva de la “disponibilidad permanente para el servicio que caracteriza” a este personal. De hecho, en el propio art. 10 de la ODEF 2016 se hace referencia a la modificación del horario habitual “por necesidades del servicio, adiestramiento, instrucción, guardias o servicios, o por el carácter operativo” de las unidades.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, lo cierto es que la percepción de este complemento puede quedar condicionada en algunos casos, no ya solo por la necesidad de que concurra un especial rendimiento, un interés o una iniciativa, ni por el hecho de estar localizable de forma permanente, sino que, además, se requiere que

de estar localizable de forma permanente y, además, a la realización de la misma jornada y horario que el titular del órgano del que dependa. En este sentido, como se puede comprobar, no basta con que el sujeto cumpla la condición de tener un especial rendimiento, interés o iniciativa, ni una mayor productividad, sino que, en realidad, en una y otra modalidad se vincula su percepción a una determinada jornada y a un cierto horario. Por su parte, en la Instrucción 23/2017, de 25 de mayo, del Subsecretario de Defensa, por la que se autorizan los importes a abonar en el año 2017 en concepto de complemento de dedicación especial a los Ejércitos y otros organismos, y se dictan normas para su aplicación (*vid.* OBSERVATORIO DE LA VIDA MILITAR (2017: 175-179), se puede comprobar cómo se trata de concretar cada uno de los criterios que se contemplan en la OM 190/2001, como la realización de una jornada laboral superior a la establecida, para lo que se tiene en cuenta el hecho de que se esté sujeto a horarios distintos y superiores a los que se contemplan en su unidad de destino; o de trabajos que requieran una permanente localización, si bien en este caso no se concreta, solo se indica que debe estar “permanentemente localizado durante la mayoría de los días del mes”, sin especificar qué se entiende por esa mayoría que señala; o de actividades adicionales a desarrollar, o desarrolladas, considerando a estos efectos aquellos cometidos que se añadan a los correspondientes a su puesto de trabajo; o tener un excepcional rendimiento, vinculándolo a la realización de una jornada de especial dedicación, con el horario previsto al efecto; o, por último, la realización de una actividad extraordinaria e iniciativa en el desempeño del destino, para el personal que “en razón de su puesto de trabajo, realiza funciones de apoyo al Mando, debiendo estar sujeto a un horario que se encuentra supeditado a la jornada y horario de trabajo de la autoridad de la que se dependa, desempeñando sus cometidos con especial rendimiento, actividad extraordinaria e interés o iniciativa”.

⁷⁵ BOE de 10 de agosto de 2016.

el sujeto realice una determinada jornada y/o un cierto horario. Lo relevante a estos efectos es que esto determina que queden excluidos de la posibilidad de percibir este complemento quienes no cumplan de forma conjunta estos requisitos; lo que supone que, finalmente, no solo se valora el hecho de que el sujeto tenga una especial dedicación en términos de rendimiento, actividad extraordinaria e iniciativa o que realice una jornada específica, sino que esa especial dedicación se produzca prestando servicios con una jornada y/o un horario determinados. En este sentido, se ha señalado que, de este modo, en realidad se desnaturaliza este complemento, ya que “sólo se está retribuyendo una jornada o un horario concreto, que se entiende que satisface las necesidades organizativas (...) que pueden resolverse asignando un complemento específico superior a los puestos que tienen determinados requisitos horarios”⁷⁶. Ahora bien, es cierto que la jornada y el horario son factores de carácter objetivo, pero por sí mismos, como se ha analizado, no determinan que se pueda percibir el complemento de especial dedicación⁷⁷, no es esto lo que persigue el legislador, ya que solo se consideran en la medida en que concurren esos otros factores a los que se ha hecho referencia que tienen un carácter subjetivo. En todo caso, no se trata de una retribución que percibe el sujeto por el mero hecho de desempeñar un puesto de trabajo realizando una determinada jornada con un cierto horario, además, hay que tener en cuenta que no todos los sujetos van a percibir este complemento, podrán recibirlo, pero no hay que olvidar que es una parte variable de la retribución del personal de las Fuerzas Armadas.

2. El carácter subjetivo del complemento de dedicación especial y su atribución

Este complemento, tal y como se configura, constituye un derecho subjetivo del personal de las Fuerzas Armadas, de modo que su concesión y su cese en cuanto a la percepción del mismo debe ser individual⁷⁸. Así, es indiferente que se realicen las

⁷⁶ Vid. JANÉ ROCA, P. (2017: 164). Sin embargo, como se ha podido comprobar, en este caso no se trata de una retribución vinculada al empleo ostentado, ni tampoco al puesto de trabajo que ocupa el sujeto, es decir, no es el contenido del puesto el que determina que se perciba este complemento.

⁷⁷ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31 de enero de 2012 (rec. 866/2010): “mediante él no se retribuye el puesto de trabajo, en cuanto a la penosidad intrínseca del mismo (exceso de horas de trabajo) sino el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o iniciativa con que se desempeñe el destino, lo que no consta en autos por lo que el recurrente no tiene derecho a percibir cantidad alguna en concepto de complemento por dedicación especial”.

⁷⁸ SSTSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de marzo de 2001 (rec. 1243/1999), de 31 de julio de 2001 (rec. 1239/1999) y de 29 de septiembre de 2001 (rec. 92/2000): “La aplicación de este complemento en las Fuerzas Armadas, de manera análoga a como sucede con el de productividad, supone la evaluación diferenciada de cada militar por sus superiores jerárquicos”.

mismas funciones⁷⁹ o se ocupen idénticos puestos de trabajo, ya que este concepto retributivo no se establece teniendo en cuenta las condiciones y características específicas del puesto, sino que está directamente relacionado “con la forma en que el militar desarrolla el puesto” en cuanto a “intensidad, eficacia y acierto” al desempeñar las funciones encomendadas⁸⁰, valorándose, en todo caso, si en la prestación de servicios en los términos señalados se da ese “especial rendimiento”, la “actividad extraordinaria”, o la “iniciativa”, a los que se ha hecho referencia⁸¹. En este sentido, dado su carácter individual, no existirá infracción del principio de igualdad en cuanto a la aplicación del complemento en los casos en los que se conceda a unos funcionarios y no a otros que ocupan puestos de trabajo similares, o realizan idéntico trabajo⁸². De este modo, “aunque se desempeñen idénticas funciones o se ocupen los mismos puestos de trabajo, es claro que siempre podrá valorar la Administración si en la prestación de servicios de cada funcionario, civil o militar, se da el “especial rendimiento”, la “actividad extraordinaria” o la particular “iniciativa” a los que se refiere el precepto”, de forma que el sujeto que reclame la percepción de este complemento deberá acreditar que ha realizado sus labores “con el mismo “rendimiento”, “actividad extraordinaria” o “iniciativa” que los sujetos que lo perciben y que realizan las mismas funciones y ocupan un puesto idéntico⁸³. Además, se trata de un complemento que no es consolidable, ni exige que su percepción deba ser periódica, ya que

⁷⁹ Vid. SSTs (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 8 y 24 noviembre 1995 (rec. 6723/1992 y rec. 5030/1992) de 19 enero 1996 (rec. 7054/1992) y de 26 de septiembre de 1996 (rec. cas. 413/1994); no procede “su aplicación por meros automatismos con base exclusivamente en una descripción de funciones”.

⁸⁰ SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 11 julio de 2002 (rec. 1179/2001).

⁸¹ SSTSJ Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de marzo de 2001 (rec. 1243/1999) y de 29 de abril de 2005 (rec. 593/02).

⁸² Vid. STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4 de mayo de 2006 (rec. 18/2003): “la naturaleza esencialmente subjetiva del complemento y las limitaciones económicas a las que se encuentra sujeto impiden apreciar cualquier infracción del principio de igualdad amparado por el art. 14 CE que los actores fundan en la atribución del complemento a los dos compañeros del recurrente pues no consta que la laboriosidad, iniciativa, etc. de los tres funcionarios destinados en esa dependencia sea la misma aunque realicen idénticas funciones” y STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 16 de marzo de 2006 (rec. 1321/2000): “en atención a la naturaleza jurídica del complemento, ha de estimarse posible y correcto que determinados funcionarios que desempeñan puestos de trabajo de contenido idéntico puedan quedar diferenciados por tal retribución, tanto en su reconocimiento como en su importe, consecuencia de valorarse en ella el acierto, dedicación y entrega con que el funcionario acomete su trabajo, de tal modo que la simple existencia de unos funcionarios que perciben el complemento en cuestión no es razón bastante para que los restantes funcionarios que desempeñen puestos de trabajo similares, o aún idénticos, tengan derecho a su percepción”.

⁸³ Vid. SSTSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de marzo de 2001 (rec. 190/2000) y de 12 de julio de 2002 (rec. 186/2000).

se atribuirá teniendo en cuenta la situación del funcionario en la que esté presente alguno de esos factores que han de valorarse⁸⁴.

Así, dado ese carácter subjetivo del complemento de dedicación especial, la Administración, de forma discrecional, si bien, atendiendo a los factores señalados, podrá determinar la atribución del complemento en ciertas ocasiones y periodos⁸⁵, al igual que su cese en cuanto a la percepción⁸⁶. En todo caso, lo que no cabe es conceder este complemento en función del empleo, ni de la antigüedad⁸⁷, ya sea en el empleo o en el destino, ni por la realización de guardias y servicios (apartado segundo de la OM 190/2001). Es cierto que la normativa que regula este complemento no señala expresamente que deba motivarse la concesión o el cese en la percepción de este complemento, si bien tampoco existe una exclusión al respecto. De todos modos, hay que recordar que el art. 35.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁸⁸, establece la necesidad de motivar los actos administrativos que obedecen a la actividad discrecional de la Ad-

⁸⁴ *Vid.* STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 8 de julio de 2008 (rec. 1114/2007). En este sentido, se ha cuestionado si el sujeto que percibe este tipo de complemento debe continuar recibiéndolo en los periodos en los que no realiza actividad profesional, como sucede en el caso en el que disfruta de permisos reglamentarios. Pues bien, hay que tener en cuenta que “es imprescindible cumplir con las condiciones requeridas para percibir el complemento de dedicación especial”, de ahí que resulte “justificada la exclusión para su percepción” ya que en esos casos no se desarrolla una actividad “de la que quepa predicar el especial rendimiento o la dedicación extraordinaria” y ello al margen de que el personal de las Fuerzas Armadas tenga una disponibilidad permanente para el servicio. Cfr. STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 12 de abril de 2006 (rec. 739/2004).

⁸⁵ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 16 de marzo de 2006 (rec. 1321/2000).

⁸⁶ Atribución y cese que han de comunicarse al interesado mediante escrito del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente o por el Subsecretario de Defensa, en el ámbito de sus competencias, o por las Autoridades en quienes deleguen, y a la pagaduría correspondiente, haciendo constar el mes a partir del cual se le abonará o se cesará en la percepción, teniendo en cuenta lo establecido en el RD 1314/2005 y los citados criterios.

⁸⁷ *Vid.* STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de noviembre de 2002 (rec. 883/2000): “La antigüedad en el empleo puede y debe tenerse en cuenta para la fijación de otras retribuciones pero no para el complemento de dedicación especial”; SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de diciembre de 2005 (rec. 1318/2000): “El criterio de asignar el mencionado complemento de dedicación especial, excesivamente al Suboficial más antiguo –que es el aplicado por la Administración y se constata en los numerosos precedentes de casos similares– debe rechazarse, por cuanto no tiene una racional relación con la actividad extraordinaria, e iniciativa con que desempeñen el puesto de trabajo, tal y como se define esta retribución complementaria”; de 22 de diciembre de 2005 (rec. 1320/2000): “La mera antigüedad, aisladamente considerada, no es reveladora de dedicación especial definida por aquéllos conceptos indeterminados”; de 4 de septiembre de 2002 (rec. 245/1999); de 27 de noviembre de 2002 (rec. 1336/2000); STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 30 de mayo de 2003 (rec. 1196/2001) y STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de septiembre de 2005 (rec. 412/2004).

⁸⁸ BOE de 2 de octubre de 2015.

ministración. Así, no es admisible una ausencia de motivación, tanto con respecto a la propia concesión como al cese en su percepción; el hecho de que se trate de un acto discrecional no significa que no deba motivarse, si así fuese la resolución sería nula⁸⁹. Por tanto, aunque entre dentro de la potestad de organización de la Administración determinar a qué sujetos se va a atribuir el complemento de dedicación especial por su carácter subjetivo y aunque su decisión esté basada en los conceptos jurídicos indeterminados a los que se ha hecho referencia, esto no significa que la discrecionalidad técnica pueda conllevar discriminaciones, o que la asignación pueda ser arbitraria, o, teniendo en cuenta la indeterminación de esos conceptos, que pueda recurrir a otros criterios ajenos a los previstos por el legislador⁹⁰.

En definitiva, la concreción de los funcionarios que van a percibir este complemento “debe de hacerse mediante una motivación adecuada y suficiente para evitar situaciones de desigualdad o agravio”⁹¹. De este modo, el carácter subjetivo del complemento va a impedir que no se conceda a aquellos que lleven a cabo su labor con igual exigencia, con el mismo rendimiento o esfuerzo que otro sujeto que sí se le haya atribuido recurriendo para su justificación a factores ajenos a los establecidos normativamente para su asignación⁹². Además, hay que considerar que la Administración debe someterse al control jurisdiccional (art. 106.1 de la CE) y justificar su actuación partiendo de los criterios legalmente establecidos⁹³; “lo que implica el sometimiento de esta a los principios generales del Derecho, entre los que se cuenta el de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 de la CE, y desde luego incurre en arbitrariedad la actuación que se convierte en fuente de decisiones que no resultan justificadas”⁹⁴.

⁸⁹ STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de noviembre de 2002 (rec. 883/2000): “no se ha acreditado una distinción que conlleve aquel especial rendimiento, actividad extraordinaria y/o iniciativas en el desempeño del puesto de trabajo, ha de concluirse que se ha vulnerado la legalidad así como el principio de igualdad en la aplicación de la ley, lo que ha de llevar a la estimación del recurso en el sentido de decretar la nulidad de la resolución recurrida”.

⁹⁰ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de diciembre de 2005 (rec. 1318/2000): “La asignación de este complemento por razón de la antigüedad del Suboficial, se aparta claramente de la disposición legal en que se fundamenta, y por tanto la exclusión supone la discriminación de los Suboficiales con menor antigüedad”.

⁹¹ SSTSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de marzo de 2002 (rec. 192/1999) y de 1 de diciembre de 2005 (rec 1318/2000).

⁹² STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 1 de diciembre de 2005 (rec. 1318/2000).

⁹³ STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 20 de noviembre de 2002 (rec. 883/2000).

⁹⁴ STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 6 de marzo de 2002 (rec. 192/1999).

3. La incidencia de determinados factores en su percepción y/o su cuantía

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, en la práctica, se han venido planteando problemas al respecto. En concreto, a pesar de retribuir aspectos subjetivos, el empleo ha tenido relevancia a la hora de determinar la cuantía del complemento, de hecho en la regulación previa a la prevista en la actualidad en el RD 1314/2005, dicha cuantía se refería a un porcentaje del importe del complemento de empleo. Por esta razón, partiendo de lo anterior, el complemento se ha vinculado, más que a las condiciones y criterios señalados, al concreto empleo⁹⁵. De este modo, aunque existe un complemento de empleo, el complemento de dedicación especial se ha venido percibiendo, a su vez, como un complemento de este. Si bien, al suprimir la referencia al mencionado porcentaje en la regulación vigente se ha favorecido la eliminación de la tendencia a vincularlo al empleo en la práctica; vinculación que, como se ha señalado, no es admisible⁹⁶. En el mismo sentido, el destino ha sido otro elemento que en algunos casos se ha tenido en cuenta a la hora de establecer la citada cuantía, en concreto, para el personal del Ejército de Tierra destinado en Navarra y País Vasco⁹⁷, retribuyendo de esa forma una condición objetiva, en lugar de las condiciones subjetivas que determinan que el sujeto deba percibir el complemento de dedicación especial. Así, en la práctica, “a través de un complemento llamado a retribuir condiciones “subjetivas” del personal militar se está retribuyendo una condición objetiva de los distintos puestos desempeñados por el mismo (...) y no dependiente

⁹⁵ Vid. OBSERVATORIO DE LA VIDA MILITAR (2017: 18 y 112-113): “el porcentaje mayor de los que no perciben este complemento se encuentra entre los empleos de subteniente a soldado”.

⁹⁶ Vid. CANTERA DE CASTRO, Z., *Comisión de Defensa de 26 de abril de 2017, para informar sobre temas relativos al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado*, 2017, en <https://www.youtube.com/watch?v=8QmBaIVXZR8>

⁹⁷ STSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de enero de 2019 (rec. 177/2018): “A partir de octubre de 2001, para paliar la derogación formal del instrumento por el que se estableció una gratificación por servicios a todo el personal de las Fuerzas armadas destinado en País Vasco o Navarra, el Ejército de Tierra arbitró un procedimiento dentro del marco normativo que permitiera el mantenimiento de las retribuciones anteriores a octubre de 2001 a cargo del complemento de dedicación especial, así se dictó Norma Particular de Aplicación del complemento de dedicación especial en el País Vasco y Navarra para el Ejército de Tierra vigente desde el 1 de enero de 2003 hasta el año 2007 en la que se establecía los porcentajes que sobre el complemento de empleo percibiría el personal destinado en País Vasco y Navarra, desde octubre de 2007 se ha venido abonado por el Ejército de tierra a cargo del complemento de dedicación especial una cuantía fija al personal destinado en unidades radicadas en Navarra y País Vasco (...). Por contra el Ejército del Aire no lo hizo así, y en cualquier caso, la realidad es que miembros del Ejército de Tierra destinados en Navarra y País Vasco siguen cobrando en concepto de complemento de dedicación especial superiores cuantías”.

de las condiciones “individuales” (rendimiento, iniciativa, actividad, etc.) de quienes las ocupan”⁹⁸.

También se ha planteado hasta qué punto está justificado que en ocasiones se haya venido percibiendo todos los meses, con carácter fijo o rotatorio, durante un determinado número de meses, o en meses alternos, teniendo en cuenta las disponibilidades presupuestarias. En este sentido, el problema no es tanto si se cobra de forma ininterrumpida o si existe una rotación a la hora de percibirlo, sino si, teniendo en cuenta los factores que han de concurrir, todos los sujetos que lo perciben son realmente acreedores del mismo; de forma que, por razones presupuestarias, la fórmula a la que se acude “se acomoda razonablemente al derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley o norma jurídica (art. 14 de la CE)”⁹⁹ considerando que los sujetos merecen percibirlo; lo que no sería admisible en caso contrario¹⁰⁰.

Cuestión distinta es si cabe privar de este complemento a quienes tengan reducida su jornada, con el fin de conciliar su vida personal, familiar y profesional, en los términos que se establecen en la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas¹⁰¹ (ODEF 253/2015). En la actualidad, el legislador deja clara la compatibilidad de la reducción de jornada con la percepción del complemento de dedicación especial cuando corresponda de acuerdo con lo previsto en el art. 3.4 del RD 1314/2015 (art. 22.5 de la ODEF 253/2015). Es cierto, por una parte, que, salvo en el caso de reducción de jornada por enfermedad muy grave, estos sujetos ven reducidas proporcionalmente sus retribuciones, pero esto no va a implicar que se les deba privar del complemento; y, por otra, que lo habitual es que queden exonerados de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas, con excepciones en las que la exoneración queda condicionada al hecho de que las necesidades

⁹⁸ Cfr. SSTSJ Navarra (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de enero de 2019 (rec. 177/2018), de 26 de octubre de 2018 (rec. 83/2018), y de 30 de noviembre de 2017 (rec. 21/2017).

⁹⁹ STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de mayo de 2001 (rec. 1241/1999): “la Administración está reconociendo, en el citado informe, que todos los suboficiales del buque B.S.R. “Neptuno” son acreedores a la percepción del complemento de dedicación especial; ahora bien, también es cierto que las cuantías del complemento de dedicación especial son determinadas por el Ministerio de Defensa dentro de los créditos que se asignen para esta finalidad (artículo 4.4 del Reglamento de Retribuciones y Leyes de Presupuestos Generales del Estado para cada año), razón por la cual, en el buque “Neptuno” no pueden los suboficiales percibir todos los meses, ininterrumpidamente, el complemento de dedicación especial; y la fórmula a la que se acude entonces para su abono (rotación mensual) se acomoda razonablemente al derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley o norma jurídica (artículo 14 de la CE), pues todos los suboficiales embarcados en ese buque merecen percibirlo”.

¹⁰⁰ STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31 de julio de 2001 (rec. 1239/1999). En cuanto al reparto y la falta de disponibilidad presupuestaria, *vid.* SSTC 117/2004, de 12 de julio y 76/2005, de 4 de abril.

¹⁰¹ BOE de 18 de febrero de 2015.

del servicio lo permitan. Precisamente, por lo que aquí interesa, en la práctica, se ha podido comprobar cómo en las resoluciones se ha invocado la no realización de guardias, servicios, maniobras o actividades análogas como razón para privar del complemento a los sujetos. Ahora bien, esta exoneración no puede determinar que los sujetos se vean privados de este complemento, ya que este, como se ha señalado, no puede concederse por la realización de guardias y servicios¹⁰².

V. LA GRATIFICACIÓN POR SERVICIOS EXTRAORDINARIOS

La gratificación por servicios extraordinarios del personal de las Fuerzas Armadas ya estaba prevista en el art. 5.3.3 del RD 662/2001, y, en la actualidad, se contempla en los mismos términos en el art. 3.5 del RD 1314/2005. En general, como se puede comprobar, esta gratificación solo se establece para servicios extraordinarios que han de llevarse a cabo fuera de la jornada normal, por tanto, no para cualquier labor; por ello, se trata de una gratificación que tiene carácter excepcional, que no puede ser fija en su cuantía, ni puede devengarse de forma periódica. De este modo, se puede afirmar que el legislador reproduce lo previsto en el art. 23.3. d) de la LMRFP, que en la actualidad se recoge en el art. 24.d) del EBEP; si bien, en el caso del personal de las Fuerzas Armadas se concede por el Ministerio de Defensa en las cuantías que este determine.

Como se viene señalando, el art. 25 de la LOFFAA indica que el sistema retributivo de este colectivo será el de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, y establece su adaptación “a las características de las Fuerzas Armadas, a las peculiaridades de la carrera militar y a la singularidad de los cometidos y funciones que tienen asignados”. En este sentido, al reproducir lo establecido en la citada norma se podría pensar que la regulación prevista para los funcionarios civiles se aplica a los miembros de las Fuerzas Armadas sin ningún tipo de adaptación. Sin embargo, hay que considerar que por Orden 853/2002, de 10 de abril¹⁰³, el Ministro delegó la referida competencia en el Subsecretario de Defensa, quien dictó la Instrucción 74/2004, de 13 de abril, por la que se aprueban las normas a seguir para el abono de gratificaciones por servicios extraordinarios al personal militar y civil funcionario (Instrucción 74/2004). En concreto, entre otros aspectos, en la misma se hace referencia al concepto de gratificación por servicios extraordinarios

¹⁰² *Vid.* STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 25 de marzo de 2013 (rec. 1184/2009): “siendo compatible en abstracto la reducción de jornada con la percepción del complemento de dedicación especial y no ajustándose a la regulación del citado complemento la razón invocada en la resolución impugnada para denegar su asignación a la actora -la no realización por la misma de guardias y servicios-, sólo cabe la anulación de las resoluciones que constituyen el objeto del presente recurso”.

¹⁰³ BOE de 19 de abril de 2002.

y a las limitaciones relativas a su aplicación. En este caso, por lo que aquí interesa, es importante tener en cuenta que para percibir esta gratificación deben darse dos condiciones, al igual que para los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, de un lado, debe tratarse de servicios que se realicen fuera de la jornada normal de trabajo; y, de otro, esos servicios deben ser extraordinarios (norma tercera de la Instrucción 74/2004). Ahora bien, aspectos como la disponibilidad permanente para el servicio, y las propias funciones que tiene encomendadas el personal de las Fuerzas Armadas, han determinado que a este colectivo se le aplique una regulación específica que difiere de la prevista para esos funcionarios civiles; aun partiendo de unas condiciones que, en un primer momento, pueden parecer iguales. Por esta razón, para conocer si el citado personal cumple las condiciones necesarias para obtener esta gratificación es fundamental determinar para este concreto colectivo, en primer lugar, qué se entiende por realizar servicios fuera de la mencionada jornada normal de trabajo, y, en segundo lugar, cuáles de esos servicios que se llevan a cabo fuera de esa jornada se consideran extraordinarios.

1. La necesidad de que los servicios se realicen fuera de la jornada normal de trabajo

El hecho de que los servicios se deban realizar fuera de la jornada normal de trabajo no significa que se pueda asimilar al concepto de horas extraordinarias previsto en el art. 35 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores¹⁰⁴, ni, desde luego, que se pueda aplicar de algún modo su regulación¹⁰⁵, ni, como se verá, que por llevarse a cabo fuera de esa jornada se consideren servicios extraordinarios. El problema que se puede plantear con respecto a la necesidad de que se deben llevar a cabo fuera de la citada jornada está relacionado con la disponibilidad para el servicio, ya que se trata de una disponibilidad permanente, tal y como se establece en el art. 20 del RDRROO y en el art. 22.1 de la LOFFAA, y se podría pensar que esa disponibilidad permanente puede dificultar el establecimiento de una jornada y la propia determinación de qué se considera o no servicio extraordinario. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el legislador, como se puede apreciar en el art. 22.2 de la LOFFAA, establece que la jornada de trabajo de los militares será la del personal al servicio de la Administración General del Estado, a la vez que indica que el régimen de horario se debe adaptar a las necesidades operativas, a las derivadas del funcionamiento de las unidades y de la prestación de guardias y servicios, considerando en todo caso la mencionada disponibilidad permanente y la necesidad de conciliar la

¹⁰⁴ BOE de 24 de octubre de 2015.

¹⁰⁵ *Vid.* STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 23 de mayo de 2013 (rec. 630/2009).

vida profesional, personal y familiar. Aspectos que, en la actualidad, se contemplan en la ODEF 2016.

Lo cierto es que en la ODEF 2016 no se hace referencia como tal a la jornada normal de trabajo, sino que, como se ha indicado, en la misma se regulan distintos tipos de jornada (la jornada general de trabajo, la jornada especial, que conlleva la obligación de realizar una jornada de trabajo superior a la jornada general, y la jornada de verano), y para estos se contemplan diferentes horarios y, en determinados supuestos, por necesidades del servicio, la posibilidad de incrementar el horario de trabajo (arts. 6 y 9); así como la de introducir adaptaciones por diferentes razones (art. 5). Por tanto, cuando se hace referencia a la realización de servicios fuera de la jornada normal de trabajo hay que partir de los distintos tipos de jornadas, de los horarios establecidos, y, en concreto, de la probable prolongación de la jornada en cuestión. Lo que conlleva que por las citadas “necesidades del servicio, ya sean operativas o de funcionamiento de la unidad”, se incremente “de forma ocasional el horario habitual de trabajo”; horario que, como se ha señalado, varía dependiendo de los citados tipos de jornada y “determina la hora de inicio y fin de las actividades diarias en el destino” (art. 3 apart. 3 y 4 ODEF 2016).

2. Los servicios extraordinarios como actividades no exclusivamente militares

Ahora bien, cuando el legislador contempla las mencionadas gratificaciones para el personal de las Fuerzas Armadas lo hace no para cualquier servicio que se realice fuera de la jornada normal de trabajo, sino solo para “servicios extraordinarios”. Además, no se puede interpretar que todos los servicios que se realizan fuera de dicha jornada lo son. En este sentido, hay que tener en cuenta que la citada norma tercera de la Instrucción 74/2004 hace referencia a los servicios extraordinarios en términos negativos, de forma que señala que no se incluyen como tales “la realización de guardias o servicios, u otros de naturaleza similar”. Así, se ha considerado que no son servicios extraordinarios las “actividades inherentes al servicio o función desempeñado”¹⁰⁶; de modo que “no cabe retribuir como servicios extraordinarios aquellas actividades que sean puramente militares y como consecuencia del desarrollo propio del destino ocupado y/o de la profesión militar”¹⁰⁷ y que se puedan

¹⁰⁶ Como es el caso de la “participación en maniobras militares, así como el resto de ejercicios, actividades y operaciones propias de la función militar”, *vid.* SSTSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 21 de febrero de 2008 (rec. 222/07), de 30 de septiembre de 2011 (re. 639/2011) y de 31 de enero de 2012 (rec. 866/2010): “Las funciones desempeñadas por el recurrente no son servicios extraordinarios fuera de la jornada normal de trabajo, sino que son funciones propias del cargo del recurrente”.

¹⁰⁷ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 23 de mayo de 2013 (rec. 630/2009).

incardinar, como se ha señalado, en las citadas guardias, servicios u otros de similar naturaleza¹⁰⁸, por lo que, a sensu contrario, las actividades que no sean inherentes al servicio o función, las que no sean exclusivamente militares, se considerarán servicios extraordinarios¹⁰⁹.

No obstante, tampoco se califican como servicios extraordinarios, como señala la mencionada norma tercera de la Instrucción 74/2004, “los trabajos remunerados por algún otro concepto retributivo”. Con respecto a estos últimos hay que recordar, como se ha indicado, que el especial rendimiento, la actividad extraordinaria o la iniciativa con la que se desempeñe el destino se retribuyen con el complemento de dedicación especial en los términos señalados. De forma que quedarían excluidos

¹⁰⁸ En cuanto a los citados servicios “de naturaleza similar”, es posible señalar cómo se han considerado como tales, y, por tanto, no son servicios extraordinarios, en concreto, para el Ejército de Tierra, los desfiles, incluidos los procesionales; tiro e instrucción nocturna y lo que implique instrucción adiestramiento de Unidades, Centros u Organismos (UCO,s); asistencia a actos protocolarios militares; activación de UCO,s; servicios de mantenimiento en UCO,s y administración de órganos de acción social, excepto casos extraordinarios de reparaciones de averías graves o de liquidaciones urgentes de cierres de ejercicio económico, etc; jornadas de puertas abiertas; asistencia a exposiciones, conferencias y seminarios; servicios de seguridad en general; asistencia a grupos de trabajo; cursos en UCO,s; tomas de posesión de Mando; asistencias a Actos Institucionales (Juras de Bandera, conmemoraciones, aniversarios, celebraciones, conciertos, Patronas/os, etc); acciones de revisión o mantenimiento diario o periódico de Instalaciones; operaciones militares en TN o en el exterior; incluidas las acciones previas y posteriores a las mismas; acciones operativas y logísticas de las UCO,s; jornadas de instrucción continuada o diurna de las UCO,s (apartado 5.5.2 Instrucción Técnica 07/10, abril 2010 (IT 07/2010), en <http://www.as-fas.es/zSociosForo/Normativa/IT%200007-2010%20Gratificaciones%20svs%20extraordinarios.pdf>).

¹⁰⁹ Así, se ha entiendo que son servicios extraordinarios, de acuerdo con lo establecido en el apartado 5.5.1 IT 07/2010 con respecto al personal del Ejército de Tierra, actividades tales como la participación en Tribunales y Secretarías de exámenes; conductores y escoltas especiales de Autoridades en Actos Oficiales; asistencia a extinciones de incendios u otros desastres naturales siempre fuera de la campaña anual contra incendio y fuera de los Campos de Tiro e Instrucciones militares; colaboraciones y asistencias de usuarios militares en activo o en situación de reserva, en el desarrollo eventual de funciones de profesor o monitor en actividades recreativas, deportivas o culturales en los Centros Deportivos Socioculturales Militares del Ejército de Tierra; colaboraciones y asistencias de usuarios militares en activo o en situación de reserva en Grupos de Estudio convocados por el Mando de Adiestramiento y Doctrina; realización de liquidaciones, inventarios y memorias anuales que por su urgencia debidamente justificada, originen su ejecución en plazos extraordinarios; componentes de Juntas de Evaluación para ascenso y acceso a Tropa Permanente de Militares de Tropa, Secretarías de exámenes para ingreso en las distintas Escalas, Tribunales y Órganos de apoyo a concurso-oposición, cambio de especialidad en la Academia General Militar, Academia General Básica de Suboficiales, y Academia de Logística y operaciones contables; servicios generales para facilitar la acción social y asistencia al personal del Ejército, que carezcan de otra vía de compensación; cometidos de Jefe de escoltas, escoltas y conductores del Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, y servicios extraordinarios en apoyo de dicha Autoridad; servicios de apoyos previos y posteriores a la realización de actos protocolarios militares; carga y descarga de material de nueva adquisición, etc; pruebas de equipos y materiales. Programas de adquisición; acciones de revisión o mantenimiento urgente de instalaciones, ante averías graves. Si bien, este listado de servicios no es cerrado ya que también se hace referencia a “otras actividades similares”; lo que permite incluir otros servicios que no sean puramente militares.

todos ellos de la gratificación por servicios extraordinarios. Es cierto que se podría pensar que en los casos en los que se desarrolla una jornada superior a la prevista podría existir cierta dificultad a la hora de determinar el concepto retributivo por el que se remuneran los servicios, sin embargo, hay que tener en cuenta que el legislador hace referencia a servicios extraordinarios, es decir, de carácter excepcional, por ello quedan al margen de su consideración como tal, los desarrollados con una cierta frecuencia fuera de la jornada laboral, de forma que se retribuyen mediante el complemento de dedicación especial (norma quinta de la Instrucción 74/2004)¹¹⁰. Al igual que tampoco se puede hacer referencia a servicios extraordinarios en los casos en los que se consideran las especiales condiciones en que la unidad de destino desarrolla su actividad, y, en concreto, las particulares condiciones de responsabilidad, preparación técnica, peligrosidad y penosidad del puesto, ya que se retribuyen con el componente singular del complemento específico.

VI. VALORACIONES FINALES

Aunque al personal de las Fuerzas Armadas se le aplica el sistema retributivo de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado con las adaptaciones a las que se ha hecho referencia, se puede constatar que no es posible afirmar que exista una verdadera equiparación a partir de esas adaptaciones. Los criterios que se contemplan en la regulación prevista para el personal de las Fuerzas Armadas para cada uno de los complementos retributivos no siempre son los mismos. De hecho, se puede observar cómo el empleo predomina claramente en el ámbito militar dejando al margen criterios objetivos que se aplican en el civil, lo que pone de manifiesto, a su vez, cómo el fundamento y la finalidad de estos complementos varían en algunos casos con respecto a los que se contemplan para los citados funcionarios civiles, tal y como se ha podido constatar al analizar el complemento de empleo y el componente general del complemento específico, con las consecuencias que ello conlleva. No sucede lo mismo en cuanto al componente singular del complemento específico, aunque indirectamente, si se tiene en cuenta la responsabilidad, se vincule al empleo¹¹¹.

Como se ha podido comprobar, respecto al complemento de dedicación especial, no siempre se consideran única y exclusivamente factores de carácter subjetivo sino que a estos se añaden otros de carácter objetivo que condicionan la percepción del mismo y/o su cuantía, por lo que cabría plantearse hasta qué punto se ajusta a su

¹¹⁰ Teniendo en cuenta los factores a los que se ha hecho referencia con respecto a este complemento.

¹¹¹ De todos modos, sería necesario considerar los nuevos requerimientos de los diferentes puestos de trabajo y adaptar los importes de este componente, *vid.* OBSERVATORIO DE LA VIDA MILITAR (2017: 129): “puestos de trabajo en los que cada vez adquiere más valor la preparación técnica y la responsabilidad”.

verdadera finalidad¹¹². En este sentido, deberían concretarse en mayor medida estos criterios con el fin de que puedan ser identificados claramente por los miembros de las Fuerzas Armadas¹¹³, evitando recurrir a factores que no correspondan a dicha finalidad¹¹⁴. Pero, además, esta no es la única disfunción que se produce, ya que, como se ha indicado, no cabe conceder el complemento de dedicación especial por la realización de guardias y servicios, a pesar de que precisamente supongan una mayor dedicación, y, además, tampoco es posible compensarlos con una gratificación por servicios extraordinarios porque no se consideran como tales. Lo que, a su vez, pone de manifiesto que no existe una verdadera proporcionalidad entre las horas prestadas y las retribuidas o compensadas con descanso, como en la práctica sucede, sobre todo si se tiene en cuenta que, aunque en el art. 11.4 de la ODEF 2016 se contempla la compensación con descanso de guardias, servicios, instrucciones continuadas, ejercicios o actividades análogas, existe un límite máximo de diez días de descanso anuales¹¹⁵; lo que supone que si exceden de esos días no se van a retribuir, ni se van a compensar con días de descanso, como tampoco se consideran a efectos retributivos el trabajo nocturno, o en días festivos. En los casos en los que se superen esos diez días, si no son compensados con descanso, debería concederse a este personal el complemento de dedicación especial en el mes en el que esto suceda, valorando asimismo el trabajo nocturno y el realizado en días festivos, ya que el hecho de que este personal tenga disponibilidad permanente, sin duda, conlleva restricciones que le afectan, pero esto no puede implicar que ese exceso de horas no sea compensado o retribuido¹¹⁶.

¹¹² *Vid.* Dictamen emitido por la Comisión de Defensa el día 21 de febrero de 2018, en relación al Informe anual de 2016 del Observatorio de la Vida Militar, Boletín Oficial de las Cortes Generales del Congreso de los diputados de 15 de marzo de 2018 (en http://www.observatoriodelavidamilitar.es/doc/Dictamen_Comision_Defensa_Informe_Anual_2016.pdf), en el que se insta al gobierno a revisar algunos conceptos retributivos.

¹¹³ *Vid.* Dictamen emitido por la Comisión de Defensa el día 21 de febrero de 2018, op. cit.

¹¹⁴ *Vid.* OBSERVATORIO DE LA VIDA MILITAR (2017: 193): de hecho “se considera que la asignación del complemento de dedicación especial se retribuye eminentemente por razón del empleo desempeñado”.

¹¹⁵ Límite que se mantiene a pesar de que la Orden DEF/110/2019, de 8 de febrero (BOE de 9 de febrero de 2019) ha modificado la ODEF 2016.

¹¹⁶ En todo caso, con independencia de lo señalado, deberían actualizarse las retribuciones, sin que por ello se deje de reflejar las peculiaridades propias de la actividad de este colectivo, evitando que se produzca un tratamiento desigual, con respecto a otros funcionarios públicos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BAÑÓN MARTÍNEZ, R., “La racionalidad de la política de remuneraciones y el diseño de la organización militar española”, en *Revista Internacional de Sociología*, núm. 43 (1985), pp. 269-303.

CANTERA DE CASTRO, Z., *Comisión de Defensa de 26 de abril de 2017, para informar sobre temas relativos al Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado*, 2017, en <https://www.youtube.com/watch?v=8QmBaIVXZR8>

CASTILLO BLANCO, F.A. “Luces y sobras del complemento de productividad ¿un concepto retributivo inaplicado?”, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, núm. 8 (2000), pp. 5-24.

CASTILLO BLANCO, F.A., *El sistema retributivo en la función pública española*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

CASTILLO BLANCO, F.A., “Los derechos retributivos de los empleados públicos”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

JANÉ ROCA, P., *La evaluación de la productividad del empleado público: El caso de la Administración de la Generalitat de Cataluña (2009-2014)*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2017, en www.tesisenred.net/handle/10803/457563#page=1

LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *Retribuciones de los Funcionarios Públicos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

OBSERVATORIO DE LA VIDA MILITAR, *Memoria Informe año 2016*, 2017, en <http://www.observatoriodelavidamilitar.es/informes.html>

ORTUÑO NAVALÓN, M.C. y MANZANA LAGUARDA, R.S., *Las retribuciones de los empleados públicos. Estatuto Básico del Empleado Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A., “Los límites jurisprudenciales sobre la fijación del complemento de productividad de los funcionarios: a propósito de las últimas sentencias sobre la materia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 662 (2005), BIB 2005\686.

PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, S.L., Madrid, 2016.

SALVADOR CENTELLES, V., “La reforma del sistema retributivo del personal de las Fuerzas Armadas”, en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41 (2005), pp. 383-404.

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA

Disposiciones de la Unión Europea

Año 2019 (*)

I. ASUNTOS GENERALES, FINANCIEROS E INSTITUCIONALES

En lo que se refiere a los Asuntos Generales de la Unión Europea, se publican: el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE C384I,12.11.2019, p. 1), la Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido (DOUE C384I,12.11.2019, p. 178), la Decisión por la que se modifica la Decisión (UE) 2019/274 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (DOUE L274I, 28.10.2019, p. 1) y la Decisión (UE) 2019/1810 del Consejo Europeo tomada de acuerdo con el Reino Unido de 29 de octubre de 2019 por la que se prorroga el plazo previsto en el artículo 50, apartado 3, del TUE (DOUE L278I, 30.10.2019, p. 1).

También se modifican los Reglamentos (UE) 2019/501 y (UE) 2019/502 en lo que respecta a sus períodos de aplicación (DOUE L279I, 31.10.2019, p. 1).

En cuanto a los Asuntos Financieros de la Unión Europea, se establecen normas de funcionamiento de la Reserva Europea de Protección Civil y rescEU (DOUE L204, 2.08.2019, p. 94) y se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/570 en lo que respecta a las capacidades de rescEU (DOUE L299,20.11.2019, p. 55). Se modifica el Reglamento (UE, Euratom)2019/1197 del Consejo en lo que se refiere a los plazos en que el Reino Unido debería cumplir las condiciones para optar a financiación de la Unión a raíz de su retirada de la Unión (DOUE L260, 11.10.2019, p. 40).

Igualmente se modifica el Reglamento (UE) n° 1309/2013 sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (2014-2020) (DOUE L279I, 31.10.2019, p. 4), y se decide la movilización del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización (EGF/2019/000 TA 2019 — Asistencia técnica a iniciativa de la Comisión) (DOUE L305, 26.11.2019, p. 57), y la movilización del Fondo de Solidaridad de la Unión Europea para prestar asistencia a Austria, Italia y Rumanía (DOUE L287, 7.11.2019, p. 1).

(*) Subsección preparada por Lucía MILLÁN MORO. Comprende disposiciones generales publicadas en el DOUE, series L y C, durante los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2019.

En los Asuntos Institucionales hay novedades en este cuatrimestre de 2019, así el Consejo de común acuerdo con la Presidenta electa de la Comisión, adopta la lista de las demás personalidades que el Consejo propone nombrar miembros de la Comisión (DOUE L233I, 10.09.2019, p. 1; DOUE L304, 26.11.2019, p. 16). Finalmente, el Consejo Europeo nombra a la Comisión Europea (DOUE L308, 29.11.2019, p. 100).

Se delegan en el director de la Oficina de Gestión y Liquidación de los Derechos Individuales de la Comisión Europea determinadas competencias de ordenación de pagos relativas al pago de retribuciones y al pago de gastos de misión y de viajes autorizados (DOUE L308, 29.11.2019, p. 103).

El Parlamento Europeo adopta su Reglamento interno para la 9ª legislatura, Julio de 2019 (DOUE L302, 22.11.2019, p. 1).

Se nombra a la Fiscal General Europea de la Fiscalía Europea (DOUE L274, 28.10.2019, p. 1).

En relación con el Tribunal de Justicia, se establecen normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en materia de tratamiento de datos personales en el ejercicio de funciones no jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (DOUE L261, 14.10.2019, p. 97). Se nombra a un juez del Tribunal General (DOUE L230, 6.09.2019, p. 2) y se publican las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DOUE C380, 8.11.2019, p. 1).

Se nombra a la presidenta del Banco Central Europeo (DOUE L267, 21.10.2019, p. 1).

En lo que se refiere al Comité de las Regiones, se nombra a un miembro y cinco suplentes propuestos por el Reino de España, como miembro a D. Adrián Barbón Rodríguez, Presidente del Principado de Asturias; b) como suplentes a: D^a Ana Cárcaba García, Consejera de Hacienda del Principado de Asturias, D^a María Teresa Pérez Esteban, Consejera de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón, D. Antonio Vicens Vicens, Director General de Relaciones Exteriores del Gobierno de las Islas Baleares, D^a Mireia Borrell Porta, Secretaria de Acción Exterior y de la Unión Europea de la Generalidad de Cataluña (cambio de mandato), D^a Virginia Marco Cárcel, Directora General de Asuntos Europeos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (cambio de mandato) (DOUE L259, 10.10.2019, p. 61), se nombra a tres miembros y tres suplentes, propuestos por el Reino de España, como miembros a: D^a María Victoria Chivite Navascués, Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, D. Francisco Igea Arisqueta, Vicepresidente de la Junta de Castilla y León, D. Ángel Víctor Torres Pérez, Presidente del Gobierno de Canarias, y como suplentes a: D. Joan Calabuig Rull, Secretario Autonómico

para la Unión Europea y Relaciones Externas de la Generalidad Valenciana (cambio de mandato), — D. Manuel Alejandro Cardenete Flores, Viceconsejero de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local de la Junta de Andalucía, D. Julián José Zafra Díaz, Director General de Asuntos Europeos del Gobierno de Canarias (cambio de mandato) (DOUE L260, 11.10.2019, p. 52), se nombra a dos miembros y tres suplentes, propuestos por el Reino de España, como miembros a: D^a Isabel Natividad Díaz Ayuso, Presidenta de la Comunidad de Madrid, D^a Paula Fernández Viaña, Consejera de Presidencia, Interior, Justicia y Acción Exterior del Gobierno de Cantabria; como suplentes a: D. Ignacio Jesús Aguado Crespo, Vicepresidente, Consejero de Deportes, Transparencia y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, D. Mikel Irujo Amezaga, Director General de Acción Exterior del Gobierno de Navarra (cambio de mandato), D^a María Sánchez Ruiz, Consejera de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria) (DOUE L260, 11.10.2019, p. 54), se nombra a un miembro y un suplente, propuestos por el Reino de España, como miembro a: D^a Concepción Andreu Rodríguez, Presidenta de la Comunidad Autónoma de La Rioja, como suplente a: D. Francisco Celso González González, Consejero de Hacienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja (DOUE L278, 30 .10.2019, p. 10), se nombra a un suplente, propuesto por el Reino de España como suplente del Comité de las Regiones a: D. Carlos Aguilar Vázquez, Director General de Acción Exterior de la Consejería de Transparencia, Ordenación del Territorio y Acción Exterior, Junta de Castilla y León (DOUE L292, 13.11.2019, p. 3).

II. UNIÓN ADUANERA, LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y POLÍTICA COMERCIAL

En lo que respecta a la Unión aduanera y Libre circulación de mercancías, se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) n^o 2658/87 del Consejo relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común (DOUE L280, 31.10.2019, p. 1), se modifica el Reglamento (CE) n^o 1218/1999, relativo a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) n^o 670/2013 (DOUE L233, 10.09.2019, p. 1), se modifica y corrige el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/2447 en lo que atañe a determinadas normas sobre la vigilancia del despacho a libre práctica y la salida del territorio aduanero de la Unión (DOUE L234, 11.09.2019, p. 1).

Se adoptan cuatro reglamentos de ejecución relativos a la clasificación de determinadas mercancías en la nomenclatura combinada (DOUE L236, 13.09.2019, p. 14; DOUE L251, 1.10.2019, p.1; DOUE L278, 30 .10.2019, p. 1; DOUE L278, 30 .10.2019, p. 4).

En materia de Política Comercial Común, como suele ser habitual, se celebran y modifican tratados internacionales. Así se establecen: la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Consejo General de la Organización Mundial del Comercio en lo que respecta a la adopción de una decisión sobre la prórroga de una exención de la OMC que permita a los Estados Unidos conceder un trato arancelario preferencial con arreglo a la Ley estadounidense de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe (Ley CBERA) (DOUE L260, 11.10.2019, p. 48), la posición que debe tomarse en nombre de la Unión Europea en el seno del Consejo General de la Organización Mundial del Comercio en relación con la adopción de una decisión para prorrogar la exención de la OMC que permite a los países miembros en desarrollo conceder un trato arancelario preferencial a los países menos adelantados (DOUE L260, 11.10.2019, p. 50), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio, por lo que respecta al reglamento del Comité de Facilitación del Comercio (DOUE L293, 14.11.2019, p. 109), la posición que se ha de tomar en nombre de la Unión Europea en el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio en relación con la adopción de una decisión sobre la revisión del Entendimiento relativo a las disposiciones sobre la administración de los contingentes arancelarios de los productos agropecuarios («Entendimiento sobre contingentes arancelarios») (DOUE L306, 27.11.2019, p. 20), la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité del AAE creado por el Acuerdo interino por el que se establece un marco para un Acuerdo de Asociación Económica entre los Estados del África Oriental y Meridional, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, con respecto a la modificación de determinadas disposiciones del Protocolo 1 relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa (DOUE L210, 9.08.2019, p. 1), la posición que se debe adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité del AAE creado por el Acuerdo de Asociación Económica preliminar entre Costa de Marfil, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, con respecto a la adopción del Protocolo n° 1 relativo a la definición del concepto de «productos originarios» y a los métodos de cooperación administrativa (DOUE L222, 26.08.2019, p. 1), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Comercio y Desarrollo Sostenible UE-Corea creado por el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, en relación con el Grupo de Expertos mencionado en el artículo 13.15 del Acuerdo (DOUE L244, 24.09.2019, p. 4), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Comercio creado en virtud del Acuerdo de Asociación Interino entre la Comunidad Europea, por una parte, y los Estados del Pacífico, por otra, en lo que respecta a la recomendación sobre determinadas modificaciones del Acuerdo

para tener en cuenta la adhesión de Samoa y las adhesiones futuras de otros Estados insulares del Pacífico (DOUE L260, 11.10.2019, p. 45).

Se deciden: la firma en nombre de la Unión, del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la Confederación Suiza en el marco de las negociaciones al amparo del artículo XXVIII del GATT de 1994 sobre la modificación de las concesiones de Suiza a la OMC relativas a la carne condimentada (DOUE L289, 8.11.2019, p. 1), la celebración del Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur (DOUE L294, 14.11.2019, p. 1 y 3).

Se adopta un reglamento relativo a las excepciones a las normas sobre «productos originarios» establecidas en el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y la República de Singapur que se aplican dentro de los límites de los contingentes anuales de determinados productos procedentes de Singapur (DOUE L299, 20.11.2019, p. 45), y la Comisión da una Recomendación relativa a los programas internos de cumplimiento para los controles del comercio de productos de doble uso de conformidad con el Reglamento (CE) n° 428/2009 (DOUE L205, 5.08.2019, p. 15).

III. POLÍTICA AGRÍCOLA

En lo que se refiere a los aspectos internacionales de la Política Agrícola común (PAC), se decide la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Consejo de Miembros del Consejo Oleícola Internacional en lo que respecta a las normas comerciales aplicables a los aceites de oliva y los aceites de orujo de oliva (DOUE L308, 29.11.2019, p. 95) y la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el seno del Comité mixto de agricultura creado por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el comercio de productos agrícolas, con respecto a la modificación de los anexos 1 y 2 del Acuerdo (DOUE L242, 20.09.2019, p. 3).

También se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la asignación a los Estados Unidos de una parte del contingente arancelario de carne de vacuno de calidad superior contemplado en el Memorandum de Entendimiento Revisado con respecto a la importación de carne de vacuno procedente de animales no tratados con determinadas hormonas de crecimiento y a los derechos aumentados aplicados por los Estados Unidos a determinados productos de la Unión Europea (2014) (DOUE L205, 5.08.2019, p. 10), y la firma, en nombre de la Unión, y la aplicación provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y Ucrania por el que se modifican las preferencias comerciales para la carne de aves de corral y las preparaciones a base de esta carne previstas en el Acuerdo de Asociación entre la Unión

Europa y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra (DOUE L206, 6.08.2019, p. 1 y 3).

En lo que respecta a su financiación, se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1239 en lo que se refiere a las fechas de cierre aplicables a la presentación de solicitudes de certificados (DOUE L250, 30.09.2019, p.56), se adapta para el año civil 2019 el porcentaje de ajuste de los pagos directos de conformidad con el Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/916 de la Comisión (DOUE L299,20.11.2019, p. 49), se adopta un reglamento relativo al reembolso, con arreglo al artículo 26, apartado 5, del Reglamento (UE) n° 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de los créditos prorrogados del ejercicio 2019 (DOUE L306, 27.11.2019, p. 1), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/220 de la Comisión, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1217/2009 del Consejo por el que se crea una red de información contable agrícola sobre las rentas y la economía de las explotaciones agrícolas en la Unión Europea (DOUE L308, 29.11.2019, p. 4), se autorizan excepciones al Reglamento (UE) n° 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo y al Reglamento Delegado (UE) n° 639/2014 de la Comisión en lo que atañe al cumplimiento de determinadas condiciones relativas al pago de ecologización para el año de solicitud 2019 en Bélgica, España, Francia, Lituania, Polonia y Portugal (DOUE L230, 6.09.2019, p. 3), se fijan, para el ejercicio contable de 2020 del FEAGA, los tipos de interés que habrán de aplicarse para calcular los gastos de financiación de las intervenciones consistentes en operaciones de compra, almacenamiento y salida de existencias (DOUE L264, 17.10.2019, p. 1), se excluyen de la financiación de la Unión Europea determinados gastos efectuados por los Estados miembros con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DOUE L279, 31.10.2019, p. 98), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 809/2014 en lo que atañe a las modificaciones de las solicitudes de ayuda o las solicitudes de pago, los controles en el sistema integrado de gestión y control y el sistema de control en relación con la condicionalidad (DOUE L276, 29.10.2019, p. 12), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/39 en lo que concierne a la reasignación de la ayuda de la Unión (DOUE L308, 29.11.2019, p. 82) y se modifica el Reglamento de Ejecución (UE)2017/1185, por el que se establecen las normas de desarrollo de los Reglamentos (UE) n° 1307/2013 y (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la notificación de información y documentos a la Comisión (DOUE L268, 22.10.2019, p. 6).

Se complementa el Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al documento sanitario común de entrada que acompaña las partidas de animales y mercancías hasta su destino (DOUE L250, 30.09.2019, p.6).

Se modifica el Reglamento (UE) n° 37/2010 para clasificar la sustancia diflubenzurón en lo que respecta a su límite máximo de residuos (DOUE L290, 11.11.2019, p. 8). Y el Reglamento (CE) n° 396/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica en los anexos II y III por lo que respecta a los límites máximos de residuos de ciflufenamida, fenbuconazol, fluquinconazol y tembotriona en determinados productos (DOUE L239, 17.09.2019, p. 1), en lo que se refiere a los límites máximos de residuos de clormecuat en las setas cultivadas (DOUE L240, 18.09.2019, p. 1), por lo que respecta a los límites máximos de residuos del imazalil en determinados productos (DOUE L246, 26.09.2019, p. 1), en los anexos II, III y IV por lo que respecta a los límites máximos de residuos de 1-decanol, 2,4-D, ABE-IT 56, ciprodinilo, dime-tenamida, alcoholes grasos, florpírauxifeno-bencilo, fludioxonil, fluopiram, mepi-cuat, pendimetalina, picolinafeno, piraflufeno-etilo, piridabeno, ácido S-abscísico y trifloxistrobina en determinados productos (DOUE L277, 29.10.2019, p. 1), por lo que respecta a los límites máximos de residuos del amitrol, el fipronil, el flupirsulfurón-metilo, el imazosulfurón, el isoproturón, el ortosulfamurón y el triasulfurón en determinados productos (DOUE L277, 29.10.2019, p. 66).

Se adopta un reglamento relativo al aumento temporal de los controles oficiales y a las medidas de emergencia que regulan la entrada en la Unión de determinadas mercancías procedentes de terceros países, y por el que se ejecutan los Reglamentos (UE) 2017/625 y (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan los Reglamentos (CE) n° 669/2009, (UE) n° 884/2014, (UE) 2015/175, (UE) 2017/186 y (UE) 2018/1660 de la Comisión (DOUE L277, 29.10.2019, p. 89), y una Recomendación sobre medidas de prevención y gestión de crisis con arreglo al artículo 33, apartado 3, párrafo primero, letra d), del Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo — (fondos mutuales) (DOUE L253, 3.10.2019, p. 1).

Se completa el Reglamento (UE) 2017/625 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las condiciones para vigilar el transporte y la llegada de partidas de determinadas mercancías desde el puesto de control fronterizo de llegada hasta el establecimiento en el lugar de destino en la Unión (DOUE L255, 4.10.2019, p. 1) y se establecen las normas para el funcionamiento del sistema de gestión de la información sobre los controles oficiales y sus componentes (Reglamento SGICO) (DOUE L261, 14.10.2019, p. 37).

En la regulación por productos, vegetales, cereales, hortícolas, se modifican: el Reglamento (CE) n° 1238/95 en lo que respecta a las tasas que deben pagarse a la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (DOUE L308, 29.11.2019, p. 58), las Directivas 2003/90/CE y 2003/91/CE, por las que se establecen disposiciones de aplicación a los fines del artículo 7 de la Directiva 2002/53/CE del Consejo y del artículo 7 de la Directiva 2002/55/CE del Consejo, respectivamente, con respecto

a los caracteres que los exámenes deben analizar como mínimo y las condiciones mínimas para examinar determinadas variedades de especies de plantas agrícolas y hortícolas (DOUE L308, 29.11.2019, p. 86).

Se decide sobre el reconocimiento del «Régimen de Aseguramiento Comercial de Cultivos Combinables» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad establecidos en las Directivas 98/70/CE y 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L308, 29.11.2019, p. 110). Se pide a la Comisión que presente un estudio sobre las opciones de la Unión para actualizar la legislación existente sobre producción y comercialización de materiales de reproducción vegetal y una propuesta, si procede, vistos los resultados del estudio (DOUE L293, 14.11.2019, p. 105).

Se modifica el Reglamento (CEE) n° 2568/91 relativo a las características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis (DOUE L250, 30.09.2019, p.14), se inician procedimientos de licitación en relación con el importe de la ayuda para el almacenamiento privado de aceite de oliva (DOUE L290, 11.11.2019, p. 12), se fija el importe máximo de la ayuda para el almacenamiento privado de aceite de oliva en el marco del procedimiento de licitación abierto por el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1882 (DOUE L308, 29.11.2019, p. 84).

Se autoriza a los Estados miembros a conceder excepciones a determinadas disposiciones de la Directiva 2000/29/CE en relación con las patatas originarias de las regiones de Akkar y Bekaa del Líbano que no sean patatas de siembra (DOUE L250, 30.09.2019, p.85), se modifica el anexo V del Reglamento (CE) n° 136/2004 en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la lista de terceros países autorizados a introducir en la Unión partidas de heno y paja (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 57), se modifica la Directiva de Ejecución 2014/96/UE, relativa a los requisitos de etiquetado, precintado y embalaje aplicables a los materiales de multiplicación de frutales y de plántones de frutal destinados a la producción frutícola incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/90/CE del Consejo, en lo que respecta al color de la etiqueta para las categorías certificadas de materiales de multiplicación y plántones de frutal y al contenido del documento del proveedor (DOUE L278, 30 .10.2019, p. 7).

Se establecen medidas de emergencia para evitar la introducción y propagación en la Unión del virus rugoso del tomate (TBRFV) (DOUE L250, 30.09.2019, p.91), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2018/638, por la que se establecen medidas de emergencia para evitar la introducción y propagación en la Unión del organismo nocivo *Spodoptera frugiperda* (Smith) (DOUE L248, 27.09.2019, p. 86), se establecen medidas de emergencia para evitar la introducción y la propagación en

la Unión del virus roseta de la rosa (DOUE L265, 18.10.2019, p. 12), y se completa el Reglamento (UE) 2016/2031 del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo una lista de plagas prioritarias (DOUE L260, 11.10.2019, p. 8).

En cuanto a la ganadería y aves de corral, como suele ser habitual, se modifica reiteradamente la normativa en lo que respecta a la fijación de los precios representativos en los sectores de la carne de aves de corral, de los huevos y de la ovoalbúmina (DOUE L248, 27.09.2019, p. 22; DOUE L272, 25 .10.2019, p. 137; DOUE L308, 29.11.2019, p. 69).

Se modifica y corrige el anexo I de la Directiva 2002/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los contenidos máximos de determinadas sustancias indeseables en la alimentación animal (DOUE L289, 8.11.2019, p. 32). Se decide sobre el reconocimiento del «Régimen Universal de Aseguramiento de Piensos» para demostrar el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad establecidos en las Directivas 98/70/CE y 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L307, 28.11.2019, p. 54).

Se modifican los Reglamentos (CE) n° 136/2004 y (CE) n° 282/2004 en lo que respecta al modelo de documento veterinario común de entrada para productos y animales y se modifica el Reglamento (CE) n° 669/2009 en lo que respecta al modelo de documento común de entrada para determinados piensos y alimentos de origen no animal (DOUE L261, 14.10.2019, p. 1). Se modifica la Decisión de Ejecución 2013/327/UE en lo que respecta a la renovación de la autorización para comercializar piensos que contienen o están compuestos por colzas oleaginosas modificadas genéticamente Ms8, Rf3 y Ms8 × Rf3 conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 50).

Se adoptan reglamentos relativos a: la autorización de la L-valina producida por *Corynebacterium glutamicum* KCCM 11201P como aditivo en piensos para todas las especies animales (DOUE L203, 1.08.2019, p. 2), la autorización de L-lisina base, líquida, monoclóhidrato de L-lisina, líquido, monoclóhidrato de L-lisina, técnicamente puro, y sulfato de L-lisina como aditivos en los piensos para todas las especies animales (DOUE L307, 28.11.2019, p. 3).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/338 en lo que respecta al contenido mínimo de un preparado de 6-fitasa, producido por *Aspergillus niger* (DSM 25770) como aditivo en los piensos para pollos de engorde o pollitas criadas para puesta (titular de la autorización: BASF SE) (DOUE L203, 1.08.2019, p. 6), se autoriza un preparado de endo-1,4-beta-xilanas producido por *Bacillus subtilis* LMG S-27588 como aditivo en piensos destinados a pollos de engorde o pollitas criadas para puesta, pavos de engorde o criados para reproducción, especies

menores de aves de corral criadas para engorde, puesta o reproducción, lechones destetados, cerdos de engorde y especies porcinas menores (titular de la autorización: Puratos) (DOUE L206, 6.08.2019, p. 18), se autoriza un preparado de *Bacillus amyloliquefaciens* NRRL B-50508, *Bacillus amyloliquefaciens* NRRL B-50509 y *Bacillus subtilis* NRRL B-50510 como aditivo en los piensos para cerdos de engorde y especies porcinas menores para engorde (titular de la autorización: Cargill Incorporated, representada por Provimi Holding BV) (DOUE L205, 5.08.2019, p. 1), se autoriza la goma cassia como aditivo en los piensos para gatos y perros (DOUE L304, 26.11.2019, p. 7), se autorizan las sustancias fenilmetanetiol, sulfuro de bencilo y metilo, sec-pentiltiofeno, tridec-2-enal, 12-metiltridecanal, 2,5-dimetilfenol, hexa-2(trans),4(trans)-dial y 2-etil-4-hidroxi-5-metil-3(2H)-furanona como aditivos en los piensos para gatos y perros (DOUE L308, 29.11.2019, p. 45), un preparado de *Enterococcus faecium* DSM 7134 como aditivo para la alimentación (en el agua de beber) de cerdas (titular de la autorización: Lactosan GmbH & Co.) (DOUE L205, 5.08.2019, p. 7), y se autoriza el molibdato de sodio dihidratado como aditivo en piensos para ovinos (DOUE L307, 28.11.2019, p. 12).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/6, por el que se imponen condiciones especiales a la importación de piensos y alimentos originarios o procedentes de Japón a raíz del accidente en la central nuclear de Fukushima (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 140).

Se establecen condiciones especiales en lo que respecta a la importación en la Unión, o el tránsito por ella, de productos cárnicos y estómagos, vejigas e intestinos tratados derivados de animales porcinos originarios de la República de Serbia a raíz de la aparición de la peste porcina africana en ese país, y por la que se modifica la Decisión de Ejecución 2013/426/UE (DOUE L216I, 20.08.2019, p. 1), se modifica el anexo I del Reglamento de Ejecución (UE) 2018/659 en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona en la lista de terceros países y partes de su territorio autorizados a introducir en la Unión équidos vivos y esperma, óvulos y embriones de équidos (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 60), se modifica el anexo III del Reglamento (CE) n° 1251/2008 en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona en la lista de terceros países, territorios zonas o compartimentos autorizados a introducir en la Unión Europea partidas de animales de la acuicultura (DOUE L270, 24.10.2019, p. 63), se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 119/2009 en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la lista de terceros países o partes de los mismos autorizados a introducir en la Unión partidas de carne de lepóridos silvestres, de determinados mamíferos terrestres silvestres y de conejo de granja (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 69), se modifica la parte 1 del anexo I del Reglamento (CE) n° 798/2008 de la Comisión en

lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y determinadas dependencias de la Corona en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos autorizados a introducir en la Unión partidas de aves de corral y productos derivados (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 72), se modifica el Reglamento (UE) n° 206/2010 en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona en las listas de terceros países, territorios o partes de los mismos autorizados a introducir en la Unión determinados animales o carne fresca (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 75), se modifican los anexos I y III de la Decisión 2010/472/UE en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en las listas de terceros países o partes de los mismos autorizados a introducir en la Unión esperma, óvulos y embriones de animales de las especies ovina y caprina (DOUE L270, 24.10.2019, p. 97), se modifica el anexo I de la Decisión 2006/168/CE en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y determinadas dependencias de la Corona en la lista de terceros países autorizados a introducir en la Unión Europea embriones de la especie bovina (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 100), se modifican los anexos de la Decisión 2006/766/CE en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona en las listas de terceros países y territorios autorizados a introducir en la Unión moluscos bivalvos, equinodermos, tunicados, gasterópodos marinos y productos de la pesca destinados al consumo humano (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 107), se modifica el anexo II de la Decisión 2007/777/CE en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona en la lista de terceros países o partes de los mismos autorizados a introducir en la Unión partidas de determinados productos cárnicos y de estómagos, vejigas e intestinos tratados destinados al consumo humano (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 113), se modifica el anexo I de la Decisión 2012/137/UE en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en la lista de terceros países o partes de los mismos autorizados a introducir en la Unión esperma de animales domésticos de la especie porcina (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 120), se modifica el anexo I de la Decisión de Ejecución 2011/630/UE en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y determinadas dependencias de la Corona en la lista de terceros países o partes de los mismos autorizados a introducir en la Unión esperma de animales domésticos de la especie bovina (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 123), y se modifica el anexo I del Reglamento (CE) n° 798/2008 en lo que respecta a las entradas correspondientes a Bosnia y Herzegovina, a Israel y a la denominación de la República de Macedonia del Norte en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por ella de determinadas mercancías de aves de corral, y se modifica el modelo de certificado veterinario para ovoproductos (DOUE L234, 11.09.2019, p. 14).

Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) nº 577/2013 en lo que respecta a la lista de terceros países y territorios que figuran en el anexo II y al modelo de certificado zoosanitario para perros, gatos y hurones establecido en el anexo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 3), se autoriza a un laboratorio de Ucrania a efectuar pruebas serológicas de control de la eficacia de las vacunas antirrábicas en perros, gatos y hurones (DOUE L252, 2.10.2019, p. 38), se designa un centro de referencia de la Unión Europea para el bienestar de los animales en lo que respecta a las aves de corral y otros animales pequeños de granja (DOUE L258, 9.10.2019, p. 11), se modifica la Decisión 2011/163/UE en lo que respecta a la aprobación de los planes enviados por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona de conformidad con el artículo 29 de la Directiva 96/23/CE del Consejo (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 110).

Se modifica el anexo de la Decisión 2007/453/CE en lo relativo a la situación con respecto a la EEB del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 116), se modifica el anexo I del Reglamento (CE) nº 798/2008 por lo que respecta a la entrada correspondiente a Japón en la lista de terceros países, territorios, zonas o compartimentos desde los cuales están permitidos la importación en la Unión o el tránsito por ella de determinadas mercancías (DOUE L289, 8.11.2019, p. 47), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/626 en lo que respecta a las listas de terceros países, y regiones de los mismos, autorizados a introducir en la Unión Europea caracoles, gelatina y colágeno, e insectos destinados al consumo humano (DOUE L308, 29.11.2019, p. 72).

Se adopta un reglamento sobre los procedimientos que han de seguirse en los puestos de control fronterizos para la realización coordinada por las autoridades competentes de controles oficiales intensificados de productos de origen animal, productos reproductivos, subproductos animales y productos compuestos (DOUE L289, 8.11.2019, p. 50), se modifican el anexo II de la Decisión 93/52/CEE y el anexo II de la Decisión 2003/467/CE en lo que respecta al estatuto oficialmente indemne de brucelosis (*Brucella melitensis*) de determinadas regiones de España y los anexos I y II de la Decisión 2008/185/CE en lo que respecta al estatuto indemne de enfermedad de Aujeszky y a la aprobación de los programas de erradicación de dicha enfermedad para determinadas regiones de Italia (DOUE L307, 28.11.2019, p. 47), se modifica la Decisión de Ejecución 2014/709/UE en lo que respecta a la disponibilidad y la puntualidad de la información sobre la lista de establecimientos autorizados (DOUE L290, 11.11.2019, p. 29), se modifica la Decisión 2009/821/CE en lo relativo a las listas de puestos de inspección fronterizos y unidades veterinarias de Traces (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 103).

En lo que se refiere a la leche y productos de la ganadería, se modifica el anexo I del Reglamento (UE) n° 605/2010 en lo que respecta a la inclusión del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y las dependencias de la Corona en la lista de terceros países o partes de los mismos autorizados a introducir en la Unión partidas de leche cruda, productos lácteos, calostro y productos a base de calostro destinados al consumo humano (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 66).

IV. POLÍTICA PESQUERA

En el ámbito de la Política de Pesca, suele ser necesaria para la Unión Europea la celebración de Tratados internacionales de pesca, sobre distintos aspectos de la misma. A estos efectos, se decide: la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Acuerdo de Colaboración de Pesca Sostenible entre la Unión Europea y la República de Gambia y del Protocolo de aplicación de dicho Acuerdo de Colaboración (DOUE L208, 8.08.2019, p. 1 y 3), la firma, en nombre de la Unión, y a la aplicación provisional del Protocolo de aplicación del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y la República de Senegal (DOUE L299,20.11.2019, p. 11 y 13), la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo en forma de Canje de Notas entre la Unión Europea y la República Islámica de Mauritania, relativo a la prórroga del Protocolo por el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania, Protocolo que expira el 15 de noviembre de 2019 (DOUE L297I,18.11.2019, p. 1 y 3). También se decide la posición que ha de adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la Comisión de Pesca para el Atlántico Centro-Occidental (Copaco) (DOUE L241, 19.09.2019, p. 2) y la posición que ha de adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Pesca para el Atlántico Centro-Oriental (CPACO) (DOUE L242, 20.09.2019, p. 20).

En cuanto al régimen general de la pesca y flotas pesqueras, se modifica el Reglamento (UE) 2017/2403 en lo que se refiere a las autorizaciones de pesca para los buques pesqueros de la Unión en aguas del Reino Unido y las operaciones de pesca de los buques pesqueros del Reino Unido en aguas de la Unión (DOUE L279I, 31.10.2019, p. 7) y se establecen normas internas relativas a la comunicación de información a los interesados y a las limitaciones de algunos de sus derechos en el contexto del tratamiento de datos personales por la Comisión en el sistema de la Unión para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (DOUE L286, 7.11.2019, p. 17).

En lo que se refiere a la protección del medio marino y cuotas generales de pesca, se decide el reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo por

el que se fijan las posibilidades de pesca y la contrapartida financiera previstas en el Acuerdo de Asociación en el sector pesquero entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Mauritania (DOUE L297I,18.11.2019, p.5), el reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo de aplicación del Acuerdo de Colaboración de Pesca Sostenible entre la Unión Europea y la República de Gambia (DOUE L208, 8.08.2019, p. 42), el reparto de las posibilidades de pesca en virtud del Protocolo de aplicación del Acuerdo de colaboración de pesca sostenible entre la Unión Europea y la República de Senegal (DOUE L299,20.11.2019, p. 43), Y se modifican los Reglamentos (UE) 2018/2025 y (UE) 2019/124 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca (DOUE L250, 30.09.2019, p.1).

Se establecen, para 2020, las posibilidades de pesca de determinadas poblaciones y grupos de poblaciones de peces en el mar Báltico y por el que se modifica el Reglamento (UE)2019/124 en lo que respecta a determinadas posibilidades de pesca en otras aguas (DOUE L281, 31.10.2019, p. 1), se añaden a las cuotas de pesca de 2019 determinadas cantidades retenidas en el año 2018 de conformidad con el artículo 4, apartado 2, del Reglamento (CE) nº 847/96 del Consejo (DOUE L260, 11.10.2019, p. 13) se efectúan deducciones de las cuotas de pesca disponibles para determinadas poblaciones en 2019 debido a la sobrepesca practicada en años anteriores (DOUE L263, 16.10.2019, p. 3).

V. LIBRE CIRCULACION DE LOS TRABAJADORES, POLÍTICA SOCIAL Y DE EMPLEO

En lo que se refiere a la Libre Circulación de los Trabajadores, la Política Social y de Empleo, se establece una quinta lista de valores límite de exposición profesional indicativos de conformidad con la Directiva 98/24/CE del Consejo y por la que se modifica la Directiva 2000/39/CE de la Comisión (DOUE L279, 31.10.2019, p. 31), se modifican los anexos I, II y III de la Directiva 89/656/CEE del Consejo en lo que respecta a las adaptaciones de carácter estrictamente técnico (DOUE L279, 31.10.2019, p. 35), se modifican los anexos I, III, V y VI de la Directiva 2000/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo con adaptaciones de carácter estrictamente técnico (DOUE L279, 31.10.2019, p. 54), se modifican los anexos II y IV de la Directiva 92/29/CEE del Consejo en lo que respecta a las adaptaciones de carácter estrictamente técnico (DOUE L279, 31.10.2019, p. 80), y se modifica la Decisión de Ejecución 2014/190/UE en lo que se refiere al desglose anual por Estado miembro de los recursos de la asignación específica para la Iniciativa sobre Empleo Juvenil, junto con la lista de regiones que pueden optar a financiación (DOUE L283, 5.11.2019, p. 44).

VI. DERECHO DE ESTABLECIMIENTO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En relación al Derecho de Establecimiento y Libre prestación de Servicios, se modifica la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al umbral para las concesiones (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 23), se modifican: la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 25), la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos públicos de obras, suministros y servicios y los concursos de proyectos (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 27), y la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por lo que se refiere a los umbrales para los contratos de obras, suministros y servicios (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 29).

Se decide sobre la adecuación de las autoridades competentes de la República Popular China con arreglo a la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L289, 8.11.2019, p. 55) y se establece información técnica para el cálculo de las provisiones técnicas y los fondos propios básicos a efectos de la presentación de información con fecha de referencia comprendida entre el 30 de septiembre de 2019 y el 30 de diciembre de 2019 de conformidad con la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (DOUE L293,14.11.2019, p. 5). También se modifica la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación por las que se adaptan los importes básicos en euros relativos al seguro de responsabilidad civil profesional y a la capacidad financiera de los intermediarios de seguros y reaseguros (DOUE L301, 22.11.2019, p. 3).

VII. POLÍTICA DE TRANSPORTES

En el ámbito de la Política de Transportes y en relación con sus aspectos internacionales, se modifica el anexo I del Acuerdo ZECA sobre las normas aplicables a la aviación civil [2019/1343] (DOUE L211, 12.08.2019, p. 4), y el Comité Mixto de la ZECA decide en relación con la adopción de su reglamento interno 2019/1802 (DOUE L274, 28 .10.2019, p. 15). El Comité Mixto de Transporte Aéreo Unión Europea/Suiza instituido por el Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo, decide sustituir el anexo del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo [2019/1380] (DOUE L226, 30.08.2019, p. 1).

Se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, y a la aplicación provisional del Acuerdo relativo a los límites de tiempo en los acuerdos de suministro de aeronaves con tripulación entre la Unión Europea, los Estados Unidos de América, Islandia y el Reino de Noruega (DOUE L245, 25.09.2019, p. 1 y 3). También se decide: la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la Comisión Ampliada de Eurocontrol, en relación con los principios para establecer la base de costes de las tarifas de ruta y del cálculo de las tarifas unitarias, así como en relación con las condiciones de aplicación del sistema de tarifas de ruta y las condiciones de pago (DOUE L296, 15.11.2019, p. 28), la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Europeo para la Elaboración de Normas de Navegación Interior y en la Comisión Central para la Navegación del Rin sobre la adopción de modelos en el ámbito de las cualificaciones profesionales en la navegación interior (DOUE L250, 30.09.2019, p.58), y la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la Comisión de Expertos Técnicos de la Organización Intergubernamental para los Transportes Internacionales por Ferrocarril (OTIF), por lo que respecta a determinadas modificaciones de la especificación de los registros nacionales de vehículos y las prescripciones técnicas uniformes Aplicaciones telemáticas al servicio del transporte de mercancías (PTUATF) (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 79).

En los aspectos más generales de esta política cabe destacar que se completa y modifica la Directiva 2014/94/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los puntos de recarga para vehículos de motor de categoría L, el suministro de electricidad en puerto a los buques de navegación interior, el suministro de hidrógeno para el transporte por carretera y el suministro de gas natural para el transporte por carretera y por vías navegables y se deroga el Reglamento Delegado (UE) 2018/674 de la Comisión (DOUE L268, 22.10.2019, p. 1).

En relación a los transportes aéreos, se modifica y corrige el Reglamento (UE) n° 1321/2014 en lo que respecta a los sistemas de gestión de la seguridad operacional en las organizaciones de gestión del mantenimiento de la aeronavegabilidad y a la simplificación de las condiciones aplicables a las aeronaves de aviación general en relación con el mantenimiento y la gestión del mantenimiento de la aeronavegabilidad (DOUE L228, 4.09.2019, p. 1), se modifican los Reglamentos (UE) n° 965/2012 y (UE) n° 1321/2014 en lo que respecta a la utilización de las aeronaves enumeradas en un certificado de operador aéreo para operaciones no comerciales y operaciones especializadas, al establecimiento de requisitos operativos para la realización de los vuelos de verificación de mantenimiento, al establecimiento de normas relativas a las operaciones no comerciales con tripulación reducida de cabina a bordo y a la introducción de actualizaciones de redacción en relación con los requisitos de las operaciones aéreas (DOUE L228, 4.09.2019, p. 106).

Se modifican el Reglamento (UE) n° 965/2012 en lo que respecta a los requisitos aplicables a los cálculos de la performance de aterrizaje de los aviones y a las normas para evaluar el estado de la superficie de la pista, la actualización de determinados equipos y requisitos de seguridad de las aeronaves, así como las operaciones sin aprobación operacional de alcance extendido (DOUE L229, 5.09.2019, p. 1) y el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1998 por el que se establecen medidas detalladas para la aplicación de las normas básicas comunes de seguridad aérea, en lo que se refiere a las medidas de ciberseguridad (DOUE L246, 26.09.2019, p. 15).

Se decide sobre el establecimiento de normas de distribución del tráfico de conformidad con el artículo 19 del Reglamento (CE) n° 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo para los aeropuertos de Ámsterdam Schiphol y Ámsterdam Lelystad (DOUE L246, 26.09.2019, p. 24), y sobre la conformidad de las tarifas unitarias para las zonas de tarificación con los Reglamentos de Ejecución (UE) n° 390/2013 y (UE) n° 391/2013 (DOUE L267, 21.10.2019, p. 9). También se modifica el Reglamento (UE) n° 1178/2011 en lo que respecta a los requisitos para determinadas licencias y certificados de tripulación de vuelo y las normas sobre las organizaciones de formación y las autoridades competentes (DOUE L268, 22.10.2019, p. 23).

En el sector de los transportes por carretera, se establecen disposiciones detalladas en lo que concierne al uso de dispositivos aerodinámicos traseros con arreglo a la Directiva 96/53/CE del Consejo (DOUE L297, 18.11.2019, p. 3), y se modifica la directiva 2008/96/CE sobre gestión de la seguridad de las infraestructuras viarias (DOUE L305, 26.11.2019, p. 1).

En cuanto al transporte marítimo y fluvial, buques, se adopta un reglamento relativo a los requisitos de diseño, construcción y rendimiento y a las normas de ensayo para equipos marinos y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/773 (DOUE L237, 13.09.2019, p. 1), se modifica la Directiva (UE) 2016/1629 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen las prescripciones técnicas de las embarcaciones de la navegación interior (DOUE L256, 7.10.2019, p. 1) y se adopta otro reglamento relativo a las especificaciones técnicas de la información electrónica sobre los buques en la navegación interior y por el que se deroga el Reglamento (UE) n° 164/2010 (DOUE L273, 25.10.2019, p. 1).

VIII. POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

En lo que se refiere a derechos compensatorios y antidumping, se abre una investigación sobre la posible elusión de las medidas antidumping establecidas por el Reglamento de Ejecución (UE) n° 1343/2013 del Consejo sobre las importaciones de peroxosulfatos (persulfatos) originarios de la República Popular China, y por el

que se someten a registro dichas importaciones (DOUE L246, 26.09.2019, p. 19) y se modifican determinados Reglamentos por los que se imponen medidas antidumping o antisubvenciones sobre determinados productos siderúrgicos sujetos a medidas de salvaguardia (DOUE L227, 3.09.2019, p. 1). Se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/159 de la Comisión, que impone medidas de salvaguardia definitivas contra las importaciones de determinados productos siderúrgicos (DOUE L248, 27.09.2019, p. 28).

Se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de determinados tubos sin soldadura, de hierro o acero, originarios de Rusia y Ucrania, tras una reconsideración provisional parcial en virtud del artículo 11, apartado 3, del Reglamento (UE) 2016/1036 (DOUE L204, 2.08.2019, p. 22), se impone un derecho antidumping definitivo y se percibe definitivamente el derecho provisional impuesto sobre las importaciones de mezclas de urea con nitrato de amonio originarias de Rusia, Trinidad y Tobago y los Estados Unidos (DOUE L258, 9.10.2019, p. 21), se impone un derecho compensatorio provisional a las importaciones de biodiésel originario de Indonesia (DOUE L212, 13.08.2019, p. 1). Se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de bicicletas originarias de la República Popular China, ampliado a las importaciones de bicicletas procedentes de Indonesia, Malasia, Sri Lanka, Túnez, Camboya, Pakistán y Filipinas, hayan sido o no declaradas originarias de dichos países, tras una reconsideración por expiración en virtud del artículo 11, apartado 2, del Reglamento (UE) nº 2016/1036 (DOUE L225, 29.08.2019, p. 1).

En relación con la República Popular China, se someten a registro determinadas importaciones de accesorios de tubería roscados, moldeados, de fundición maleable y de fundición de grafito esférico, a raíz de la reapertura, con el fin de ejecutar la sentencia de 20 de septiembre de 2019 en el asunto T-650/17, de la investigación con respecto al Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1146, por el que se restablece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de accesorios de tubería roscados, moldeados, de fundición maleable y de fundición de grafito esférico, originarios de la República Popular China, fabricados por Jinan Meide Castings Co., Ltd (DOUE L308, 29.11.2019, p. 77), se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de tablas de planchar (DOUE L252, 2.10.2019, p. 1), sobre las importaciones de baldosas de cerámica (DOUE L258, 9.10.2019, p. 17), sobre las importaciones de hilados de alta tenacidad de poliésteres (DOUE L260, 11.10.2019, p. 42) y sobre las importaciones de determinados cítricos preparados o conservados (mandarinas, etc.) (DOUE L286, 7.11.2019, p. 13).

En relación con las ayudas de Estado a España se autoriza una ayuda al Reino de España (DOUE C303, 6.09.2019, p. 1).

IX. FISCALIDAD

X. POLÍTICA ECONOMICA Y MONETARIA Y LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

En la Política Económica y Monetaria y la Libre circulación de capitales, y en relación con el Banco Central Europeo, se decide sobre la tercera serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2019/21) (DOUE L204, 2.08.2019, p. 100) y se modifican: la Decisión (UE) 2016/810 (BCE/2016/10) sobre la segunda serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2019/22) (DOUE L204, 2.08.2019, p. 123) y la Decisión (UE) 2019/1311 sobre la tercera serie de operaciones de financiación a plazo más largo con objetivo específico (BCE/2019/28) (DOUE L238, 16.09.2019, p. 2).

También se decide sobre la remuneración de las tenencias de exceso de reservas y de determinados depósitos (refundición) (BCE/2019/31) (DOUE L267, 21.10.2019, p. 12), sobre la delegación de la facultad de adoptar decisiones relativas al régimen de pasaporte, la adquisición de participaciones cualificadas y la revocación de la autorización de entidades de crédito (BCE/2019/23) (DOUE L224, 28.08.2019, p. 1), y se designan jefes de unidades de trabajo que adopten decisiones delegadas relativas al régimen de pasaporte, la adquisición de participaciones cualificadas y la revocación de la autorización de entidades de crédito (BCE/2019/26) (DOUE L224, 28.08.2019, p. 6).

Se modifican: la Decisión BCE/2014/16 sobre el establecimiento de un Comité Administrativo de Revisión y sus normas de funcionamiento (BCE/2019/27) (DOUE L224, 28.08.2019, p. 9), la Decisión BCE/2007/7 relativa a las condiciones de TARGET2-ECB (BCE/2019/32) (DOUE L283, 5.11.2019, p. 57), y las orientaciones, la Orientación (UE) 2018/876 sobre RIAD (Register of Institutions and Affiliates Data) (BCE/2019/17) (DOUE L208, 8.08.2019, p. 47) y la Orientación BCE/2012/27 sobre el sistema automatizado transeuropeo de transferencia urgente para la liquidación bruta en tiempo real (TARGET2) (BCE/2019/30) (DOUE L283, 5.11.2019, p. 64).

Respecto a las medidas económicas, se produce una Recomendación del Consejo, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2019 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2019 de España (DOUE C301, 5.09.2019, p. 48).

En cuanto a la política monetaria, se decide sobre el procedimiento de reconocimiento de Estados miembros no pertenecientes a la zona del euro como Estados miembros informadores conforme al Reglamento (UE) 2016/867 sobre la recopilación

ción de datos granulares de crédito y de riesgo crediticio (BCE/2019/20) (DOUE L214, 16.08.2019, p. 3) y sobre el procedimiento y las condiciones de ejercicio por las autoridades competentes de ciertas facultades relativas a la vigilancia de los sistemas de pago de importancia sistémica (BCE/2019/25) (DOUE L214, 16.08.2019, p. 16).

XI. RELACIONES EXTERIORES Y COOPERACIÓN AL DESARROLLO

En materia de Relaciones Exteriores, se decide sobre la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en el Comité Mixto creado por el Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una Asociación Económica, con respecto al establecimiento de la lista de árbitros (DOUE L205, 5.08.2019, p. 12) y el Comité mixto en el marco del Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una Asociación Económica, sobre el establecimiento de la lista de personas con disposición y capacidad para ejercer de árbitros [2019/1600] (DOUE L248, 27.09.2019, p. 99).

En lo que se refiere a los Acuerdos de Asociación, se decide: sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Subcomité de Gestión para Asuntos Sanitarios y Fitosanitarios establecido por el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra, por lo que respecta a la modificación del anexo V del capítulo 4 de dicho Acuerdo (DOUE L268, 22.10.2019, p. 53) y el Consejo de Asociación UE-Ucrania, decide la modificación del anexo XXVII del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y Ucrania, por otra [2019/1599] (DOUE L248, 27.09.2019, p. 88).

También se decide sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité AAE creado por el Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, en lo que respecta a la adopción de la lista de árbitros (DOUE L303, 25.11.2019, p. 26), sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité AAE creado por el Acuerdo interino con miras a un Acuerdo de Asociación Económica entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Parte África Central, por otra, en lo que respecta al establecimiento de la normativa de procedimiento de la mediación, la normativa de procedimiento del arbitraje y el código de conducta de los árbitros (DOUE L306, 27.11.2019, p. 5), sobre la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en el Comité de Asociación establecido por el Acuerdo de Asociación Global y Reforzado entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, en relación con el establecimiento de la lista de personas que ejercerán de

árbitro en los procedimientos de solución de diferencias (DOUE L265, 18.10.2019, p. 4), sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en el Comité de Embajadores ACP-UE en lo que respecta a la adopción de una decisión de adoptar medidas transitorias de conformidad con el artículo 95, apartado 4, del Acuerdo de Asociación ACP-UE (DOUE L300, 21.11.2019, p. 1).

Por otra parte, el Comité de Asociación UE-República de Moldavia reunido en su configuración de comercio decide la actualización del anexo XXVIII-B (Normas aplicables a los servicios de telecomunicaciones) del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra [2019/1806] (DOUE L276, 29 .10.2019, p. 44), y la la actualización del anexo XXVIII-D (Normas aplicables a los transportes marítimos internacionales) del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldavia, por otra 2019/1807 (DOUE L276, 29 .10.2019, p. 56). Y el Comité de Asociación UE-Georgia decide actualizar el anexo III-A del Acuerdo de Asociación [2019/1913] (DOUE L296,15.11.2019, p. 30) y el anexo XVI del Acuerdo de Asociación [2019/914] (DOUE L296,15.11.2019, p. 33).

Respecto al Espacio Económico Europeo (EEE), se decide la posición que se ha de adoptar, en nombre de la Unión Europea, en el Comité Mixto del EEE, en lo que respecta a la modificación del Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades (DOUE L244, 24.09.2019, p. 1; DOUE L282, 4.11.2019, p. 25).

También en relación con el Espacio Económico Europeo (EEE), se modifican el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) del Acuerdo EEE [2019/1356] (DOUE L219, 22.08.2019, p. 1; DOUE L219, 22.08.2019, p. 3; DOUE L254, 3.10.2019, p. 1; DOUE L254, 3.10.2019, p. 5; DOUE L254, 3.10.2019, p. 7; DOUE L254, 3.10.2019, p. 8; DOUE L254, 3.10.2019, p. 13; DOUE L254, 3.10.2019, p. 15; DOUE L254, 3.10.2019, p. 17; DOUE L254, 3.10.2019, p. 19) el anexo I (Cuestiones veterinarias y fitosanitarias) y el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2019/1626] (DOUE L254, 3.10.2019, p. 21; DOUE L254, 3.10.2019, p. 23), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) del Acuerdo EEE [2019/1358] (DOUE L219, 22.08.2019, p. 5; DOUE L219, 22.08.2019, p. 7; DOUE L219, 22.08.2019, p. 10; DOUE L254, 3.10.2019, p. 25; DOUE L254, 3.10.2019, p. 26; DOUE L254, 3.10.2019, p. 27; DOUE L254, 3.10.2019, p. 29; DOUE L254, 3.10.2019, p. 30; DOUE L254, 3.10.2019, p. 31; DOUE L254, 3.10.2019, p. 32; DOUE L254, 3.10.2019, p. 34; DOUE L254, 3.10.2019, p. 37; DOUE L254, 3.10.2019, p. 40; DOUE L254, 3.10.2019, p.

41; DOUE L254, 3.10.2019, p. 42; DOUE L254, 3.10.2019, p. 43; DOUE L254, 3.10.2019, p. 44; DOUE L254, 3.10.2019, p. 45; DOUE L254, 3.10.2019, p. 46; DOUE L254, 3.10.2019, p. 48), el anexo II (Reglamentaciones técnicas, normas, ensayos y certificación) y el anexo IV (Energía) del Acuerdo EEE [2019/1360] (DOUE L219, 22.08.2019, p. 8), el anexo VII (Reconocimiento de cualificaciones profesionales) del Acuerdo EEE [2019/1645] (DOUE L254, 3.10.2019, p. 50), el anexo IX (Servicios financieros) del Acuerdo EEE [2019/1400] (DOUE L235, 12.09.2019, p. 5; DOUE L235, 12.09.2019, p. 7; DOUE L235, 12.09.2019, p. 9; DOUE L279, 31.10.2019, p. 143; DOUE L279, 31.10.2019, p. 149), el anexo XI (Comunicación electrónica, servicios audiovisuales y sociedad de la información) del Acuerdo EEE [2019/1646] (DOUE L254, 3.10.2019, p. 52), el anexo XIII (Transportes) del Acuerdo EEE [2019/1362] (DOUE L219, 22.08.2019, p. 12; DOUE L219, 22.08.2019, p. 13; DOUE L219, 22.08.2019, p. 14; DOUE L219, 22.08.2019, p. 15; DOUE L254, 3.10.2019, p. 54; DOUE L254, 3.10.2019, p. 55; DOUE L254, 3.10.2019, p. 56), el anexo XV (Ayudas estatales) del Acuerdo EEE [2019/1650] (DOUE L254, 3.10.2019, p. 57), el anexo XX (Medio ambiente) del Acuerdo EEE [2019/1366] (DOUE L219, 22.08.2019, p. 16; DOUE L219, 22.08.2019, p. 17; DOUE L219, 22.08.2019, p. 18; DOUE L219, 22.08.2019, p. 20; DOUE L219, 22.08.2019, p. 21; DOUE L254, 3.10.2019, p. 62; DOUE L254, 3.10.2019, p. 63; DOUE L254, 3.10.2019, p. 64; DOUE L254, 3.10.2019, p. 66), el anexo XXII (Derecho de sociedades) del Acuerdo EEE [2019/1655] (DOUE L254, 3.10.2019, p. 72; DOUE L254, 3.10.2019, p. 73), el Protocolo 31 del Acuerdo EEE, sobre la cooperación en sectores específicos no incluidos en las cuatro libertades [2019/1371] (DOUE L219, 22.08.2019, p. 22), y el Protocolo 47 (sobre la supresión de los obstáculos comerciales de carácter técnico en el sector del vino) del Acuerdo EEE [2019/1657] (DOUE L254, 3.10.2019, p. 74).

Finalmente, el Órgano de Vigilancia de la AELC exime la explotación de servicios públicos de autobús en Noruega de la aplicación de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo [2019/...] (DOUE L259, 10.10.2019, p. 75).

XII. ENERGÍA

En la Política de Energía, se aprueba la celebración, por la Comisión Europea, del Acuerdo entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y la Organización para el Desarrollo Energético de la Península Coreana (KEDO) (DOUE L304, 26.11.2019, p. 1 y 2) y la celebración, por la Comisión Europea, del Acuerdo, entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) y la Organización para el Desarrollo Energético de la Península Coreana (KEDO) (DOUE L304, 26.11.2019, p. 4 y 5).

XIII. POLÍTICA INDUSTRIAL Y MERCADO INTERIOR

En Política industrial, se determina la «lista Prodcum» de productos industriales contemplada por el Reglamento (CEE) n° 3924/91 del Consejo (DOUE L309, 29.11.2019, p. 1).

En la normativa internacional relativa al Mercado Interior cabe destacar la adopción de reglamentos por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), relativos a: Disposiciones uniformes relativas a la homologación de vehículos en lo que respecta a las cerraduras de puertas y a los componentes de retención de las puertas [2019/1354] (DOUE L218, 21.08.2019, p. 1), Prescripciones uniformes sobre la homologación de vehículos en lo que concierne a los asientos, a sus anclajes y a los apoyacabezas 2019/1723 (DOUE L266, 18.10.2019, p. 1), Prescripciones uniformes relativas a la homologación de asientos de vehículos de grandes dimensiones para el transporte de viajeros y de estos vehículos por lo que respecta a la resistencia de los asientos y de sus anclajes 2019/1724 (DOUE L266, 18.10.2019, p. 31), Prescripciones uniformes sobre la homologación de vehículos en lo relativo a la protección de los ocupantes de la cabina de un vehículo comercial [2019/1850] (DOUE L283, 5.11.2019, p. 72).

E igualmente se decide la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en los comités correspondientes de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas por lo que respecta a las propuestas de modificaciones de los Reglamentos n° 0, 16, 17, 21, 29, 43, 44, 48, 53, 55, 58, 67, 74, 80, 83, 85, 86,98, 107, 112, 113, 115, 116, 123, 129, 135, 148, 149 y 150 de las Naciones Unidas, a la propuesta de modificaciones del Reglamento Técnico Mundial (RTM) n° 2, a la propuesta de enmiendas de la Resolución mutua MR.1, a las propuestas de enmiendas de las Resoluciones Consolidadas R.E.3 y R.E.5, y a las propuestas de autorizaciones para elaborar una enmienda del RTM n° 6 y un nuevo RTM sobre la determinación de la potencia de los vehículos eléctricos (DOUE L296,15.11.2019, p. 21).

Los aspectos más generales del mercado interior también son objeto de regulación y así se adopta una decisión por la que se solicita a la Comisión que presente un estudio, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-528/16, con respecto a la situación de las nuevas técnicas genómicas en el Derecho de la Unión, y una propuesta, si procede, vistos los resultados del estudio (DOUE L293,14.11.2019, p. 103).

La protección de la salud humana y animal suele siempre originar o modificar normativa existente, y en este cuatrimestre, se concede una autorización de la Unión para la familia de biocidas «Boumatic Iodine product family» (DOUE L277, 29.10.2019, p. 130), una autorización de la Unión para la familia de biocidas BPF_Iodi-

ne_VET (DOUE L283, 5.11.2019, p. 1), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de algodón modificado genéticamente GHB614 × LLCotton25 × MON 15985 con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 54), se autoriza la comercialización de productos que contengan maíz modificado genéticamente 5307 (SYN-Ø53Ø7-1), se compongan de dicho maíz o se hayan producido a partir de este, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (DOUE L204, 2.08.2019, p. 60), se autoriza la comercialización de productos que contienen, se componen o se han producido a partir de maíz modificado genéticamente 4114 (DP-ØØ4114-3) con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 65), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente Bt11 × MIR162 × 1507 × GA21 y las subcombinaciones Bt11 × MIR162 × 1507, MIR162 × 1507 × GA21 y MIR162 × 1507, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 69), se renueva, con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, la autorización de comercialización de productos que contengan maíz modificado genéticamente 1507 × NK603 (DAS-Ø15Ø7-1 × MON-ØØ6Ø3-6), se compongan de dicho maíz o se hayan producido a partir de él (DOUE L204, 2.08.2019, p. 75), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente MON 87403 (MON-874Ø3-1) con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 81), se autoriza la comercialización de productos que contengan, se compongan o se hayan producido a partir de maíz modificado genéticamente MON 87411 (MON-87411-9), de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 85), se autoriza la comercialización de productos que contengan soja modificada genéticamente MON 87751 (MON-87751-7), se compongan de dicha soja o se hayan producido a partir de ella con arreglo al Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L204, 2.08.2019, p. 90).

Se modifican las Decisiones 2007/305/CE, 2007/306/CE y 2007/307/CE en lo que respecta al período de tolerancia de los restos de colza oleaginosa híbrida Ms1×Rf1 (ACS-BNØØ4-7×ACS-BNØØ1-4), colza oleaginosa híbrida Ms1×Rf2 (ACS-BNØØ4-7×ACS-BNØØ2-5) y colza oleaginosa Topas 19/2 (ACS-BNØØ7-1), así como de sus productos derivados (DOUE L240, 18.09.2019, p. 13), se modifican las Decisiones 2008/933/CE, 2009/813/CE, 2009/814/CE y 2010/429/UE y las Decisiones de Ejecución 2012/82/UE, 2012/83/UE, 2012/347/UE, 2013/649/UE,

(UE) 2015/683, (UE) 2015/684, (UE) 2015/685, (UE) 2015/686, (UE) 2015/687, (UE) 2015/688, (UE) 2015/689, (UE) 2015/693, (UE) 2015/695, (UE) 2015/696, (UE) 2015/700, (UE) 2015/701, (UE) 2015/2279, (UE) 2015/2281, (UE) 2016/1216, (UE) 2016/1217, (UE) 2017/1207, (UE) 2018/1111, (UE) 2018/2045 y (UE) 2018/2046 en lo que se refiere al representante del titular de la autorización para comercializar determinados alimentos y piensos modificados genéticamente en la Unión (DOUE L244, 24.09.2019, p. 8).

El Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo se modifica reiteradamente para incluir el vinagre como sustancia activa en su anexo I (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 1), para incluir la *Saccharomyces cerevisiae* como sustancia activa en su anexo I (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 4), para incluir el huevo en polvo como sustancia activa en su anexo I (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 7), para incluir la miel como sustancia activa en su anexo I (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 10), para incluir la D-fructosa como sustancia activa en su anexo I (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 13), para incluir el queso como sustancia activa en su anexo I (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 16) y para incluir el zumo de manzana concentrado como sustancia activa en su anexo I (DOUE L279, 31 .10.2019, p. 19).

Se deciden los términos y las condiciones de autorización de un biocida que contiene aceite de hierbabuena y citronelal remitidos por el Reino Unido de conformidad con el artículo 36, apartado 1, del Reglamento (UE) n° 528/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L207, 7.08.2019, p. 37), se aprueba la sustancia activa de bajo riesgo *Bacillus subtilis*, cepa IAB/BS03, con arreglo al Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión (DOUE L250, 30.09.2019, p.49), se renueva la aprobación de la sustancia activa *Verticillium albo-atrum*, cepa WCS850, como sustancia de bajo riesgo, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión (DOUE L257, 8.10.2019, p. 6), se renueva la aprobación de la sustancia activa alfa-cipermetrina como candidata a la sustitución, de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión (DOUE L259, 10.10.2019, p. 2), se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 por lo que respecta a la prórroga de los períodos de aprobación de las sustancias activas amidosulfurón, beta-ciflutrina, bifenox, cipermetrina, clofentecina, clomazona, clorotolurón, daminozida, deltametrina, dicamba, difenoconazol, diflubenzurón, diflufenicán, fenoxaprop-P, fenpropidina, fludioxonil, flufenacet, fostiazato, indoxacarbó, lenacilo,

MCPA, MCPB, nicosulfurón, picloram, piriproxifeno, prosulfocarb, tiofanato-metil, triflusulfurón y tritosulfurón (DOUE L248, 27.09.2019, p. 24).

No se renueva la aprobación de la sustancia activa metiocarb con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 1107/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la comercialización de productos fitosanitarios, y se modifica el anexo del Reglamento de Ejecución (UE) n° 540/2011 de la Comisión (DOUE L250, 30.09.2019, p.53), no se aprueba el uso de la carbendazima como sustancia activa existente para su uso en biocidas del tipo de producto 9 (DOUE L303, 25.11.2019, p. 29), no se aprueba el uso del fosfato de plata, sodio, hidrógeno y circonio como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 7 (DOUE L306, 27.11.2019, p. 40), no se aprueba el uso de la zeolita de plata como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 7 (DOUE L306, 27.11.2019, p. 42), no se aprueba el uso de la zeolita de plata y cobre como sustancia activa existente en biocidas de los tipos de producto 2 y 7 (DOUE L307, 28.11.2019, p. 58) y se retrasa la fecha de expiración de la aprobación del K-HDO para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L304, 26.11.2019, p. 19), del tebuconazol para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L304, 26.11.2019, p. 21) y del IPBC para su uso en biocidas del tipo de producto 8 (DOUE L307, 28.11.2019, p. 45).

La protección de la salud alimentaria es uno de los objetivos en la realización del mercado interior, por lo que es frecuente la normativa en la materia. Así, se complementa la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a una metodología común y a los requisitos mínimos de calidad para la medición uniforme de los residuos alimentarios (DOUE L248, 27.09.2019, p. 77), se adopta un reglamento sobre la transparencia y la sostenibilidad de la determinación o evaluación del riesgo en la UE en la cadena alimentaria, y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 178/2002, (CE) n° 1829/2003, (CE) n° 1831/2003, (CE) n° 2065/2003, (CE) n° 1935/2004, (CE) n° 1331/2008, (CE) n° 1107/2009 y (UE) 2015/2283, y la Directiva 2001/18/CE (DOUE L231, 6.09.2019, p. 1).

Con arreglo al Reglamento (UE) 2015/2283 del Parlamento Europeo y del Consejo y modificando el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/2470 de la Comisión, se autoriza la comercialización de la betaína como nuevo alimento (DOUE L204, 2.08.2019, p. 16), de la fenilcapsaicina como nuevo alimento (DOUE L308, 29.11.2019, p. 40), de la mezcla 2'-fucosil-lactosa/difucosil-lactosa como nuevo alimento (DOUE L308, 29.11.2019, p. 62), se autoriza el cambio de las especificaciones del nuevo alimento lacto-N-neotetraosa producida con *Escherichia coli* K-12 (DOUE L205, 5.08.2019, p. 4), y se autoriza la ampliación del uso de aislado de proteínas de suero básico de leche de vaca como nuevo alimento (DOUE L258, 9.10.2019, p. 13).

Se modifica y se corrige el Reglamento (CE) n° 1881/2006 en lo que respecta al contenido máximo de ácido erúxico y ácido cianhídrico en determinados productos alimenticios (DOUE L289, 8.11.2019, p. 37), se adopta un reglamento relativo a los valores de referencia para las sustancias farmacológicamente activas no autorizadas presentes en los alimentos de origen animal y por el que se deroga la Decisión 2005/34/CE (DOUE L289, 8.11.2019, p. 41), se modifica el Reglamento (CE) n° 1881/2006 en lo que concierne a los contenidos máximos de citrulina en complementos alimenticios a base de arroz fermentado con levadura roja *Monascus purpureus* (DOUE L293, 14.11.2019, p. 2), se modifica el Reglamento (UE) n° 10/2011, sobre materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con alimentos (DOUE L209, 9.08.2019, p. 5) y la Comisión adopta una Recomendación relativa al control de la presencia de acrilamida en determinados alimentos (DOUE L290, 11.11.2019, p. 31).

En lo que se refiere al etiquetado y la presentación de los productos, se establecen requisitos de diseño ecológico para los motores eléctricos y los variadores de velocidad de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica el Reglamento (CE) n° 641/2009 en lo relativo a los requisitos de diseño ecológico aplicables a los circuladores sin prensaestopas independientes y a los circuladores sin prensaestopas integrados en productos y se deroga el Reglamento (CE) n° 640/2009 de la Comisión (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 74), se establecen requisitos de diseño ecológico para las fuentes de alimentación externas de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga el Reglamento (CE) n° 278/2009 de la Comisión (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 95).

Se modifica el Reglamento (UE) n° 548/2014, de 21 de mayo de 2014, por el que se desarrolla la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los transformadores de potencia pequeños, medianos y grandes (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 107), y se establecen requisitos de diseño ecológico para los equipos de soldadura de conformidad con la Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 121).

En el sector de los obstáculos técnicos a los intercambios, se modifica el Reglamento (UE) n° 1230/2012 en lo que respecta a los requisitos para la homologación de tipo de determinados vehículos de motor equipados con cabinas alargadas y de dispositivos y equipos aerodinámicos para vehículos de motor y sus remolques (DOUE L291, 12.11.2019, p. 17), se modifica el Reglamento (UE) n° 582/2011 en lo que respecta a las estrategias auxiliares de emisiones (AES), el acceso a la información sobre el sistema de diagnóstica a bordo (DAB) y a la información sobre la reparación y el mantenimiento del vehículo, la medición de las emisiones durante los períodos de arranque en frío del motor y el uso de sistemas portátiles de medición de emisiones

(PEMS) para medir el número de partículas, con respecto a los vehículos pesados (DOUE L303, 25.11.2019, p. 1).

También se decide sobre, las normas armonizadas aplicables a la compatibilidad electromagnética elaboradas en apoyo de la Directiva 2014/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L206, 6.08.2019, p. 27), las normas armonizadas aplicables a los equipos a presión elaboradas en apoyo de la Directiva 2014/68/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L250, 30.09.2019, p.95), las normas armonizadas para los juguetes establecidas en apoyo de la Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L263, 16.10.2019, p. 32), las normas armonizadas sobre instalaciones de transporte por cable elaboradas en apoyo del Reglamento (UE) 2016/424 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L298,19.11.2019, p. 8), las normas armonizadas sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión que se han elaborado en apoyo de la Directiva 2014/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L306, 27.11.2019, p. 26), la norma armonizada para la evaluación de la conformidad establecida en apoyo de los Reglamentos (CE) n° 765/2008 y (CE) n° 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y de los actos de la Unión que incorporan las disposiciones de referencia de la Decisión n° 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L263, 16.10.2019, p. 36), se modifica y corrige la Decisión de Ejecución (UE) 2019/436 en lo que concierne a la retirada de referencias de normas armonizadas para las máquinas del Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE L286, 7.11.2019, p. 25), se modifica la Decisión 2006/771/CE y se actualizan las condiciones técnicas armonizadas en el ámbito del uso del espectro radioeléctrico para los dispositivos de corto alcance (DOUE L212, 13.08.2019, p. 53), y se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2019/436 en lo que respecta a la norma armonizada EN ISO 19085-3:2017, relativa a mandrinadoras y ranuradoras de control numérico (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 94).

En lo que respecta a la seguridad de los productos, se modifica, se modifica, con vistas a su adaptación al progreso técnico, el anexo del Reglamento (CE) n° 440/2008, por el que se establecen métodos de ensayo de acuerdo con el Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) (DOUE L247, 26.09.2019, p. 1), y el anexo V del Reglamento (CE) n°1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y mezclas químicas (REACH) (DOUE L259, 10.10.2019, p. 9).

Se adopta un reglamento sobre la aplicación de determinadas disposiciones de registro y puesta en común de datos del Reglamento (CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo tras la expiración del plazo de registro definitivo para las sustancias en fase transitoria (DOUE L259, 10.10.2019, p. 12) y se decide sobre las normas europeas sobre productos redactadas en apoyo de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la seguridad general de los productos (DOUE L259, 10.10.2019, p. 65).

La Directiva 2011/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo es modificada en su anexo III para adaptarlo al progreso científico y técnico, en cuanto a una exención relativa al ftalato de bis(2-etilhexilo) (DEHP) en determinados componentes de caucho utilizados en los sistemas de motores (DOUE L283, 5.11.2019, p. 38), y en cuanto a una exención relativa al plomo en pastas de soldadura utilizadas en determinados motores de combustión (DOUE L283, 5.11.2019, p. 41).

La Directiva 2009/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la seguridad de los juguetes, es modificada en el punto 13 de la parte III del anexo II para adaptarlo al progreso técnico y científico en lo que respecta al aluminio (DOUE L298, 19.11.2019, p. 5), y en el apéndice C del anexo II con el fin de adoptar valores límite específicos para los productos químicos utilizados en determinados juguetes, por lo que respecta al formaldehído (DOUE L299, 20.11.2019, p. 51).

El mercado interior, por su propia naturaleza, afecta a una gran cantidad de materias, algunas de las cuales son también objeto de regulación en este cuatrimestre. Así se decide sobre la comercialización de un clavel modificado genéticamente (*Dianthus caryophyllus* L., línea FLO-40685-2) (DOUE L204, 2.08.2019, p. 46), el Reglamento (CE) n° 1223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los productos cosméticos es modificado en su anexo VI (DOUE L286, 7.11.2019, p. 3), su anexo V (DOUE L286, 7.11.2019, p. 7) y sus anexos II, III y V (DOUE L307, 28.11.2019, p. 15).

Se completa el Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo al establecer clases de prestaciones en relación con la permeabilidad al aire de los lucernarios en materiales plásticos y en vidrio y las escotillas de tejado (DOUE L211, 12.08.2019, p. 1), se complementa el Reglamento (UE) n° 305/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los sistemas aplicables para evaluar y verificar la constancia de las prestaciones de los kits de barandillas y los kits de pasamanos destinados al uso en obras de construcción únicamente para evitar caídas y no sometidos a cargas verticales estructurales (DOUE L270, 24.10.2019, p. 81), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo referente a la designación de paneles de expertos en el ámbito de los productos sanitarios (DOUE L234, 11.09.2019, p. 23), se establecen las

normas del establecimiento, la gestión y el funcionamiento de la red de autoridades nacionales responsables en materia de sanidad electrónica y se deroga la Decisión de Ejecución 2011/890/UE (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 83).

También se establecen formularios normalizados para la publicación de anuncios en el ámbito de la contratación pública y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1986 («formularios electrónicos») (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 7), se modifica el Reglamento Delegado (UE) 2017/653 para ajustar la disposición transitoria aplicable a los productores de productos de inversión minorista empaquetados y productos de inversión basados en seguros que ofrecen participaciones en fondos a los que se refiere el artículo 32 del Reglamento (UE) n° 1286/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo como opciones de inversión subyacentes al período de exención prolongado establecido en dicho artículo (DOUE L289, 8.11.2019, p. 4), y se completa el Reglamento (UE) 2017/2402 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la homogeneidad de las exposiciones subyacentes en las titulizaciones (DOUE L285, 6.11.2019, p. 1).

XIV. POLÍTICA REGIONAL, COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS ESTRUCTURALES Y REDES TRANSEUROPEAS

En relación con la Política Regional y la Coordinación de los Instrumentos Estructurales, se decide sobre las contribuciones financieras que deben ingresar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluidos el límite máximo en 2021, el importe anual de 2020, el primer tramo de 2020 y una previsión indicativa y no vinculante de los importes anuales de la contribución para los años 2022 y 2023 (DOUE L274, 28 .10.2019, p. 9), y sobre las contribuciones financieras que deberán pagar los Estados miembros para financiar el Fondo Europeo de Desarrollo, incluido el tercer tramo de 2019 (DOUE L274, 28 .10.2019, p. 12). Se completa el Reglamento (UE) n° 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo al establecimiento de la financiación a tipo fijo (DOUE L289, 8.11.2019, p. 6).

En relación a las redes transeuropeas, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea y de sus Estados miembros, del Protocolo al Acuerdo de Cooperación sobre un sistema mundial civil de navegación por satélite (GNSS) entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Corea, por otra, para tener en cuenta la adhesión de la República de Bulgaria, la República de Croacia y Rumanía a la Unión Europea (DOUE L301, 22.11.2019, p. 1).

XV. PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, DEL CONSUMIDOR Y DE LA SALUD

La Política Medioambiental suele implicar la celebración de Tratados internacionales, y así se decide sobre la presentación, en nombre de la Unión Europea, de propuestas de modificación de los Apéndices I y II de la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres (CMS), con motivo de la decimotercera reunión de la Conferencia de las Partes (DOUE L245, 25.09.2019, p. 7), sobre la posición que se ha de adoptar en nombre de la Unión Europea en la decimotava reunión de la Conferencia de las Partes en la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CP18 de la CITES) (DOUE L262, 15.10.2019, p. 19), sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, en la séptima Reunión de las Partes del Acuerdo sobre la conservación de las aves acuáticas migratorias afroeurasiáticas con respecto a determinadas enmiendas de su anexo 3 (DOUE L297,18.11.2019, p. 5), y sobre la posición que se debe adoptar en nombre de la Unión Europea en la segunda reunión ministerial del Acuerdo de Bonn con relación a la Declaración Ministerial y al Plan de Acción Estratégico del Acuerdo de Bonn (BASAP) de 2019-2025 adjunto (DOUE L263, 16.10.2019, p. 9).

En los aspectos más generales de esta política, se adopta una Recomendación por la Comisión, sobre el proyecto de Plan Nacional Integrado de Energía y Clima de España para el período 2021-2030 (DOUE C297, 3.09.2019, p. 33). Y se modifican los anexos I y V del Reglamento (UE) nº 649/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la exportación e importación de productos químicos peligrosos (DOUE L260, 11.10.2019, p. 1).

Se establecen el formato y la frecuencia de la información que deben facilitar los Estados miembros a efectos de la comunicación de datos con arreglo al Reglamento (CE) nº 166/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento de un registro europeo de emisiones y transferencias de contaminantes y por el que se modifican las Directivas 91/689/CEE y 96/61/CE del Consejo (DOUE L267, 21.10.2019, p. 3) y se establecen cuestionarios, así como el formato y la frecuencia de los informes que deben preparar los Estados miembros, de conformidad con el Reglamento (UE)2017/852 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L269, 23.10.2019, p. 5).

La gestión de los residuos suele ser objeto de regulación, y así se establecen normas relativas al cálculo, la verificación y la comunicación de datos relativos al vertido de residuos municipales de acuerdo con la Directiva 1999/31/CE del Consejo, y se deroga la Decisión 2000/738/CE de la Comisión (DOUE L290,11.11.2019, p. 18).

En cuanto a la emisión de gases y calidad del aire ambiente, se modifica el Reglamento (UE) n° 1031/2010 a fin de adaptar la subasta de derechos de emisión a las normas del RCDE UE para el período 2021-2030 y a la clasificación de derechos de emisión como instrumentos financieros con arreglo a la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L289, 8.11.2019, p. 9), se completa la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las medidas adoptadas por la Organización de Aviación Civil Internacional para el seguimiento, la notificación y la verificación de las emisiones de la aviación a los efectos de la aplicación de una medida de mercado mundial (DOUE L250, 30.09.2019, p.10), se establece el formato de la información que deben facilitar los Estados miembros a efectos de la aplicación de la Directiva (UE) 2015/2193 del Parlamento Europeo y del Consejo (DOUE L260, 11.10.2019, p. 65).

Se modifican: el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1152 en lo que respecta a la determinación y notificación de los valores de CO₂ WLTP de determinadas categorías de vehículos comerciales ligeros nuevos y se adaptan los datos de entrada para la herramienta de correlación (DOUE L282, 4.11.2019, p. 1), y el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1153 en lo que respecta a la notificación de los valores de CO₂ WLTP de determinadas categorías de turismos nuevos y se adaptan los datos de entrada para la herramienta de correlación (DOUE L282, 4.11.2019, p. 9). Se establecen disposiciones de aplicación del artículo 10 del Reglamento (UE) 2019/1242 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la recopilación de determinados datos (DOUE L286, 7.11.2019, p. 10), se modifica la Decisión de Ejecución (UE) 2016/587 para aclarar si el ámbito de aplicación de dicha Decisión de Ejecución engloba la iluminación exterior LED apta para determinados vehículos eléctricos híbridos sin carga exterior de categoría (DOUE L286, 7.11.2019, p. 15) y se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo respecto de las disposiciones adicionales de ajuste de la asignación gratuita de derechos de emisión debido a modificaciones del nivel de actividad (DOUE L282, 4.11.2019, p. 20).

Y en cuanto a la protección de espacios, se ejecuta la Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere al seguimiento y los informes (DOUE L220, 23.08.2019, p. 1).

En el ámbito de la protección a la fauna y flora silvestres, se prohíbe la introducción en la Unión de especímenes de determinadas especies de fauna y flora silvestres de conformidad con el Reglamento (CE) n° 338/97 del Consejo, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio (DOUE L248, 27.09.2019, p. 5).

Finalmente en lo que se refiere a las energías renovables y eficiencia energética, la Comisión adopta tres Recomendaciones, una relativa a la transposición de las obligaciones de ahorro de energía en virtud de la Directiva de eficiencia energética (DOUE L275, 28 .10.2019, p. 1), otra relativa al contenido de la evaluación completa del potencial de una calefacción y una refrigeración eficientes en virtud del artículo 14 de la Directiva 2012/27/UE (DOUE L275, 28.10.2019, p. 94) y la tercera relativa a la aplicación de las nuevas disposiciones sobre medición y facturación de la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética (DOUE L275, 28.10.2019, p. 121).

XVI. INFORMACIÓN, EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, POLÍTICA DE LA JUVENTUD.

La Política de Información de la UE en los últimos años suele contener algún tipo de regulación sobre la elaboración de estadísticas en distintas materias. Así, se modifican los anexos del Reglamento (CE) n° 1059/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece una nomenclatura común de unidades territoriales estadísticas (NUTS) (DOUE L270, 24 .10.2019, p. 1), se modifica la Orientación BCE/2014/15 sobre las estadísticas monetarias y financieras (BCE/2019/18) (DOUE L232, 6.09.2019, p. 1), se modifica el Reglamento (UE) n° 1333/2014 relativo a las estadísticas de los mercados monetarios (BCE/2019/29) (DOUE L257, 8.10.2019, p. 18), se modifica el Reglamento (UE) n° 692/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a las estadísticas europeas sobre el turismo, por lo que respecta a los plazos de transmisión y la adaptación de los anexos I y II (DOUE L258, 9.10.2019, p. 1).

Se establece un marco común para las estadísticas europeas relativas a las personas y los hogares, basadas en datos individuales recogidos a partir de muestras, se modifican los Reglamentos (CE) n° 808/2004, (CE) n° 452/2008 y (CE) n° 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (CE) n° 1177/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 577/98 del Consejo (DOUE L261I, 14.10.2019, p. 1), se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información, para el año de referencia 2020 (DOUE L296, 15.11.2019, p. 1), y se complementa el Reglamento (UE) n° 1295/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo mediante el establecimiento de indicadores de rendimiento cualitativos y cuantitativos adicionales (DOUE L308, 29.11.2019, p. 1).

En la Política de Educación, se modifica la Decisión de Ejecución 2013/776/UE, por la que se crea la Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural (DOUE L285, 6.11.2019, p. 14).

XVII. CIENCIA, INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO Y ESPACIO, PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

En Política Científica se crean las infraestructuras de investigación europeas para las tecnologías de obtención de imágenes en ciencias biológicas y biomédicas: Consorcio de Infraestructuras de Investigación Europeas Euro-BioImaging (Euro-BioImaging ERIC) (DOUE L285, 6.11.2019, p. 9).

En el ámbito de la Propiedad Intelectual e Industrial, se decide la adhesión de la Unión Europea al Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas (DOUE L271, 24 .10.2019, p. 12 y 15) y se adopta un reglamento sobre la actuación de la Unión tras su adhesión al Acta de Ginebra del Arreglo de Lisboa relativo a las Denominaciones de Origen y las Indicaciones Geográficas (DOUE L271, 24 .10.2019, p. 1).

Se aprueba una modificación que no es de menor importancia del pliego de condiciones de un nombre inscrito en el Registro de Denominaciones de Origen Protegidas y de Indicaciones Geográficas Protegidas «Gall del Penedès» (IGP) (DOUE L285, 6.11.2019, p. 6), se aprueba la protección contemplada en el artículo 99 del Reglamento (UE) nº 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo para el nombre «El Vicario» (DOP) (DOUE L206, 6.08.2019, p. 11), y para la denominación Vera de Estenas (DOP) (DOUE L290, 11.11.2019, p. 7).

XVIII. DERECHO DE EMPRESAS

XIX. CIUDADANÍA DE LA UNIÓN Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En materia de Protección de Derechos fundamentales, y en relación con la protección de datos personales, el Consejo de Administración de la Agencia Europea de Medicamentos, decide sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la Agencia (DOUE L209, 9.08.2019, p. 19), el Consejo de Administración de la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación, sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la AESPJ (DOUE L221, 26.08.2019, p. 1), la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria sobre las normas internas sobre las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la EFSA (DOUE L272, 25.10.2019, p. 154), la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y

Política de Seguridad establece normas de ejecución relativas a la protección de los datos personales por el Servicio Europeo de Acción Exterior y a la aplicación del Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo 2019/C 370/05 (DOUE C370, 31.10.2019, p. 9), la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad decide sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior 2019/C 370/06 (DOUE C370, 31.10.2019, p. 18), el Tribunal de Justicia, decide establecer un mecanismo interno de supervisión en materia de tratamiento de datos personales efectuado en el marco de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia (DOUE C383, 11.11.2019, p. 2), el Tribunal General, establece un mecanismo interno de supervisión en materia de tratamiento de datos personales efectuado en el marco de las funciones jurisdiccionales del Tribunal General (DOUE C383, 11.11.2019, p. 4), la Junta Única de Resolución decide sobre las normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las investigaciones administrativas, los procedimientos disciplinarios, las investigaciones y otros procedimientos llevados a cabo por la Junta Única de Resolución (SRB/ES/2019/32) (DOUE L301, 22.11.2019, p. 5), la Junta Única de Resolución decide sobre las normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de un procedimiento informal de la política de la JUR sobre protección de la dignidad de la persona y prevención del acoso psicológico y el acoso sexual (SRB/ES/2019/33) (DOUE L301, 22.11.2019, p. 10), la Junta Única de Resolución decide sobre las normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco de las investigaciones de incidencias de seguridad interna llevadas a cabo por la Junta Única de Resolución (SRB/ES/2019/34) (DOUE L301, 22.11.2019, p. 14) y el Consejo de Administración de la Autoridad Europea de Valores y Mercados aprueba las normas internas relativas a las limitaciones de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la AEVM (DOUE L303, 25.11.2019, p. 31).

También se adopta una Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (DOUE L305, 26.11.2019, p. 17).

Se sustituye al anexo I del Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana europea (DOUE L257, 8.10.2019, p. 1) y se establecen especificaciones técnicas para sistemas individuales de recogida en línea, de conformidad con el Reglamento (UE) 2019/788 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana europea (DOUE L274, 28.10.2019, p. 3).

Se decide sobre varias propuestas de iniciativa ciudadana, así sobre la propuesta titulada «Eliminar de raíz la corrupción en Europa, suprimiendo los fondos a los países con un sistema judicial ineficiente una vez finalizado el plazo establecido» (DOUE L241, 19.09.2019, p. 6), sobre la propuesta titulada «Medidas ante la situación de emergencia climática» (DOUE L241, 19.09.2019, p. 8), sobre la propuesta titulada «Salvemos a las abejas y a los agricultores-Hacia una agricultura respetuosa con las abejas para un medio ambiente sano» (DOUE L241, 19.09.2019, p. 10), y sobre la propuesta denominada «Ensuring Common Commercial Policy conformity with EU Treaties and compliance with international law» (Garantizar la conformidad de la política comercial común con los Tratados de la UE y el cumplimiento del Derecho internacional) (DOUE L241, 19.09.2019, p. 12).

XX. POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN

La celebración de Tratados internacionales suele ser frecuente en el desarrollo de la Política Exterior y de Seguridad Común. Así se decide la firma y la celebración, del Acuerdo entre la Unión Europea y el Reino Hachemí de Jordania por el que se crea un marco para la participación del Reino Hachemí de Jordania en operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea (DOUE L207, 7.08.2019, p. 1 y 3), se autoriza la firma y celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam por el que se crea un marco para la participación de Vietnam en operaciones de gestión de crisis de la Unión Europea (DOUE L276, 29.10.2019, p. 1 y 3), se decide la firma y celebración del Acuerdo entre la Unión Europea y el Gobierno de la República de Mali sobre el estatuto de la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali) (DOUE L299, 20.11.2019, p. 1 y 3).

En relación con el Servicio Europeo de Acción Exterior, se nombra al Representante Especial de la Unión Europea en Bosnia y Herzegovina (DOUE L209, 9.08.2019, p. 10).

En los aspectos más generales de esta política, se modifica la Decisión (PESC) 2016/2382 por la que se crea la Escuela Europea de Seguridad y Defensa (EESD) (DOUE L204, 2.08.2019, p. 36; DOUE L290, 11.11.2019, p. 17).

Se nombra al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad a D. Josep Borrell Fontelles (DOUE L207, 7.08.2019, p. 36).

Se modifica y actualiza la Decisión (PESC) 2018/340 por la que se establece la lista de proyectos que deben desarrollarse en el marco de la Cooperación Estructurada Permanente (DOUE L293, 14.11.2019, p. 113), se modifica la Posición Común 2008/944/PESC por la que se definen las normas comunes que rigen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares (DOUE L239, 17.09.2019, p. 16)

y se decide sobre una acción de la Unión Europea para apoyar el Mecanismo de Verificación e Inspección de las Naciones Unidas en Yemen (DOUE L256, 7.10.2019, p. 10).

En relación con el problema de la piratería en Somalia, se nombra al general de División D. Antonio Planells Palau comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) (ATALANTA/3/2019) (DOUE L250, 30.09.2019, p.84) y se nombra al comandante de la Fuerza de la UE para la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (Atalanta) y por la que se deroga la Decisión (PESC) 2019/1245 (Atalanta/4/2019) (DOUE L308, 29.11.2019, p. 98).

La constante colaboración de la Unión Europea con la Organización de Naciones Unidas continúa y se concreta en la aplicación de distintas Resoluciones del Consejo de Seguridad, llevando a la adopción de determinadas medidas restrictivas, tanto contra Estados como respecto de diversas entidades, personas y grupos terroristas. En cuanto a Estados, se adoptan medidas restrictivas: habida cuenta de la situación en Libia (DOUE L204, 2.08.2019, p. 1; DOUE L204, 2.08.2019, p. 44; DOUE L252, 2.10.2019, p. 36), respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L236, 13.09.2019, p. 1; DOUE L236, 13.09.2019, p. 17), habida cuenta de la situación en la República Centroafricana (DOUE L243, 23.09.2019, p. 1; DOUE L243, 23.09.2019, p. 6; DOUE L265, 18.10.2019, p. 1; DOUE L265, 18.10.2019, p. 7), Venezuela (DOUE L248, 27.09.2019, p. 1; DOUE L248, 27.09.2019, p. 74; DOUE L291,12.11.2019, p. 1; DOUE L291,12.11.2019, p. 13; DOUE L291,12.11.2019, p. 42), Nicaragua (DOUE L262, 15.10.2019, p. 1; DOUE L262, 15.10.2019, p. 58), Burundi (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 1; DOUE L272, 25 .10.2019, p. 5; DOUE L272, 25 .10.2019, p. 147), República de Guinea (DOUE L272, 25 .10.2019, p. 3; DOUE L272, 25 .10.2019, p. 152), determinadas restricciones específicas aplicables a las relaciones económicas y financieras con Iraq (DOUE L285, 6.11.2019, p. 7), medidas restrictivas habida cuenta de las actividades de perforación no autorizadas de Turquía en el Mediterráneo oriental (DOUE L291,12.11.2019, p. 3; DOUE L291,12.11.2019, p. 47).

La aplicación de las Resoluciones de Naciones Unidas, lleva también a establecer medidas restrictivas a otras entidades, grupos terroristas y personas implicadas en actividades contrarias a la protección de las libertades fundamentales y derechos humanos, y así se aplica el Reglamento (UE) 2016/1686 por el que se imponen me-

didadas restrictivas adicionales dirigidas contra el EIIL (Daesh) y Al Qaida, así como contra personas físicas o jurídicas, entidades u organismos asociados con los mismos (DOUE L262, 15.10.2019, p. 11; DOUE L303I, 25.11.2019, p. 1), se modifica la Decisión (PESC) 2016/1693 por la que se adoptan medidas restrictivas contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida y personas, grupos, empresas y entidades asociadas con los mismos (DOUE L262, 15.10.2019, p. 64; DOUE L303I, 25.11.2019, p. 3), y se siguen modificando e imponiendo medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con las organizaciones EEIL (Daesh) y Al-Qaida (DOUE L217, 20.08.2019, p. 1; DOUE L223, 27.08.2019, p. 7; DOUE L264, 17.10.2019, p. 3; DOUE L290, 11.11.2019, p. 15), medidas restrictivas contra los dirigentes de la región del Trans-Dniéster de la República de Moldavia (DOUE L272, 25.10.2019, p. 150), se aplica el artículo 2, apartado 3, del Reglamento (CE) n° 2580/2001 sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/24 (DOUE L209, 9.08.2019, p. 1), y se actualiza la lista de personas, grupos y entidades a los que se aplican los artículos 2, 3 y 4 de la Posición Común 2001/931/PESC sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo y se deroga la Decisión (PESC) 2019/25 (DOUE L209, 9.08.2019, p. 15).

En relación con las Misiones de la UE, se decide el nombramiento del Jefe de Misión de la Misión de la Unión Europea de desarrollo de las capacidades en Somalia (EUCAP Somalia) (EUCAP Somalia/1/2019) (DOUE L248, 27.09.2019, p. 65) y se nombra al jefe de la Misión de la Unión Europea por el Estado de Derecho en Kosovo (EULEX KOSOVO) (EULEX KOSOVO/2/2019) (DOUE L308, 29.11.2019, p. 105).

En cuanto a las Operaciones Militares de la UE, se modifica la Decisión (PESC) 2015/778 relativa a una operación militar de la Unión Europea en el Mediterráneo central meridional (operación EUNAVFOR MED SOPHIA) (DOUE L248, 27.09.2019, p. 73).

Y en lo que respecta al control y reducción de armamentos, se decide reforzar la protección y la seguridad biológicas en Ucrania en consonancia con la aplicación de la Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sobre la no proliferación de las armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores (DOUE L204, 2.08.2019, p. 29), se decide el apoyo de un diálogo y cooperación África-China-Europa sobre la prevención del desvío de armas y municiones en África (DOUE L204, 2.08.2019, p. 37) y se modifica la Decisión (PESC) 2018/1544 relativa a la adopción de medidas restrictivas contra la proliferación y el uso de armas químicas (DOUE L262, 15.10.2019, p. 66).

XXI. ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

En el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y en sus aspectos más generales, el Consejo de Administración de la Agencia de la Unión Europea para la Formación Policial decide sobre las normas internas relativas a la limitación de determinados derechos de los interesados en relación con el tratamiento de datos personales en el marco del funcionamiento de la CEPOL (DOUE L290,11.11.2019, p. 34).

En materia de visados, se decide la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre la Unión y la República de Bielorrusia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L297,18.11.2019, p. 1).

En lo que se refiere al convenio y al espacio de Schengen, se decide sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen en lo que se refiere a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu LISA) (DOUE L268, 22.10.2019, p. 73).

Y finalmente en materia de libre circulación, asilo, fronteras y flujos migratorios se adopta un Reglamento sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n° 1052/2013 y (UE) 2016/1624 (DOUE L295,14.11.2019, p. 1).

Crónica Normativa de la Junta de Andalucía¹

Decreto 531/2019, de 29 de agosto, por el que se modifica el Decreto 98/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local [BOJA núm. 169, de 3 de septiembre]

Este Decreto lleva a cabo las siguientes modificaciones: mención expresa entre las competencias de la Consejería de materia de regeneración y de transparencia; y asignación de la competencia sobre mediación y arbitraje, hasta ahora desempeñada por la extinta Fundación Pública Andaluza Centro para la Mediación y el Arbitraje de Andalucía, a la Dirección General de Justicia Juvenil y Cooperación.

Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía [BOJA, boletín extraordinario núm. 23, de 15 de septiembre; convalidado por Resolución de 25 de octubre de 2019, del Parlamento de Andalucía, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Decreto-ley 3/2019, de 24 de septiembre, de medidas urgentes para la adecuación ambiental y territorial de las edificaciones irregulares en la Comunidad Autónoma de Andalucía, BOJA núm. 221, de 15 de noviembre]

Esta norma pretende dar solución a la problemática de la situación de las edificaciones irregulares en Andalucía sobre las que ya no cabe adoptar legalmente medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado y de ejercicio de la potestad de protección de la legalidad urbanística, al haber transcurrido los plazos legalmente establecidos. Las edificaciones en cuestión se cifran en más de 300.000 en suelo no urbanizable, de las cuales tan sólo han sido declaradas en asimilado a fuera de ordenación y por consiguiente han podido acceder a los suministros básicos en condiciones mínimas de seguridad y salubridad, un 26% de dichas viviendas. Detrás de estas cifras se encuentran propietarios en situaciones muy diversas, desde personas que confiaron en la legalidad de una edificación que contaba con la oportuna licencia municipal hasta parcelistas clandestinos.

Desde la entrada en vigor de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, se han sucedido diversas modificaciones que han tratado de hacer frente a esta problemática, estableciendo diferentes medidas selectivas de

¹ En esta sección, elaborada por Emilio GUICHOT REINA, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, se recogen y comentan las disposiciones generales más relevantes de la Junta de Andalucía publicadas en el BOJA en el período de agosto a noviembre de 2019.

“indulto”, no obstante lo cual, el fenómeno ha ido en aumento, con los consiguientes problemas paisajísticos, ambientales, de salubridad, con la creciente contaminación de los acuíferos, de seguridad o de enganches ilegales de energía entre otros, y con el surgimiento, como reconoce el propio Decreto-ley, de una emergente economía sumergida al margen de todo control de las distintas Administraciones Públicas.

En palabras de su Exposición de Motivos, “la situación descrita obliga a reconsiderar la estrategia seguida y exige adoptar, sin más dilaciones, medidas urgentes que minimicen el impacto territorial, ambiental y paisajístico que provocan las edificaciones irregulares, resuelva las deficientes condiciones de seguridad y salubridad que padecen cientos de miles de familias andaluzas y regule en un único texto legal la normativa en materia de edificaciones irregulares, derogando la normativa anterior (dos leyes, un decreto y una orden). Urge poner remedio a este grave problema configurando una única norma simple, clara, actualizada y coherente que dé respuesta y solución a la problemática existente y, a su vez, ponga freno de forma definitiva a la proliferación de edificaciones irregulares en Andalucía, mientras se redacta la nueva ley que regule y ordene de modo total y completo la actividad urbanística en Andalucía.”

La norma se estructura en cuatro Títulos.

En el Título Preliminar se define el objeto del Decreto-ley, que es regular el régimen aplicable y establecer las medidas adecuadas para las edificaciones irregulares, aisladas o agrupadas, en las que no resulta posible adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística ni de restablecimiento del orden jurídico perturbado por haber transcurrido el plazo para su ejercicio.

En el Título I se establece el procedimiento de declaración de la situación de asimilado a fuera de ordenación en la que se encuentran las citadas edificaciones irregulares y se establece el régimen al que deben estar sometidas, antes y después de la declaración. Dicho régimen es independiente de la clase de suelo donde se ubiquen y de su forma de implantación. En dichas edificaciones y mientras no se produzca la declaración administrativa de la situación de asimilado a fuera de ordenación, no se permite el acceso a los servicios básicos ni realizar ningún tipo de obra. Una vez reconocida la situación de asimilado a fuera de ordenación, las personas propietarias de esas edificaciones podrán acceder a los servicios de saneamiento, abastecimiento de agua y suministro eléctrico, si ya existieran las correspondientes redes de infraestructuras, o resolver dichos servicios de forma autónoma. Además, se admiten las obras de conservación necesarias para el mantenimiento de las condiciones de seguridad y salubridad que garanticen su habitabilidad o uso.

En el Título II se introduce, como novedad, la posibilidad de formular, sin necesidad de que estén previstos o desarrollen los planes generales o los planes te-

territoriales y, también, en ausencia de estos, Planes Especiales para la adecuación ambiental y territorial de las agrupaciones de edificaciones irregulares, esté o no prevista su transformación mediante la urbanización. Ello supone no demorar la solución de esos ámbitos hasta la incierta aprobación del futuro plan general y su desarrollo posterior. La aprobación del Plan Especial no modifica la clasificación del suelo pero permite, en estas edificaciones, el acceso a los servicios básicos, así como la ejecución de obras de conservación y de reforma. De igual modo, se admite, si así lo establece el Plan Especial, la posibilidad de ejecutar pequeños elementos auxiliares que no afecten negativamente al paisaje y al entorno.

En el Título III se regula el régimen de incorporación de las edificaciones irregulares a la ordenación urbanística. Corresponde Plan General de Ordenación Urbanística. Es el Plan General decidir sobre la compatibilidad o no con el modelo que proponga de las agrupaciones de edificaciones irregulares existentes. Las personas propietarias de edificaciones situadas en los ámbitos que se incorporen al Plan General, mediante su clasificación como suelo urbano no consolidado o suelo urbanizable, tienen la obligación de asumir las cargas urbanísticas que procedan si bien el régimen de cesiones establecido con carácter general en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, se podrá modular en los propios instrumentos de planeamiento en atención a las características propias de cada ámbito. Una vez ejecutada la urbanización conforme a las determinaciones del planeamiento y recibidas, total o parcialmente, las correspondientes obras, las edificaciones existentes podrán ser legalizadas, permitiendo en ellas, las obras de conservación, reforma y, en su caso, ampliación. Para las agrupaciones que no puedan incorporarse al planeamiento general por no ser compatibles con el modelo territorial adoptado, se podrán formular los correspondientes Planes Especiales de adecuación ambiental y territorial previstos en el título II del Decreto-ley, siéndoles de aplicación el régimen establecido en dicho título.

Decreto 573/2019, de 1 de octubre, por el que se modifica el Decreto 101/2019, de 12 de febrero, por el que se regula la Estructura Orgánica de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía

En la reordenación de Consejerías del nuevo Gobierno autonómico, la Secretaría General de Industria, Energía y Minas asumió las funciones que, en la estructura organizativa previa al citado Decreto del Presidente, se venían atribuyendo a la Dirección General de Industria, Energía y Minas, pero también aquellas relacionadas con la planificación, fomento y coordinación de las políticas de industria, energía y minas que estaban atribuidas a la suprimida Secretaría General de Innovación, Industria y Energía. Ahora se reestructuran las atribuciones de la citada Secretaría General, a la que corresponderá la coordinación e impulso de la política de la Comunidad Autónoma de Andalucía en las materias de industria, energía y minas, así

como la planificación, ordenación y seguimiento en dichos ámbitos. Asimismo, se crea la Dirección General de Industria, Energía y Minas, a la que corresponderán las competencias de resolución, gestión y ejecución establecidas en la normativa de aplicación en estas materias.

Decreto 572/2019, de 1 de octubre, por el que se modifica el Decreto 106/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación [BOJA núm. 193, de 7 de octubre]

En este Decreto se lleva a cabo una nueva distribución de competencias entre la Dirección General de Violencia de Género, Igualdad de Trato y Diversidad y el Instituto Andaluz de la Mujer; se modifica la denominación de la Secretaría General de Políticas Sociales y Conciliación, que pasa a llamarse ahora de Políticas Sociales, Voluntariado y Conciliación, y se le adscribe la Inspección de Servicios Sociales y la coordinación y tramitación de las convocatorias de subvenciones que se realicen con cargo a la asignación tributaria del 0,7% del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la adscripción orgánica a la Viceconsejería del Instituto Andaluz de la Mujer, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía y la Agencia Andaluza de Cooperación Internacional para el desarrollo.

Orden de 16 de septiembre de 2019, por la que se regulan las pruebas para la obtención del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria en la Comunidad Autónoma de Andalucía para personas mayores de dieciocho años [BOJA núm. 199, de 15 de octubre]

Orden de 16 de septiembre de 2019, por la que se regulan las pruebas para la obtención del título de Bachiller en la Comunidad Autónoma de Andalucía para personas mayores de veinte años [BOJA núm. 200, de 16 de octubre]

Estas Ordenes sustituyen, respectivamente a la de 8 de enero de 2009 y a la de 26 de agosto de 2010, y establecen la elaboración, organización y realización de las pruebas, su estructura básica y contenidos sobre los que versan, las convocatorias, y el procedimiento de admisión a las mismas, detallando los requisitos que habrán de cumplir las personas participantes. Asimismo se establecen la composición y actuaciones de las comisiones evaluadoras, la evaluación de las pruebas, las posibles exenciones a aquellas personas aspirantes que acrediten conocimientos previos adquiridos, y se determinan los procedimientos de reclamación y de certificación de haber superado las pruebas o alguno de los ámbitos.

Orden de 23 de septiembre de 2019, por la que se regulan los procedimientos, las condiciones de concesión y otros aspectos de la gestión de las operaciones financieras de activo y de las garantías de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades vinculadas o dependientes de la misma [BOJA núm. 200, de 16 de octubre]

La disposición final primera del Decreto-ley 1/2018, de 27 de marzo, de medidas para la gestión de los instrumentos financieros del Programa Operativo FEDER Andalucía 2014-2020 y otras de carácter financiero, dispone en su apartado 1 que la Consejería competente en materia de Política Financiera, en el plazo máximo de dos meses a contar desde la entrada en vigor del citado Decreto-ley, aprobará una orden que tenga por objeto regular los procedimientos, las condiciones de concesión y otros aspectos de la gestión de las garantías y operaciones financieras de activo de la Administración de la Junta de Andalucía, de acuerdo, en su caso, con las especialidades derivadas del Reglamento (UE) núm. 1303/2013, de 17 de diciembre, y demás normativa comunitaria aplicable a los instrumentos financieros cofinanciados por el Programa Operativo, así como la gestión de recuperaciones y de los ingresos y cobros que resulten de dichas operaciones. Esta Orden da cumplimiento a ese mandato.

Decreto 579/2019, de 15 de octubre, por el que se modifica el Decreto 102/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Deporte [BOJA núm. 202, de 18 de octubre]

Este Decreto reasigna a la Dirección General de Ordenación y Evaluación Educativa las competencias en materia de educación permanente de personas adultas, incluidas las enseñanzas especializadas de idiomas, que se residenciaban hasta ahora en la Dirección General de Atención a la Diversidad, Participación y Convivencia Escolar; y a la Dirección General de Planificación y Centros la competencia que había sido atribuida a la Secretaría General Técnica en relación con el pago delegado de la nómina del personal docente de los centros concertados y la elaboración de las instrucciones conducentes a su confección. El Instituto de Enseñanza a Distancia de Andalucía adscrito a esta Consejería a través de la Secretaría General de Educación y Formación Profesional, pasa a serlo a través de la Dirección General de Formación del Profesorado e Innovación Educativa. En el área de deporte, las competencias relativas a los eventos deportivos y al voluntariado deportivo andaluz asignadas a la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo pasan a la Dirección General de Planificación, Instalaciones y Eventos Deportivos. Además, de esta última Dirección General se suprime la competencia relativa a la acreditación de los centros deportivos y a la gestión del Registro Andaluz de Acreditación de Centros Deportivos por estar derogado el Decreto 183/2006, de

17 de octubre, por el que se regula la acreditación de centros deportivos, y se crea y regula el Registro Andaluz de Acreditación de Centros Deportivos. Asimismo, se da una nueva redacción a las competencias asignadas a la Dirección General de Formación del Profesorado e Innovación Educativa. Finalmente, se suprime el Instituto Andaluz de Enseñanzas Artísticas Superiores.

Decreto 580/2019, de 15 de octubre, por el que se modifica el Decreto 108/2019, de 12 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico [BOJA núm. 202, de 18 de octubre]

Este Decreto incluye entre las competencias de la Secretaría General de Patrimonio Cultural las relaciones con el Consorcio Centro Federico García Lorca y le la Fundación Pública Andaluza El Legado Andalusi. Además, a la Dirección General de Patrimonio Histórico y Documental se le incluyen las competencias en relación con las fundaciones y consorcios en los que participe la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico en el ámbito del patrimonio cultural y sobre el Centro de Documentación Musical de Andalucía y sobre el Centro Andaluz de Documentación del Flamenco. Finalmente se sustituyen las referencias al término “artes plásticas” por la más amplia denominación de “artes visuales”.

Orden de 24 de octubre de 2019, por la que se modifica la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 19 de febrero de 2015, por la que se regula la contabilidad pública de la Junta de Andalucía [BOJA núm. 208, de 28 de octubre]

Esta Orden adapta la gestión contable a los cambios derivados de la modificación introducida en el apartado cuatro del artículo 52 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, por la disposición final primera de la Ley 3/2019, de 22 de julio, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2019, que sirve de marco a la licitación de los contratos declarados de contratación centralizada y a las obligaciones de suministro de información previstas en la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera en lo que se refiere al seguimiento de las operaciones devengadas, así como adecuarla a la modificación del Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por la Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, llevada a cabo por la Orden HFP/1970/2016, de 16 de diciembre. Además, añade como contenido necesario de los documentos contables, la fecha de devengo.

Orden de 11 de octubre de 2019, por la que se desarrollan las normas generales de organización y funcionamiento del Tribunal Administrativo del Deporte de Andalucía, así como la ordenación interna de sus procedimientos [BOJA núm. 211, de 31 de octubre]

Con la aprobación de la presente orden se cumple el mandato del artículo 95 del Decreto 205/2018, de 13 de noviembre, donde se desarrollan las normas generales de organización y funcionamiento del Tribunal en los términos indicados en dicho mandato, siendo el objeto de la regulación el propio Tribunal y la Unidad de apoyo al mismo, esta última como unidad que interviene en la materia y procedimientos competencia del Tribunal mediante una actividad complementaria y, al mismo tiempo, necesaria en la labor del Tribunal.

Decreto 586/2019, de 29 de octubre, por el que se regula el Registro de Cáncer de Andalucía [BOJA núm. 212, de 4 de noviembre]

El Registro de Cáncer de Andalucía se creó, mediante el Decreto 297/2007, de 18 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Cáncer de Andalucía, con la finalidad de conocer la magnitud de la enfermedad en su área geográfica; ayudar en la planificación y gestión sanitaria; identificar grupos de alto riesgo y realizar y colaborar en estudios de investigación con la finalidad de comprobar hipótesis etiológicas, todo ello en aras de asegurar la mejor tutela de la salud de la población andaluza. Son funciones del Registro de Cáncer de Andalucía, la obtención, procesamiento, análisis y evaluación de la información obtenida sobre los casos de cáncer; custodiar y controlar el acceso a los datos clínicos epidemiológicos y demográficos, en el marco de la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal; y regular y facilitar la información que resulte necesaria para la planificación de los servicios sanitarios y la evaluación de la atención sanitaria en el ámbito de las enfermedades tumorales. Las estadísticas del Registro de Cáncer de Andalucía forman parte del Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía desde el año 2013, siendo una de las actividades estadísticas que se incluyen en los programas anuales aprobados por el Consejo de Gobierno y que tienen la consideración de estadísticas oficiales de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Este Decreto lleva a cabo una nueva regulación encaminada, en palabras de su Exposición de Motivos, a “realizar una mejora en su organización y de su gobernanza, incluir entre sus finalidades la contribución a la eficacia del Sistema Sanitario Público de Andalucía y mejorar la eficiencia en la gestión de la información tras el desarrollo tecnológico de los datos provenientes de distintos centros sanitarios y fuentes institucionales.”

Decreto 588/2019, de 6 de noviembre, por el que se modifica el Decreto 62/2003, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Festejos Taurinos Populares y se regulan determinados aspectos de los espectáculos taurinos [BOJA núm. 218, de 12 de noviembre]

La Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía faculta al Consejo de Gobierno para el desarrollo reglamentario en materia de espectáculos taurinos. Haciendo uso de esta habilitación, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía aprobó el Decreto 62/2003, de 11 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Festejos Taurinos Populares y se regulan determinados aspectos de los espectáculos taurinos. La última modificación de ese Decreto se llevó a efecto por el Decreto 278/2011, de 20 de septiembre, para su adecuación a la normativa sobre libertad de acceso a las actividades y su ejercicio. El Decreto que ahora reseñamos tiene como objetivo la agilización del procedimiento de autorización previa de los festejos taurinos populares, de manera que sea la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía competente para autorizar el festejo taurino popular la que recabe todos los informes exigidos por la normativa. También se amplía el número de festejos taurinos populares que tienen características singulares con tradición acreditada, en concreto los celebrados de forma ininterrumpida e inveterada con ganado de raza bovina cruzado en Beas de Segura, en la provincia de Jaén, y en Ohanes, en la provincia de Almería; se revisan las referencias a las personas profesionales que intervienen en los festejos; se modifican los plazos de los reconocimientos previos y sacrificio de las reses y la definición, requisitos y condiciones de celebración de los festejos taurinos populares autorizables.

Ley 4/2019, de 19 de noviembre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Andalucía [BOJA núm. 227, de 25 de noviembre]

Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Andalucía, como Corporaciones de Derecho Público, son órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas y tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas que realicen estas actividades.

Como es sabido, en las últimas décadas ha habido importantes bandazos en la regulación de estas Cámaras. La Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación optó por un modelo de adscripción obligatoria y sujeción al pago del recurso cameral. El Real Decreto Ley 13/2010, de 3 de diciembre, estableció un sistema cameral de pertenencia voluntaria a cada Cámara y la eliminación del recurso cameral permanente, una de las principales

fuentes de financiación de estas Corporaciones. Posteriormente, la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, reforzó su condición de Corporaciones de Derecho Público estableciendo un sistema de adscripción obligatoria para todas las empresas, sin que de ello se derive, no obstante, ninguna obligación económica para las empresas. Esta Ley se dictó como legislación básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y faculta a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, para determinar diversas cuestiones tales como definir la organización territorial y de los órganos de gobierno de sus respectivas Cámaras. En Andalucía, regía hasta la fecha la Ley 10/2001, de 11 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía, norma que es derogada y sustituida por la nueva Ley.

La ley consta de ocho capítulos.

El Capítulo I regula la naturaleza y finalidad de las Cámaras, manteniendo la naturaleza jurídica de las mismas como Corporaciones de Derecho Público y garantizando el ejercicio de las funciones público-administrativas. Igualmente, se consagra su finalidad de representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a todas las empresas.

El Capítulo II establece el ámbito territorial de las Cámaras de Andalucía, y el procedimiento a seguir en materia de fusiones, segregaciones e integraciones de Cámaras, así como la posibilidad de desconcentrar determinadas atribuciones de éstas en las delegaciones que se creen en poblaciones de cierta importancia mercantil, industrial, de servicios o naviera.

En el Capítulo III se establece un sistema de adscripción obligatoria sin que de ello se derive obligación económica alguna. Se establece el censo público, la organización de las Cámaras de Andalucía y se regulan en este Capítulo los órganos de gobierno de las mismas, que serán el Pleno, el Comité Ejecutivo y la Presidencia. Se regulan de forma independiente las figuras de la Secretaría General y de la Dirección Gerencia. De igual modo, se disciplina el régimen jurídico del personal de las Cámaras.

El Capítulo IV regula el contenido mínimo del Reglamento de Régimen Interior y el Código de Buenas Prácticas de las Cámaras.

El Capítulo V se dedica al régimen electoral.

El Capítulo VI se refiere al régimen económico y presupuestario de las Cámaras, y en él se establecen las fuentes de financiación de las que disponen; la ela-

boración, aprobación y contenido de sus presupuestos, y las normas relativas a la liquidación de los mismos.

El Capítulo VII se regula el marco jurídico aplicable en sus funciones público-administrativas, así como aquellas de carácter privado derivadas de la gestión de su régimen patrimonial y de contratación. Por otro lado, se contemplan también las funciones de tutela que le corresponden a la Administración autonómica andaluza.

En el Capítulo VIII de la ley se dispone la regulación del Consejo Andaluz de Cámaras, concebido también como una Corporación de Derecho Público a la que pertenecen, a través de sus respectivas Presidencias, todas las Cámaras de Andalucía, así como representantes de las organizaciones empresariales. El Consejo ostenta la representación, relación y coordinación de estas Cámaras, especialmente en lo que se refiere al asesoramiento y la colaboración con la Administración de la Junta de Andalucía.

OTRAS DISPOSICIONES DE INTERÉS PARA LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA¹

CONSEJERÍA DE TURISMO, REGENERACIÓN, JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Orden de 1 de agosto de 2019, por la que se determina el inicio del ejercicio de las funciones en materia de protección de datos de carácter personal por el Consejo de la Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (BOJA 154, de 12 de agosto).

Decreto-ley 2/2019, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el Programa andaluz de colaboración financiera específica extraordinaria con las entidades locales especialmente afectadas por fenómenos naturales adversos u otros supuestos de emergencia de protección civil y catástrofes públicas acaecidos en las provincias de Almería, Córdoba, Granada, Jaén, Málaga y Sevilla (BOJA extraordinario 21, de 18 de septiembre).

Orden de 19 de septiembre de 2019, por la que se determina la dotación final y se concretan las cuantías de las transferencias establecidas en el Decreto-ley 2/2019, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el programa andaluz de colaboración financiera específica extraordinaria con las entidades locales especialmente afectadas por fenómenos naturales adversos u otros supuestos de emergencia de protección civil y catástrofes públicas acaecidos en las provincias de Almería, Córdoba, Granada, Jaén, Málaga y Sevilla (BOJA extraordinario 22, de 20 de septiembre).

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA E INTERIOR

Acuerdo de 11 de septiembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Programa Andaluz de Medidas de Preparación y Contingencia ante la retirada del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit) (BOJA 180, de 18 de septiembre).

Orden de 21 de octubre de 2019, por la que se regula la homologación de los cursos de formación para el voluntariado de protección civil (BOJA 207, de 25 de octubre).

Decreto 581/2019, de 22 de octubre, por el que se dictan normas para facilitar la participación de las personas trabajadoras por cuenta ajena y del personal al ser-

¹ Subsección preparada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO, Catedrática de Derecho Administrativo, Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural, Universidad de Huelva. Comprende disposiciones publicadas en los boletines de agosto de 2019 a noviembre de 2019.

vicio de la Administración de la Junta de Andalucía y sus Agencias en las elecciones generales, convocadas para el día 10 de noviembre de 2019 (BOJA 208, de 28 de octubre).

Decreto 585/2019, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Sistema de Gobernanza, Transparencia y Participación Institucional de la Inversión Territorial Integrada 2014-2020 para la provincia de Jaén (BOJA 212, de 4 de noviembre).

Orden de 19 de noviembre de 2019, por la que se determina el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos administrativos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2020 (BOJA 227, de 25 de noviembre).

CONSEJERÍA DE HACIENDA, INDUSTRIA Y ENERGÍA

Orden de 7 de octubre de 2019, por la que se amplían las obligaciones económicas de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales sujetas a la garantía de los tiempos de pago (BOJA 198, de 14 de octubre).

Resolución de 8 de octubre de 2019, de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se modifican los Anexos I y II de la Orden de 5 de marzo de 2013, por la que se dictan normas de desarrollo del Decreto 59/2005, de 1 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la instalación, ampliación, traslado y puesta en funcionamiento de los establecimientos industriales, así como el control, responsabilidad y régimen sancionador de los mismos, en lo relativo a la comunicación de puesta en servicio y a las fichas técnicas descriptivas de baja tensión, instalaciones frigoríficas, instalaciones térmicas en los edificios, almacenamiento de productos químicos y productos petrolíferos líquidos (BOJA 198, de 14 de octubre).

Orden de 21 de octubre de 2019, por la que se establece la política de seguridad de la información de la Consejería (BOJA 211, de 31 de octubre).

Orden de 8 de noviembre de 2019, sobre cierre del ejercicio presupuestario de 2019 (BOJA 219, de 13 de noviembre).

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y DEPORTE

Resolución de 23 de julio de 2019, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 11 de julio de 2019, de la Comisión del Distrito Único Universitario de Andalucía, por el que se establecen los parámetros de ponderación para el cálculo de la nota de admisión a determinadas enseñanzas universitarias oficiales de Grado para los cursos 2019-2020 y sucesivos (BOJA 147, de 1 de agosto).

Resolución de 24 de julio de 2019, de la Viceconsejería, por la que se aprueban las Instrucciones para el desarrollo, la dirección y la coordinación del Plan General de Actuación de la Inspección Educativa y el Plan de Formación para el Perfeccionamiento y Actualización Profesional, para el curso escolar 2019-2020 (BOJA 147, de 1 de agosto).

Decreto 525/2019, de 30 de julio, por el que se extingue la Agencia Andaluza de Evaluación Educativa (BOJA 148, de 2 de agosto).

Resolución de 30 de julio de 2019, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se aprueba la modificación de los Estatutos de la Federación Andaluza de Remo y se acuerda su inscripción en la sección primera del Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 150, de 6 de agosto).

Resolución de 24 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación del Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Motociclismo (BOJA 188, de 30 de septiembre).

Resolución de 24 de septiembre de 2019, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación del Reglamento Electoral de la Real Federación Andaluza de Fútbol (BOJA 188, de 30 de septiembre).

Resolución de 16 de octubre de 2019, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se ratifica la modificación del Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Balonmano y se acuerda su inscripción en el Registro Andaluz de Entidades Deportivas (BOJA 211, de 31 de octubre).

Resolución de 5 de noviembre de 2019, de la Dirección General de Promoción del Deporte, Hábitos Saludables y Tejido Deportivo, por la que se dispone la publicación del Reglamento Electoral de la Federación Andaluza de Ajedrez (BOJA 217, de 11 de noviembre).

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, GANADERÍA, PESCA Y DESARROLLO SOSTENIBLE

Orden de 21 de octubre de 2019, por la que se regula el procedimiento para la habilitación de entidades para la presentación y tramitación electrónica de las solicitudes de todo tipo de subvenciones y ayudas, y se convoca procedimiento de habilitación para determinadas submedidas del Programa de Desarrollo Rural de Andalucía 2014-2020 (BOJA 210, de 30 de octubre).

Orden de 27 de octubre de 2019, por la que se desarrollan los procedimientos de inscripción en el Registro de Explotaciones Agrarias y Forestales de Andalucía y de la declaración anual gráfica de producciones agrícolas, previstas en el Decreto 190/2018, de 9 de octubre, por el que crea y regula el Registro de Explotaciones Agrarias y Forestales de Andalucía y el Documento de Acompañamiento al Transporte de productos agrarios y forestales (BOJA 221, de 15 de noviembre).

Corrección de errores de la Orden de 20 de marzo de 2019, por la que se establecen los requisitos y condiciones para el acceso a las indemnizaciones derivadas de la aplicación de medidas fitosanitarias obligatorias, adoptadas para el control y erradicación de los organismos nocivos presentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y el método para el cálculo de las mismas. (BOJA núm. 59, de 27.3.2019) (BOJA 195, de 9 de octubre).

Corrección de errores de la Resolución de 10 de julio de 2019, de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, por la que se modifica el Reglamento de Régimen Interior (BOJA núm. 138, de 19.7.2019) (BOJA 191, de 3 de octubre).

CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, CONOCIMIENTO, EMPRESAS Y UNIVERSIDAD

Orden de 19 de julio de 2019, por la que se ordena la financiación de los programas de ayudas al estudiantado universitario para la obtención de niveles de competencias lingüísticas en una lengua extranjera para el curso 2019/2020 (BOJA 147, de 1 de agosto).

Acuerdo de 22 de octubre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Aeroespacial de Andalucía (BOJA 208, de 28 de octubre).

Resolución de 31 de octubre de 2019, de la Dirección General de Universidades, por la que se hace público el Acuerdo de 23 de octubre de 2019 de la Comisión Coordinadora Interuniversitaria de Andalucía por el que se establecen los plazos, el calendario y el cálculo de notas de las pruebas de evaluación de Bachillerato para el acceso a la universidad y de las pruebas de admisión que se celebrarán en el curso 2019/2020 (BOJA 218, de 12 de noviembre).

Acuerdo de 6 de noviembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la estructura de coordinación en materia de Fondos Europeos dentro del ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía para la gestión de los programas correspondientes al periodo de programación 2014-2020 (BOJA 218, de 12 de noviembre).

Acuerdo de 6 de noviembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia para la Transformación Económica de Andalucía (ETEA) 2021-2027 (BOJA 218, de 12 de noviembre).

Decreto 592/2019, de 19 de noviembre, por el que se crea y regula el Comité Director de Compra Pública de Innovación de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 226, de 22 de noviembre).

Corrección de errores del Decreto 490/2019, de 11 de junio, por el que se autorizan para el curso 2019-2020 las enseñanzas y centros de las universidades que conforman el Sistema Universitario Andaluz (BOJA núm. 113, de 14.6.2019) (BOJA 185, de 25 de septiembre).

CONSEJERÍA DE SALUD Y FAMILIAS

Resolución de 2 de septiembre de 2019, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se añade una enfermedad grave al anexo del Decreto 154/2017, de 3 de octubre, por el que se regula el permiso del personal funcionario para atender el cuidado de hijos e hijas con cáncer u otra enfermedad grave (BOJA 177, de 13 de septiembre).

Acuerdo de 1 de octubre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Familias de Andalucía 2020-2025 (BOJA 193, de 7 de octubre).

Decreto 589/2019, de 6 de noviembre, por el que se adecúan los Estatutos de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOJA 217, de 11 de noviembre).

Acuerdo de 12 de noviembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia de Promoción de una Vida Saludable en Andalucía (BOJA 222, de 18 de noviembre).

Corrección de errores del Decreto 485/2019, de 4 de junio, por el que se aprueba el Reglamento Técnico-Sanitario de las Piscinas en Andalucía (BOJA núm. 108 de 7.6.2019) (BOJA 168, de 2 de septiembre).

CONSEJERÍA DE IGUALDAD, POLÍTICAS SOCIALES Y CONCILIACIÓN

Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba el formulario normalizado de la hoja de notificación de posibles situaciones de riesgo y desamparo de la infancia y adolescencia (BOJA 149, de 5 de agosto).

Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba y publica el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (VALORAME) (BOJA 152, de 8 de agosto).

Orden de 7 de octubre de 2019, por la que se aprueba el modelo actualizado de convenio de colaboración para la prestación del servicio de ayuda a domicilio como prestación del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA 197, de 11 de octubre).

Corrección de errores de la Orden de 30 de julio de 2019, por la que se aprueba y publica el instrumento para la valoración de la gravedad de las situaciones de riesgo, desprotección y desamparo de la infancia y adolescencia en Andalucía (VALORAME) (BOJA núm. 152, de 8.8.2019) (BOJA 160, de 21 de agosto).

CONSEJERÍA DE FOMENTO, INFRAESTRUCTURAS Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Acuerdo de 30 de julio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la modificación de los Estatutos de los Consorcios de Transporte Metropolitano y se adscriben los Consorcios a la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 149, de 5 de agosto).

CONSEJERÍA DE CULTURA Y PATRIMONIO HISTÓRICO

Acuerdo de 30 de julio de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan Anual de Memoria Democrática para 2019 (BOJA 148, de 2 de agosto).

NOTICIAS DE LA
ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA

INFORME¹

EL NUEVO RÉGIMEN DE LAS CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO, INDUSTRIA, SERVICIOS Y NAVEGACIÓN DE ANDALUCÍA

I. INTRODUCCIÓN

El Parlamento de Andalucía ha aprobado una nueva Ley de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (Ley 4/2019, de 19 de noviembre, publicada en el BOJA 227, de 25 de noviembre, LCA en lo sucesivo), que sustituye a la anterior Ley 10/2001, de 11 de octubre, de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de Andalucía. Con la nueva Ley se avanza en el desarrollo legislativo de las bases estatales en la materia², conformadas por la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (LCE en lo sucesivo) y los artículos 22.3 y 4, 28.3 y 29 y las disposiciones adicionales primera y segunda del Real Decreto 669/2015, de 17 de julio³.

Se exponen a continuación los principales aspectos de la LCA, para lo cual seguiremos, de manera aproximada, la sistemática del texto legal.

¹ Esta sección ha sido elaborada por MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO, Catedrática de Derecho Administrativo, Centro de Investigación en Patrimonio Histórico, Cultural y Natural, Universidad de Huelva.

² Completa la legislación andaluza en la materia el Decreto 189/2018, de 9 de octubre, por el que se regula la composición de los órganos de gobierno de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Andalucía y el procedimiento electoral, que se anticipó a la LCA y que ésta, curiosamente, modifica en su disposición final sexta.

³ La Ley 4/2014 sustituyó a la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, que fue objeto de distintas modificaciones. El preámbulo de la Ley 4/2014 da cuenta de la evolución del régimen jurídico de las cámaras y de las razones que justificaron la promulgación de una nueva ley en 2014. En síntesis, la primera regulación de las cámaras data de 1886; el Real Decreto de 21 de junio de 1911 estableció “un modelo cameral continental basado en la obligada adscripción de las personas que ejerzan actividades empresariales y en la obligatoriedad en el pago de cuotas”; la Ley 3/1993, de 22 de marzo, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, ajustó su régimen jurídico a la estructura descentralizada del Estado y a la pertenencia a la hoy Unión Europea, siendo modificada en distintas ocasiones, señaladamente por el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, que estableció la pertenencia voluntaria a la cámara y eliminó el recurso cameral permanente. La Ley de 2014 obedeció al deseo de racionalizar la estructura y el funcionamiento de las cámaras, con la pretensión de “impulsar a las Cámaras como entidades de prestación de servicios, abogando por un modelo de Cámaras dirigido a resultados, todo ello con el fin de reforzar su eficiencia en el desarrollo de las funciones que se les atribuyen”.

II. NATURALEZA, DERECHO APLICABLE Y FUNCIONES

Las cámaras se definen como “Corporaciones de Derecho Público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas de Andalucía, sin menoscabo de los intereses privados que persigan”; se añade que “su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos”⁴ (artículo 2.1 LCA). En consonancia con ello, el artículo 3.1 LCA, coincidente con el artículo 3 LCE, dispone que su finalidad es “la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades”; y añade que “[t]ambién ejercerán las competencias de carácter público que les atribuye la presente ley, la Ley 4/2014, de 1 de abril, y las que les puedan ser asignadas por las Administraciones Públicas con arreglo a los instrumentos que establece el ordenamiento jurídico”⁵.

Además de por la legislación básica estatal⁶, se rigen por la LCA y la normativa de desarrollo que se apruebe, así como por sus reglamentos de régimen interior; les es de aplicación “con carácter supletorio, la legislación referente a la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas, en cuanto que sea conforme con su naturaleza y finalidades” (artículo 2.2 LCA), en línea con lo dispuesto por el artículo 2.4 de la Ley 39/2015⁷ y supliendo la ausencia de la oportuna mención en la Ley 40/2015⁸. En materia de contratación y el régimen patrimonial se rigen por el Dere-

⁴ Como es sabido, es la precisión que se encuentra en el artículo 36 de la Constitución respecto de los colegios profesionales, que también son corporaciones de derecho público. Por lo demás, el artículo 2.1 LCA es coincidente con el artículo 2.1 LCE; sobre este particular, son numerosos los preceptos de la LCA que reproducen la LCE, razón por la que la disposición final tercera LCA procede a su enumeración.

⁵ Se especifica que sus actuaciones “para el logro de sus fines, se llevarán a cabo sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial, de las facultades de representación de los intereses empresariales que asuman este tipo de asociaciones y de las actuaciones de otras organizaciones sociales que legalmente se constituyan” (artículo 3.2 LCA).

⁶ La LCA solo menciona la LCE; pero como ya se ha indicado, los artículos 22.3 y 4, 28.3 y 29 y las disposiciones adicionales primera y segunda del Real Decreto 669/2015, de 17 de julio, tienen carácter básico.

⁷ La disposición adicional tercera LCA, por cierto, prescribe que “[l]as empresas de los distintos sectores económicos se relacionarán con las Cámaras de Andalucía a través de medios electrónicos en los términos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

⁸ En parecidos términos, *vid.* el artículo 2.2 LCE. Añade la LCA que “[t]ambién deberán ajustarse a lo establecido en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía”, lo que plantea la duda de si deben ajustarse a dicha ley como cualquier persona física o jurídica *ex* artículo 2.3 de la referida Ley o si deben ajustarse a ella como los sujetos que menciona el artículo 2.2, que en general se refiere a personificaciones del sector público; a favor de la segunda opción puede argumentarse que, para la primera, no habría hecho falta mención expresa en la LCA; a favor de

cho Privado, si bien están obligadas a habilitar “un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, transparencia, igualdad y no discriminación, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público”⁹ (artículo 2.3 LCA).

Las cámaras pueden realizar las funciones que contempla el artículo 5.1 LCE (artículo 4.1 LCA), que se califican como de carácter público-administrativo. Y además, pueden llevar a cabo las que adicionalmente contempla el artículo 4.2 LCA, que recoge las enumeradas en el artículo 5.2 LCE con algunas variantes y añade otras. De entre las que también recoge el artículo 5.2 LCE destacan las de “[c]olaborar con las Administraciones Públicas de Andalucía mediante la realización de actuaciones materiales, en Andalucía, para la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales y verificación de establecimientos mercantiles e industriales cumpliendo con lo establecido en la normativa general y sectorial vigente” (apartado d); “[i]nformar los proyectos de normas emanados de la Comunidad Autónoma de Andalucía que afecten directamente a los intereses generales del comercio, la industria, los servicios o la navegación, en los casos y con el alcance que el ordenamiento jurídico determine” (apartado h); y “[t]ramitar los programas públicos de ayudas a las empresas en los términos que se establezcan en cada caso, así como gestionar servicios públicos relacionados con las mismas, cuando su gestión corresponda a la Administración autonómica” (apartado i)¹⁰.

la primera opción, puede argumentarse que diferentes preceptos de la LCA imponen obligaciones en este ámbito como si de entidades del sector público se tratara, de manera que el artículo 2.2 LCA se referiría a la sujeción ex artículo 2.3 de la Ley 12/2007 y sólo cuando la LCA lo indicase expresamente, la sujeción sería del tipo del artículo 2.2 de la Ley 12/2007. Igualmente añade la LCA que las cámaras “respetarán lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, y demás normativa que les pudiera resultar de aplicación”, menciones éstas que no son necesarias.

⁹ La referencia a la legislación de contratos del sector público se omite en el artículo 2.2 LCE, lo que se explica porque al tiempo de la aprobación de la LCE se encontraba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que, a diferencia de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, no mencionaba a las corporaciones de derecho público.

¹⁰ Las funciones que añade el artículo 4.2 LCA son: “l) Prestar servicios de asesoramiento para la promoción de la expansión nacional e internacional de las empresas de la Comunidad Autónoma de Andalucía [...] n) Fomentar la actividad económica de Andalucía. ñ) Colaborar, a instancia de las Administraciones competentes, en los estudios, trabajos y acciones que aquellas realicen sobre la ordenación del territorio y la localización industrial y comercial. o) Fomentar la competitividad de las empresas, impulsando, entre otros medios, el desarrollo de la investigación aplicada, la calidad, el diseño y la transparencia del mercado, con especial incidencia cuando existan diferencias de género, que deberán ser detectadas previamente al desarrollo de estas actuaciones. p) Colaborar con las Administraciones Públicas de Andalucía en labores de asesoramiento, información y orientación a personas o empresas emprendedoras, especialmente en el ámbito de las pequeñas y medianas empresas. q) Asistir a las Administraciones Públicas de Andalucía en el desarrollo de programas de mejora de la competitividad empresarial de la región. r) Asesorar, apoyar y formar a las empresas en la elaboración de diagnósticos, planes de igualdad y su evaluación. s) Cualquier

En el desarrollo de todas las funciones enumeradas deben garantizar “su imparcialidad y transparencia, actuando y relacionándose de acuerdo con los principios generales de las Administraciones Públicas”; se añade que “[c]n cualquier caso, las funciones público-administrativas deberán consistir o derivar directamente del ejercicio de potestades públicas y someterse al régimen jurídico que resulte de aplicación en el ejercicio de dichas actividades” (artículo 4.3 LCA), precisión con la que, a mi juicio, se ha querido salir al paso de posibles riesgos para la competencia. Por otra parte, el artículo 4.4 LCA dispone que “[l]as funciones público-administrativas asignadas a las Cámaras de Andalucía se entenderán sin perjuicio de las funciones desempeñadas, en dichos ámbitos, por las asociaciones y organizaciones empresariales según su normativa específica”, mención con la que quizás se ha querido conjurar el riesgo de que las cámaras monopolicen el ejercicio de tales funciones.

Las cámaras también pueden realizar “otras actividades de carácter privado, que se prestarán en régimen de libre competencia, siempre que contribuyan a la defensa, apoyo o fomento del comercio, la industria, los servicios y la navegación o que sean de utilidad para el desarrollo de dichas finalidades” (artículo 4.5 LCA, que enumera una serie de ellas y que viene a reproducir el artículo 5.3 LCE). La efectiva prestación se sujeta a la autorización del pleno de la cámara (artículo 4.6).

En relación con las funciones que pueden realizar, el artículo 5 regula los convenios de colaboración con las administraciones públicas; el artículo 6 prevé las encomiendas de gestión; el artículo 7, la declaración de los servicios mínimos obligatorios imprescindibles para cada cámara respecto a las funciones público-administrativas previstas en la normativa básica estatal y en el artículo 4 LCA; y, finalmente, el artículo 8 regula los planes camerales que puede aprobar el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

III. ÁMBITO TERRITORIAL, CREACIÓN DE NUEVAS CÁMARAS Y DELEGACIONES TERRITORIALES

En consonancia con el artículo 6.1 LCE, la LCA prevé la existencia de cámaras de ámbito autonómico, provincial y local, así como la coexistencia de cámaras de distinto ámbito territorial dentro de una misma provincia; y puntualiza que el ámbito competencial de cada cámara depende de su demarcación (artículo 9.1). Prevé que en cada provincia exista al menos una cámara, “sin perjuicio de que determinadas funciones y servicios puedan ser desempeñados por otra de las Cámaras de Andalucía, en los supuestos y con el alcance que se determina en la presente ley y en su normativa de desarrollo” (artículo 9.2).

otra función que el ordenamiento jurídico pueda atribuirles, así como también aquellas que puedan asumir mediante los instrumentos previstos en el mismo”.

El artículo 10 regula la modificación de demarcaciones, que por lógica solo puede tener lugar respecto de las cámaras locales y de las de ámbito supra local. Del precepto se desprende que la modificación de demarcaciones se traduce en una segregación de términos municipales de una cámara supralocal con agregación a otra cámara, que puede ser originariamente local (con lo que pasaría a ser supralocal) o supralocal. No prevé por tanto la simple agregación de términos municipales a una cámara local o supralocal preexistente. La competencia corresponde al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, previo acuerdo por mayoría absoluta del pleno de la cámara interesada en la agregación de uno o varios términos municipales y por mayoría simple del pleno de la cámara de la que se desagrega; o “[c]uando lo soliciten más de la mitad de las personas electoras de los términos municipales a segregar de una Cámara para agregarlos a otra limítrofe” (primer apartado). Estas operaciones no pueden “tener como resultado una disminución de la suficiencia financiera que impida a cualquiera de las Cámaras llevar a cabo las funciones que se le atribuyen” (segundo apartado).

El artículo 12 LCA regula la creación de cámaras, ya sea de modo originario (apartado primero), por integración o por fusión (apartado segundo). La creación “originaria” solo puede tener lugar “sobre la base de intereses comerciales, industriales, de servicios y navieros específicos, siempre que la nueva Cámara a crear cuente con recursos suficientes para el cumplimiento de las funciones encomendadas” en la LCA; se entiende que la cámara “reúne el requisito de la suficiencia de recursos cuando los ingresos previstos asciendan, como mínimo, al diez por ciento de los ingresos de todas las Cámaras de Andalucía en el último ejercicio” (primer apartado). La integración consiste en “la incorporación de una o más Cámaras a otra, mediante la desaparición de la Cámara o Cámaras incorporadas y su anexión a la que continúa subsistente, mediante el proceso de fusión por absorción, en cuyo caso la absorbente mantendrá su personalidad jurídica y la absorbida se extinguirá”; puede ser voluntaria o forzosa¹¹ [segundo apartado, letra a)]. La fusión consiste en la unión de dos o más cámaras limítrofes, bien se trate de una integración propiamente dicha (fusión por absorción) o de la constitución de una nueva cámara con extinción de las preexistentes; puede ser voluntaria o forzosa¹² [segundo apartado, letra b)].

¹¹ En el primer caso, se precisa acuerdo por mayoría absoluta de los plenos respectivos; la integración debe justificarse “mediante el estudio económico correspondiente, en el que se ponga de relieve que la Cámara absorbente tras la integración operada cuenta con recursos suficientes para el cumplimiento de las funciones que asume y pueda garantizar la calidad de los servicios que preste”. La integración forzosa procede “en los supuestos de disolución o suspensión de los órganos de gobierno o en los de inviabilidad económica de la Cámara, de acuerdo con lo establecido en los artículos 54 y 55”.

¹² En los términos vistos para la integración.

Todas estas operaciones -también la modificación de demarcaciones- se inician mediante orden de la consejería competente en materia de cámaras y se aprueban por decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, con audiencia a las cámaras afectadas e informe del Consejo Andaluz de Cámaras; obviamente, los reglamentos de régimen interior de las cámaras afectadas habrán de adaptarse, “en los términos necesarios, a sus nuevos ámbitos territoriales”, en el plazo que prevea el decreto (artículo 13 LCA).

Finalmente, las cámaras pueden crear delegaciones -“órganos desconcentrados para la prestación de servicios camerales”- “en aquellas zonas o áreas en las que su importancia económica lo aconseje, de acuerdo con el procedimiento que establezcan los respectivos reglamentos de régimen interior”; los acuerdos al efecto deben ser comunicados a la consejería en el plazo de un mes desde su adopción (artículo 11 LCA).

IV. LA ADSCRIPCIÓN A LAS CÁMARAS. ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL

La adscripción a las cámaras se regula en el artículo 14 LCA, prácticamente coincidente con el artículo 7 LCE. Es obligatoria y se produce de oficio, sin que de ello se desprendan obligaciones económicas ni suponga cargas administrativas; forman parte de la cámara correspondiente a su ámbito territorial las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales, de servicios o navieras¹³ en el territorio andaluz. Dado que la pertenencia a una circunscripción viene dada por la tenencia de establecimientos, delegaciones o agencias, puede darse el caso de la adscripción a varias cámaras.

Los órganos de gobierno de las cámaras son el pleno, el comité ejecutivo y la presidencia¹⁴(artículo 16.1); cuentan con una secretaría general y personal directivo y laboral, así como con la organización complementaria que determinen sus reglamentos de régimen interior (artículo 16.2); no pueden formar parte de los órganos de gobierno, ni ocupar la Secretaría General, ni otros puestos directivos las personas que “se encuentren inhabilitadas para empleo o cargo público, o sancionadas o condena-

¹³ El tipo de actividad viene determinado por la sujeción “al impuesto sobre actividades económicas en el territorio correspondiente del ámbito de las cámaras de Andalucía”; se añade que “[e]n general, se considerarán actividades incluidas en el apartado 1 de este artículo todas las relacionadas con el tráfico mercantil, salvo las excluidas expresamente por esta ley o por la legislación sectorial específica”; y que “[e]n todo caso, estarán excluidas las actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras de carácter primario y los servicios de mediadores de seguros y reaseguros privados que sean prestados por personas físicas, así como los correspondientes a profesiones liberales”.

¹⁴ Regulados con detalle en los artículos 17 a 22 LCA. Debe tenerse en cuenta que el artículo 23 LCA contempla también las vicepresidencias, que no tienen funciones propias, pues ejercen las que le delegue el presidente (artículo 22.2), al que sustituyen en los términos del artículo 23.2.

das por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente, o haber sido condenadas por sentencia judicial firme por delitos económicos o concursos fraudulentos” (artículo 16.3). La LCA no especifica si la prohibición alcanza sólo a la persona física empresaria o también al representante de la persona jurídica que hubiera incurrido en las conductas referidas; a mi juicio, esta última solución es la correcta.

Por lo que respecta al personal de las cámaras, debe distinguirse entre el personal de alta dirección y el resto. Aun cuando la LCA no precisa quienes son personal de alta dirección, de la sección 5ª del capítulo III se desprende que son quienes ostentan la tesorería, la secretaría general, la dirección gerencia y la contaduría (artículos 24 a 27). Todo el personal, incluido el personal de alta dirección, se rige, obviamente, por Derecho laboral (artículo 28.1). Corresponde al reglamento de régimen interior establecer el procedimiento para la contratación, que “deberá adecuarse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la convocatoria” (artículo 28.3); también debe establecer el régimen de incompatibilidades, respecto del cuál señala directamente el artículo 28.4 que “el desempeño de un puesto de trabajo al servicio de las Cámaras será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, pública o privada, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia”.

V. EL REGLAMENTO DE RÉGIMEN INTERIOR, EL CÓDIGO DE BUENAS PRÁCTICAS Y LA MEMORIA ANUAL

El reglamento de régimen interior es una pieza esencial que completa el régimen jurídico de las cámaras. Lo aprueba provisionalmente el pleno por mayoría absoluta y definitivamente la consejería competente (artículo 29.1). La consejería también puede promover su modificación, de oficio o como consecuencia de su presentación para la aprobación (artículo 29.3). Al respecto, el artículo 29.1 señala que el procedimiento de modificación debe seguir los mismos trámites que los previstos para la aprobación, precisión ésta que parece estar referida a los trámites internos de la propia cámara, ya que los apartados 2 y 3 del precepto regulan los trámites en los que interviene la consejería¹⁵. Tanto el acto que acuerde la aprobación como el acto

¹⁵ El artículo 29.2 regula propiamente la inactividad de la consejería en el caso de la aprobación, precisando que el reglamento se considerará aprobado “si, transcurridos tres meses desde la entrada de la solicitud en el registro de la Consejería competente en materia de Cámaras, esta no hubiera denegado expresamente su aprobación o promovido su modificación”. En cuanto a la modificación, el artículo 29.3 dispone que cuando la consejería promueva la modificación del reglamento, debe “señalar el plazo, no inferior a dos meses, para el envío de un nuevo Reglamento, su modificación o las alegaciones que se estimen oportunas. Recibidas las alegaciones, o transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se haya recibido la nueva propuesta o cuando la misma no se ajuste a la modificación requerida, la Consejería

que acuerde la modificación se publican en el BOJA (artículo 29.4). Su contenido mínimo se detalla en el artículo 30.1 y 2¹⁶.

Las cámaras y el Consejo Andaluz de Cámaras han de elaborar un código de buenas prácticas, que debe garantizar “la imparcialidad y la transparencia en el desarrollo de sus funciones público-administrativas” (artículo 31.1). Aprobado por el pleno, a propuesta del comité ejecutivo y con el contenido mínimo que señala el artículo 31.3, debe ser remitido a la consejería competente para su conocimiento y ser publicado en la página web de la corporación (artículo 31.2)¹⁷.

Finalmente, tanto las cámaras como el Consejo Andaluz de Cámaras están obligados a elaborar “una memoria que recoja la globalidad de las actuaciones y servicios desarrollados durante el ejercicio anterior y que, previa aprobación por el Pleno de la Cámara, remitirá a la Consejería competente en materia de Cámaras, junto con la liquidación del presupuesto, con información estadística desagregada por sexo, cuando ello corresponda” (artículo 32).

VI. RÉGIMEN JURÍDICO

Bajo el título “Régimen jurídico de las Cámaras de Andalucía y del Consejo Andaluz de Cámaras”, el capítulo VII regula un conjunto de cuestiones variadas que conciernen a la tutela que ejerce la Administración de la Junta de Andalucía, a los informes, a la administración y disposición del patrimonio, a la participación y creación de otras entidades, a los convenios de colaboración, a la suspensión y disolución de los órganos de gobierno, al plan de viabilidad y disolución por inviabilidad económica y a la extinción. Destacaremos aquí solo algunas de ellas.

En primer lugar, el artículo 48 detalla el régimen de tutela, que comprende “el ejercicio de las potestades administrativas de aprobación, fiscalización, resolución de recursos, suspensión, disolución, liquidación y extinción”¹⁸. Se especifica que el

competente en materia de Cámaras redactará la propuesta concreta de Reglamento o modificación y la someterá a consideración de la Cámara por un plazo de un mes, a contar desde que se hubiera notificado esta, y solo podrá aprobarse si no existe oposición expresa de la Cámara. En caso de oposición expresa, se prorrogará el anterior Reglamento”; se añade que “[p]resentado el texto corregido dentro del plazo establecido o las alegaciones a la modificación propuesta, se entenderán estimadas estas o aprobada la modificación cuando hubieran transcurrido dos meses desde su presentación en el registro de la Consejería competente en materia de Cámaras”.

¹⁶ La disposición final primera prevé la adaptación de los reglamentos en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la Ley, que tuvo lugar el 26 de noviembre de 2019.

¹⁷ La disposición final segunda dispone que los códigos se aprueben en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ley.

¹⁸ En concreto, la consejería competente ejerce las potestades “de creación, integración, fusión y modificación de las demarcaciones camerales, aprobación y modificación de los reglamentos de régimen

ejercicio de estas funciones no implica la asunción de responsabilidad alguna y que las relaciones laborales quedan fuera de la tutela

En particular, los acuerdos de las cámaras y del Consejo Andaluz de Cámaras, en el ejercicio de sus funciones de naturaleza público-administrativa y los que afecten al régimen electoral, son recurribles en alzada ante la consejería y después ante la jurisdicción contencioso-administrativa; probablemente para evitar equívocos, se aclara que están legitimados, además de quienes lo estén conforme a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, las personas integrantes del pleno de la cámara que no los hubieran votado favorablemente; por su parte, los electores pueden formular quejas ante la consejería en relación con los servicios mínimos obligatorios que gestionen las cámaras o la actividad de carácter administrativo que desarrollen éstas o el Consejo Andaluz de Cámaras (artículo 49).

El régimen jurídico de los informes que emiten las cámaras y el Consejo Andaluz de Cámaras se contiene en el artículo 50. En lo sustancial, el precepto veda el que mediante reglamento se establezca el carácter vinculante de los informes; impone la obligación de valorarlos en todo caso y de motivar las resoluciones que se aparten de los mismos¹⁹; señala en qué caso son preceptivos²⁰ y cuándo se puede prescindir de

interior de las Cámaras, convocatoria de elecciones, autorización de disposición de los bienes patrimoniales, aprobación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de gastos e ingresos, aprobación de las transferencias entre capítulos del presupuesto, resolución de recursos y reclamaciones, autorización para la formalización de operaciones de crédito, enajenación y gravamen de inmuebles y valores, así como para la realización de obras y servicios que puedan comprometer fondos de futuros ejercicios, participación o creación de otras entidades, suspensión y disolución de los órganos de gobierno, según lo previsto en los artículos 13.1, 29.1, 36.1, 39.3, 40.1, 42.1, 43.2, 49, 51.2, 52.1, 54 y 55”; en los supuestos de disolución, liquidación y extinción, la tutela comprende “el conocimiento y dirección del correspondiente procedimiento, así como la adopción de las medidas necesarias para garantizar la prestación de los servicios propios de las Cámaras sin que la Consejería competente en materia de Cámaras quede directa o indirectamente vinculada por los saldos deudores derivados de la liquidación, de los cuales responderá exclusivamente el patrimonio de la Cámara extinguida”.

¹⁹ Las obligaciones de valorarlos en todo caso y de motivar el apartamiento se establecen para contrarrestar el que sólo tengan carácter vinculante cuando lo establezca una ley. Con todo, la primera obligación puede apoyar la interpretación de que, cuando el informe no tenga carácter preceptivo, sea factible suspender el procedimiento, *ex* artículos 22.1.d) y 80.3 de la Ley 39/2015, para facilitar el cumplimiento de esta obligación; también es útil para descartar una suerte de aplicación analógica del artículo 80.4 de la misma Ley. Por otra parte, con la segunda obligación se sale al paso de un rígido entendimiento del artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015 que lleve a considerar que, por no ser órganos administrativos, no hay obligación de motivar.

²⁰ Los de las cámaras, “cuando una norma lo establezca y en todos los procedimientos administrativos de elaboración de disposiciones generales de la Junta de Andalucía de cualquier rango que, teniendo carácter intersectorial, afecten directamente al comercio, a la industria, los servicios o a la navegación, y solo incidan en la demarcación de una o varias Cámaras de Andalucía”. Los del Consejo Andaluz de Cámaras, “cuando alguna disposición así lo establezca y, en todo caso, en los supuestos siguientes: a) Cuando se den los requisitos establecidos en el apartado anterior pero la norma proyectada tenga vigencia o efectos en toda

ellos (“si la Cámara que deba emitirlos hubiese estado representada en el órgano u órganos que hubieran participado en la elaboración de la disposición o acto de que se trate”); y finalmente establece que cuando estos informes que se declaran preceptivos se hayan solicitado, no es preciso realizar un trámite específico de audiencia a las cámaras o al Consejo para la defensa de los intereses de las personas comerciantes, industriales, prestadoras de los servicios y nautas.

VII. EL CONSEJO ANDALUZ DE CÁMARAS OFICIALES DE COMERCIO, INDUSTRIA, SERVICIOS Y NAVEGACIÓN

El Consejo se define como “el órgano de asesoramiento y colaboración de la Administración de la Junta de Andalucía y restantes instituciones autonómicas para la representación, relación y coordinación de las Cámaras de Andalucía” (artículo 61.1 LCA); se caracteriza como “una Corporación de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines” (artículo 61.2 LCA) y está “integrado por todas las Cámaras de Andalucía, así como por representantes de las organizaciones empresariales más representativas” (artículo 61.3 LCA). Sus funciones se enumeran en el artículo 62 LCA; son de carácter público-administrativo y también, las menos, de carácter privado; varias de ellas se inspiran en las de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España que contiene el artículo 21 LCE.

La organización es semejante a la de las Cámaras (artículos 63 y ss. LCA), así como el régimen del personal (artículo 70 LCA) y el régimen económico (artículo 71 LCA).

la Comunidad Autónoma y trascendencia general para el comercio, la industria, los servicios y navegación de Andalucía. b) En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales de la Comunidad Autónoma, sea cual fuere su rango, relativas a las Cámaras de Andalucía o a su Consejo Andaluz de Cámaras. c) Cuando la Administración andaluza pretenda adoptar medidas de suspensión o disolución de los órganos de gobierno de las Cámaras de Andalucía. d) Para la creación, fusión o integración de las Cámaras de Andalucía y la modificación de sus demarcaciones. e) Para la declaración de servicios mínimos obligatorios de las Cámaras de Andalucía”.

NOTICIAS DE REVISTAS
AUTONÓMICAS



Noticia de Revistas Autonómicas *

(1) § Unión Europea, Comunidades Autónomas, Derecho autonómico, Distribución de competencias.

(2) § Administraciones Públicas/Función Pública.

(3) § Derechos Fundamentales, Potestad Reglamentaria, Acto, Procedimiento administrativo y Contratación. Control Jurisdiccional de las Administraciones Públicas.

ARAGUÀS GALCERÀ, Irene: «La consulta previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos autonómicos», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, págs. 97-111.

Como es sabido, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, introdujo en el art. 133, con carácter básico, la figura de la consulta previa en la elaboración de disposiciones generales, si bien la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo, ha limitado considerablemente el alcance básico de la regulación («Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública»). En este contexto, la autora, que ya se había ocupado con profundidad de esta temática en su recomendable monografía *La transparencia en el ejercicio de la potestad reglamentaria* (Barcelona: Atelier, 2016), analiza los pronunciamientos contenidos en la STC 55/2018 y sus efectos en la elaboración de reglamentos autonómicos, así como los términos en los que, hasta la fecha, se ha llevado a cabo la consulta previa y las perspectivas de futuro de este trámite participativo.

Sobre la praxis de la consulta pública en Cataluña, la autora pone de manifiesto que este trámite está aún muy lejos de llevarse a cabo en todos los procedimientos de elaboración de reglamentos autonómicos. Asimismo, cuando la Administración no ha argumentado en absoluto la falta de realización de la consulta previa o lo ha hecho de manera insuficiente, la Comissió Jurídica Assessora (el máximo órgano consultivo de la Generalitat) no lo ha considerado un vicio en el procedimiento, limitándose a recordar el carácter preceptivo de este trámite participativo. Además, en los pocos casos en los que se ha utilizado la consulta el nivel de participación en la misma ha sido francamente bajo. Finalmente, la autora formula un conjunto valioso de sugerencias a tener en cuenta en el necesario desarrollo normativo de la consulta,

* Sección a cargo de Severiano FERNÁNDEZ RAMOS. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.

entre las que destacamos la necesidad de que las opciones regulatorias permanezcan abiertas, de modo que los ciudadanos no perciban que la Administración ya ha decidido su criterio, lo cual desincentiva su participación, al darle a entender que su opinión no será relevante ni tendrá ningún impacto en la norma que finalmente se apruebe.

VALENCIA MARTÍN, Germán: «Silencio administrativo común y especial», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 14-89.

Con base en la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y procedimientos especiales a efectos competenciales, el prof. Valencia Martín analiza en este extenso trabajo la reciente jurisprudencia constitucional sobre la competencia para determinar el sentido del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado (SSTC 143/2017, 70/2018 y 104/2018). Una doctrina que, como explica el autor, arrancó con el pie forzado de la STC 61/1997 que catalogó como regla integrante del procedimiento administrativo común al silencio positivo *secundum legem* en materia de licencias urbanísticas previsto por entonces (y aún hoy) por la legislación estatal, y la consiguiente admisión de la existencia de normas integrantes del procedimiento administrativo común especiales *ratione materiae*.

Tomando a préstamo la terminología usual en el régimen de usos de los bienes de dominio público, el prof. Valencia Martín diferencia tres tipos de silencio, que denomina común general (serían las reglas ordenadas en los párrafos 2 y 3 del artículo 24.1 de la Ley 39/2015), común especial (sería el caso del silencio positivo *secundum legem* en materia de licencias urbanísticas) y privativo o doblemente especial (C), este último ajeno a la esfera del procedimiento administrativo común. En los dos primeros casos, la determinación del sentido del silencio correspondería al legislador estatal, como parte integrante del «procedimiento administrativo común», con independencia de su inclusión en ésta u otra sede legal (y ello en detrimento de la competencia de las Comunidades Autónomas), en tanto que en el tercero, la fijación del sentido del silencio sería tarea propia del legislador sectorial competente *ratione materiae* (estatal o autonómico).

Según el prof. Valencia Martín, la exigencia de una «coherencia mínima» con el modelo actual de regulación del sentido del silencio permitiría una relectura más plausible de la doctrina sobre la competencia para la fijación del sentido del silencio establecida por las SSTC 143/2017, 70 y 104/2018, y que permitiría al legislador estatal, al amparo de su competencia sobre el procedimiento administrativo común, el establecimiento de supuestos de excepción a la regla general del silencio positivo «aun afectando a una materia o sector concreto», por entender que «se establece una regla general [distinta del silencio positivo] predicable a un tipo de procedimientos

o a un tipo de actividad administrativa», al tiempo que se descartaría la fijación indiscriminada de supuestos de silencio negativo para simples casos o procedimientos concretos, lo que supondría una desconsideración absoluta hacia el legislador (autonómico) competente por razón de la materia y una falta absoluta de coherencia con el propio modelo establecido. Con todo, el autor sugiere la conveniencia ir hacia un nivel «medio» de coherencia y consideración, descartando la fijación de excepciones a la regla general del silencio positivo por referencia a sectores concretos, y poniendo siempre a contribución en estos casos (si se dispone de ella) una competencia sectorial de carácter sustantivo.

AYMERICH CANO, C.: «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 306-343.

En coherencia con las Directivas europeas que transpone, la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 erige la lucha contra la corrupción en uno de sus objetivos básicos y, en consecuencia, se establece un elenco muy amplio de prohibiciones para contratar. Sin embargo, como pone de manifiesto el prof. Aymerich Cano en este sugerente estudio, la praxis de este régimen de prohibiciones es laxa. De entrada, la nueva regulación incluye específicamente mecanismos que, como la autocorrección, introducen una mayor discrecionalidad administrativa, permitiendo que, progresivamente, la negociación sustituya a la resolución unilateral.

A ello se une, según el autor, la interpretación de los tribunales de recursos contractuales del marco regulador de las prohibiciones para contratar, y que, lejos de asegurar su eficacia práctica, garantiza su inaplicación, al negar a los órganos de contratación la competencia para aplicar la prohibición de contratar cuando las sentencias o resoluciones firmes no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar, lo que obliga al órgano de contratación a permitir la participación de la empresa y suspender el procedimiento de contratación mientras el Ministerio Hacienda resuelve el procedimiento dirigido a determinar el alcance y la duración de una prohibición cuya existencia ya ha sido declarada. Frente a ello, el autor defiende que el ordenamiento permite diferenciar entre la competencia de *apreciación* de la existencia de una prohibición para contratar, que atribuye a los órganos de contratación, y la de *determinación de su duración y alcance* que atribuye al Ministerio de Hacienda.

PINTOS SANTIAGO, Jaime: «La adquisición de material bibliográfico y de libros científicos como negocios jurídicos no excluidos de la LCSP 2017», *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, Núm. 57 (2019), pp. 347-364.

La cuestión planteada se centra en si la contraprestación económica abonada por la adquisición de material bibliográfico y la adquisición de libros científicos entra

o no dentro del ámbito de aplicación objetivo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Un sector doctrinal considera estos negocios excluidos por considerar que los libros científicos forman parte de la propiedad intelectual, su adquisición no tendría la consideración de contrato público *ex* artículo 9 LCSP. Por el contrario, y tal como se infiere del título mismo del trabajo, la tesis defendida en el mismo es que las compras de material bibliográfico por un sujeto comprador incluido en el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP, incluidos los libros científicos, son contratos de suministros recogidos en la LCSP.

BAÑO LEÓN, José María: «La jurisdicción contencioso-administrativa tras veinte años de vigencia de la Ley 29/1998», *Revista Galega de Administración Pública* (REGAP), Núm. 57 (2019), pp. 261-279.

Coincidiendo con los veinte años de vigencia de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa, el prof. Baño León explora en este trabajo críticamente la aplicación de la ley, detectando sus debilidades y proponiendo reformas tanto de la ley procesal como de algunos de los factores extraprocesales que condicionan la justicia administrativa. Entre otras cuestiones, el autor plantea la reconsideración de la recepción de la vía de hecho en una ley moderna de lo contencioso: «Si el juez de lo contencioso-administrativo es un juez ordinario y si la CE reconoce a los particulares el derecho a la tutela judicial efectiva, si la jurisdicción contencioso-administrativa verdaderamente ha superado las limitaciones que existían en el año 1956, no tiene sentido alguno que exista un régimen peculiar de la vía de hecho, pues este solo tiene justificación si existe una dualidad jurisdiccional». Es decir, se propugna tratar a la vía de hecho como un supuesto de nulidad, que debe ser objeto de enjuiciamiento jurisdiccional contencioso-administrativo.

En relación con las medidas cautelares, el autor propugna la modificación del artículo 130.1 LRJCA para acoger en el caso de actos administrativos restrictivos de derechos, en los que no existen otros interesados con derechos contrapuestos (actos multipolares), la regla general de suspensión, salvo que el interés público demande en el caso concreto el mantenimiento de la eficacia del acto. Finalmente, en relación a la ejecución de las sentencias, si bien el autor reconoce que no es imputable a la Ley 29/1998 la tardanza en la ejecución de las sentencias contra la Administración, considera que hay algunos extremos de la regulación del procedimiento de ejecución que se deberían revisar. Entre tales aspectos se propugna diferenciar en las sentencias de condena que requieren un nuevo acto de la Administración, en función de si este acto es reglado (en cuyo caso no se trataría de un acto administrativo en sentido estricto y no sería susceptible de recurso autónomo), o si por el contrario la Administración conserva un poder de apreciación sobre el contenido del acto, bien porque sea discrecional bien porque el juez carezca de los elementos de juicio suficientes para

pronunciarse sobre el fondo del asunto (en cuyo caso la Administración cumplirá el fallo dictando el acto, que será susceptible de recurso autónomo).

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «Dos años del nuevo recurso de casación», *Revista Galega de Administración Pública* (REGAP), Núm. 57 (2019), pp. 241-260.

De nuevo damos cuenta en esta Sección de un trabajo dedicado al nuevo régimen de la casación establecido por la Ley orgánica 7/2015. En este caso, el prof. Santamaría Pastor, quien ya había realizado una primera aproximación a la reforma (*Revista de Administración Pública*, núm. 198, 2015) formula un balance de la práctica producida en la preparación y admisión de los recursos de casación. Expone los principales datos cuantitativos de los recursos emprendidos (1 porcentaje de recursos admitidos en 2017 fue de un 19% y en 2018 de un 18%), así como realiza un análisis sistemático de los criterios empleados por la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y ello a partir de tres aspectos: los relativos a la posición de los jueces y tribunales a quo autores de las resoluciones impugnadas; la exigencia de los requisitos formales impuestos al escrito de preparación del recurso por el artículo 89.2 de la ley; y la interpretación de los criterios o circunstancias determinantes del interés casacional objetivo, con referencia particularizada al supuesto de pronunciamientos judiciales contradictorios, a los supuestos de doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y afección a gran número de situaciones; a las cuestiones de constitucionalidad y cuestiones relativas a la legalidad de las disposiciones de carácter general, a la inexistencia de jurisprudencia y apartamiento deliberado de la misma. A modo de conclusión, el autor sugiere una reducción drástica del número de recursos admitidos, pues de lo contrario la Sala entrará de nuevo en una situación de congestión.

(4) § Hacienda pública, Bienes, expropiación y responsabilidad.

(5) § Modalidades administrativas de Intervención (Policía, Fomento, Servicio público, Actividad Sancionadora, Arbitral y Planificadora).

POLO ROCA, Andoni: «Análisis de algunas infracciones relativas a las fuerzas y cuerpos de seguridad reguladas en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, págs. 195-207.

Como es conocido, las Leyes de Seguridad Ciudadana suelen despertar ciertos recelos sobre los límites de las libertades públicas, así sucedió con la Ley Orgánica 1/1992 y también con la sucesiva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. En este trabajo se analizan diversas infracciones contenidas en la Ley Orgánica 4/2015 en las cuales el bien protegido son las Fuerzas

y Cuerpos de Seguridad, como institución que vela por la protección de la ciudadanía: las faltas de “respeto y consideración” a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; la desobediencia o resistencia a la autoridad y las identificaciones; la falta de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, sobre todo, la falta consistente en el uso “no autorizado” de imágenes o datos personales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la infracción más controvertida, pues además debe relacionarse con el artículo 19.2 de la ley, que prevé la aprehensión de los efectos procedentes de un delito o infracción administrativa, lo que permitiría, según el autor, un secuestro administrativo.

Sobre esta última infracción el autor plantea múltiples objeciones desde el plano de la libertad de información (téngase en cuenta que esta infracción no solo se les impone a los particulares, también a los profesionales de la información y medios de comunicación), a la luz de la doctrina del TEDH y del propio Tribunal Constitucional. Pero también desde el plano de la culpabilidad, puesto que el tipo infractor no ha concretado quién será el culpable a sancionar (el fotógrafo, el medio de comunicación, el periodista, quien dé un *like* o haga *retuit* en las redes sociales...), y en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva ya que las imágenes o fotografías pueden ser una prueba fundamental en un proceso que verse sobre alguna actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía: «Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: ¿Quién desplaza a quién?», *Revista Galega de Administración Pública* (REGAP), Núm. 57 (2019), pp. 281-309.

La profa. Alarcón Sotomayor, voz autorizada en Derecho Administrativo Sancionador, señala que buena parte de las infracciones que la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana ha incluido se encontraban ya previstas en las ordenanzas de convivencia ciudadana, sin que éstas recibieran las mismas críticas. A partir de esta coincidencia, la autora examina las infracciones tipificadas en la Ley Orgánica 4/2015 y en las ordenanzas de convivencia desde las garantías del derecho sancionador : garantía *non bis in idem*; tipicidad de las infracciones y la reserva de ley y la culpabilidad en las sanciones; principio de proporcionalidad de las sanciones; supuestos de infracciones que sancionan conductas irrelevantes o muy poco lesivas (como gritar, dormir en un banco del parque, cortar una flor, escupir, cantar en la calle); y, en fin, infracciones que tipifican el ejercicio de derechos fundamentales (como la prohibición del cualquier forma de mendicidad).

Pero, sobre todo, la autora señala que una de las mayores debilidades de la Ley Orgánica 4/2015 es que su régimen sancionador no haya tenido en cuenta a las ordenanzas de convivencia. Al menos, la Ley podría haberse declarado de aplicación preferente en caso de concurrir con una norma sancionadora local. O hasta

de aplicación supletoria. Pero no ha hecho ni una cosa ni otra, lo cual es, para nuestra autora «Sorprendente y decepcionante». Con lo poco que dice la Ley Orgánica 4/2015 al respecto, da la impresión de que en lo sucesivo lo único que podrán hacer las ordenanzas de convivencia es desarrollar su régimen sancionador: especificar sus infracciones y graduar sus sanciones. Y todo ello como si los artículos 139 a 141 LRBRL no existieran y la protección de la convivencia ciudadana no haya sido tradicionalmente una competencia normativa asumida por los municipios.

SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel: «Régimen jurídico de la denuncia, indefensión del denunciante e interpretación del derecho por la Administración pública», *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, Núm. 57 (2019), pp. 311-344.

El prof. Sendín ofrece en este trabajo un completo estudio sobre la denuncia: sujeto denunciante; obligación de comunicar al denunciante la iniciación del procedimiento; prohibición de denuncias anónimas, pero centrándose en la controvertida cuestión de la legitimación del denunciante, con una fundada crítica a la tesis tradicional, a partir del paradigma de la protección de la víctima de la infracción, y un posible reconocimiento de acción pública. Cargado de razón, el autor señala que el fondo de la cuestión no es ni mucho menos de naturaleza procedimental, sino que una cuestión de fondo en un Estado democrático. La tesis del autor, del todo plausible, es que en los ámbitos en los que la Administración asume un papel de auténtica autoridad de aplicación del derecho, la Administración ni actúa políticamente ni es un mero gestor de asuntos públicos, sino que se limita a interpretar y aplicar el derecho, tarea que por definición debe ser ajena a cualquier intromisión de carácter político o a criterios de mera oportunidad. Y en este ámbito entraría el control del cumplimiento de la ley entra evidentemente el ejercicio de la potestad sancionadora, pues –como acertadamente señala el autor– la política pública en este ámbito acaba cuando acaba la configuración normativa de las infracciones y sanciones administrativas y comienza el momento de su aplicación al caso concreto. Y de la sujeción de la potestad a la plena vigencia del principio de legalidad colige el autor la legitimación del denunciante.

(6) § § Sectores Administrativos de Intervención. Derecho Administrativo económico (Aguas, Montes, Minas, Costas, Agricultura y pesca, Urbanismo y Ordenación del territorio, Medio ambiente, Energía, Telecomunicaciones, Patrimonio cultural, etc.).

CASADO CASADO, Lucía: «El acceso a la información ambiental en España: situación actual y perspectivas de futuro», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 90-157.

La prfa. Casado, reconocida autoridad en Derecho Ambiental, vuelve en este trabajo sobre una temática que le es cara, como es el acceso a la información ambiental, pero esta vez desde una perspectiva global, pues aborda la aplicación de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en particular a partir de la jurisprudencia recaída sobre la misma, con objeto de ofrecer un balance de la regulación del acceso a la información ambiental en España y de su aplicación. Por ello, optamos por destacar las principales valoraciones que formula la autora a modo de balance. Así, sin ignorar los logros y progresos alcanzados desde la aprobación en 1995 de la primera ley estatal de acceso a la información ambiental, la autora destaca, en primer lugar, que aún resulta conflictiva la interpretación del concepto de información ambiental por parte de las autoridades públicas, así como la aplicación (extensiva) de las excepciones establecidas en el artículo 13 de la Ley 27/2006, en especial las excepciones a la protección de la confidencialidad de los datos personales y a la protección de la confidencialidad de los datos de carácter comercial e industrial.

Igualmente, la autora defiende la necesidad de dotar el derecho de acceso a la información de garantías efectivas. Como bien señala la autora, «estamos ante un derecho reconocido en términos muy avanzados y amplios, pero cuya garantía descansa sobre mecanismos de impugnación lentos y que no ofrecen una respuesta adecuada a las necesidades planteadas». Con tal objeto, y en la línea de trabajos previos de la misma autora, postula la extensión de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno prevista en la Ley 19/2013. Pero también apunta la autora la insuficiente divulgación de los derechos reconocidos en la Ley 27/2006, que sigue siendo desconocida ¡incluso por muchas administraciones públicas encargadas de aplicarla, especialmente en el ámbito local! Finalmente, la autora pone de manifiesto cómo la sustitución de autorizaciones administrativas por declaraciones responsables puede suponer una restricción del derecho de acceso a la información ambiental, ya que no estaríamos hablando estrictamente de información en poder de las autoridades públicas.

PALLARÉS MORENO, Anna: «Análisis de la regulación estatal en materia de mitigación del cambio climático en el ámbito de los sectores difusos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 220-271.

El objeto de este trabajo, de evidente máxima actualidad, es analizar las medidas e instrumentos existentes en la normativa estatal para hacer frente a los retos y desafíos que presenta la lucha contra el cambio climático en el ámbito de los sectores difusos. Para ello se aborda, en primer término, cuales son las obligaciones de mitigación que tiene el Estado español en materia de cambio climático, en general, y en

el ámbito de los llamados sectores difusos, en particular, para el horizonte temporal entre 2021 y 2030. Con todo, la autora hace notar que ningún instrumento interno determina el reparto y distribución de esta reducción entre los diferentes sectores difusos.

A partir de estos conocimientos, el estudio pasa a analizar la normativa estatal existente al respecto, diferenciando entre las regulaciones y medidas que tienen la capacidad de tener un impacto transversal sobre los diferentes sectores y los instrumentos que están enfocados a materializar la reducción de emisiones en un sector difuso determinado. Finalmente, en las reflexiones finales se abocan conclusiones sobre la capacidad, idoneidad y suficiencia de alguna de las medidas analizadas para cumplir con los objetivos propuestos (como el instrumento de la huella de carbono) y, también, se proponen líneas de actuación y posibles soluciones a los problemas detectados. Así, la autora sugiere, entre otras valiosas medidas, la modificación de la normativa que regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos.

CAMPINS ERITJA, Mar: «La regulación de la biotecnología moderna en la Unión Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 273-305.

La prfa. Campins Eritja, experta en Derecho Ambiental de la Unión Europea (UE), aborda en este trabajo el marco jurídico internacional ante los avances de la biotecnología y la ingeniería genética, marco regulatorio que la autora considera fragmentado, incompleto y particularmente restrictivo. En especial, la autora trata el procedimiento de autorización en la UE para la liberación de organismos modificados genéticamente (OMG), un procedimiento basado en el principio de precaución, en virtud del cual un producto solo puede comercializarse después de la evaluación de los riesgos para la salud humana y el medio ambiente y su aprobación por la autoridad competente. Y si bien la Directiva 2001/18/CE reconoce el derecho de cada Estado miembro a establecer su propio nivel de riesgo aceptable, como señala la autora, prioriza el esfuerzo de armonización para garantizar el funcionamiento eficaz del mercado interior, objetivo que debe compatibilizar con el imperativo de proteger la salud humana y el medio ambiente. Lo cual en ocasiones esto es harto difícil y la inercia institucional de un sistema de adopción de decisiones excesivamente complejo o las discrepancias entre los Estados miembros, junto con la interpretación restrictiva por parte del Tribunal de Justicia, ha llevado a la autorización de actividades vinculadas con el desarrollo de estas tecnologías en contradicción con el principio de precaución. Como bien señala la autora, parece obvio señalar la dificultad para, en el estadio actual del conocimiento científico, afirmar de manera absoluta la inocuidad de una nueva invención biotecnológica. «Y ahí es donde interviene la acción reguladora de los poderes públicos, que sobre la base del principio de precaución deberían

prevenir situaciones en que la ausencia de regulación pudiera generar riesgos que, aun siendo poco conocidos, no resultan nada despreciables».

BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel: «Últimos avances en la aplicación de la Ley de responsabilidad medioambiental», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, pp. 385-412.

No es necesario insistir en la importancia de la efectividad del régimen de responsabilidad ambiental en orden a garantizar los principios de prevención y de que «quien contamina, paga». Pues bien, el prof. Beltrán Castellanos, autor de una reciente monografía sobre esta temática (*Instrumentos para la efectividad del régimen de la responsabilidad medioambiental*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018), analiza en este trabajo los últimos informes y documentos publicados en 2018 por el MITECO sobre la aplicación de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, centrándose en dos aspectos fundamentales del régimen, las garantías financieras y los criterios y el procedimiento para la determinación de la significatividad del daño ambiental.

Pues bien, a partir de esta información, el autor el autor considera que 2018 fue un año de avances para el régimen de la responsabilidad medioambiental, como por ejemplo, con la aplicación del principio de precaución para favorecer la determinación de la significatividad del daño cuando haya una duda razonable sobre el alcance del mismo, la interpretación de los criterios para calificar de significativo el daño por referencia al recurso natural afectado o el estudio de los procesos a seguir en función de las fases del daño, y que favorecen la aplicación de la Ley. No obstante, también se ponen de manifiesto los aspectos que admiten mejora. En concreto, queda patente la necesaria ampliación de las actividades sometidas a la exigencia de garantía financiera si se quiere mantener el espíritu garantista que se estableció con la aprobación de la Ley 26/2007 y con la propia reforma, pues como se ha reflejado, las actividades económicas que más daños han causado al medio ambiente en estos años de vigencia del régimen están exentas de tal obligación. Por otro lado, una de las cuestiones que demandan más conocimiento y criterios de aplicación es la relativa a la compleja tarea de delimitar un concepto jurídico indeterminado (la significatividad del daño ambiental), y más aún cuando es éste el que determina o no la aplicación de la Ley. Asimismo, es de dudosa justificación la falta de adopción de medidas complementarias y, sobre todo, compensatorias, en la reparación de los daños reportados en estos años.

Por último, en el trabajo, se estudian las sentencias dictadas por nuestros tribunales en esta materia durante el año 2018. Así, la jurisprudencia se ha ocupado, en primer lugar, de reafirmar el ámbito de aplicación subjetivo de la LRM, que gira sobre el amplio concepto de «operador» y que incluye no sólo al que directamente

desarrolla una actividad económica o profesional, sino también al que la controla, aunque requiere de la efectiva relación o nexo causal entre dicha actividad y el daño causado. Y, en segundo lugar, las sentencias analizadas dejan patente, según el autor, la sentada independencia entre la infracción administrativa y la reparación del daño ambiental, que exige el restablecimiento de los recursos naturales dañados, aunque la infracción haya prescrito, recociéndose además en determinados casos, como en los daños al suelo, que otros sujetos responsables ajenos a la infracción podrán responder para garantizar la recuperación del medio ambiente degradado.

(7) § **Varia.**

COTINO HUESO, Lorenzo: «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho», *Revista Catalana de Dret Públic*, 2019, núm. 58, págs. 29-48.

El prof. Cotino, reconocido experto en Derecho y TICs, ofrece en este estudio una aproximación a la ética de la inteligencia artificial (IA). A partir de la apuesta de las instituciones de la UE por una ética confiable de la IA en el diseño y *made in Europe*, para posicionarse frente a Estados Unidos y especialmente China, que no conceden importancia a la cuestión, el autor describe, primero, el contenido de la ética de la IA y sus principios esenciales a partir de la dignidad y los derechos; para después exponer los principios básicos de la ética de la IA, destilados a partir de las declaraciones internacionales (principios de beneficencia y de no maleficencia, autonomía humana frente a la “autonomía” artificial, de explicabilidad y transparencia), así como otros principios básicos que se derivan de exigencias de empatía con los humanos (como los llamados principio de robustez y exactitud). Desde una perspectiva algo escéptica, según reconoce el propio autor, se argumentan las potenciales utilidades de la ética de la IA para el derecho: se considera que resulta un instrumento especialmente preventivo y que bien puede desarrollarse una gobernanza ética de la IA, siguiendo el ejemplo de las políticas y marcos de la ética pública y la integridad institucional. El estudio argumenta la oportunidad y el contenido básico de códigos de conducta y comités y otros sistemas de control, y concluye con una llamada al diseño de algoritmos como guardianes del cumplimiento normativo y de la ética de la IA.

VALERO TORRIJOS, Julián: «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, 2019, págs. 82-96.

El prof. Valero, uno de nuestros pioneros más destacados en Administración electrónica, plantea los retos que para el actual Derecho Administrativo supone el inevitable proceso de modernización tecnológica de las Administraciones públicas, y con él la extensión en el uso de la inteligencia artificial y la aplicación de la automati-

zación. Para ello, el autor defiende la necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas como respuesta desde las exigencias de la buena Administración. Así, defiende la necesaria asunción formal del uso de la inteligencia artificial, mediante la exigencia de un procedimiento administrativo específico y adecuado para la aprobación del uso y, en concreto, la adopción de un acto administrativo de aprobación sometido a publicación oficial, procedimiento que incluya la colegialidad como respuesta a la complejidad inherente a la inteligencia artificial (no se olvide que el autor es también experto en la colegialidad), la imposición de la transparencia y el derecho de acceso a la información, así como el reconocimiento de otros derechos como contrapeso imprescindible (la garantía de la motivación), y la implantación de sistemas de control idóneos, como sería el caso de la creación de órganos colegiados *ad hoc* dotados de autonomía funcional y encargados de resolver, cuando menos, los recursos que se pudieran interponer frente a los actos administrativos por los que se acuerde tanto la utilización de la inteligencia artificial. Pero, además, el estudio apunta también las consecuencias del incumplimiento de las garantías: de la invalidez de los actos administrativos en el contexto de la inteligencia artificial a la responsabilidad patrimonial esto es ¿quién responde de los daños que pueda generar la inteligencia artificial?

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard: «Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo», *Revista Catalana de Dret Públic*, 2019, núm. 58, págs. 64-81.

El tercer trabajo dedicado por la *Revista Catalana de Dret Públic* a la inteligencia artificial es a cargo de otra voz autorizada en las TICs y el Derecho, como es el prof. Martínez. Nuestro autor ofrece una bitácora para un abordaje inmediato de los proyectos de IA a partir del marco normativo vigente, desde una interpretación evolutiva. Así, señala que los proyectos de IA van a obligar a desarrollar un enorme esfuerzo de interpretación sistemática del ordenamiento desde sus principios y valores constitucionales al ordenamiento sectorial, de lo local a lo transnacional, y todo en un contexto normativo emergente y con reglas en construcción. Con todo, el marco de los derechos fundamentales y de los principios y valores constitucionales constituye, para el autor, una barrera infranqueable. Del mismo modo, el autor rebate el argumento de la inaplicabilidad de un supuesto derecho “analógico”.

RECENSIONES

FERNÁNDEZ RAMOS , S. y PÉREZ MONGUIÓ, J. M., Vox populi: Consultas populares y procesos participativos. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

La sociedad contemporánea de los países occidentales postindustriales se caracteriza, entre otros aspectos, por su apetencia o deseo de que los grupos que la componen puedan ejercer progresivamente un mayor protagonismo en la toma de decisiones públicas, yendo más allá de los estrechos límites que un determinado procedimiento administrativo, respecto de cuestiones muy concretas, o unas elecciones políticas, alcanzado el principio de la representación, puedan dar pie a los anhelos de participación social.

Es un lugar común explicar que nuestras sociedades adolecen de un alto grado de fragmentación y que la idea de clase o al menos la de la defensa de unos intereses comunes ligan a los individuos en entidades estables que hagan de la toma de decisiones públicas un proceso en el que la democracia representativa juegue el papel primordial. Por el contrario, al menos con sus orígenes inmediatos en el mayo del 68 a ambos lados del Atlántico, aunque no haya nada nuevo bajo el sol especialmente desde el convulso siglo XIX, se habla de una política de movimientos sociales cuyo objetivo más lejano es reforzar la democracia directa o la democracia participativa y que estas se anteponga a la representativa.

Esta democracia representativa, por tanto, observa cómo pierde facetas de su poder decisorio, fenómeno reforzado por la crisis de los partidos políticos, la desconfianza generalizada ante los cargos electos y la crítica al Estado de partidos en que estos copan cargos y estructuras de poder administrativo que van más allá de una mera función de gobierno. La suma de estos elementos, espoleados por la grave, intensa y prolongada crisis económica nacida en 2008 ha provocado que se hable de un período de grave crisis de la democracia, cuyo momento de esplendor se vivió en los conocidos como gloriosos treinta años que van desde el fin de la II Guerra Mundial hasta la crisis del petróleo de los setenta.

No es de extrañar pues el éxito de ensayos que analizan la crítica a la democracia liberal, con títulos como *El pueblo contra la democracia* (Mounk), *Cómo mueren las democracias* (Levitsky y Ziblatt), *Democracy for realists: why elections do not produce responsive Government* (Achen y Bartels), *Posdemocracia* (Crouch), *Contra las elecciones* (Van Reybrouck) o los estudios de la Escuela de Arizona, con el conocido ensayo *Contra la democracia* (Brennan) o ya en el plano español, recientes artículos de opinión como *¿Tiene la democracia fecha de caducidad?* (Cortina), autora con una amplia serie de estudios sobre el particular.

Visto el marco social e histórico del momento en que nos encontramos, la idea de la participación de los ciudadanos de forma directa en la vida política y social cuenta con antecedentes constitucionales claros, como el art. 9.3 de la Constitución, a la vez que se prevé la celebración del referéndum (art. 92), o el reconocimiento de la iniciativa legislativa popular (art. 87), todos ellos muestras de la llamada democracia directa. A su vez, hay que diferenciar el ejercicio de la democracia directa de la llamada democracia participativa o administrativa en la que los fines estrictamente políticos ceden ante la mera posibilidad de tomar parte en las decisiones administrativas.

Esta obra de los destacados administrativistas Fernández Ramos y Pérez Monguío se adentra en las cuestiones jurídico-administrativas y constitucionales del fenómeno de la participación pública en relación con la celebración de las consultas populares municipales, ya sean o no referendarias, y los procesos e instrumentos participativos.

Esta obra cuenta con los planteamientos dogmáticos previos necesarios para ofrecer con una base sólida el análisis jurídico de las consultas populares y los procesos de participación, algo que será bienvenido por juristas y funcionarios públicos. De este modo, desgranar los elementos propios de las consultas referendarias y no referendarias, con apoyo en la doctrina constitucional, deteniéndose especialmente en el reparto de competencias, donde todos recordamos la pugna entre el Estado y la Generalidad de Cataluña sobre el empleo de la potestad de celebración del referéndum.

Sin embargo, el objeto de estudio de esta obra es especialmente la consulta popular municipal con naturaleza referendaria, sobre la que muy pocas Comunidades Autónomas han regulado la cuestión (Baleares, Andalucía, Navarra y Cataluña), donde se detienen especialmente, con habilidad de cirujano, en separar el concepto del carácter referendario o no de las consultas municipales, la iniciativa y requisitos para solicitarlas, quiénes pueden participar en ellas, el régimen de organización y de competencias, su carácter vinculante en su caso, dado que materialmente la votación hace que se puedan confundir su fronteras, como ha señalado en otoño de 2019 el Tribunal Supremo sobre una consulta relativa a festejos taurinos en San Sebastián.

Los autores critican el criterio restrictivo de las competencias autonómicas sobre las consultas con carácter de referéndum, que se basan según el Tribunal Constitucional en que el poder público convoca al cuerpo electoral del conjunto de la ciudadanía para que emita su opinión mediante el voto y con las características de un proceso electoral, lo cual determina la competencia del Estado, distinguiéndose las consultas municipales "de especial trascendencia para los vecinos" a través de la regulación prevista por la LO 2/1980, de 18 de enero, de regulación de las modalidades de referéndum. Por otra parte, las consultas populares municipales no referen-

darias tienen como elemento diferenciador el que forman parte o tratan de vincular decisiones políticas en las que no caben incluir elementos constitucionales, sin que se trate de un llamamiento al cuerpo electoral, materia en las que un mayor número de Comunidades Autónomas, pues a las anteriormente citadas se han sumado Madrid, Valencia, Castilla y León, Extremadura, Canarias o Murcia, por citar unas cuantas.

En último lugar, este libro trata de los procesos e instrumentos participativos. A ellos se les vinculan otros derechos como el de información, en el que el Convenio de Aarhus en materia ambiental sobresale especialmente, y el de obtener la colaboración administrativa. Con idéntica precisión médica, los autores separan sus elementos caracterizadores, como las obligaciones de la Administración para permitir los procesos participativos, los sujetos legitimados, especialmente los menores y extranjero, y los registros y procesos de participación. Por otra parte, estudian los instrumentos de participación ciudadana como los foros, encuestas, paneles o audiencias públicas ciudadanas y las distintas medidas de fomento.

Toda la obra se acompaña a lo largo de su recorrido con comentarios a la jurisprudencia más relevante recaída sobre los aspectos generales de las consultas populares municipales y los instrumentos de participación pública. También es de agradecer a los autores el que, al ser una materia con tanta carga política y, por tanto, con matices muy importantes a tener en cuenta, no solo traigan a colación la normativa vigente sino también las enmiendas y estudios sobre las distintas alternativas propuestas.

En definitiva, se trata de una obra completa, muy bien estructurada y actualizada, que guía con claridad a los operadores jurídicos y a los interesados en este tipo de consultas, que evidentemente, y es un apunte estrictamente personal, jamás pueden pretender suplantar con medidas populistas el imperio de la Ley y el carácter netamente representativo de nuestra democracia parlamentaria y electiva, como tampoco pueden servir como pretexto excusa para que los responsables públicos renuncien a ejercer sus competencias, o más claramente, renuncien a su responsabilidad parapetándose tras el muro de la "vox populi" o la expresión, a veces abyecta e incluso violenta, del "demos" frente al Estado de Derecho: en una hipotética pugna entre la Ley y el grito de la masa debe prevalecer la primera, ya que en caso contrario la Historia nos ha dado y nos da tristes ejemplos de sus consecuencias.

Pedro Brufao Curiel

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Extremadura

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., La denuncia administrativa. El régimen de la Ley 39/2015, de 2 octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, 156 págs.

Justo cuando el Consejo de Ministros de la Unión Europea acaba de aprobar el pasado 8 de octubre de 2019 la Directiva sobre protección del denunciante de corrupción («whistleblower»), y que entrará en vigor en 2021, el Prof. Gosálbez Pequeño, que ya había realizado hace algunos años una importante aportación en materia de procedimiento sancionador («El procedimiento administrativo sancionador. Teoría y práctica, Dykinson, 2013) nos ofrece ahora esta espléndida monografía sobre la denuncia administrativa.

Como recuerda el autor en la Introducción, “continuamente, los ciudadanos presentan denuncias ante las distintas Administraciones públicas, ... Y denuncian hechos de una heterogeneidad notable: ruidos y otros daños al medio ambiente, comportamientos indebidos contra los consumidores, infracciones de las normas de tráfico y seguridad vial, urbanizaciones y construcciones presuntamente ilegales, maltrato de animales, conductas inadecuadas de los empleados públicos, etc.”. La denuncia administrativa ofrece, por tanto, una transversalidad propia y características de las clásicas figuras e instituciones del Derecho administrativo. Sin embargo, como subraya el autor, pese a reconocer las mejoras introducidas en la Ley 39/2015, aún padece el ordenamiento administrativo de una insuficiente y deficiente regulación general de la denuncia.

La obra presenta una estructura clásica. Así, el autor disecciona el estudio de la institución en tres capítulos; uno primero sobre los elementos conceptuales delimitadores, que, por cierto, los reconduce tempranamente, a los elementos objetivos y finalistas; un segundo capítulo dedicado exclusivamente a los elementos subjetivos, esto es, los “sujetos” presentes en la institución; y un último capítulo referido a los elementos formales y procedimentales.

En relación con el primer Capítulo, el autor subraya la naturaleza de la denuncia como acto jurídico del administrado, y no de la Administración pública, para diferenciar así la denuncia de otros actos jurídicos que también parecen tener el mismo objeto (“poner en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo”: artículo 62.1 Ley 39/2015), pero que no son obra de otros órganos administrativos (relevantemente, el acto llamado petición razonada del artículo 61) y no de los particulares o administrados. Asimismo, si bien el autor constata que la denuncia no es un acto iniciador del procedimiento administrativo sino un acto previo a la incoación de oficio

procedimental (ex artículo 58 Ley 39/2015), postula su función como un acto iniciador de un mini procedimiento previo al procedimiento principal que es el incoado de oficio.

Por su parte, en el segundo capítulo -dedicado a los elementos subjetivos-, el sujeto llamado denunciante ocupa un lugar central y medular. Para ello el autor acude a conceptos o premisas consolidadas como la personalidad jurídica, de Derecho privado o público, la capacidad de obrar para denunciar y la ya histórica distinción doctrinal entre denunciantes simples y denunciantes interesados. Pero también aborda la novedosa “importación” del conocido régimen de la clemencia consagrado en el apartado 4 del artículo 62, es decir, la regulación general de los autores de infracciones administrativas que se convierten en delatores o denunciantes. Nada comparable a la escasa atención que le dedica, con quizás la atenuante de seguir el sendero de similar interés mostrado por nuestro ordenamiento administrativo, nuestra jurisprudencia y nuestra misma doctrina científica, a los otros sujetos que no son sino el denunciado y la víctima del hecho denunciado.

Finalmente, en el tercer capítulo de la obra el prof. Gosálbez defiende una suerte de procedimiento administrativo no típico, “iniciado” con el acto de la denuncia administrativa. Trata así la tramitación de la denuncia como acto previo a la incoación de las llamadas actuaciones previas (información previa o reservada en la terminología clásica) previstas en el artículo 55 de la Ley 39/2015 o acto previo a la actividad inspectora, ausente lamentablemente de la Ley 39/2015, pero de cierta previsión en la normativa sectorial. Y en segundo término, el autor trata cuestiones jurídicas no reguladas nítidamente en las escasas regulaciones especiales o sectoriales y, no obstante, de máxima prioridad para ejercicio de no pocas potestades administrativas: las denuncias falsas, las denuncias anónimas, las denuncias defectuosas, etc.. Todo ello, aplicando sus tesis al amparo del procedimiento administrativo común y de buena parte de los principios e instituciones generales que lo conforman.

En definitiva, estamos ante una obra generalista al amparo del artículo 62 de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo Común, pero, a su vez, esta ordenación general es sometida a contraste con múltiples normas sectoriales, estatales y autonómicas que contemplan específicamente la denuncia administrativa (y que el autor relaciona en un útil Anexo). Asimismo, como es «marca de autor», la obra recoge la práctica totalidad de la doctrina administrativista que ha tratado, en mayor o menor medida, a esta institución del procedimiento administrativo común. Por ello, se compartan o no los postulados defendidos en el estudio, se trata sin duda de una monografía llamada a servir de referencia en relación con la denuncia administrativa.

Severiano Fernández Ramos

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Cádiz

TOLIVAR ALAS, L., Parlamento y Universidad: Los senadores por la Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, Universidad de Oviedo, 2019.

La Apertura de Curso, que declara inaugurado oficialmente el año académico, constituye uno de los eventos más solemnes de la Universidad. En Oviedo además conserva toda una serie de símbolos tradicionales y a él acuden los miembros del Claustro revestidos con el traje académico, además de otros miembros de la institución académica y numerosas autoridades civiles.

Tras la llegada de una nutrida y multicolor comitiva académica y la lectura de la memoria del curso anterior realizada por el Secretario General, se da paso como elemento central del acto a la Lección Inaugural, que corre a cargo del profesor designado por la Facultad o Escuela de la Universidad a la que corresponda ese año, según el orden establecido de antigüedad de los centros. Así, las Facultades y Escuelas se ordenarán por la antigüedad de su creación formal, desde la más antigua a la más moderna. La fecha de creación será la que se corresponda con la norma o acto jurídico acreditado en el que se proceda a la creación oficial del centro de que se trate. En caso de coincidencia en la fecha de creación, se seguirá el orden del acto o decreto de creación. En caso de segregación, fusión o refundación o cambio de estatus, las Facultades o Escuelas resultantes se considerarán de nueva creación.

Siguiendo los referidos criterios, la Facultad de Derecho resulta la primera de la lista, y a su profesorado le ha correspondido dictar la Lección Inaugural ya en trece ocasiones desde el curso 1939/1940, actuando como ponentes profesores de la talla iuspublicista de Teodoro González García o Sabino Álvarez Gendín. El número doce más uno correspondía, en el curso 2012/2013, al hoy emérito profesor Ramón Punset Blanco, quien disertó sobre “La reforma de la Constitución. Aporías del cambio constitucional en el derecho español”. La actualidad del tema resulta evidente y debe ser doblemente celebrada; no ha de resultar fácil elegir materia sobre la que impartir lección a toda la comunidad universitaria, pues pocas veces puede verse tal nivel multidisciplinar en un solo salón, que por cierto ha pasado de ser el Paraninfo a la Biblioteca Universitaria. Se ha buscado una ubicación con mayor capacidad para acoger a una comunidad que también está en expansión, formada hoy por dieciséis centros frente a los cinco con que contaba al terminar los años setenta. Ciertamente algunos no se resisten a realizar su propia inauguración de curso, con ponentes afectos a sus áreas de conocimiento, pero la inauguración solemne resulta por eso mismo una celebración mucho más transversal y plantea el reto innegable de tratar de interesar a la más variopinta colección de colegas.

El 10 de septiembre de 2019 el testigo era recogido por mi maestro, el profesor Tolivar Alas. Tan sólo siete años más tarde de la última Lección jurídica, el honor volvía a recaer en la Facultad de Derecho, por los caprichosos azares de un régimen transitorio que alteró el orden de lectura que ya se ha referido a fin de ajustarlo a los cambios introducidos en la configuración y denominación de los centros tras la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior. La Facultad, cuyo equipo directivo circunstancialmente integro en estos momentos, designa para la Lección Inaugural al profesor en activo más antiguo y ese resultó ser el profesor Tolivar. No es sin embargo el de mayor edad, ni el de arraigo anterior en la “casa”, pues antes que en Oviedo (1992), fue catedrático de Derecho Administrativo en Murcia (1987) y León (1989); un doble mérito, ejemplar frente a la posverdad de la endogamia, los cotos vedados y los acomodados universitarios.

El tema para su Lección fue “Parlamento y Universidad: los Senadores por la Universidad de Oviedo”. Con él buscaba implicar a doctos y legos en un empeño al que lleva tiempo dedicando sus esfuerzos: la reposición de la documentación que esta institución perdió con la quema de octubre de 1934 y que, con un trabajo minucioso de búsqueda en otros archivos, podría compensarse. Al mismo tiempo desvelaba la estrecha relación que entre el Parlamento y las Universidades existió en determinados momentos de nuestra historia.

El trabajo se inicia así con un primer apartado introductorio, donde se da cuenta de los antecedentes de la participación de representantes de las Universidades españolas en los órganos legislativos y de su evolución, desde la Constitución de Cádiz a la de 1978. A continuación, se acomete un ágil e interesante repaso por las distintas elecciones a senador por la Universidad de Oviedo entre los años 1877 y 1923. La trascendencia del período elegido queda explícitamente justificada en el texto escrito de la Lección, dándonos el profesor Tolivar ejemplos sobresalientes de la crucial actividad de aquellos senadores, que participaron en la culminación de la codificación, la aprobación de las longevas Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal del siglo XIX, la recepción de la doctrina del dominio público o la Ley de Santamaría Paredes en materia contencioso-administrativa.

Hasta 1903 el autor contó para su labor de recuperación documental con la guía de la Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de su Distrito del entonces Vicerrector y cronista oficial de Oviedo, a la postre Rector, don Fermín Canella Secades; de esa fecha en adelante, el rescate del profesor Tolivar tuvo que caminar de manera autónoma. Con todo, el autor no se limita a ofrecer meros datos, sino que realiza análisis certeros y relata divertidas y ácidas anécdotas propias de las miserias inherentes a un colegio electoral tan reducido como el del claustro de la Universidad de Oviedo en aquella época. Algo de imperecedero debe

haber en ello, no obstante, a juzgar por las sonrisas que más de una vez el relato generó ante el actual y nutrido claustro de compañeros.

La Lección termina con una invitación a continuar en este tipo de investigaciones, guante que se lanza también a otras disciplinas, y se completa con un valioso anexo que reproduce las actas originales de escrutinio de las elecciones a senador por la Universidad de Oviedo en los 23 últimos años del siglo XIX y los primeros 23 del XX, junto a otros censos de interés e información complementaria, procedentes del archivo de la Cámara Alta.

Con la sensibilidad histórica, artística y científica de su autor, y su solidez como estudioso del Derecho público, la Lección no sólo completa el acervo documental de la Universidad de Oviedo, sino que pone el foco sobre una faceta social de la institución ignota para muchos y de auténtica transferencia del conocimiento.

Alejandra Boto Álvarez
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía sobre derecho autonómico

Agosto-noviembre 2019

AA.VV.: Referéndums y consultas populares en el Estado autonómico (Coords. Carlos Garrido López y Eva Sáenz Royo), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2019. ISBN: 978-84-9123-704-4.

AA.VV.: La riqueza de las regiones: aportaciones de la ciencia regional a la sociedad (Coord. Juan de Lucio Fernández), Ed. Thomson Reuters – Civitas, Madrid, 2019. ISBN: 978-84-1308-554-8.

AA.VV.: Parlamentos Autonómicos y reforma constitucional (Coords. Ángel L. Sanz Pérez y Jesús M^a Corona Ferrero), Ed. Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2019. ISBN: 978-84-8791-012-8.

AA.VV.: El Estatuto de Autonomía de Canarias. Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre (Dir. Francisco José Villar Rojas y José Suay Rincón; Coord. Fernando José Betancort Reyes), Ed. Thomson Reuters – Civitas, Madrid, 2019. ISBN: 978-84-1308-532-6.

AA.VV.: Retos en el sector agroalimentario valenciano en el siglo XXI. A Propósito de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de Medidas para Mejorar el Funcionamiento de la Cadena Alimentaria (Dir. Javier Viciano Pastor; Coord. José Miguel Corberá Martínez), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. ISBN: 978-84-1313-167-2.

BONET NAVARRO, J.: El Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2019. ISBN: 978-84-1308-041-3.

COMELLAS GOBERNA, A.: La financiación bancaria de las Administraciones Públicas. Prudencia financiera y garantías en el ámbito autonómico y local, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2019. ISBN: 978-84-1308-098-7.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: Sistema jurídico-administrativo de protección del medio ambiente, 8^a edición, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2019. ISBN: 978-84-1783-607-8.

GARCÍA MARTÍN, F. J.: Las operaciones de endeudamiento de las Comunidades Autónomas, Ed. Universidad de Extremadura, Cáceres, 2019. ISBN: 978-84-9127-047-8.

RANDO BURGOS, E.: Legislación e instrumentos de la ordenación del territorio en España, Ed. Iustel, Madrid, 2019. ISBN: 978-84-9890-372-0.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: Pensamiento federal español y otros estudios autonómicos, Ed. Iustel, Madrid, 2019. ISBN: 978-84-9890-369-0.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: Derecho Urbanístico de Cataluña, 7ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2019. ISBN: 978-84-1746-666-4.

Javier E. Quesada Lumbreras
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

Artículos

La alteración de términos municipales en la reforma local de 2013: crónica de un fracaso anunciado <i>The alteration of municipal terms in the local reform of 2013: chronicle of an announced failure</i>	
ELOÍSA CARBONELL PORRAS	5-21
El municipio turístico de Andalucía: claves sustantivas de su nueva regulación <i>The tourist municipality of Andalucía: substantive keys of its new regulation</i>	
MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ LOZANO	22-40
Análisis sobre la implantación del singular modelo de Cartas de Servicios en Cataluña <i>Analysis on the implementation of the unique model of Services Cards in Catalonia</i>	
MARÍA DEL MAR CARAZA CRISTÍN	41-59
Límites del principio de estabilidad presupuestaria respecto de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas españolas <i>Limits of the principle of budgetary stability with respect to the financial autonomy of the Spanish Autonomous Communities</i>	
CARLO ALBERTO CIARALLI	60-83

Estudios breves

Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano <i>Economic crisis and protection of social right in Europe. Reflections from the Italian perspective</i>	
GIANLUCA GARDINI	84-98
La potestad autonormativa en relación con los estatutos del personal de los parlamentos autonómicos <i>Autonomous authority in relation to the staff regulations of autonomous parliaments</i>	
RAFAEL CANO SILVA	99-109

Comunicaciones y comentarios jurisprudenciales

De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre) <i>Again on non-attached members of local government (the ruling of the constitutional court 151/2017, december 21)</i>	
LOURDES DE LA TORRE MARTÍNEZ	110-127
El arrendamiento de vehículos con conductor (VTC) y su entramado jurídico: el avance de Uber, Cabify y la economía colaborativa <i>Vehicle rental with driver (VTC) and its legal implications. Uber, Cabify and the collaborative economy</i>	
NICOLÁS ALEJANDRO GUILLÉN NAVARRO	128-147
La inaudita STC 108/2017, de 21 de septiembre, sobre la Ley del Parlamento de Cataluña 8/2015, de 10 de junio, de creación del municipio de Medinyà <i>The unprecedented Constitutional Court's Judgment no. 108/2017, of September 21, about Law of the Parliament of Catalonia 8/2015, of June 10, of creation of the municipality of Medinyà</i>	
MIQUEL PONS PORTELLA	148-164



I A A P